

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

Estratto da I TEMATICI, V-2023

POTERE E COSTITUZIONE

diretto da Marta Cartabia e Marco Ruotolo

Giorgio Pino

POTERI INTERPRETATIVI
E PRINCIPIO DI LEGALITÀ



POTERI INTERPRETATIVI E PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. — Sez. I. *L'ideale della legalità*: 2. Problemi di definizione. — 3. *Segue*: “legge”. — 4. *Segue*: “sottoposizione alla legge”. — 5. *Segue*: “relazioni sociali”. — 6. Lo statuto normativo della legalità: a) il valore della legalità. — 7. *Segue*: b) la legalità come principio. — 8. I corollari della legalità. — Sez. II. *Legalità e interpretazione*: 9. L'inevitabilità dell'interpretazione. — 10. L'interpretazione al servizio della legalità. — 11. Tensioni tra legalità e interpretazione: a) il carattere sistematico del diritto. — 12. *Segue*: b) legalità ed equità nell'interpretazione. — 13. *Segue*: c) legalità e creatività nell'interpretazione. — 14. *Segue*: d) potere interpretativo (il paradosso della legalità). — 15. (Senza) conclusioni.

1. *Premessa*. — “Legalità” è un termine ampiamente diffuso e radicato sia nel linguaggio comune — è termine molto presente nel discorso dell'opinione pubblica — sia nel linguaggio politico e nel linguaggio giuridico, inteso quest'ultimo non tanto come il linguaggio delle fonti, dove in verità esso è pressoché assente, ma piuttosto come il linguaggio dei giuristi, i discorsi diffusi nella cultura giuridica. È inoltre un termine dotato di una pressoché evidente carica valutativa positiva: 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 condiviso (1). Inoltre, come spesso accade

(1) V. ad esempio M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico* a cura di G. AMATO e A. BARBERA,

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 senso l'attuazione dell'ideale della legalità realizzi uno stato di cose migliore rispetto alle possibili alternative. 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 sommariamente avanzati nel capoverso che precede non devono essere intesi in una chiave scettica, come un invito all'abbandono del termine “legalità”, o alla messa in questione dell'ideale della legalità. Sia il termine sia l'ideale hanno un posto troppo centrale nel discorso giuridico (oltre che nel discorso ordinario e in quello politico) per potersene disfare a cuor leggero (2). 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, questa voce si propone un duplice obiettivo.

Per un verso (Sez. I), si cercherà di delimitare il campo dell'ideale della legalità, esplorandone il significato, il fondamento assiologico (le ragioni per cui la legalità è, o può essere, un ideale dotato di valore), e i principali corollari.

Per altro verso (Sez. II), si esplorerà uno specifico campo di tensione all'interno dell'ideale della legalità, e che riguarda il rapporto tra *legalità* e *interpretazione* (innanzitutto, interpretazione giudiziaria): la legalità è solitamente considerata un affare che pertiene alla “legge” (un modo di essere della legge, la capacità della legge di dispiegare certi effetti garantistici...); ma in realtà l'attuazione dell'ideale della legalità passa necessariamente anche, e forse soprattutto, attraverso l'atti-

Bologna, Il Mulino, 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 », *ivi*, 721); A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 92; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, 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 *analogon* 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*, 21, 2002, 137 ss.

(2) 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, Utet, 2014 — 1^a ed. 1976 —, 503).

vità interpretativa — e quest'ultima, a sua volta, in definitiva non è altro che uno di quei "poteri" che la legalità dovrebbe in qualche modo irregimentare (3).

Sez. I. — L'IDEALE DELLA LEGALITÀ.

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, partiamo 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.

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*, *Etat 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.

3. (Segue): "legge". — Per quanto riguarda la componente n. 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 in esercizio del

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 (4). È solo a partire dalla Rivoluzione francese (5) 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*

(4) Si veda l'ampio *excursus* storico di G. FASSÒ, *Legge (teoria generale)*, in questa *Enciclopedia*, 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, Einaudi, 1995, 173-174.

(5) È opportuna qui una precisazione terminologica: per convenzione, nella storiografia generale l'età contemporanea viene fatta solitamente iniziare con la Rivoluzione francese, la quale a ora in poi quando si parlerà di "diritto moderno" (il diritto e lo Stato nella loro versione "moderna") spesso viene fatta iniziare proprio con la Rivoluzione francese, prolungandosi poi più o meno fino alla fine della Seconda guerra mondiale (cfr. ad esempio S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in *Id.*, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, 3 ss.). Qui ci si uniformerà a quest'uso, che non è privo di buone ragioni, e pertanto da ora in poi quando si parlerà di "diritto moderno" o "Stato moderno" si farà riferimento alla forma che il diritto e lo Stato hanno conosciuto nell'Europa continentale nel secolo e mezzo compreso tra la Rivoluzione francese e la Seconda guerra mondiale.

(3) Secondo P. COSTA, i problemi relativi al ruolo del giudice, e alle tecniche di interpretazione e applicazione del diritto, sono « il decisivo momento di verifica » della teoria dello Stato di diritto (*Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica* a cura di P. COSTA e D. ZOLO, Milano, Feltrinelli, 2002, 158).

Poteri interpretativi e principio di legalità

tra legalità e legge parlamentare sarebbe certamente corretta nel contesto dello Stato moderno, ottocentesco (che infatti è solitamente definito come Stato *legislativo* di diritto) (6). In *quel* contesto, infatti, la legge assume al ruolo di fonte primaria e suprema del diritto, e l'ideale della legalità si traduce, tendenzialmente senza residui, nella soggezione alla legge parlamentare. Ma l'identificazione tra legalità e legge parlamentare diventa problematica nel contesto dello Stato contemporaneo (o Stato *costituzionale* di diritto) (7). 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 legislativa (8); e vi è inoltre il livello sovranazionale, verso il quale la struttura normativa dello Stato costituzionale presenta tipicamente una forte apertura (9). 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 proveniente dal diritto dell'Unione europea

(6) 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, Einaudi, 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.*, 2008, 1 ss. (« il nuovo tempio dello Stato di diritto poggia sull'architrave della legalità », *ivi*, 9); M. LUCIANI, *L'eclissi della certezza del diritto*, in *Libero osservatorio del diritto*, 2015, n. 1 (la legalità è « principio fondativo dello Stato di diritto »).

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

Lasciamo da parte, qui, la questione del rapporto tra principio di legalità e atti (governativi) aventi forza di legge: una questione in realtà non del tutto secondaria ai fini della tenuta del principio di legalità, quantomeno per quanto riguarda il fondamento democratico di questo principio. Di fatto, comunque, è solitamente ammesso che la legalità sia soddisfatta non solo da leggi parlamentari ma anche da atti aventi forza di legge. Perfino l'accezione più stringente di legalità, e cioè la legalità in materia penale, è normalmente considerata soddisfatta dalla presenza di atti aventi forza di legge (quale è, peraltro, lo stesso codice penale).

(8) 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, Giappichelli, 2005, 501 ss. V. anche C. cost. 16 luglio 2014, n. 206, dove (nel § 3.2 del « Considerato in diritto ») parla di un « sistema caratterizzato dal principio di legalità a sua volta ancorato al principio di costituzionalità ».

(9) In proposito, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 2016, 26-27, 45-46.

e dalla CEDU) (10). È una questione aperta se l'interazione tra questi diversi strati di legalità produca maggiori garanzie, 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 (11).

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 una legge possa effettivamente svolgere le prestazioni che ci si attende dall'ideale della legalità, è necessario che essa abbia certi contenuti, che si presenti in un certo modo, che soddisfi certi requisiti (12). 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 “legalità in senso stretto”. Per altro verso, però, e in modalità meno paradigmatiche, l'ideale della legalità può in teoria essere soddisfatto da tipi di norme o di atti normativi diversi dalla legge parlamentare, come ad esempio: principi costituzionali, altri principi generali del diritto (non necessariamente costituzionali) (13), orientamenti giuri-

(10) Quando parliamo, nel testo, di legalità convenzionale ci riferiamo ad *un intero strato di giuridicità* che trova la sua specifica fonte rispettivamente nella CEDU, e che pone limiti e autorizzazioni a certe “relazioni sociali”. In questo senso, la legalità convenzionale è, semplicemente, l'insieme delle norme che derivano dalla CEDU, e dall'interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti dell'uomo (lo stesso, *mutatis mutandis*, vale per la legalità eurolunitaria.) Non ci riferiamo invece all'idea, molto dibattuta di recente, secondo cui per la CEDU il principio di legalità penale (*nullum crimen sine lege praevia*) è soddisfatto dalla prevedibilità e accessibilità del precetto penale, a prescindere dalla sua fonte (che potrebbe anche consistere in un orientamento giurisprudenziale). V. in proposito A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss.

(11) Un aspetto di questa questione verrà ripreso più avanti, § 11.

(12) In proposito v. *infra*, § 8.

(13) Così, ad esempio, per G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993,

sprudenziari (14), 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 prevalenti all'interno di un dato ordinamento e della cultura giuridica che opera in esso. 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 parleremo di (principio di) "legalità" ci riferiremo a quella che abbiamo chiamato "legalità in senso stretto", la legalità che è soddisfatta da una legge (in senso tecnico), *dotata di certe caratteristiche*.

4. (Segue): "sottoposizione alla legge". — Per quanto riguarda la componente n. 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, la "sottoposizione alla legge" può significare che la legge è un *limite negativo* rispetto alle relazioni sociali rilevanti. 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

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 premananti (da una legge, o, in sua assenza) dai principi generali del diritto. In senso analogo anche SCOGA, *Attività amministrativa*, cit., 88-90.

(14) Si veda nuovamente il caso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo circa il contenuto del principio di legalità penale, cui si è già accennato *supra*, nt. 10.

dettate dalla legge (*legalità negativa*, o *legalità come limite*). La legalità negativa è soddisfatta, dunque, da una relazione di "compatibilità" (una assenza di contrasto, in senso ampio: ad includere sia il contrasto tra una azione e una norma, sia la contraddizione logica tra due norme) tra la legge e la relazione sociale rilevante (15).

In secondo luogo, "sottoposizione alla legge" può significare che la legge è il *fondamento* rispetto alle relazioni sociali rilevanti (*legalità positiva*) (16). 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*) (17). 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.

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

(15) Si è parlato in proposito di "compatibilità" (Ch. 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 questa *Enciclopedia*, XXIII, 1973, 666; M. TROPER, *Le concept d'Etat de droit*, in *Droits*, 15, 1992, 61-62; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *D. disc. pubbl.*, X, 1994); o "non contrarietà" (S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1363; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1988, 49; CARLASSARE, *Legalità*, cit., 2); o "rispetto" (FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 89).

(16) 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, n. 1, 31). Concordiamo con questa definizione, salvo che per il riferimento ai "limiti", che ci sembra preferibile ricondurre alla nozione di legalità negativa.

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

Poteri interpretativi e principio di legalità

eventualmente previste dalla legge per quel tipo di attività (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). 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.

