

La *Rule of Law* e il costituzionalismo europeo

Vincenzo Omaggio*

SOMMARIO: 1. Un concetto identitario. – 2. *Rule of Law* prima dello Stato. – 3. *Rule of Law* nello Stato. – 3.1. Lo Stato legislativo. – 3.2. Lo Stato costituzionale. – 4. *Rule of Law* oltre lo Stato.

1. *Un concetto identitario*

Nel complesso delle relazioni che l'Unione europea intesse con il resto del mondo, la *Rule of Law* svolge la funzione relevantissima di promuovere principi, valori, regole e interessi, che rappresentano in maniera inconfondibile la sua identità e che devono permeare la sua azione sulla scena internazionale. Una funzione che i recenti rivolgimenti geopolitici mondiali rendono ancor più significativa e preziosa e che non può prescindere dalla costante rivalutazione di un patrimonio etico, politico e giuridico secolare, ma al contempo complesso, multiforme, sfuggente. A questo fine si può considerare opportuna una ricognizione a grandi linee delle configurazioni assunte dal concetto di *Rule of Law* nel corso della storia culturale e istituzionale europea.

Com'è noto, la *Rule of Law* è generalmente considerata un concetto non soltanto complesso e articolato, ma anche ambiguo e problematico: *an essentially contested concept*. Il che non vuol dire denigrarlo, o indulgere a uno scetticismo rinunciatario, tutt'altro¹. Piuttosto significa esaminarlo *come*

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.

¹ J. WALDRON, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept?*, in *Law and Philosophy*, n. 1, 2002, p. 137 ss; ora anche come *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge, 2021, pp. 121-136. In particolare, p. 121: «That a concept in common use, such as the *rule of law*, may be called essentially contested is not a criticism of that concept. Quite the contrary: “essentially contested” is a theoretical designation that draws attention to the way in which arguments about the meaning of a given concept contribute to our understanding and evaluation of the systems, practices, and actions to which the concept is applied».

*un problema*². La nozione è problematica a cominciare dal significato letterale dell'espressione («governo della legge o regola del diritto»³?) che è difficile da tradurre e comunemente non è tradotta, ma conservata nella sua lingua originale, per non dire della sua portata semantica, che va al di là della somma dei due termini che la compongono (*rule* e *law*), tanto da indurre tempo fa Jeremy Waldron a proporre di trasformarla in una parola sola: *ruleoflaw*, quasi un significato nuovo e indipendente dai suoi componenti lessicali⁴.

Con ogni evidenza la nozione deve la sua complessità alla commistione di prospettive concettuali, storico-politiche e giuridiche; è un concetto posto al confine di domini territorialmente distinti, quando non contrapposti, come il diritto, la politica e la morale. È perciò per ragioni strutturali un'idea sempre “in cerca di definizione”, come è stato scritto⁵, su cui molto si è detto senza raggiungere ancora un grado di chiarificazione corrispondente alla mole degli studi. Al punto che Mauro Barberis, tra i filosofi del diritto, ha parlato di una sorta di test di Rorschach⁶, una macchia di inchiostro su cui ciascuno proietta le proprie teorie e anche le proprie inclinazioni e le proprie preferenze. Una specie di oggetto misterioso dal punto di vista analitico: *it's a bird, it's a plane*,

² A. PIN ha intitolato il suo libro *Il rule of law come problema. Le sfide dell'Europa centro-orientale, della Brexit e del Medio Oriente*, Napoli, 2021. Egli osserva tra l'altro che il successo della *Rule of Law* «ha reso incerti non solo i suoi contorni ma il nucleo e persino la funzione di tale nozione» e che nonostante si tratti di un valore fondamentale del costituzionalismo, «tuttavia il suo uso così diffuso ne ha probabilmente spuntato l'efficacia», p. 14. Sul successo “sospetto” della *Rule of Law* restano impresse nella memoria le parole di Martin Krygier: «The rule of law is today the beneficiary, sometimes the victim, of enormous rhetorical enthusiasm. No one is against it. Once upon a time, and not too long ago, it had a lot of enemies» (M. KRYGIER, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory* by Brian Z. Tamanaha, in *Journal of Law and Society*, vol. 32, n. 4, 2005, p. 657).

³ N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, p. 276.

⁴ J. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, in *Georgia Law Review*, n. 43, 2008, pp. 9-10: «Grammar suggests that we need to understand the concept of law before we can understand the Rule of Law. The “Rule of Law” is a complex phrase and the word “law” is one of its components. Just as we cannot understand a phrase like “the protection of human rights” unless we understand the smaller component phrase “human rights”, so it might appear that we cannot understand the meaning of “the Rule of Law” unless we already grasp the concept of law. But I disagree. I think the surface grammar here is misleading and that we cannot really grasp the concept of law itself without also understanding the values comprised in the Rule of Law. I don't mean to turn the tables; I don't mean to say that we have to understand the concept of the Rule of Law first, and then go on to conceptualize law itself in a way that is derivative from that understanding. I think we should understand these terms as a package, rather than understanding one as a separable component of the other».

⁵ G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, p. 11.

⁶ M. BARBERIS, *Possono governare, le leggi? Il dilemma del rule of law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 14.

it's rule of law, parafrasando un vecchio saggio di Anthony D'Amato⁷ dedicato al *jus cogens*. Con queste premesse credo si possa dire che il modo più plausibile per affrontare il tema consiste in un esame storicamente orientato⁸, come si conviene a un concetto capace di riproporsi in epoche e contesti diversi con contenuti diversi. A partire però da un requisito costante, seppure indeterminato, una *ratio* che resta inalterata pur assumendo connotati diversi: la limitazione del potere attraverso il diritto. Questo nucleo prescrittivo è, come dire, indubbio, fuori discussione⁹. Ma di quale potere si parla e di quale diritto? Qui cominciano i dubbi, le sovrapposizioni, anche le contraddizioni, in quanto la *Rule of Law* esprime anche un profilo ambiguo e dilemmatico: governo delle leggi, non governo degli uomini, si dice. Ma in che senso? Le leggi sono sempre fatte dagli uomini, da chi altri se no? A meno che non si accolga un'idea giusnaturalistica del diritto, cui accedere per una via razionale e scientifica, che darebbe luogo a una sovrapposizione tra *Rule of Law* e *Rule of Good Laws*. Ma un governo delle leggi così inteso sarebbe deterministico, confacente al mondo della natura, non al mondo della cultura, che corrisponde a quello del diritto e delle istituzioni umane; oppure condurrebbe a un'incorporazione di questa nozione nell'ambito del discorso morale senza residui, cioè alla perdita della sua sostanza giuridica, che è irrinunciabile, per quanto irriducibile al mero diritto positivo (*Rule by Laws*). Quindi né *Rule by Laws* né *Rule of Good Laws*, ma una via intermedia¹⁰ o forse una via

⁷ A. D'AMATO, *It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!*, in *Connecticut Journal of International Law*, n. 1, 1990, pp. 1-6.