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 (21). In tal caso, il rispetto della legalità sostanziale farà sì che l'atto in questione sia materialmente valido (dotato 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 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 soggetto *solo* alla legalità 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 formale; o alla legalità formale e alla legalità sostanziale; o a tutte e tre le 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 (legalità formale) potrebbe svolgere quella attività in modo da violare un divieto legislativo (legalità negativa), o potrebbe produrre atti il cui contenuto non è derivabile da un precetto legislativo (legalità sostanziale).

5. (Segue): "*relazioni sociali*". — Per quanto riguarda, infine, la componente n. 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 attri-

(18) Si è parlato in proposito di "conformità formale" (MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1363; GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit.), o "applicazione formale" (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, Edizioni ETS, 2016, 102 ss.

(20) MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1363; ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 53; FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 91. V. anche C. cost. 7 aprile 2011, n. 115.

(21) Si è parlato in proposito di "conformità" (EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, cit., 30; TROPER, *Le concept d'Etat de droit*, cit., 61-62), "conformità sostanziale" (MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1363), "conformità materiale" (GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit.), o "applicazione sostanziale" (FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 88-89).

buto e requisito del potere » (22), e il principio di legalità richiede che « i pubblici poteri » siano soggetti alla legge (23). Spesso i giuristi circoscrivono ulteriormente la prospettiva, e affermano che la legalità riguardi non il potere politico *tout court*, o il complesso dei pubblici poteri, ma solo *certe sfere interne* alla macchina statale, quale tipicamente è quella della pubblica amministrazione (24).

Ora, in questo punto di partenza c'è del vero, ovviamente: per un verso o per l'altro, come vedremo, 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 privati (25). 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 vietato (26). Ebbene, pur nella sua schematicità, questa rappresentazione mostra agevolmente che nel rapporto tra libertà e autorità, così come concepito dalla tradizione liberale, 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 negativa) (27); 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 della libertà reciproca, 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 creare società commerciali, ecc. (28); 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

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

(23) 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, Il Mulino, 2016, 137 (dove si precisa che il discorso è riferito alla « teoria costituzionale »).

(24) 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.

(25) La distinzione indicata nel testo, si noti, non coincide con la tradizionale *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto privato (independentemente dalle critiche che a tale distinzione possano essere rivolte: cfr. ad esempio H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1990, 312-316). 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* a cura di PINO e VILLA, cit., 177-233).

(26) 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, n. 1, 74-75.

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

(28) H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Oxford, Clarendon, 1994, sulle norme secondarie "di mutamento" (*rules of change*).

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 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 alla legge), la funzione dei giudici è di applicare la legge (29), 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 aporie (30). 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) (31). Talvolta, si è richiesto che i poteri 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 formale) (32). 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 formale e sostanziale) (33). Infine, la legge può operare nei confronti dell'esecutivo anche in maniera speculare: *non autorizzandolo* al compimento di certi atti, ma piuttosto *sottraendo*

(31) 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 portatrice 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 questa *Enciclopedia*, XXIV, 1973, 128; CARLASSARE, *Legalità*, cit., 3).

(32) S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 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.

(33) Questa tesi (inaugurata verosimilmente da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 281 ss.) sembra rappresentare ad oggi l'opinione dominante tra gli studiosi di diritto pubblico: v. ad esempio FOIS, *Legalità*, cit., 696; CARLASSARE, *Legalità*, cit.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 289-291; CORSO, *Tra legge e fattispecie*, cit., 76-77. V. anche C. cost. 7 aprile 2011, n. 115, cit. e C. cost. 7 aprile 2017, n. 69.

(29) Secondo R. GUASTINI, *Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione*, in *Id.*, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 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.

(30) Delle quali ci occuperemo da vicino più avanti, nella Sez. II.

gli la possibilità di operare in certe materie: come accade tramite l'istituto della riserva di legge (34).

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 tale, si presentava in maniera particolarmente 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 statale, e che pone al vertice delle fonti del diritto la legge (in senso tecnico: la legge parlamentare) (35). 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.

Ad ogni modo, le vie di uscita da questo paradosso sono principalmente due, peraltro non in contrasto tra loro.

La prima via di uscita consiste nel configurare l'ideale della legalità, a questo livello, come 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, ecc. (torneremo sul punto più avanti, al § 8).

La seconda via di uscita consiste nell'introduzione, 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 costituzionalità (36). Da questo punto di vista, lo Stato costituzionale contemporaneo assoggetta lo stesso legislatore all'ideale della legalità — alla legalità costituzionale (37). Per 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 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 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

(34) 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 sia qualcosa di diverso (per questa seconda posizione cfr. ad esempio 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 esempio, 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, 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 è 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.)

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

(36) Benché la diffusione del modello dello Stato costituzionale sia avvenuta su scala sostanzialmente planetaria, 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.

(37) 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 ».

sostanziale) (38). Beninteso, nessuno di questi modelli di rapporto 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, per altro verso da scelte di valore di tipo etico-politico.

Tiriamo le fila. La legalità non è solo un modo in cui lo Stato organizza lo svolgimento della propria azione (l’esercizio dei poteri demandati ai propri organi), ma anche un modo tramite cui lo Stato si rivolge ai cittadini. Al prezzo di qualche semplificazione, possiamo dire che nel primo caso la legalità consiste in un governo *sub lege*: l’assoggettamento alla legge dell’attività dei pubblici poteri. Mentre nel secondo caso la legalità consiste in un governo *per leges*: la presenza di un quadro di leggi, dotate di certe caratteristiche (39), all’interno delle quali i cittadini possono muoversi liberamente e organizzare le proprie attività. E in entrambi i casi la legalità opera sia come legalità positiva (autorizzazione, fondamento) sia come legalità negativa (sistema di limiti).

6. *Lo statuto normativo della legalità*: a) *il valore della legalità*. — Finora abbiamo qualificato la legalità, genericamente, come un “ideale”. In tal modo abbiamo 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.

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 siano essi 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, al § 8); 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, 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. (40). Non solo: l’attuazione dell’ideale della legalità produce

(40) 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 Law Review*, 43, 2008, 26. Cfr. anche F.A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty* (1960), Chicago, University of Chicago Press, 2011, 221: « *Like the laws of nature, the laws of the state provide fixed features in the environment in which [the individual] has to move* ».

(38) Per una presentazione e analisi di modelli di questo tipo, G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 335 ss.; G. PINO, *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, in *Dir. soc.*, 2017, n. 1, 91-120.

(39) Che vedremo più avanti: § 8.

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 i cittadini, nella formazione delle loro scelte e piani di vita, hanno la possibilità di tenere in considerazione anche questo fattore, cioè 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 giuridiche (41). In sintesi, dunque, dal punto di vista dei rapporti privati la certezza prodotta dalla legalità serve ad assicurare ai destinatari delle norme giuridiche (42) un grado di autonomia personale, grazie alla possibilità di formarsi stabili aspettative nei confronti dei 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 potere (43). 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 (quanto meno 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 statale (44).

Come si vede, la garanzia approntata dalla legalità è, sotto molti punti di vista, 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 apprezzabile (45). Ad esempio,

(41) H.L.A. HART, *Problems of the Philosophy of Law* (1967), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, 115; B. CELANO, *Publicity and the Rule of Law*, in *Oxford Studies in Philosophy of Law*, II, a cura di L. GREEN e B. LEITER, Oxford, Oxford University Press, 2013, 122. 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).

(42) 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"). Vedremo più avanti, nella Sez. II, come questa complicazione condizioni il funzionamento della legalità.

(43) 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*, 11, 2011, 876.

(44) 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. ACCOCELLA, Torino, Giappichelli, 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 principio di legalità che sono rivolti gli strali critici di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, in Id., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, 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).

(45) 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,

Poteri interpretativi e principio di legalità

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 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 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 gravi (46). 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* (47). E inoltre, la legalità è un 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 stesso (48). Così, ad esempio, l'uguaglianza perseguita dalla legalità non è una uguaglianza "sostanziale", o un trattamento "giusto", ma una parità di

qualunque contenuto essa abbia: cfr. N. BOBBIO, *Formalismo giuridico e formalismo etico*, in Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, 145 ss.

(46) Questo è un dato ormai consolidato nella riflessione filosofica sul *Rule of Law*: cfr. ad esempio 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, Oxford University Press, 2009, 224-225; B. CELANO, *Law as Power: Two Rule of Law Requirements*, in *Philosophical Foundations of the Nature of Law* a cura di W. WALUCHOW e S. SCIARAFFA, Oxford, Oxford University Press, 2013, 149.

(47) Come vedremo *infra*, § 8, molti dei desiderata che discendono dall'ideale della legalità attengono 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 questa *Enciclopedia*, Anali, VI, 2013, 371 ss.

(48) Sulla legalità come valore in negativo, RAZ, *The Rule of Law*, cit., 224-225.

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* (49). 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.

7. (Segue): b) *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). Ebbene, quando un ordinamento giuridico riconosce o incorpora un valore, lo fa in primo luogo dandogli la veste di "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. E dunque, per sapere se un certo valore, come ad esempio il valore della legalità, sia *anche* un principio dobbiamo andare alla ricerca di appositi segni di riconoscimento (di "positivizzazione") da parte dell'ordinamento giuridico. Ovviamente, il segno di riconoscimento più evidente dell'esistenza di un principio sarebbe una espressa proclamazione testuale del principio stesso, a livello costituzionale o legislativo (e in questo caso il principio in questione sarebbe un principio "esplicito" o "espresso"). Nell'ordinamento italiano, questo non sembra essere il caso: il principio di legalità non ha una chiara formulazione testuale, né a livello costituzionale né a livello legislativo. Ma ovviamente resta la possibilità che la legalità sia un principio "implicito": un principio non chiaramente formulato, ma derivabile da altre norme dell'ordinamento.

Ebbene, nell'ordinamento italiano, l'"esistenza" di un principio (implicito) di legalità può essere derivata argomentando *contemporaneamente* in due modi, che corrispondono alle due ordinarie modalità di individuazione dei principi impliciti (50). Per un verso, il principio di legalità può essere individuato *a partire* da una serie di

(49) HART, *Problems of the Philosophy of Law*, cit., 115.

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

norme costituzionali, tra le quali gli art. 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. (51): 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 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 diritto (52), 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.

In sintesi, dunque, il principio di legalità è un principio (implicito) intermedio, o principio "di medio livello" (53): per un verso, è un principio richiesto da (fondato su, strumentale a) altri principi, più importanti; per altro verso, è un principio 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 di particolare importanza, e non dotate di contenuto e di conseguenze normative precisamente determi-

nate (diversamente dalle "regole", che invece sono dotate di fattispecie e conseguenze giuridiche tendenzialmente precise e determinate) (54). Ebbene, è agevole vedere che l'ideale della legalità possiede esattamente tali caratteristiche: per un verso, 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"). Per altro verso, 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 attingerà in maniere diverse, assumerà contenuti diversi, e opererà con gradi diversi di intensità (55) (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 il principio prevalente.

8. 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

(51) 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.