⁸ G. PALOMBELLA, *Il Rule of law. Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 2009, p. 27: «Il *Rule of law* è un modello istituzionale concernente il diritto. Data la sua natura normativa, si è ritenuto, di fatto, che significasse cose diverse in tempi e contesti diversi. [...] Pertanto una riconsiderazione sensibile a questa complessità deve avvalersi, a un tempo, della ricostruzione storica, comparata, non meno di quella filosofica, e tener conto delle loro interrelazioni». Si veda anche F. VIOLA, *Il Rule of law come idea di società*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2020, p. 27: «La formulazione del *rule of law* ha sempre un carattere storico e contingente, perché le forme di arbitrio possibili sono legate alla configurazione storica del potere». Si veda anche A. MARMOR, *The Ideal of the Rule of Law*, in *USC Law Legal Studies Paper*, n. 6, 2008, pp. 2-17.

⁹ Una recente conferma in G. POSTEMA, *Il dominio del diritto. Responsabilità reciproca e rule of law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 91: «Tuttavia la sua idea centrale, costantemente riconosciuta nel corso della sua lunga storia, è relativamente semplice. È l'idea che quando è la legge a governare, essa fornisce protezione e strumenti di tutela contro l'esercizio arbitrario del potere».

¹⁰ «Il *rule of law* intende proprio custodire la possibilità di una via intermedia fra il *rule by laws* e il *rule of good laws*»: F. VIOLA, *Rule of law. Il governo delle ieri e oggi*, Torino, 2011, p. 12.

alternativa, che a tratti costeggia questa contrapposizione, altre volte la sorvola nei tempi lunghi della storia.

2. *Rule of Law* prima dello Stato

La *ratio* della *Rule of Law* sembra legata allora alla possibilità teorica di un diritto che governi coloro che fanno le leggi¹¹, un complesso di principi di ordine superiore, non promananti da una *voluntas* sovrana, ma derivanti da un'opera collettiva, involontaria, riflesso di una ragione storica, non metastorica, sovraindividualistica, e perciò in grado di arginare il potere politico, che del diritto rappresenta solo un momento: il momento potestativo, dominativo. Qui si trova l'origine storica della nozione di *Rule of Law*, che affonda le radici nella distinzione medievale tra *gubernaculum* e *jurisdictio*, dove quest'ultima non indica semplicemente l'insieme delle decisioni giurisprudenziali, in sé non meno intenzionali delle leggi del parlamento, ma l'insieme dei principi o *rationes decidendi* ricavabili dalle decisioni, non riconducibili a un diritto intenzionalmente prodotto in via autoritativa. La mente corre all'*incipit* di *Lo spirito delle leggi*, dove Montesquieu scrive che «le leggi, intese nel loro significato più ampio, sono i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose»¹², sono il risultato di diverse forze e componenti che si costituiscono in relazioni, configurando la giuridicità dei vari contesti ed esprimendo il legame profondo tra le leggi e la realtà che esse devono regolare.

A differenza di formule apparentemente equivalenti sviluppate nella cultura giuridica continentale, quali *Rechtsstaat*, *État de droit* o Stato di diritto legislativo¹³, ispirate al principio di legalità, la *Rule of Law* è nata per così dire “prima dello Stato”, nell'esperienza giuridica anglosassone di *common law*. E manifesta storicamente un primato della funzione giurisdizionale, nel senso ampio della sua attitudine iusgenerativa, sulla funzione legislativa e su quella di governo. Molte sono a questo riguardo le voci autorevoli che testimoniano, proprio nel modello inglese, di una sostanziale continuità tra le antiche libertà

¹¹ Una possibilità che G. POSTEMA chiama *riflessività* («la legge che governa coloro che governano attraverso la legge e in suo nome») e che definisce la *condicio sine qua non* della *rule of law*. *op. cit.*, p. 90.

¹² MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, vol. I, trad. it. di B. Boffito Serra, Milano, 1989 (1748), p. 147.

¹³ «Nel *Rechtsstaat* è in gioco il modo di concepire l'attività di governo; nell'*État de droit*, il modo di concepire la legislazione. Nel *Rule of law* l'attenzione si sposta sulla *giurisdizione*»: G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 116.

medievali e quelle moderne fissate su fondamenta indipendenti da un potere politico sovrano.

Alla fine dell'Ottocento Albert Venn Dicey, nella sua celebre *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, pur mettendo insieme elementi eterogenei, quali il principio di legalità penale, l'eguaglianza dei cittadini e la tutela giudiziale dei diritti, ha stabilito un punto fermo, quello per cui i principi generali della costituzione inglese sono il risultato di pronunce giurisdizionali delle corti di giustizia, laddove nei modelli continentali, la protezione dei diritti individuali risulta, o “sembra risultare”, dai principi generali della costituzione: il diritto costituzionale inglese è il risultato e non la fonte dei diritti individuali¹⁴. Quella inglese è una *judge-made constitution*. Quel “sembra risultare” sta proprio a precisare che nei modelli continentali la tutela non è così sicura, è sempre incerta. La maggiore tutela del sistema inglese deriva proprio dalla circostanza che la costituzione «non è stata fatta ma si è sviluppata da sé»¹⁵ e perciò l'assolutismo è combattuto in nome di una realtà sostanziale, quei «privilegi e libertà degli inglesi che costituivano il *law of the land*, un “diritto comune” materiale che, essendosi venuto a formare nel corso dei secoli e con il concorso di molti, nessuno avrebbe potuto sospendere, a differenza delle leggi e delle costituzioni continentali»¹⁶. Invece le costituzioni che hanno un autore, un potere costituente, dipendono da questo potere¹⁷ e il contrasto all'assolutismo avverrà sulle basi malcerte della sua autolimitazione.

La costituzione inglese ha sempre riposto nel parlamento le garanzie di tutela dei diritti contro l'arbitrio e l'assolutismo, ma il parlamento inglese, diversamente da quelli dell'Europa continentale che hanno concentrato su di sé la potestà politica sotto forma di legislazione sovrana, ha conservato la sua

¹⁴ A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, trad. it. di A. Torre, Bologna, 2003 (1885), pp. 162-163: «[...] presso di noi i principi generali della costituzione (come per esempio il diritto alla libertà personale, o il diritto di riunione) sono il risultato di decisioni giurisprudenziali che hanno definito i diritti dei privati in particolari casi che sono stati portati alla cognizione delle corti di giustizia, laddove invece in molte forme costituzionali straniere la protezione (se così la si può definire) che è data ai diritti individuali risulta, o sembra risultare, dai principi generali della costituzione. [...] In breve, la nostra costituzione è una costituzione fatta dai giudici [*judge-made constitution*] e reca con sé tutti gli elementi, sia buoni che cattivi, del diritto fatto dai giudici». Su Dicey si veda il recente M. D. WALTERS, *The Spirit of Legality: A. V. Dicey and the Rule of Law*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *op. cit.*, pp. 153-170.

¹⁵ A.V. DICEY, *op. cit.*, p. 163.

¹⁶ G. ZAGREBESKY, *op. cit.*, p. 118.

¹⁷ Seguendo Dicey dovremmo indagare le qualità specifiche del modello inglese, cosa che naturalmente qui non si può fare. Mi limito a segnalare *ex pluribus* il volume di C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, 2014.

vocazione di “corte di giustizia” e l’attitudine alla concretezza, cioè al miglioramento del diritto esistente¹⁸. Proprio l’attenzione all’ingiustizia¹⁹ costituisce il suo tratto distintivo e questa concretezza connota al contempo anche la *Rule of Law*.

A questo riguardo Maurizio Fioravanti²⁰ osservava che il principio della sovranità del parlamento inglese non è entrato mai in contrasto con la *Rule of Law*, pur mancando di un *higher law*, in quanto non c’è alcuna legge che non possa essere modificata dal parlamento. Ciò perché il *King in Parliament* – il monarca, l’aristocrazia e i *Commoners* – esprime tre volontà che unendosi forniscono la rappresentazione del regno in tutte le sue articolazioni sociali e culturali. La sovranità qui non ha la base razionalistica e individualistica della sovranità parlamentare della tradizione europea-continentale, la quale è funzionale alla produzione di quella particolare fonte del diritto che è la legge generale e astratta, ma ha piuttosto una base storicistica e corporativa, rappresentativa delle diverse istituzioni del Paese.

In altri termini, la *Rule of Law* nasce in un ambiente in cui il diritto non è inteso come prodotto del potere, ma vive nei costumi e nei principi giuridici, elaborati dall’opera dei giudici. Domanda che il diritto positivo debba essere almeno in parte considerato fuori della disponibilità del sovrano, rimanendo, ciò nonostante, vero e proprio diritto positivo e non già diritto naturale o semplice moralità positiva. Così è per il McIlwain di *Costituzionalismo antico e moderno*²¹, che riprende la distinzione medievale di *gubernaculum* e *jurisdictio*, presente nei testi più autorevoli, da Henri Bracton a *sir* John Fortescue. Proprio nell’autonomia della *jurisdictio* per McIlwain si rinviene la prova più evidente del fatto che nell’Inghilterra medievale la massima romana dell’assolutismo (*quod principi placuit legis habet vigorem*) «non aveva riconoscimento né teorico né pratico»²². Il *ius dicere* ha la sua autonomia ed esorbita dalla sfera del governo (*gubernaculum*) che il monarca può avocare a

¹⁸ R. DREIER, *Recht und Gerechtigkeit* (1982), in R. DREIER, *Recht, Staat, Vernunft*, Francoforte sul Meno, 1991, p. 24 ss;

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 120.

²⁰ «Ma sovranità del parlamento e *rule of law* non sono affatto contrapposti. [...] “sovranità” non significa “dominio”, ma tendenza a raffigurare per il tramite del parlamento le molteplici realtà di cui il Regno si compone»: M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le costituzioni del Novecento*, Torino, 2021, pp. 229-230.

²¹ C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it di V. de Caprariis, Bologna, 1990 (1947).

²² C.H. MCILWAIN, *op. cit.*, p. 105.

sé²³. La *Rule of Law* attraversa l'intera storia costituzionale europea, a partire dall'antichità classica e poi per tutta la tradizione costituzionale largamente dominante in Europa prima della Rivoluzione francese: si accompagna a lungo all'ideale della costituzione mista, un modello che raccomanda le virtù politiche della moderazione e della *medietas* ed è compatibile con la conservazione delle differenze e delle diseguaglianze giuridiche e sociali. Che anzi diffida dell'eguaglianza dei moderni, guardata come una pericolosa dismisura rispetto all'equilibrio costituzionale. La costituzione premoderna è una condizione di equilibrio fra le componenti della società, che presenta una struttura cetuale, e deve scongiurare le soluzioni estreme distruttive dell'ordine, quali l'oligarchia e la democrazia. L'ideale giuridico della *Rule of Law* in questo contesto aderisce al carattere composito, plurale e differenziato della compagine sociale, in vista di «un ordine non uniformante, ma che presuppone le differenze»²⁴: l'equo trattamento di ciascuno non vuol dire l'eguaglianza. Un'equa considerazione delle componenti sociali è alla base della limitazione del potere.

La sostanza della *Rule of Law* sta in un'idea del diritto capace di contrastare *sul piano giuridico* la tendenza monopolizzatrice del potere, anche quello espresso nella forma weberiana *legale-razionale*. Serve, in altri termini, che esista concretamente un diritto positivo *altro* dalla volontà del sovrano, radicato nella società mediante fonti giuridiche indipendenti dal *droit politique*. Ovviamente anche la legge sovrana è diritto. La *Rule of Law* allora è la tensione tra due forme di diritto, una modalità di limitazione del *diritto mediante il diritto*.