(52) Sulla certezza come valore giuridico fondamentale, e anzi costitutivo della giuridicità, v. N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in RIFD, 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 ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008, 84; FERRAJOLI, *Antigone e Creonte*, cit. Sulla certezza come principio costituzionale implicito, v. R. GUASTINI, *Ignorantia juris*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 401-402.

(53) Sui *mid-level principles*, v. M. BAYLES, *Mid-Level Principles and Justification*, in *Nomos*, 28, 1986, 49 ss.; K. HENLEY, *Abstract Principles, Mid-Level Principles, and the Rule of Law*, in *Law and Philosophy*, 12, 1993, 121 ss.; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 36-38; J.J. MORESO e C. VALENTINI, *In the Region of Middle Axioms: Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium and Mid-Level Principles*, in *Law and Philosophy*, 40, 2021, 545 ss.

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

(55) Cfr. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1362, sul carattere "poliseno" 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.

Poteri interpretativi e principio di legalità

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, magicamente e automaticamente, può assicurare 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 concezioni cosiddette formali del *Rule of law* (56).

Innanzitutto, la legge deve disciplinare la materia rilevante "per regole": deve cioè contenere norme generali e astratte (norme che si riferiscono a *classi* di casi e di individui), e dotate di fattispecie e conseguenza tendenzialmente precise e determinate (57).

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 non devono entrare in conflitto con altre norme (assenza di antinomie), o prescrivere comportamenti impossibili da realizzare (58).

(56) Si vedano ad esempio: L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven (Connecticut), Yale University Press, 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 (Massachusetts), Belknap, 1971, 1999, 206-213; RAZ, *The Rule of Law*, cit.; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980, 270-276; M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, cap. 2; B. CELANO, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in *Neutrality and Theory of Law* a cura di J. FERRER BELTRÁN, J.J. MORESO e D. PAPAYANNIS, Dordrecht, Springer, 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.

(57) Per la nozione di regola impiegata nel testo, PINO, *Teoria analitica del diritto*, I, cit., cap. 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* a cura di PINO e VILLA, cit., 237 ss.

(58) Per una rassegna impietosa dei vari modi in cui la legislazione italiana attuale si situa clamorosamente al di

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 "cogliarli 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 decisionale (59).

Oltre a ciò, la legalità richiede anche la predisposizione di un certo "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 uno stesso ordinamento giuridico attui i re-

sotto di standard di questo tipo, v. R. GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 13, 2013, 513 ss.; Id., *Ignorantia iuris*, cit.

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

quisiti del principio di legalità 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 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 può essere realizzato in modi diversi in contesti diversi (60).

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).

Sez. II. – LEGALITÀ E INTERPRETAZIONE.

9. *L'inevitabilità dell'interpretazione.* — Tiriamo le fila del discorso fatto fin qua. La legalità (in particolare, la legalità in senso stretto), tende a realizzare alcuni effetti garantistici (certezza, prevedibilità, calcolabilità..., a loro volta funzionali all'uguaglianza, e all'autonomia personale dei cittadini), e a rendere possibili certi schemi di distribuzione del potere decisionale specialmente all'interno dei pubblici poteri (e anche questi schemi di distribuzione di potere decisionale, nella misura in cui impediscono che i poteri pubblici siano esercitati in maniera arbitraria, in ultima analisi sortiscono effetti di tipo garantistico). In un ordinamento come quello italiano, le esigenze assicurate o perseguite dalla legalità sono in vario modo riconosciute a livello di diritto positivo, e si può peraltro affermare che la legalità sia un principio

(implicito) di rango costituzionale. Come ogni principio, anche il principio di legalità è soggetto ad applicazioni elastiche — può essere realizzato in misura maggiore o minore, e secondo modalità differenti, e ciò dipende in particolare dal modo in cui esso interagisce, di volta in volta, con altri principi concorrenti (oltre che, ovviamente, con le caratteristiche del tipo di "relazione sociale" al quale viene riferito). In linea di massima, per realizzare le prestazioni attese dal principio di legalità la legge deve essere formulata in un certo modo (deve trattarsi di un diritto "per regole", conoscibile, non retroattivo, ecc.), e richiede inoltre un certo "ambiente istituzionale" (separazione dei poteri, ecc.). In presenza di ciò, i cittadini disporranno di un quadro normativo chiaro e predeterminato, l'applicazione delle norme giuridiche avverrà in maniera imparziale e uniforme, e i poteri pubblici saranno distribuiti sulla base di una decisione adottata *ex ante* e saranno esercitati in maniera non arbitraria.

Ebbene, questo quadro — che in linea di massima ricostruisce e sistematizza i risultati delle principali analisi del principio di legalità in circolazione nella nostra cultura giuridica — è ancora incompleto. O meglio, è necessario portare alla luce qualcosa che, a ben vedere, è già presente nelle pieghe del discorso fatto fin qui: qualcosa che di solito resta solo accennato, ma la cui importanza è, in effetti, cruciale. Questo "qualcosa" può essere riassunto nella inevitabilità della presenza dell'interpretazione, e in particolare dell'interpretazione giudiziaria, nell'economia del principio di legalità.

Che l'interpretazione, e in particolare l'interpretazione giudiziaria, svolga un ruolo cruciale nell'economia del principio di legalità può sembrare, almeno a prima vista, non del tutto evidente: in fin dei conti, come abbiamo visto più volte, la legalità rimanda alla legge (alla legge che si presenti in un certo modo). E tuttavia, la centralità dell'interpretazione per la legalità diventa ben visibile non appena si ponga mente ad un duplice ordine di considerazioni.

Il *primo* ordine di considerazioni è che è illusorio pensare che una legge, anche una buona legge, cammini semplicemente sulle proprie gambe: ai fini della realizzazione della legalità conta tanto il modo in cui la legge è formulata, quanto il modo in cui essa è poi interpretata e applicata. Detto in termini più esatti dal punto di vista teorico-giuridico, la legge è un atto normativo, un testo composto da enunciati linguistici (disposizioni); per stabilire cosa una qualunque

(60) V. anche *supra*, nt. 55 e testo corrispondente.

legge prescrive occorre interpretarne le disposizioni, ricavandone il significato (le norme). Ora, quando si dice che la legalità richiede un diritto (legislativo) “per regole”, apparentemente si evoca un testo legislativo “scritto bene”, con formule chiare, facilmente comprensibili, ecc. Tuttavia quel testo, per quanto “scritto bene”, è, per l’ap-punto, un testo, e per ricavarne norme esso deve essere interpretato.

Ebbene, ciò che conta — ciò che conta davvero, ai fini del principio di legalità — è che *non solo* il testo, ma *anche* le norme tratte dal testo tramite l’interpretazione siano conformi ai desiderata dell’ideale della legalità. Una legge in sé ben scritta, ma interpretata in modo capriccioso in sede giudiziaria, non riesce a soddisfare l’ideale della legalità e le funzioni garantistiche ad esso associate (61). Non intendiamo sostenere che un testo normativo, prima della sua interpretazione, sia semplicemente una *tabula rasa*. Ovviamente, quanto più il testo della legge è formulato in modo da rispettare i desiderata della legalità (un testo formulato in maniera precisa e determinata, sufficientemente chiaro, ecc.), tanto più sarà *difficile* per l’interprete giustificare acrobazie interpretative e stravolgimenti della lettera della legge. Ma la realtà è che, davanti a qualunque testo, c’è sempre un margine di manovra interpretativa — a volte più ampio, a volte più ristretto. La legalità, dunque, non è solo questione di testi (di disposizioni, di *drafting* legislativo), ma anche di norme (di interpretazione) e della loro applicazione.

Quanto detto qui non deve essere inteso come un omaggio alle tesi scettiche dell’interpretazione giuridica, secondo le quali prima dell’interpretazione il testo non ha alcun significato, e l’interpretazione può far dire al testo qualunque cosa. Ad un testo, normalmente, non si può far dire qualunque cosa, e l’opera dell’interprete è spesso variamente vincolata o comunque indirizzata dal testo (62). Tuttavia, è vero che spesso l’interprete

(61) In effetti, nell’ambito delle cosiddette teorie formali del *Rule of law* elaborate in ambito anglo-americano (v. *supra*, nt. 56), diversamente dalle concettualizzazioni “no-strane” del principio di legalità, uno degli elementi qualificanti è proprio quello della *applicazione uniforme* delle norme in sede giudiziaria.

(62) Per una critica dello scetticismo interpretativo, sia nelle versioni moderate sia in quelle radicali, v. G. PINO, *L’interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021, cap. III. Ovviamente, se fosse vera la tesi scettica, e in particolare lo scetticismo radicale, l’ideale della legalità sarebbe del tutto vuoto (così come quello, ad esso collegato, della separazione dei poteri: cfr. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, I ss.).

ha un plausibile margine di manovra per stabilire se il testo da interpretare esprima regole o norme di altro tipo (standard, clausole generali, principi...), così come ha un margine di manovra per stabilire se le norme presenti in una legge siano o no in conflitto con le norme presenti in un’altra legge (o in generale in un altro atto normativo) (63). È proprio in *questo* margine di manovra che si pone il problema del rapporto tra interpretazione e legalità.

Il *secondo* ordine di considerazioni che mostra la centralità dell’interpretazione per l’economia della legalità è che la legalità richiede non solo che vi siano leggi (formulate in un certo modo), ma anche che vi siano istituzioni di garanzia deputate a vigilare sul rispetto della legge nell’ambito delle “relazioni sociali” ad essa assoggettate. La legalità richiede dunque un apparato di garanzie (tipicamente giurisdizionali), per mezzo del quale accertare e sanzionare le eventuali violazioni della legalità perpetrate dai cittadini, dall’amministrazione, o dallo stesso legislatore (64).

Questo emerge con particolare evidenza se si getta uno sguardo appena sommario al modo in cui, storicamente, l’ideale della legalità è penetrato negli ordinamenti giuridici moderni: ogni volta che si introduce uno strato di legalità al quale assoggettare certe “relazioni sociali”, a ciò si accompagna anche l’introduzione di un apposito controllo giudiziario. Così, alla legalità nell’amministrazione è stata associata la giustizia amministrativa; alla legalità costituzionale è stato associato il controllo di costituzionalità; alla legalità convenzionale e a quella eurolunitaria rispettivamente la Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia dell’Unione europea; e ovviamente la stessa Corte di cassazione effettua un controllo di legalità rispetto alla soggezione del giudice alla legge (« assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge », art. 65 ord. giud.; e « contro le sentenze [...] è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge », art. 111 comma 7 cost.).

Quello tra legalità e garanzia (tipicamente, an-

(63) Si ricordi che l’assenza di antinomie è uno dei corollari della legalità (v. *supra*, § 8). Sui modi in cui l’interpretazione può influire sull’esistenza delle antinomie (accertandole, o evitandole), PINO, *L’interpretazione nel diritto*, cit., 246 ss.