Ritorno ai quesiti posti in precedenza. Limitazione di quale potere? Attraverso quale diritto? Se il potere politico è pluralistico, come quello premoderno, la *Rule of Law* trova spazio fisiologicamente nella pluralità delle fonti e nel primato del diritto giurisprudenziale e scientifico; se il potere è invece monistico, come quello espresso dalla sovranità moderna, la *Rule of Law* tenderà a identificarsi con il principio di legalità, ma si tratta di un'identificazione parziale e insoddisfacente a fronte della propria *ratio*. La sua *ratio* costitutiva è limitare il diritto mediante il diritto. A un certo punto, il prevalere del principio della sovranità statale, l'idea del diritto come prerogativa

²³ «Uno dei tratti essenziali del costituzionalismo di Bracton è certamente la netta separazione che egli fa tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, accordando al re un'autorità irresponsabile ed autocratica per il primo, ma solo per esso. E questo è anche il solo tratto importante della nostra dottrina costituzionale medioevale, che ha corso rischio di andar smarrito nei più moderni sviluppi del pensiero politico»: C.H. MCILWAIN, *op. cit.*, p. 99.

²⁴ M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 335.

dello Stato, «ha condotto ad intendere la *Rule of Law* come “governo della legge” e a identificarlo con il principio di stretta legalità»²⁵. Sempre in terra inglese si svolge il prologo teoretico di questa fase nuova. Ha la forma di un dialogo: *Un dialogo tra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d’Inghilterra*²⁶. L’autore è Thomas Hobbes²⁷ che immagina un confronto con un legista, autorevole interprete del *common law*, dietro il quale campeggia la figura di *sir* Edward Coke. Se il Legista, secondo la tradizione del *common law*, pensa il diritto come il frutto della ragione artificiale di tanti uomini, maturata «con lungo studio, con l’osservazione e con l’esperienza, e non dalla ragione naturale dell’uomo comune», per il Filosofo Hobbes il diritto è il prodotto dell’unico *uomo artificiale*, la persona dello Stato, il cui comando è legge. Cosicché per lui «Non è la sapienza, ma l’autorità che crea la legge [...] perché solamente può fare le leggi colui il quale è fornito di potere legislativo. Che il diritto sia stato elaborato da individui dotti e gravi, ossia dai giureconsulti, è evidentemente falso; poiché furono i re d’Inghilterra a fare tutte le leggi del paese, consultandosi con la nobiltà ed i comuni riuniti in parlamento; e di costoro nemmeno uno su venti era un dotto uomo di legge»²⁸. Ma il vero punto di frattura è un altro, a ben vedere. Il Legista infatti è pronto a riconoscere che tutto questo può avere un senso, ma esclusivamente per il diritto scritto: «mentre io parlo del diritto comune»²⁹. La secca replica del Filosofo è di quelle epocali, che fanno di lui il fondatore della tradizione del *rule by law*: «No, io parlo del diritto in generale»³⁰. Se la legge è tutto il diritto, la lotta contro l’arbitrio consisterà nel limitare lo Stato mediante la legge, nella forma della sua autolimitazione.

²⁵ Così, in termini del tutto condivisibili, Francesco Viola, che sottolinea il carattere riduttivo della sovrapposizione. Cfr. F. VIOLA, *Il Rule of law come idea di società*, cit., p. 35. Più avanti aggiunge: «Si deve ritenere che il *rule of law* debba occuparsi di tutte le forme di normatività giuridica, perché tutte concorrono a guidare il comportamento sociale. Ma ognuna di esse deve essere trattata secondo la sua specie e sulla base delle minacce che possono provenire da esse alla libertà giuridica, cioè dall’uso arbitrario del potere che ognuna di esse rende possibile».

²⁶ T. HOBBS, *Opere politiche*, vol. I, trad. it. a cura di N. Bobbio, Torino, 1959, p. 359 ss.

²⁷ «Thomas Hobbes is the founder of the rule by law tradition in modern Western thought. It argues that there is no more to law than what the holder of supreme legislative power chooses to enact, whatever its content. Hobbes founds it in opposition to the conception of the rule of law exemplified in the writings of Sir Edward Coke according to which the common law, as interpreted by judges, contains fundamental legal and moral principles which condition the content of enacted or statute law»: D. DYZENHAUS, *Thomas Hobbes and the Rule by Law Tradition*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *op. cit.*, p. 261.

²⁸ T. HOBBS, *op. cit.*, p. 401.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

3. *Rule of Law* nello Stato

3.1. *Lo Stato legislativo*

Almeno fino al XVIII secolo la nozione di *Rule of Law* convive con il diritto consuetudinario³¹, un diritto oscuro, ma molto risalente e perciò autorevole, senza il bisogno di far ricorso a requisiti di chiarezza e precisione e senza la necessità di restrizioni interpretative.

Con la Rivoluzione l'eguaglianza dei moderni irrompe nella storia costituzionale e con essa la sovranità: «Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti», recita l'art. 1 della *Dichiarazione* del 26 agosto 1789. L'eguaglianza si misura adesso proprio dall'eguale sottoposizione alla legge dello Stato e dalla sua uniforme applicazione. Il circuito “potere costituente-volontà popolare – parlamento sovrano – legge generale” ridisegna i rapporti tra diritto e potere e anche il senso della *Rule of Law*. Non c'è più spazio giuridico per un'eterolimitazione del potere politico, ma soltanto per la sua autolimitazione. Da questo momento la tradizionale vocazione *jurisdiction – dependent* della *Rule of Law* appare obsoleta³² e nei confronti del giudice si manifesta una diffidenza che lo relega al ruolo di mero applicatore della legge dello Stato sovrano. Come accade in quelle fasi in cui domina una concezione monista dell'ordinamento, nel periodo compreso tra la Rivoluzione e lo Stato liberale di diritto il ruolo della giurisdizione tende a ridursi³³ a vantaggio di una formulazione nuova della non arbitrarietà sotto forma di principio di legalità.

Con le costituzioni rivoluzionarie e poi con lo Stato di diritto ottocentesco si impone l'idea di una razionalità formale del diritto, di una sua identificazione con la legge, in quanto espressione del potere legittimo. Il principio di legalità prescrive che il potere esista solo in quanto attribuito dalle leggi e legittima il suo esercizio solo in quanto disciplinato dalle norme. Pertanto il concetto di “non arbitrarietà”, che prima poteva voler dire “una fedeltà al diritto”, ricca di connessioni con il tessuto sociale, diventa ora sottoposizione al potere

³¹ J. REID, *The Rule of Law*, DeKalb, 2004, p. 16. In proposito, G. PALOMBELLA, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il Rule of law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 67.

³² Il modello di *Rule of Law* come *jurisdiction – dependent* può apparire «un'idea antiquata nel contesto dello Stato moderno», cfr. J. WALDRON, *The Rule of law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris*, n. 2, 1989, pp. 79-96, spec. p. 80.

³³ «[...] e tende invece ad assumere un ruolo centrale in quelle altre fasi in cui l'ordinamento tende a strutturarsi in senso pluralistico, ed in cui i diritti stessi sono da ricondurre a una pluralità di fonti attributive, com'era nell'Europa precedente la Rivoluzione, e come evidentemente torna ad essere nell'odierno panorama costituzionale europeo»: così M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 351.

pubblico mediante il rispetto di norme espresse. Dunque la chiarezza, la pubblicità, l'irretroattività, la stabilità diventano caratteri «anatomici»³⁴ che il diritto non può non avere. Dal momento in cui il potere politico ha tendenzialmente monopolizzato la produzione delle norme, emarginando le altre fonti giuridiche, la *Rule of Law* va concentrando la sua attenzione sulla qualità delle leggi. Perché ci sono soltanto le leggi: *nihil est in mundo nisi in legislatione*. La certezza del diritto diviene il requisito essenziale.

Si tratta della versione della *Rule of Law*³⁵ che è stata definita *formale*, tesa a identificare alcune caratteristiche formali o procedurali che il diritto deve avere affinché l'azione umana sia guidata mediante regole³⁶. Naturalmente ciò non preclude, anzi comporta, un valore morale³⁷ da assegnare alla *Rule of Law* in quanto strumento (insostituibile) contro l'arbitrio e in difesa della dignità e dell'autonomia dei destinatari delle norme, considerati come soggetti in grado di determinarsi razionalmente e meritevoli di compiere scelte autonome sulla base dei precetti giuridici in vigore. Nel contempo i cittadini sono messi in condizione di criticare l'esercizio del potere pubblico che agisca arbitrariamente, deludendo le aspettative stabilite dalle leggi. Nel modello formale il rispetto dei requisiti è una questione di grado, dal momento che un ordinamento si conforma più o meno alla *Rule of Law* in base all'effettiva realizzazione della generalità e astrattezza, dell'accessibilità, dell'irretroattività, della coerenza, della stabilità e dell'uniforme applicazione delle norme giuridiche. Il *Rule by Law* come principio di legalità è un ideale nel senso che mira in via tendenziale e asintotica al grado più alto di autolimitazione

³⁴ M. KRYGIER, *The Rule of Law. Legality, Teleology, Sociology*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, 2009, p. 47.

³⁵ A titolo esemplificativo: L. FULLER, *La moralità del diritto*, trad. it. di A. Dal Brollo, Milano, 1986 (1963); H.L.A. HART, *Problems of the Philosophy of Law*, in H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 114-116; J. RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, in J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, pp. 210-232; M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, 2007, pp. 101-186; R. SUMMERS, *A Formal Theory of the Rule of Law*, in *Ratio Juris*, vol. 6, n. 2, 1993, pp. 127-142; B. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *op. cit.*, pp. 3-15.

³⁶ In merito G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 212 ss.

³⁷ È giusto quanto scrive Waldron quando osserva che «questi aspetti non li consideriamo importanti per ragioni meramente formalistiche» e ricorda quanto conti per la teoria formale di Hayek, ad esempio, il valore della libertà, o per quella di Fuller, il valore della dignità umana. Cfr. J. WALDRON, *The rule of law e l'importanza della procedura*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 358-359.

dell'unico potere normativo. La codificazione del diritto può temperare la sovranità ma non addomesticarla³⁸.

Il *Rechtsstaat* e la *Rule of Law* rappresentano tradizioni di pensiero significativamente differenti³⁹, seppure accomunate da un medesimo intento di riduzione dell'arbitrio del potere. Il modello del *Rechtsstaat* ha più cose in comune con l'idea del *Rule by Law* che con la tradizione storica della *Rule of Law*⁴⁰. Il potere del diritto rappresenta la struttura dello Stato più che una sua limitazione, in quanto il diritto non è più limite alla politica⁴¹, e la libertà dei cittadini è la conseguenza di questo assetto più che la sua premessa⁴². Lo Stato di diritto, il *Rechtsstaat* o *l'État de droit* fanno riferimento innanzitutto allo Stato, poi al diritto; alla legge più che al diritto. Si tratta *della Rule of Law as a Law of Rules*: più che governare *sotto* le leggi, il sovrano governa *attraverso* le leggi. Quando il potere prende la forma della legge, la lotta all'arbitrio si esprime come limitazione del potere *mediante la legge*, vale a dire come autolimitazione. Ma in questo modello monistico, che non ammette fonti normative indipendenti, va perduto qualcosa di caratteristico della *Rule of Law*⁴³, che in sé non è assimilabile a nessuna forma di Stato (di diritto)⁴⁴.

³⁸ «The codification of rules tempered sovereigns, it did not tame them»: J. MEIERHENRICH, *Rechtsstaat versus the Rule of Law*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *op. cit.*, p. 56; in altri termini, «In the Rechtsstaat tradition, law derives from the state [...] The sovereign – whether in the form of a monarch or the people – is law's overlord» (p. 54).

³⁹ È la tesi di fondo sostenuta da Jen MEIERHENRICH nel suo saggio *Rechtsstaat versus the Rule of Law*, cit., pp. 39-67; «The difference between the idea of the Rechtsstaat and that of the rule of law is more than a variation on a theme» (p. 39). Di «differenze non significative» aveva parlato invece, tra gli altri, D. N. MACCORMICK, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, in *JuristenZeitung*, vol. 39, n. 2, 1984, p. 65.