(64) CARLASSARE, *Legalità*, cit., 2, osserva che il principio di legalità, pur tradizionalmente inteso come rapporto tra potere legislativo ed esecutivo-amministrazione, « ha come terzo termine *necessario* il potere giurisdizionale in funzione di controllo » (corsivo aggiunto); v. anche GUASTINI, *Legalità*, cit., 137-138.

che se non necessariamente, garanzia di tipo giudiziario) non è un rapporto contingente: l'istituzione di un controllo di legalità non è semplicemente un possibile, e del tutto eventuale, modo di proteggere e di rendere effettiva la legalità (anche se, ovviamente, serve proprio a questo). Il rapporto è più profondo, e concettuale: in assenza di un meccanismo di controllo non è neppure possibile affermare che un certo strato di giuridicità sia superiore ad un altro (e che dunque quest'ultimo sia assoggettato alla "legalità" imposta dal primo). Così, ad esempio, in assenza di un controllo di costituzionalità della legge, la costituzione non è parametro di validità della legge, e dunque non è, almeno in questo senso, superiore alla legge: la gerarchia tra costituzione e legge (la legalità costituzionale) è istituita esattamente dal controllo di legalità (ossia, dal controllo di costituzionalità) (65).

Da ciò segue una conseguenza di non secondaria importanza: poiché la legalità richiede necessariamente un controllo di legalità, e poiché come abbiamo visto poco sopra "la legge" è un testo che deve essere interpretato, allora il rispetto della legalità consiste in ultima analisi in un rapporto di conformità non tanto tra la "relazione sociale" rilevante e la legge, quanto piuttosto tra la relazione sociale e l'interpretazione della legge effettuata da chi esercita il controllo di legalità. E se — come può facilmente accadere — la "relazione sociale" in questione si risolve a sua volta nella produzione di atti giuridici, cioè nella produzione di testi, allora il controllo di legalità consisterà in un confronto tra le interpretazioni di questi due testi — l'interpretazione del testo della legge e l'interpretazione del testo prodotto dalla relazione sociale rilevante: interpretazioni entrambe effettuate, ovviamente, dal soggetto a cui spetta la funzione di garanzia (66).

Ebbene, preso atto che l'interpretazione entra necessariamente in gioco nell'economia della legalità, si tratta adesso di vedere come essa entri in gioco. Seguiremo due linee di riflessione. Per un

verso, vedremo in che modo l'interpretazione (in particolare quella giudiziaria) possa essere messa al servizio della legalità — possa cioè concorrere ad attuare l'ideale della legalità. Per altro verso, vedremo alcune circostanze che sembrano rendere particolarmente complicato — e, al limite, aporetico — il rapporto tra legalità e interpretazione.

10. L'interpretazione al servizio della legalità. — A quali condizioni l'interpretazione può realizzare le esigenze promananti dall'ideale della legalità? Queste esigenze, lo ricordiamo brevemente, sono la certezza, la prevedibilità, la stabilità del quadro normativo — tutte cose che portano ad assegnare una netta preferenza ad un diritto "per regole". Inoltre, si ricordi che l'ideale della legalità associa quelle esigenze alla legge (almeno per quanto riguarda la legalità in senso stretto): dunque, dall'ideale della legalità discende che l'interprete dovrà fare in modo che l'interpretazione della legge sia tale da assicurare certezza ecc. In altre parole, il presupposto metodologico fondamentale che discende dal principio di legalità è che l'interprete si muova sempre all'interno delle coordinate fornite dal testo della legge: l'interprete che si ispira all'ideale della legalità non può essere un libero creatore (o "inventore") del diritto, ma deve essere, in un certo senso, al servizio della legge.

Ebbene tutto ciò richiede, in primo luogo, che gli interpreti intendano come regole le norme che traggono dai testi interpretativi. Come abbiamo già accennato, a far sì che una norma sia una regola oppure una norma di altro tipo (ad esempio, un principio) è in ultima analisi il modo in cui essa è modellata dagli interpreti — spesso, una stessa disposizione può essere interpretata in modo da esprimere tanto una regola quanto un principio, e la scelta in un senso o nell'altro sarà frutto di una decisione interpretativa (67). Per far sì che la norma in questione sia una regola, l'interprete ricorrerà dunque a tecniche interpretative in grado di produrre una norma dal contenuto preciso e determinato — tipicamente, ricorrerà all'interpretazione letterale, all'interpretazione restrittiva, e all'argomento a contrario.

In secondo luogo, la legalità nell'interpretazione richiede che gli interpreti "non tradiscano" il messaggio che è affidato al testo legislativo; in altre parole, l'interprete deve mostrare un certo grado di fedeltà al significato ovvio del testo, affinché il cittadino, che in ipotesi ha preso conoscenza in prima persona del testo della legge per

(65) Per alcuni modi di sviluppare questa tesi, v. M. TROPER, *La teoria dell'interpretazione e il problema della sovralegalità costituzionale* (1975), in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, II, Torino, Giappichelli, 1989, 215 ss.; PINO, *Teoria analitica del diritto*, I, cit., 170 ss.; Id., *Supremazia della costituzione e judicial review*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2020, n. 1, 107-124. In particolare, il tipo di gerarchia cui si allude nel testo è la gerarchia "materiale".

(66) Il punto è colto con estrema chiarezza da R. CAVALLLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *D. disc. pubbl.*, XV, 2000, 658.

(67) Per una analisi più dettagliata di questo punto, PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 233-236.

regolare i propri piani di vita, non sia colto di sorpresa da una interpretazione giudiziaria del tutto imprevedibile. Resta ovviamente da capire che cosa sia il significato “ovvio”, nozione tutt’altro che scontata. In linea di massima (68), il significato ovvio consiste nel significato “linguisticamente ovvio”: ciò che l’enunciato sembrerebbe immediatamente significare per un parlante competente della lingua in cui è formulato, dal punto di vista delle regole linguistiche, alla luce delle convenzioni sintattiche e semantiche proprie dei parlanti di riferimento (69).

In terzo luogo, la legalità nell’interpretazione richiede un certo grado di prevedibilità delle interpretazioni che saranno adottate in sede giudiziaria. Questo significa, per un verso, che l’interpretazione giudiziaria deve essere condotta sulla base di procedimenti interpretativi e argomentativi intersoggettivamente condivisi; per altro verso che tra gli interpreti vi sia un grado di stabilità diacronica nelle interpretazioni (gli interpreti successivi si devono conformare alle interpretazioni degli interpreti precedenti).

In quarto luogo, le regole vanno trattate come norme “rigide” nel senso che, una volta che se ne sia individuato il campo di applicazione (la fattispecie), la regola non dovrebbe operare al di fuori di esso. Ciò significa che l’interprete guidato dall’ideale della legalità tenderà a non applicare la norma al di fuori dei casi previsti dalla sua fattispecie (cioè, non farà ricorso all’*analogia*), e viceversa tenderà a non disapplicare la norma rispetto ai casi che rientrano nel suo campo di applicazione introducendovi eccezioni non espressamente previste (cioè, non renderà la norma *defettibile*). L’interprete, dunque, non applicherà la regola a casi da essa non previsti (anche quando potrebbe sem-

brare ragionevole farlo), e applicherà la regola a tutti i casi da essa previsti (anche quando potrebbe sembrare ragionevole non farlo).

In definitiva, dunque, l’ideale della legalità richiede un interprete “conservatore” (in senso giuridico, non politico), un giurista che adotta un approccio “statico”, o “formalista”, all’interpretazione — anziché un giurista “dinamico” e “innovatore” del diritto (70). In particolare, si tratterà di un formalismo “legalista”, che prescrive all’interprete di muoversi esclusivamente, o quanto più possibile, all’interno delle coordinate fornite dal testo della legge, senza integrare le indicazioni che provengono dal testo con considerazioni di tipo extragiuridico (morale, sociologico, economico...) (71).

11. Tensioni tra legalità e interpretazione: a) il carattere sistematico del diritto. — Nel paragrafo precedente abbiamo visto a quali condizioni l’interpretazione giuridica — che è sempre necessariamente presente nella dinamica della legalità — possa contribuire a realizzare gli obiettivi della legalità stessa. Dobbiamo ora chiederci: in che misura queste condizioni sono realizzabili? Fino a che punto l’interpretazione può concorrere a realizzare la legalità? In effetti, abbiamo già notato che il principio di legalità, proprio in quanto principio, è destinato a ricevere applicazioni/attuazioni solo flessibili, graduali, oltreché multidimensionali. Ebbene, quali sono le principali limitazioni che l’attuazione del principio di legalità incontra in campo interpretativo? Vi sono, a ben vedere, alcune caratteristiche “strutturali” dell’interpretazione giuridica che sembrano ostacolare, o quantomeno limitare, l’attuazione del principio di legalità. Di ciò ci occuperemo da questo paragrafo in avanti.

Una prima caratteristica dell’interpretazione giuridica che può entrare — e di fatto entra facilmente — in tensione con le esigenze della legalità

(68) Per una analisi più dettagliata della nozione di “significato ovvio”, PINO, *op. ult. cit.*, 176 ss.

(69) In molti casi, si noti, il significato ovvio è individuato non con criteri puramente linguistici, ma con criteri giuridici: questo accade quando per i termini rilevanti esistono definizioni legislative, o convenzioni interpretative radicate che convergono su un significato “tecnico” o “tecnicizzato” diverso da quello linguistico ordinario. Il fatto che il significato ovvio possa spesso essere un significato tecnico o tecnicizzato è, rispetto all’ideale della legalità, un’arma a doppio taglio. Per un verso, può talvolta essere un elemento di chiarezza e precisione della comunicazione giuridica, e pertanto può favorire l’ideale della legalità. Per altro verso, però, può contribuire a rendere la comunicazione giuridica poco comprensibile e tendenzialmente esoterica, un affare per specialisti. Ciò è collegato ad alcune caratteristiche del diritto che in effetti confliggono con l’attuazione della legalità, quali in particolare il suo carattere sistematico (v. *infra*, § 11) e il suo carattere di linguaggio amministrato (v. *infra*, § 14).

(70) Sulla distinzione tra giurista “conservatore” e giurista “innovatore”, N. BOBBIO, *Diritto e scienze sociali* (1971), in Id., *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 34-35; U. SCARPELLI, *Metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 531 ss. Sulla distinzione tra ideologie “statiche” e “dinamiche” dell’interpretazione, J. WRÓBLEWSKI, *L’interprétation en droit: théorie et idéologie*, in *Archives de philosophie du droit*, 17, 1972, 65; M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XV, 1988, 5; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 437-438.

(71) PINO, *L’interpretazione nel diritto*, cit., 319 ss. Un approccio di questo tipo è raccomandato, ad esempio, da F. SCHAUER, *Formalism*, in *Yale Law Journal*, 97, 1988, 509 ss.; A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 56, 1989, 1175 ss.; F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007, 192.

deriva dalla natura sistematica del diritto. I precetti giuridici non si presentano come stringhe linguistiche isolate, ma come parti di un “tutto” — l’ordinamento giuridico. E, a parte il fatto che i confini dell’ordinamento giuridico non sono del tutto precisi, occorre tenere presente che l’ordinamento è a sua volta suddiviso in varie partizioni settoriali e sotto-settoriali, la cui estensione non è sua volta esattamente determinata, né sono rigidamente prestabiliti i modi in cui questi settori e sotto-settori possono interagire tra loro (72).

Ebbene, la natura sistematica del diritto rende l’interpretazione un affare molto più complicato rispetto a quanto vorrebbe il modello di interpretazione legalista tracciato nel paragrafo precedente.

Innanzitutto, mentre il giurista professionale percepisce il carattere sistematico del diritto come una ovvietà, al punto che l’interpretazione sistematica è una delle risorse più comuni a disposizione dell’interprete, di contro il cittadino medio di solito non è in grado di ricostruire se non in maniera affatto minimale i nessi sistematici che ciascun enunciato giuridico (ciascuna disposizione) intrattiene con altri enunciati presenti nell’ordinamento giuridico. Questo è particolarmente evidente nel caso di termini “tecnicizzati”, cioè termini che fanno parte del linguaggio ordinario, ma che nel diritto assumono un significato specifico, diverso da quello ordinario. Di conseguenza, il carattere sistematico del diritto può portare il giurista a considerare come “ovvio” un significato che per il cittadino non è ovvio affatto; per non dire che, sempre a causa del carattere sistematico del diritto, anche per il giurista può talvolta essere complicato — e per nulla ovvio — ricostruire il significato più appropriato di un enunciato giuridico. In altre parole, il carattere sistematico del diritto fa calare sull’interpretazione giuridica uno strato di tecnicità, che la rende ostica al cittadino non giurista — e questo evidentemente incide sulla certezza, prevedibilità ecc. auspiccate dall’ideale della legalità, quantomeno se riguardate dal punto di vista del cittadino e non del giurista professionale.

In secondo luogo, il carattere sistematico del diritto significa non solo che il diritto è una realtà molto estesa e complessa (settori, sotto-settori, micro-sistemi, ecc.), ma anche che il diritto ha una struttura “verticalmente” complessa: il diritto è

organizzato su plurimi livelli gerarchici. Vi sono fonti e norme che si trovano su gradini diversi della piramide giuridica. E questo non vuol dire altro che nel diritto vi sono vari strati di legalità (legislativa, costituzionale, convenzionale, eurounitaria...). Ebbene, è evidente che questi vari livelli di legalità possono facilmente entrare in tensione tra loro (peraltro, questo è esattamente nella loro natura: uno strato di legalità viene introdotto esattamente per limitare e vincolare lo strato ad esso inferiore), e queste tensioni si scaricano spesso — quasi sempre — sull’interpretazione giuridica. Si pensi al caso dell’interpretazione (della legge) conforme a Costituzione: per evitare un contrasto tra legge e Costituzione, spesso l’interprete è indotto ad assoggettare la legge ad interpretazioni variamente manipolative (estensive, restrittive, introduzione di eccezioni implicite, ecc.), producendo un risultato interpretativo che non di rado è molto lontano dalla lettera della legge (73). Non solo. Come abbiamo visto, ogni strato di legalità ha sempre un suo organo di garanzia. Questo vuol dire che diversi organi di garanzia, custodi di diversi circuiti di legalità, possano avere opinioni differenti su come raccordare i diversi livelli di legalità rilevanti. Istruttive, al riguardo, le vicende delle “guerre tra Corti”, che hanno contrapposto la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, così come la Corte costituzionale e la Corte di giustizia UE (74).

12. (Segue): b) *legalità ed equità nell’interpretazione*. — L’ideale della legalità richiede che il giudice applichi norme generali e astratte, “rigide” (regole), stabilite in anticipo per classi di casi. La legalità è dunque contrapposta al giudizio di equità, alla decisione basata su una valutazione particolaristica delle circostanze specifiche e irripetibili del singolo caso (75). Ma può l’interpretazione giuridica prescindere *del tutto* da valutazioni particolaristiche e in qualche senso equitative? Vediamo.

Il diritto che risponde all’ideale della legalità è, abbiamo visto, essenzialmente un diritto per re-

(73) LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell’ordinamento*, cit., 507: «le possibilità di interferenza tra legalità costituzionale e legalità legale sono continue»; *ivi*, 509: «la legalità costituzionale preme sulla legalità legale imponendo al giudice comune di seguire la via dell’interpretazione conforme a Costituzione». Cfr. anche C. cost. 13 luglio 1987, n. 255, dove appunto si contrappone “la certezza della legge” alla “certezza della costituzione”.

(74) Alcune di queste vicende sono analizzate da M. RUOTOLO, *Interpretare*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014.

(75) BOBBIO, *Legalità*, cit., 503; R. GUASTINI, *Equità e legalità*, in *Giur. cost.*, 2004, 2243 ss.

(72) Dubbio interpretativo tipico: il termine T, che figura sia nel sotto-sistema SS₁ sia nel sotto-sistema SS₂, ha sempre lo stesso significato? Oppure ha in SS₁ un significato diverso rispetto a quello che ha in SS₂?

gole: le regole sono in grado di realizzare i desiderata dell'ideale della legalità. Le regole, però, portano con sé alcuni problemi congeniti. Rispetto alla loro *ratio* sostanziale (alla ragione per cui si stabilisce *quella* regola, con *quel* contenuto), le regole si rivelano spesso sovra- e sotto-inclusive, e questo deriva esattamente dal carattere generale delle regole stesse: le regole, infatti, possono risultare applicabili anche a casi in cui la *ratio* sostanziale della regola non è rilevante, in tal modo dettando un risultato non giustificato dalla *ratio* della regola stessa (sovra-inclusività); o, al contrario, le regole possono risultare non applicabili a casi nei quali invece la loro *ratio* sostanziale sarebbe rilevante (sotto-inclusività) (76). Ora, è proprio delle regole opporre una certa resistenza anche davanti a questi casi recalcitranti: una regola funziona come regola solo se siamo disposti a tenerla ferma, almeno tendenzialmente, anche quando essa risulta sovra- o sotto-inclusiva. Questa capacità di resistenza deriva esattamente dal fatto che le regole sono funzionali ai valori che abbiamo visto più volte (eguaglianza, autonomia personale, distribuzione di potere decisionale...). Se (e nella misura in cui) si vogliono perseguire valori di quel tipo, la strategia decisionale da adottare richiede di fare ricorso a regole, anziché a decisioni caso per caso. Con ciò, se le regole permettono di assicurare benefici in termini di legalità, lo fanno al costo di incorporare una dose di arbitrarietà, che deriva esattamente dal loro carattere "rigido": in certi casi, infatti, l'obbedienza alla regola da parte del cittadino, o l'applicazione della regola da parte dell'organo dell'applicazione, non sarà giustificata dalla sua *ratio* sostanziale (sarà sovra- o sotto-inclusiva), ma la regola, per funzionare come regola, dovrebbe essere applicata lo stesso.

Ora, in alcuni tipi di casi, è possibile che sia meglio rassegnarsi a convivere con la dose di arbitrarietà, reale o potenziale, che la regola si porta dietro: ad esempio perché, in quel tipo di caso, sostituire la regola generale con decisioni da prendere caso per caso sarebbe molto peggio, in termini di costi organizzativi e di rischi di arbitrarietà e di discriminazioni (77). In questi casi, può

(76) Seguiamo qui l'analisi di SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit.; Id., *Thinking like a Lawyer*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2009, 24-29.

(77) Si pensi, ad esempio, alla sostituzione della regola che attribuisce il diritto di voto al compimento dei 18 anni di età con un sistema di decisioni individualizzate, caso per caso, sul possesso di un'adeguata maturità al fine dell'esercizio del diritto di voto. Riprendiamo l'esempio da T. ENDICOTT, *The Value of Vagueness* (2005), in *Philosophical*

capitare che l'applicazione della regola talvolta non sia sorretta dalla sua giustificazione sostanziale, ma ciò non toglie che restano altre possibili ragioni (in breve, ragioni in termini di legalità), per continuare ad applicare la regola, e che anzi queste ragioni siano, in tali contesti, preponderanti.

In altri casi, però, il potenziale di arbitrarietà insito nell'applicazione di regole può essere tale da consigliare parziali deviazioni dal, o ammorbidimenti del, modello delle regole. In questi casi, cioè, il modello delle regole non è di per sé inadeguato, ma richiede correzioni "locali". E di conseguenza si ammette che la relativa incertezza, derivante dalla parziale deviazione dal modello delle regole (cioè l'occasionale sacrificio delle giustificazioni per avere regole in termini di legalità), sia un compromesso accettabile al fine di mantenere in piedi un sistema che comunque rimane, nel suo complesso, organizzato in base a regole.

E in altri casi ancora, infine, il ricorso alle regole risulta arbitrario, irragionevole, in una maniera ancora più radicale. Questi sono i casi in cui la realtà da disciplinare ha una complessità tale, da non poter essere affatto ricondotta alla precisione che è tipica delle regole: per gestire casi di questo tipo le regole sarebbero uno strumento spuntato e deformante. Si pensi al caso del *best interest of the child*, o alla definizione della tortura o di *mobbing*, o ai comportamenti che possono integrare una condotta conforme a (o contraria a) buona fede, correttezza, diligenza... In casi di questo tipo, gli interessi che il diritto intende tipicamente proteggere possono essere tutelati (o violati) in modi tanto diversi, e in contesti tanto diversi, da rendere il ricorso a regole affatto inadeguato. Intervenire con regole, in questi casi, servirebbe davvero a poco.

Dunque. Il diritto per regole può risultare arbitrario, irragionevole: occasionalmente o, in alcuni casi, addirittura inevitabilmente. È per questa ragione che in un tessuto di regole inizia ad insinuarsi l'esigenza dell'equità o, come talvolta si dice, della ragionevolezza: l'idea che le regole debbano essere integrate da ulteriori dispositivi (possiamo chiamarli "dispositivi di ragionevolezza") che rendano possibile attenuarne il rigore, perlomeno in certe circostanze e a date condizioni.

Alcuni dispositivi di ragionevolezza sono esplicitamente incorporati già nella formulazione testuale delle regole, o comunque affiancano espressamente le regole all'interno del diritto positivo.

Foundations of Language in the Law a cura di A. MARMOR e S. SOAMES, Oxford, Oxford University Press, 2011, 14 ss.

Gli esempi più ovvi sono le clausole generali e i concetti elastici (talvolta chiamati “organi respiratori” del sistema); le cause di giustificazione in materia penale (scriminanti), così come le circostanze aggravanti e attenuanti del reato (78); l'autorizzazione ad integrare il diritto lacunoso (cioè, a rimediare ad una situazione di sotto-inclusività delle regole) tramite il procedimento per analogia (art. 12 comma 2 disp. prel.). E si potrebbe pensare che sia compito del “buon legislatore” inserire adeguati dispositivi di ragionevolezza nel tessuto del diritto per regole, autorizzando così l'interprete, occasionalmente, a deviare dall'applicazione “legalistica” della legge stessa.