⁴⁰ «With this in mind, it is correct to conclude that the formal legality has more in common with the idea of rule by law than with the historical rule of law tradition»: B. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004, p. 96.

⁴¹ «Whereas in the rule of law tradition, the law has always tended to function as a *limit* to politics, in the Rechtsstaat tradition, the law has been both *lever* and *language* of politics»: J. MEIERHENRICH, *op. cit.*, p. 57.

⁴² «The key difference between the Rechtsstaat tradition, with its deep roots on the European continent, and the rule of law tradition, with its Anglo-American heritage, has to do with the question of where the rights of individuals originate»: J. MEIERHENRICH, *op. cit.*, p. 64.

⁴³ «Peraltro, il *rule of law* è ben difficilmente assimilabile a una forma di presentazione di uno specifico assetto storico dello Stato»: G. PALOMBELLA, *Oltre il principio di legalità*, cit., p. 73.

⁴⁴ Lo Stato di diritto moderno vive all'interno di una logica di autolimitazione del proprio potere, che presenta misura e portata variabili. A questo riguardo sono interessanti e anche condivisibili alcune osservazioni svolte da Roberto Bin sulle pesanti influenze del pensiero liberale, che, a partire da un certo momento, hanno dato una svolta "antistatalista" alla nozione di Stato di diritto. Mentre prima, per un lungo tratto che va da Hobbes a Kant e all'Ottocento, lo Stato è il tramite indispensabile della libertà e dell'eguaglianza degli individui, unico strumento di protezione dal potere economico e cetuale esercitato dagli altri individui. La nozione di Stato di diritto, da concetto a uso bellico, da parola di lotta contro i pregiudizi e i privilegi del mondo feudale, si è trasformato, secondo Bin, in un concetto a uso difensivo.

A testimonianza di un progressivo inaridimento del potenziale comunicativo del concetto, valgano due esempi molto significativi tratti dall'ambito della tradizione giuspositivistica novecentesca, corrispondenti alle figure di Hans Kelsen e Joseph Raz⁴⁵. Se per definire la *Rule of Law* è necessario prima assegnare un significato al concetto di diritto, come ordinamento giuridico fatto di norme, se il *concept of law* precede la *Rule of Law*, il discorso può sfociare in un esito normativistico tautologico. *Rule of Law* significa sottoporsi al diritto, che è fatto di norme positive. Cosicché la *Rule of Law* coincide con la *Rule by Law*. Ad esempio Hans Kelsen con la consueta chiarezza ha sostenuto che ogni Stato è necessariamente uno Stato di diritto, «in quanto si intenda per Stato di diritto uno Stato che ha un ordinamento giuridico». Questo Stato di diritto però non va confuso con quello che indica un ordinamento giuridico di contenuto ben determinato e precisamente con quello che comprende certe istituzioni, come diritti di libertà, garanzie per la legittimità delle funzioni degli organi e metodi democratici di produzione del diritto. Quest'ultimo difatti rappresenterebbe una sorta di «pregiudizio giusnaturalistico»⁴⁶.

Naturalmente alla base del discorso kelseniano si trova “un concetto di diritto” che, nel segno di un positivismo giuridico conseguente, si definisce in termini di «un ordinamento coattivo della condotta umana sul cui valore

Probabilmente è così; tuttavia questa riflessione vale per lo Stato di diritto ma non per la *Rule of Law*, che è una categoria pensata al di là dello Stato. D'altronde lo scopo di Bin non è tematizzare la distinzione tra i due concetti quanto capire cosa oggi possa dire la *Rule of Law* in ordine al rapporto tra ordine politico e ordine sociale: ad esempio, in quale misura esso possa coniugarsi con la tutela dei diritti sociali. E da questo versante è indubbio che la *Rule of Law* abbia caratteri destatualizzati e generi effetti destatualizzanti, motivo per cui ora è particolarmente in auge quando occorre costruire le coordinate di un diritto globale in cui la legalità e la tutela dei diritti possono e devono essere sganciati dallo schema tradizionale della sovranità degli Stati. Si veda R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 37 ss.; per la tematica dei diritti, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

⁴⁵ Nella stessa prospettiva si colloca più di recente la “*formal or thin definition*” di Brian Tamanaha: «The rule of law, at its core, requires that government officials and citizens are bound by and act consistent with the law. This basic requirement entails a set of minimal characteristics: law must be set forth in advance (be prospective), be made public, be general, be clear, be stable and certain, and be applied to everyone according to its terms. In the absence of these characteristics, the rule of law cannot be satisfied», B. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *op. cit.*, p. 3. Nell'intento di fornire una definizione minimale e perciò condivisa della *Rule of Law*, si propone il concetto di *Rule by Law*.

⁴⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves, Torino, 1984 (1934), p. 147.

morale o di giustizia non si esprime alcun giudizio»⁴⁷. Su un comune fondamento coattivo può dirsi che ogni Stato non è altro che diritto. Ma così non è ancora dimostrata l'affermazione reciproca: che ogni diritto s'identifichi con lo Stato. Anzi, come abbiamo visto, questa differenza risulta un elemento decisivo per dare significato alla *Rule of Law*. Anzi per questa via, come dimostra la tradizione giuspositivistica, la *Rule of Law* è condotta a un bivio che lo spingerà inesorabilmente o verso la pura tautologia e l'autocompiacimento retorico⁴⁸ o verso la filosofia politica, alla ricerca del sistema politico più desiderabile in una certa ottica politica, quella liberale.

Joseph Raz a sua volta ha sostenuto che la formula della *Rule of Law* si applica a sistemi giuridici già esistenti e già definiti come tali sulla base di un concetto di diritto, di un'idea delle fonti o della validità giuridica, che ne costituisce la premessa logica e che non si identifica con la *Rule of Law*. Ora se questo non coincide tautologicamente con il concetto di diritto, allora non può essere altro che una delle virtù che un sistema giuridico può possedere e mediante la quale può essere giudicato⁴⁹. Un ideale politico, che come tutti gli ideali è realizzabile in misura variabile. È noto come Raz sostenga la necessità di intendere il diritto come un insieme di ragioni esclusive, pena la perdita della sua autorità. Le norme devono essere percepite come ragioni “escludenti” le ragioni “di primo grado”, che guidano le nostre azioni⁵⁰. L'autorità giuridica, secondo Raz, ci rende il servizio insostituibile di tramutare in formule incontestabili le ragioni sottostanti che influiscono solitamente sulle nostre azioni, in modo da costituire ragioni specifiche, che non si aggiungono alle altre nella deliberazione, ma le prevengono (cosiddetta “tesi della prevenzione”). Ma una caratteristica della *Rule of Law*, come abbiamo visto, è proprio quella di non poter prescindere dal substrato di moralità positiva, che rappresenta il lato non dominativo del diritto.

3.2. Lo Stato costituzionale

Solo ridimensionando il proprio monopolio legislativo e ponendo la tutela dei diritti sullo stesso livello della sovranità politica, nel modello dello Stato costituzionale novecentesco, lo Stato di diritto proverà ad annodare un nuovo

⁴⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁸ S.L. PAULSON, *Teorie giuridiche e rule of law*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1992, p. 251.

⁴⁹ Soprattutto J. RAZ, *The Rule of Law*, cit.; ma anche J. RAZ, *The Politics of the Rule of Law*, in *Ratio Juris*, n. 3, 1990, p. 331 ss.

⁵⁰ J. RAZ, *The Authority of Law*, cit., p. 22 ss.

legame con la *Rule of Law*, sebbene quest'ultima conservi la propria identità, irriducibile a qualsiasi forma di Stato⁵¹. Il modello dello Stato costituzionale segna una discontinuità rispetto a quello legislativo⁵² proprio in quanto non si limita a prevedere che alcune garanzie procedurali e sostanziali trovino posto nell'ordinamento, ma propone un ordinamento che esprime la dualità tra momenti potestativi e momenti non potestativi.

Il legame ora si stabilisce nella misura in cui lo Stato costituzionale mette al di sopra della legge la Costituzione con i suoi principi etico-politici positivizzati. Questi principi non operano soltanto limitando il potere dello Stato, ma anche dando espressione a un complesso di valori fondamentali, che mettono in evidenza il nesso immediato con la persona (la costituzionalizzazione della persona), cui conferisce un carattere originario, indipendente dallo Stato; non sua emanazione, ma criterio della sua legittimità. L'evoluzione storica dallo Stato di diritto liberale allo Stato costituzionale è contrassegnata dal passaggio dalla mera garanzia legislativa dei diritti al concetto di inviolabilità: la tutela dei diritti si emancipa dalla modalità della riserva di legge, che non è più sufficiente in sé a produrre l'effetto della garanzia. La previsione costituzionale adesso eleva i diritti al rango di principi fondamentali, coperti da un carattere di inviolabilità da parte del potere legislativo e difesi dal controllo di costituzionalità⁵³.

⁵¹ A questo riguardo rinvio alle considerazioni svolte da L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2015, pp. 4-5, quando scrive che «il *rule of law* inglese, pur rappresentando la prima esperienza di stato di diritto in senso forte è sempre rimasto legato alla tradizione del *common law* e non perciò riconducibile a nessuno dei due modelli qui distinti di stato di diritto [...] non essendo qualificabile né come stato di diritto legislativo né come stato di diritto costituzionale». In altri termini la *Rule of Law* è una forma di limitazione del potere in senso forte, in quanto i poteri sono vincolati sia in ordine alle forme che ai contenuti, cioè al rispetto dei diritti fondamentali. Ma tale rispetto si esprime nella forma spontanea da parte di legislatore e giudici, in quanto i principi sono radicati culturalmente e socialmente nel comune senso civico. In assenza di una costituzione formale, manca la positivizzazione dei principi e, di conseguenza, anche la rigidità della costituzione e il sindacato di costituzionalità affidato ad organi giurisdizionali.

⁵² Come è stato autorevolmente spiegato, lo Stato costituzionale novecentesco è per un verso «espressione di un “tipo storico” di costituzione nuovo e inedito, diverso cioè sia dalle Costituzioni rivoluzionarie della fine del Settecento, sia dalle Carte dell'età liberale del diciannovesimo secolo» (M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 123); per altro verso «può essere considerato come una sorta di esito complessivo, entro cui confluisce e precipita l'intera esperienza dello Stato europeo»: M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Bari, 2002, pp. 20-21).

⁵³ M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 137. Nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo non pochi contestano che il sindacato di costituzionalità faccia parte integrante della *rule of law*. Si tratta degli esponenti del cosiddetto *political constitutionalism* (avversi al *legal constitutionalism*), attivi nell'area anglosassone. Ad esempio: J. WALDRON, *The Core of the Case against judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, vol.

Lo Stato costituzionale, a differenza del vecchio Stato di diritto liberale, allinea i poteri di indirizzo, risultanti dalle scelte del popolo sovrano sulla base del principio di maggioranza (legislazione e governo) e quelli di garanzia, cui è affidata la tutela dei principi e delle regole costituzionali (giurisdizione e funzioni di tutela attribuite ad altre autorità)⁵⁴. Questo equilibrio rinnova la separazione virtuosa tra il *gubernaculum*, che esprime la forza necessaria per deliberare e imporre le leggi, e la *iurisdictio*, che esprime la forza necessaria per tutelare i diritti e per impedire che un unico potere s'imponga nella vita sociale e politica⁵⁵. In questo modo si ripristina il dispositivo fondamentale della *Rule of Law* che agisce come limite a ogni monopolio della produzione giuridica.

Le sue costituzioni sono bilanciate. Esse non si fondano più su un solo potere supremo; ciò vuol dire in altri termini che sperimentano l'esaurimento della dimensione della *suprema potestas* impersonata da un potere esclusivo. Nello Stato costituzionale contemporaneo, come sovente si dice, la sovranità appartiene alla costituzione e al suo complesso di principi, regole e istituzioni, che è come dire che la sovranità non si dà più nel suo significato tradizionale, che ha accompagnato la vicenda dello Stato moderno da Hobbes alla Rivoluzione. La costituzione pluralistica prescinde da una soggettività perfetta, da una volontà artefice, prescinde da un potere supremo.