In questi casi, le deviazioni dalla legalità richieste dall'equità sembrerebbero ancora svolgersi all'interno di un quadro saldamente controllato dalla legge, al pari degli incendi controllati che i contadini sono autorizzati a fare esclusivamente in certe zone e a certe condizioni. Ma, a ben vedere, non si può pensare che l'individuazione di dispositivi di ragionevolezza sia un compito che spetti *esclusivamente* al legislatore. In realtà, in molti casi è l'interprete stesso a decidere di svincolarsi dalla legalità, per abbracciare la ragionevolezza/equità. Ciò per due ordini di ragioni, tra loro collegate.

La prima ragione è che l'esigenza di far filtrare la ragionevolezza nel tessuto delle regole è talmente radicata nell'abito mentale dei giuristi, che ben difficilmente l'elenco dei dispositivi di ragionevolezza operanti in una data cultura giuridica si ridurrà a quelli espressamente previsti dal legislatore. L'esigenza di ragionevolezza nasce dalla pressione dei casi, che per definizione sono imprevedibili: non si possono prevedere in anticipo tutte le infinite combinazioni di proprietà con cui si potrà manifestare un caso concreto (79). E dunque non si possono prevedere in anticipo tutti i modi in cui una regola può dare luogo ad applicazioni arbitrarie che necessitano di una correzione “equitativa”. Proprio per questa ragione, conosciamo tutta una serie di dispositivi di ragionevolezza “impliciti”, “spontanei”, nati dalla prassi applicativa man mano che se ne presenti l'opportunità (80).

(78) Secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989, 135 ss., circostanze aggravanti e attenuanti fanno sì che il giudice debba svolgere un'opera di « connotazione equitativa » rispetto all'applicazione della legge penale.

(79) B. CELANO, 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, in *Ragion pratica*, 18, 2002, 223 ss.; e v. anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981, 38, sulle « incognite del divenire ».

(80) Alcuni esempi: la dottrina dell'abuso del diritto; le scriminanti “atipiche”, o non codificate; la trasformazione,

La seconda ragione è che, a causa dell'infinita varietà del reale (la varietà delle circostanze di fatto, e delle combinazioni tra gli interessi giuridicamente rilevanti che possono venire di volta in volta in gioco), non si può stabilire una formula magica che stabilisca in anticipo quando è preferibile affidarsi alle regole e quando invece è opportuno far entrare in azione un dispositivo di ragionevolezza (sia esso codificato dal legislatore, oppure creato dagli interpreti) (81). Assodato che la regola non sarà mai perfettamente ottimale — la regola darà sempre adito a situazioni di sovra- o di sotto-inclusività — il problema sarà quanta sub-ottimalità l'interprete dovrà essere disposto a tollerare. Il problema, cioè, sarà decidere di volta in volta se continuare a seguire la regola, o se affidarsi alla ragionevolezza. E questa decisione, una decisione altamente contestuale, è rimessa, in ultima analisi, all'interprete.

Certamente, l'interprete “legalista” sarà portato a seguire le regole quanto più possibile, prima di far entrare in funzione qualche dispositivo di ragionevolezza. Ma una fedeltà assoluta alle regole renderebbe il diritto un'impresa irrazionale, e in definitiva incapace, in molti casi, di realizzare gli stessi scopi che il diritto si prefigge (le *rationes* sostanziali di volta in volta soggiacenti alle singole regole giuridiche). L'applicazione delle regole giuridiche si muove sempre su uno sfondo, una presupposizione tacita, di ragionevolezza (82). In alcuni casi (forse, nella maggior parte dei casi) la sub-ottimalità delle regole sarà accettata come un costo collaterale da pagare per una regola che, nel complesso, funziona. In altri casi, la pressione della ragionevolezza produrrà uno strappo nel cielo di carta delle regole, e il giurista dovrà di

in via interpretativa, di un elenco (che testualmente appare come) tassativo in elenco esemplificativo, o di un termine (che testualmente appare come) perentorio in termine ordinario; l'interpretazione teleologica; l'interpretazione evolutiva; l'interpretazione “orientata alle conseguenze”; l'interpretazione equitativa; l'interpretazione adeguatrice, l'applicazione diretta e il bilanciamento giudiziale di principi costituzionali. Ciò che tutte queste cose hanno in comune è esattamente permettere all'interprete di allentare il vincolo opposto dalle regole, per cercare una soluzione “adeguata al caso”.

(81) Sul “problema della riconsiderazione” (cioè, esattamente, il problema di quando “riconsiderare” la decisione cristallizzata nella regola), v. CELANO, *Rule of Law e particolarismo etico*, cit.

(82) Questa presupposizione tacita viene talvolta alla luce sotto la forma dell'argomento “apagogico”, che serve a screditare una certa interpretazione in base al rilievo che essa produce risultati assurdi (e infatti è anche chiamato argomento *ab absurdo*): v. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 310.

Poteri interpretativi e principio di legalità

volta in volta decidere se ricucirlo, o se invece guardarvi attraverso. E non esiste una formula per stabilire quando mantenere ferma la modalità di *default* (l'applicazione delle regole), e quando invece passare alla modalità correttiva (il ricorso alla ragionevolezza/equità).

13. (Segue): *c) legalità e creatività nell'interpretazione*. — Abbiamo visto che l'ideale della legalità, pur non potendo fare a meno dell'interpretazione, richiede un interprete “modesto”, che si limiti a trasmettere fedelmente le prescrizioni legislative (regole). In altre parole, l'interpretazione “legalista” rifugge dalla creatività interpretativa.

Questo è un punto delicato, e che recentemente sta suscitando un intenso dibattito nella cultura giuridica italiana, complicato per un verso dal rilievo ideologico della questione (che si ramifica sulla tenuta dello Stato di diritto, della separazione dei poteri, della democrazia...), per altro verso dall'ambiguità di cosa significhi, qui, “creare”, e di cosa precisamente possa essere “creato” dall'interpretazione (83).

In via di prima approssimazione, la questione della “creatività interpretativa” (o del “diritto di creazione giurisprudenziale”, o espressioni simili) può essere intesa in due modi, che è bene tenere distinti: il primo riguarda il problema se la giurisprudenza sia (possa essere, non possa non essere, ecc.) fonte del diritto; il secondo riguarda il problema se, e a quali condizioni, l'interpretazione anziché limitarsi a “riprodurre” (in qualche senso) l'oggetto da interpretare, lo sostituisca con un altro oggetto del tutto diverso. Di conseguenza, vengono in considerazione due sensi di “creatività”: la prima questione riguarda la creatività “in senso pragmatico”; la seconda questione riguarda la creatività “in senso semantico” (84).

Ebbene, rispetto all'ideale della legalità, la creatività interpretativa *in senso pragmatico* appare tendenzialmente fuori gioco: come abbiamo visto e come è evidente, la legalità richiede che i giudici adottino *la legge come* (esclusiva?) fonte del diritto (85): almeno per il modo in cui la legalità è conformata in un ordinamento di *civil law* come

(83) Tentativi di disambiguazione si possono leggere in G.R. CARRIÒ, “I giudici creano diritto” (*esame di una polemica giuridica*) (1961), in *Diritto e analisi del linguaggio* a cura di U. SCARPELLI, Milano, Comunità, 1976, 397 ss.; E. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto* (1967), in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, 1 ss.; GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 325 ss.; PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 336 ss.

(84) Per questa distinzione, PINO, *loc. cit.*

(85) *Supra*, nt. 29 e testo corrispondente, e § 10. Ma si

quello italiano, l'ideale della legalità preclude all'interprete di considerare i precedenti giudiziari come fonte del diritto, cioè come standard vincolanti per le proprie decisioni. Questo, all'apparenza, suona abbastanza ovvio: ma nel prossimo paragrafo dovremo fare i conti anche con alcuni limiti di questa tesi.

Occupiamoci adesso della creatività interpretativa *in senso semantico*. Per inquadrare correttamente il problema, si tenga presente che l'interpretazione, per sua stessa natura, include sempre un apporto, anche minimo, di creatività. Questo perché l'interpretazione è una impresa “trasformativa”: consiste nel trasformare un oggetto di partenza (un testo) in qualcos'altro (un significato, eventualmente calato anch'esso in un altro testo). Nel passaggio dal testo al significato avviene sempre una trasformazione — una interpretazione che si limitasse a reiterare pedissequamente il testo di partenza non sarebbe una *buona* interpretazione, e probabilmente non sarebbe neanche *davvero* una interpretazione. La trasformazione interpretativa, si noti, mira sempre a riprodurre l'oggetto interpretato in modo che quest'ultimo, una volta interpretato, sia in qualche senso “migliore” (più chiaro, più comprensibile, più conforme al sistema o a Costituzione, più giusto, ecc.) rispetto a come poteva apparire prima dell'interpretazione. Ma, e questo è il punto centrale, per aversi “interpretazione”, e non qualcos'altro, è necessario che, a interpretazione avvenuta, l'oggetto di partenza sia ancora riconoscibile come tale (ma più chiaro, più comprensibile, ecc.) (86).

Ora, la trasformazione interpretativa può richiedere che l'interprete effettui interventi di vario tipo, e di varia intensità. In molti casi, la creatività interpretativa è esercitata comunque *all'interno* delle maglie, più o meno lasche, dell'ordinamento: solitamente non assomiglia ad un *big bang*, ma al completamento di un quadro già in gran parte dipinto, al quale il giudice si trova ad aggiungere — con qualche libertà, ma non con una discrezionalità assoluta, anzi spesso entro margini anche ristretti — alcuni dettagli spesso anche importanti. È, come si suol dire, una “legislazione interstiziale”, che completa gli spazi di incertezza, più o

vedano anche le possibili eccezioni indicate *supra*, nt. 10 e 14.

(86) Così, un musicista “interpreta” un brano se la sua *performance* è riconoscibile come esecuzione di quel brano (tra le molte diverse esecuzioni possibili). Ma uno scultore, nel ricavare una statua da un blocco di marmo, non sta in ciò “interpretando” il blocco di marmo.

meno ampi a seconda dei casi, lasciati dalla legislazione (87). Questo tipo di creatività interpretativa, oltre che fisiologico, è spesso inevitabile: perché spesso è impossibile che il giudice abbia a disposizione un diritto legislativo perfettamente chiaro, ordinato, completo, coerente, e la cui applicazione ai casi concreti richieda operazioni meramente meccaniche. In certi casi, qualificare come “creative” le operazioni necessarie al fine di estrarre la norma dai testi di partenza può suonare, indubbiamente, una esagerazione: non sempre tali operazioni richiedono un particolare grado di inventiva e di fantasia giuridica. Talvolta, queste scelte sono talmente ovvie da poter sembrare automatiche. Ciononostante, usare la nozione di creatività, qui, può comunque avere un valore “terapeutico”, per contrastare una tendenza sempre presente tra i giuristi a considerare l’interpretazione come una operazione essenzialmente dichiarativa, di mera scoperta di qualcosa che “è già lì”, occultando le scelte e l’aspetto trasformativo presente nell’interpretazione.

Non è tutto. Talvolta, l’interpretazione è creativa in un senso più forte: si tratta dei casi in cui l’interpretazione è frutto di una trasformazione molto intensa e pressoché radicale rispetto alla formulazione testuale della disposizione di partenza. Questo accade, ad esempio, quando l’interprete attribuisce ai termini che figurano nella disposizione un significato del tutto nuovo, o quando applica la disposizione a casi inediti, impreveduti. La trasformazione interpretativa, in questi casi, assume fattezze innovative, e tendenzialmente creative (88).

Infine, una creatività ancora più intensa è all’opera quando l’attività interpretativa porta all’individuazione di norme implicite, ad esempio tramite l’analogia, o tramite individuazione e concretizzazione di principi impliciti. In questi ultimi casi, l’interprete individua una norma “nuova”, nel senso che tale norma non può essere considerata — e comunque non è presentata — come il significato di una disposizione. Questa norma “nuova” è in qualche modo estratta dal sistema, ma non come significato testuale di un enunciato delle fonti.

Ora, un modo semplice di accostarsi alla que-

stione della creatività interpretativa sarebbe di ipotizzare che *fino a un certo punto* ciò che accade è interpretazione in senso proprio, che mette capo a norme esplicite o espresse (in quanto direttamente ricollegabili a disposizioni), mentre *da quel punto in poi* ciò che accade è piuttosto “integrazione” del diritto, che mette capo a norme implicite o inesprese (prive di un diretto aggancio testuale): la creatività inizierebbe esattamente in quel punto, e si tratterebbe di una creatività in senso forte, perché qui l’interprete agirebbe al di fuori — o perfino in assenza — di un testo a cui attribuire significato. E ovviamente i giuristi più “rigorosi” e legalisti fisserebbero quel punto di confine in una zona molto vicina al significato letterale, mentre giuristi meno rigorosi, “sostanzialisti”, lo situerebbero molto al di là dell’area della tollerabilità linguistica (o non lo fisserebbero affatto).

In realtà, questo sarebbe un modo davvero troppo semplice, ingannevolmente semplice, di porre la questione. Infatti, a causa dell’elasticità del linguaggio (il fatto che ogni espressione linguistica ha margini di vaghezza, e dunque ha zone più o meno estese di incertezza del significato), non c’è un punto esatto in cui si esce dall’area dei significati ammissibili e si entra nell’area dei significati del tutto nuovi. Dato un enunciato presente nelle fonti, non vi è un numero rigido e predeterminato di possibili significati, scegliendo tra i quali l’interprete fa interpretazione in senso proprio, mentre invece effettua una “creazione” nel momento in cui fuoriesce da quel novero di possibilità. Piuttosto, dato un enunciato presente nelle fonti, vi sarà un nucleo centrale di interpretazioni “ovvie”, facili (i casi paradigmatici), e man mano che l’interprete si allontana da questo nucleo, per “scarti” o “slittamenti” successivi, l’interpretazione diventerà sempre più “creativa” (89). E la nozione di “scarto”, o di “slittamento”, è una nozione graduale, scalare, non una nozione del tipo tutto-o-niente: ciò vuol dire che non c’è un punto esatto, un confine chiaro, attraversato il quale l’innocua “interpretazione” (anchorché fisiologicamente o debolmente creativa) diventa a tutti gli effetti “creazione”. Dunque: l’attività interpretativa è sempre, in qualche misura, manipolativa e trasformativa. Il

(87) C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, Torino, Giappichelli, 2016, 261. V. anche G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 129-131, che parla in questo senso di interpretazione « latamente creativa ».

(88) Si può parlare in questo caso di « interpretazione-creazione » (PINO, *L’interpretazione nel diritto*, cit., 199 ss.) o « interpretazione creativa » (GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 29 ss.).

(89) Così, dato un enunciato in cui figura la parola “veicolo”, vi saranno interpretazioni poco creative in quanto si attestano sui casi paradigmatici di veicoli (automobili, motocicli), e interpretazioni via via più creative man mano che si riferiscono a casi meno chiari, a casi marginali o a casi dubbi di veicoli (biciclette, monopattini, droni, deltaplani, auto giocattolo...).

problema, però, è che non siamo in grado di affermare con certezza quanto scarto sia necessario o sufficiente per transitare, di scostamento in scostamento, di manipolazione in manipolazione, da una norma espressa a una norma inespressa, da una creazione “debole” a una creazione “forte”. È proprio dei concetti vaghi non solo presentare casi dubbi, ma anche non presentare una netta linea di distinzione tra casi chiari e casi dubbi. La stessa distinzione tra norme espresse e inesprese è dunque incerta, sfumata, fluida (90).

Ovviamente, rimarcare che una distinzione — come la distinzione tra creazione “debole” e “forte”, o tra “interpretazione” e “integrazione”, o tra “norme espresse” e “norme inesprese” — è una distinzione “solo” graduale e non di sostanza non equivale necessariamente a sconfessare quella distinzione, o a considerarla priva di significato. In effetti, moltissime delle distinzioni con cui abbiamo a che fare quotidianamente sono proprio di questo tipo. E dire che le distinzioni in questione sono distinzioni gradualmente non esclude la possibilità di individuare con relativa sicurezza alcuni esempi chiari di creatività “debole” o “forte”, di interpretazione e di integrazione, o di norme espresse e di norme inesprese. Tra queste polarità opposte, si trova però un *mare magnum* di possibilità intermedie, per ciascuna delle quali si potrebbe plausibilmente argomentare di essere in presenza tanto di interpretazione quanto di creazione (91); e in questi casi non c'è un punto fisso, archimedeo, dal quale distinguere l'una cosa dall'altra.

14. (Segue): d) *potere interpretativo (il paradosso della legalità)*. — L'interpretazione, e in particolare l'interpretazione svolta in sede giudiziaria, intrattiene con la legalità un rapporto bifronte. Per un verso, come abbiamo visto, l'interpretazione giudiziaria *custodisce* (nel senso di: ha il compito di custodire) la legalità: la legalità richiede organi di garanzia, tipicamente di tipo giudiziario, e la funzione di garanzia svolta da questi organi passa attraverso l'interpretazione. Per altro verso, l'interpretazione stessa — e in particolare quella svolta in ambito giudiziario — è, a sua volta,

(90) Abbiamo argomentato ampiamente in tal senso in G. PINO, *Norme inesprese*, in *Analisi e diritto*, 2020, 93 ss.

(91) Questo è in effetti ciò che è accaduto nella nota vicenda giudiziaria di Radio Vaticana (conclusa con Cass. pen., sez. III, 26 settembre 2008 n. 36845), nei cui vari gradi di giudizio sono state difese, e argomentate con pari plausibilità, sia la tesi che l'applicazione al caso in questione delle norme rilevanti avrebbe richiesto una “mera” interpretazione estensiva, sia la tesi che ciò sarebbe stato possibile solo ricorrendo all'analogia (preclusa in diritto penale).

un potere: un potere dunque che, come ogni altro potere, è sua volta *soggetto* alla legalità (92).

La soggezione del potere interpretativo del giudice alla legalità emerge non solo, ovviamente, da solenni proclamazioni di principio (quali « i giudici sono soggetti soltanto alla legge », art. 101 cost.), e dal fatto che le sentenze sono impugnabili per violazione di legge, ma anche dalla presenza di norme che intendono indirizzare in vario modo il potere interpretativo del giudice (art. 12 prel.); nonché, infine, dall'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari (93). Si tratta di accorgimenti che cercano di realizzare l'ideale della legalità nella giurisdizione, sia saldando il legame tra la giurisdizione e la legge, sia aumentando il tasso di prevedibilità delle decisioni giudiziarie (94).

Tuttavia, qui emerge un paradosso — potremmo chiamarlo il “paradosso della legalità”: l'ideale della legalità richiede la soggezione di certe “relazioni sociali” *alla legge*; ma, in definitiva, comporta la loro soggezione *alla giurisdizione*: « sono i giudici (costituzionali) che controllano l'obbedienza del legislatore alle norme costituzionali; sono ancora i giudici (ordinari e amministrativi) che controllano l'obbedienza del governo alle norme legislative; e finalmente sono ancora i giudici (di cassazione) che controllano l'obbedienza alla legge da parte degli altri giudici » (95).

Ebbene, il paradosso della legalità ha tre principali ramificazioni.

Una prima ramificazione è che la legalità che i giudici fanno valere è la legalità della legge (o, a seconda dei casi, della Costituzione, e così via) *così come interpretata dai giudici stessi*. Abbiamo già visto che, nella dinamica della legalità, l'interpretazione è inevitabile (96). Quando il giudice verifica se una certa “relazione sociale” è conforme alla legge, non può fare a meno, in ciò, di interpretare la legge — come minimo, egli si rimetterà ad interpretazioni altrui, cioè alle interpretazioni fornite da altri organi giudiziari. La legge che il

(92) V. *supra*, nt. 29 e testo corrispondente. Secondo GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., e RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., nella giurisdizione il principio di legalità opera in maniera anche più pregnante che verso l'amministrazione.

(93) Sull'obbligo di motivazione come garanzia contro decisioni arbitrarie, GUASTINI, *Le garanzie dei diritti costituzionali*, cit., 185.

(94) GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., 85 (« la prevedibilità delle decisioni in questo senso si traduce in controllabilità: il valore specificamente giuridico della certezza è dunque la controllabilità delle decisioni giuridiche »).

(95) GUASTINI, *Le garanzie dei diritti costituzionali*, cit., 187.

(96) *Supra*, § 9.

giudice applica è un “testo” che è stato trasformato in “norma” (il testo non si applica da sé, deve prima essere interpretato); e questa trasformazione è effettuata dal giudice stesso, o da altri giudici: è il giudice dunque che, in ultima analisi, dà contenuto al parametro della legalità — sia tale parametro rappresentato dalla legge in senso tecnico, o dalla Costituzione, dalla CEDU (97), ecc. E, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, non c'è una netta linea di confine tra interpretazioni “fedeli” alla legge e interpretazioni “creative”.

Generalizzando il discorso, è stato notato da tempo che il linguaggio del diritto è un “linguaggio amministrato” (98): un linguaggio che, diversamente dal linguaggio ordinario (che pure, in grande misura, è in esso incorporato) è condizionato dalla presenza di autorità — autorità della produzione normativa, così come autorità dell'applicazione normativa. Nel diritto vi sono soggetti autorizzati a decidere sui significati, soggetti le cui interpretazioni “fanno stato” tra i destinatari delle loro decisioni (99). Gli organi dell'applicazione, quando decidono sul merito dei casi ad essi sottoposti, allo stesso tempo decidono anche sul significato degli enunciati linguistici ai quali le autorità della produzione normativa hanno affidato la comunicazione giuridica — diventando così, quantomeno, dei co-produttori del linguaggio giuridico. Certo, le decisioni delle autorità della produzione giuridica sono in grado di vincolare, potenzialmente, tutti; mentre, almeno nei contesti ordinamentali in cui la giurisprudenza non è fonte formale del diritto, le decisioni delle autorità dell'applicazione possono vincolare solo le parti della singola controversia (salvo alcune eccezioni). Tuttavia, le decisioni sul significato adottate dagli organi dell'applicazione, specie di quelli percepiti come particolarmente autorevoli (una corte di ultima istanza, ad esempio), di fatto sono normalmente in grado di proiettare effetti ben al di là del

caso concreto: queste decisioni sul significato si possono facilmente stabilizzare in usi replicati da altre autorità dell'applicazione, e in ultima analisi diffondersi in tutta la cultura giuridica.

La conclusione di questa prima ramificazione del paradosso della legalità è, dunque, che i giudici controllano il rispetto della legge, ma in una certa misura sono i giudici stessi a fissare il significato della legge.

Una seconda ramificazione del paradosso della legalità è la seguente (100): l'ideale della legalità richiede istituzioni di garanzia che svolgano, appunto, un controllo di legalità. Queste istituzioni di garanzia però, abbiamo visto, sono a loro volta dei poteri, possibilmente da assoggettare a loro volta a un controllo di legalità: i giudici ordinari sono soggetti al controllo (di legalità) da parte della Corte di cassazione, e in qualche misura anche da parte della Corte costituzionale (nella misura in cui essi seguano un “diritto vivente” contrario a Costituzione); i giudici amministrativi sono soggetti al controllo (di legalità) del Consiglio di Stato, e così via. Ebbene, il problema è che, con tutta evidenza, le istituzioni di garanzia non possono che essere in numero finito: e dunque, prima o poi, si arriverà necessariamente ad una istituzione di garanzia che non è a sua volta soggetta al controllo di altre istituzioni di garanzia — un “controllore ultimo”, per così dire. Si pone, in altre parole, il problema tradizionalmente sintetizzato nella formula “*quis custodiet ipsos custodes?*”.

In altre parole: il potere giudiziario è custode della legalità; e in quanto potere è, in linea di principio, soggetto anch'esso alla legalità; ma quantomeno alcune propaggini apicali del potere giudiziario non possono *concettualmente* essere soggette alla legalità, per la semplice ragione che esse non sono a loro volta assoggettate ad una ulteriore istituzione di garanzia (e, se lo fossero, il problema si riprodurrebbe tale e quale nei confronti di questa ulteriore istituzione di garanzia) (101).

(97) Questo punto è stato ripetutamente sottolineato dalla Corte costituzionale (v. ad esempio le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), quando ha affermato che nell'operare il raffronto tra diritto italiano e CEDU si deve fare riferimento al « significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse [cioè alle disposizioni della CEDU] interpretazione ed applicazione ».

(98) La fortunata definizione si deve a M. JORI, *Linguaggio giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* a cura di G. PINO, A. SCHIAVELLO e V. VILLA, Torino, Giappichelli, 2013, 257 ss.; Id., *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi, 2016. Per alcune implicazioni di questa idea nel campo dell'interpretazione giuridica, v. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 104 ss.

(99) Parla a questo proposito di “poteri interpretativi” B. CELANO, *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Modena, Mucchi, 2017.

(100) Questa seconda ramificazione del paradosso della legalità corre in parallelo al cosiddetto paradosso della nomodinamica (indagato a fondo da CELANO, *Due problemi aperti*, cit., 59 ss.), e anzi ne è un aspetto specifico.

(101) L'impossibilità *concettuale* di escludere un “controllore ultimo”, non ulteriormente controllato, non impedisce, ovviamente, che il controllore ultimo possa essere limitato in modi diversi rispetto ad un controllo di legalità: ad esempio, può essere di fatto limitato dai rapporti politici, di forza, che si possono instaurare tra i vari soggetti istituzionali che operano nell'ordinamento (questo punto è sottolineato particolarmente da TROPER, *La teoria dell'interpretazione*, cit.; Id., *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*, in *Pouvoirs*, 16, 1981, 5 ss.); o si può intervenire sulle

Abbiamo trovato dunque il soggetto che ha l'ultima parola sulla legalità, il "controllore ultimo", concettualmente sottratto ad un controllo di legalità? Forse no — e questa è la terza ramificazione del paradosso della legalità (102). Un "controllore ultimo", così come qualunque altro "controllore" (una istituzione che svolge un controllo di legalità) non solo interpreta la legge (intesa in senso ampio), ma normalmente cala la propria interpretazione della legge in un testo. Questo testo è tipicamente una sentenza. Dunque, il controllore, incluso il controllore ultimo, per svolgere la sua funzione istituzionale parte da un testo e, interpretandolo, produce un altro testo (103). E anche questo secondo testo dovrà essere a sua volta interpretato (si tratta, evidentemente, di una ennesima riproposizione del problema dell'inevitabilità dell'interpretazione). Ebbene, il controllore ultimo ha davvero l'ultima parola sulla legalità, se la sua interpretazione è a sua volta soggetta a future, ulteriori interpretazioni?

15. (*Senza conclusioni.* — L'ideale della legalità, quantomeno a partire dalle sue formulazioni "moderne", sembra postulare non solo un legislatore razionale (che produca poche leggi, chiare, facilmente accessibili, ecc.), ma anche un potere giudiziario sostanzialmente « invisibile e nullo » (104), che si limiti a "trasmettere" in maniera quasi meccanica i precetti giuridici dall'emittente (il potere politico, il sovrano) ai destinatari: senza alterarli, e applicandoli uniformemente (105).

L'analisi svolta nella seconda parte di questa voce ha cercato di mostrare per un verso le ragioni per cui la presenza dell'interpretazione nella dinamica della legalità è inevitabile, per altro verso il contributo che l'interpretazione può dare all'attuazione dell'ideale della legalità. Ma questa analisi ha fatto anche emergere almeno quattro campi di tensione per il ruolo dell'interprete, e in particolare del giudice, rispetto all'ideale della legalità:

modalità di selezione dei componenti dell'organo a cui è demandato il controllo di legalità; ecc.

(102) CELANO, *Due problemi aperti*, cit., 67.

(103) Tra i primi a evidenziare questo punto, a nostra conoscenza, T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 352; v. in proposito PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 38 ss.

(104) Ch. S. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), I, Torino, Utet, 2005, 278.

(105) Lo Stato di diritto ottocentesco, incentrato sul principio di legalità, si presenta infatti come « un meccanismo di pronta e sicura, e uniforme, applicazione della legge da parte dei giudici » (FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 115).

l'impossibilità di prescindere dalla natura sistematica del diritto; l'impossibilità di decidere applicando sempre regole (e di stabilire in anticipo quando la legalità debba cedere il passo all'equità); l'impossibilità di tracciare una netta linea di confine tra interpretazione e creazione; l'impossibilità di sottoporre il potere interpretativo a controlli ulteriori (*quis custodiet ipsos custodes*). Questi sono problemi aperti, che giuristi e filosofi hanno provato ad aggirare nei modi più vari, e che sembrano far poggiare la legalità (e con essa, a cascata, lo Stato di diritto, la separazione dei poteri, la democrazia...), in ultima analisi, sul terreno malfermo rappresentato dall'interpretazione giuridica, e dagli organi a cui essa è istituzionalmente affidata. La legalità serve a dare certezza, ma poggia a sua volta su un terreno alquanto instabile e insidioso.

Tutto questo non vuol dire che la legalità sia un ideale irrealizzabile, o illusorio. La legalità, abbiamo visto, può essere realizzata, in misura maggiore o minore, e in forme diverse. Né questo vuol dire che gli interpreti, nemmeno quelli che di volta in volta fungono da "controllori ultimi" della legalità, siano letteralmente liberi di fare ciò che vogliono: a tacer d'altro, tutti gli interpreti, inclusi i "controllori ultimi", sono inseriti in un più ampio e complesso circuito istituzionale, che ne condiziona in vario modo le mosse interpretative. Piuttosto, tutto ciò mostra, ancora una volta, che la legalità è un ideale solo *parziale*, e inoltre che è un ideale impossibile da realizzare *compiutamente*; il diritto non può essere *interamente* ispirato all'ideale della legalità, per ragioni vuoi concettuali (*quis custodiet ipsos custodes*; natura elastica del linguaggio), vuoi sostanziali (necessità di bilanciare legalità ed equità), vuoi — paradossalmente — giuridiche (natura sistematica del diritto). La quadratura del cerchio semplicemente non c'è.

Giorgio Pino

FONTE. — Art. 3, 23, 32 comma 2, 42, 43, 97, 81 comma 3, 101 cost.

LETTERATURA. — Sulla legalità in generale: N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario di politica* a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO, Torino, Utet, 2014 (1ª ed. 1976); ID., *Governo degli uomini o governo delle leggi?* (1983), in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1995; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in questa *Enciclopedia*, XXIII, 1973; P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *D. disc. pubbl.*, X, 1994; ID., *Legalità*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità* a cura di G. PINO e V. VILLA, Bologna, Il Mulino, 2016; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; F. RICCIBONO, *I lati oscuri della legalità. Spunti per una*

riflessione, in *Materiali per una storia della legalità* a cura di G. ACOCELLA, Torino, Giappichelli, 2018; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in questa *Enciclopedia*, Annali, VI, 2013.

In chiave storica: P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica* a cura di P. COSTA e D. ZOLO, Milano, Feltrinelli, 2002; M. FIORAVANTI, *Principio di legalità e Stato di diritto*, in *Associazione studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 5*, 1994; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 1.

Sullo Stato di diritto: A. PINTORE, *Stato di diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011; M. TROPER, *Le concept d'Etat de droit*, in *Droits*, 15, 1992.

Su Stato "legislativo" di diritto e Stato "costituzionale" di diritto: L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2021; M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 2016.

Sul "Rule of law": AA.VV., *Rule of Law. L'ideale della legalità* a cura di G. PINO e V. VILLA, Il Mulino, Bologna, 2016; B. CELANO, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in *Neutrality and Theory of Law* a cura di J. FERRER BELTRÁN, J.J. MORESO e D. PAPAYANNIS, Dordrecht, Springer, 2013; M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue* (1977), in Id., *The Authority of Law*², Oxford, Oxford University Press, 2009, 224-225; J. WALDRON, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, in *Law and Philosophy*, 21, 2002, n. 2; ID., *The Concept and the Rule of Law*, in *Georgia Law Review*, 43, 2008, n. 1.

Sulla legalità penale: A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017; G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità* a cura di G. PINO e V. VILLA, Bologna, Il Mulino, 2016.

Sulla legalità amministrativa: Ch. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 11, 1957; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 91 ss.; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 281 ss.

Sull'interpretazione giuridica: B. CELANO, *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Modena, Mucchi, 2017; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, Torino, Giappichelli, 2016; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XV, 1988.

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANIA BARIATTI - MARTA CARTABIA - CLAUDIO CONSOLO - GIOVANNI D'AMICO

RICCARDO DEL PUNTA - FABRIZIO DI MARZIO - MASSIMO DONINI

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA - LAURA MOSCATI

FRANCESCO RICCOBONO - ROBERTO ROMEI

pubblicazione fuori commercio

Isbn 9788828831969