La rigidità costituzionale, come tratto tipico di quest'esperienza, ha avuto in definitiva l'effetto di scomporre il tradizionale principio di legalità in due livelli normativi: quello proprio dello Stato di diritto liberale, espresso dalla subordinazione del potere esecutivo e del potere giurisdizionale alla legge ordinaria, e quello della legalità costituzionale, espresso dalla subordinazione del potere legislativo ai principi del dettato costituzionale. Non si tratta più dunque soltanto della non arbitrarietà come ragionevole certezza delle norme, ma c'è qualcosa in più, ci sono limiti che si impongano a tutta la legislazione,

115, 2006, p. 1346 ss; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, Cambridge, 2007; L. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004; J. GRIFFITH, *The Common Law and The Political Constitutionalism*, in *Law Quarterly Review*, vol. 117, 2001; M. TUSHNET, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, 1985, p. 1502 ss.; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from The Courts*, Princeton, 1999. A questo riguardo mi permetto di rinviare anche al mio *Saggi sullo Stato costituzionale*, II ed. ampl., Torino, 2022, p. 156 ss.

⁵⁴ M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 151.

⁵⁵ *Ivi*, p. 277. Il temperamento delle caratteristiche formali del modello di Stato di diritto nella seconda metà del ventesimo secolo a partire dalla Germania è all'origine della convergenza teorica e pratica con la prospettiva della *Rule of Law*. Ed è per questa ragione, secondo Meierhenrich, che autori come MacCormick hanno potuto accostare le due tradizioni. Cfr. J. MEIERHENRICH, *op. cit.*, p. 66.

che si basano su determinati principi costituzionali e agiscono in funzione di difesa dei diritti fondamentali. Fisiologicamente questo modello rimette al centro la funzione giurisdizionale come strumento di garanzia. Il giudice è sottoposto in primo luogo alla costituzione di cui è interprete attivo, poi alla legge che applica e di cui valuta la legittimità costituzionale. Questo rapporto diretto con il testo costituzionale, non più mediato *necessariamente* dall'*interpositio legislatoris*, rende la giurisdizione una funzione costituzionale equiordinata alla legislazione.

4. Rule of Law *oltre lo Stato*

In virtù del suo carattere composito, che compendia costituzione dei poteri e costituzione dei diritti, lo Stato costituzionale di diritto ha corretto le semplificazioni legicentriche dello Stato liberale e si è anche aperto nel contempo alla dimensione dell'ordine giuridico sovranazionale, mediante la previsione della cessione di quote di sovranità. Si è data la possibilità di regolare poteri e garantire diritti in una prospettiva collocata al di sopra degli Stati nazionali, al di fuori del principio di unità politica nella forma statale. Si pensi all'art. 11 della nostra Costituzione, che ha posto le basi per un superamento del dispositivo hobbesiano posto a fondamento dello Stato moderno. Quel dispositivo considerava politicamente e giuridicamente insostenibile la coesistenza delle parti con il tutto: il tutto nasce per dominare le parti e disinnescarne la carica eversiva. Una limitazione della sovranità nell'ambito di una costruzione politica più ampia suonava perciò come un'autoconfutazione. Lo Stato costituzionale si presenta adesso come una soggettività sovrana temperata e stabilmente collocata entro una dimensione politica più vasta e perciò più capace di garantire la pace e la giustizia tra le Nazioni, condizioni dell'accettazione delle limitazioni della sovranità. La costruzione della "costituzione europea" rappresenta un momento significativo di quest'esperienza. E in tale ambito ha acquistato spazio il ricorso al concetto di *Rule of Law* sotto la nozione di "comunità di diritto". Senza dubbio facilitato dalla sua vocazione ultrastatale e dal profilo *jurisdiction related*, la *Rule of Law* in questa forma destatalizzata va a stabilirsi saldamente tra i fondamenti dell'Unione in quanto "perfetto sinonimo" di Stato di diritto, come si legge nell'art. 2 TUE, secondo cui l'Unione è basata «sui valori del rispetto della

dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani»⁵⁶.

Il diritto dell'Unione si è sviluppato in gran parte come un diritto giurisprudenziale, nato dall'affidamento alla Corte di giustizia di una funzione nomofilattica stabilita dal Trattato di Roma. La legalità europea è geneticamente diversa da quella democratica, sorta nei contesti nazionali⁵⁷. La legalità dello Stato di diritto si fondava (e si fonda) sul riconoscimento come unico potere legittimo dell'espressione diretta o indiretta della volontà del popolo sovrano. Nel diritto dell'Unione invece non c'è una legge in senso moderno, in quanto la funzione legislativa è distribuita tra diversi soggetti, e la democrazia non è intesa come responsabilità verso gli elettori, ma piuttosto come limitazione e diffusione del potere mediante relazioni di *checks and balances*. La sua legittimità si esprime in forma pluralistica (non monistica) e si radica nella relazione "premoderna" tra *jus commune* e *jura propria*. Una funzione di spicco nella comunità di diritto è svolta dalla Corte di giustizia, fulcro dell'ordinamento comunitario e delle sue istituzioni, soggette per un verso al controllo di conformità al Trattato e per altro verso ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali⁵⁸. Il principio della legalità europea, che indica il passaggio dallo Stato di diritto alla comunità di diritto, ruota intorno al controllo giurisdizionale della Corte, che offre l'interpretazione vincolante del contenuto dei Trattati e anche dei principi generali.

Gli storici delle istituzioni eurounitarie hanno distinto con chiarezza almeno due fasi di sviluppo. In una prima fase la comunità di diritto è il nucleo indefettibile della *Rule of Law*. Walter Hallstein, primo presidente della Commissione europea, scriveva che «la comunità non è dotata di alcun potere diretto di coercizione, non dispone di forze armate, né di polizia. È dotata di un'infrastruttura amministrativa limitata [...] in breve non è uno Stato: il diritto che essa crea è la sua sola forza» (discorso al Parlamento europeo del 17 giugno 1965). L'elemento deontologico fondamentale del processo di integrazione è dato dallo Stato di diritto, o meglio dalla *Rule of Law*. La *Rule of Law* si distingue dallo Stato di diritto perché manca dell'elemento della statualità e si distingue anche dal principio di legalità, perché indica conformità al diritto e

⁵⁶ Nella versione inglese Stato di diritto diventa semplicemente *Rule of Law*. Si veda in argomento R. BIN, *Rule of law e ideologie*, cit., p. 47.

⁵⁷ Nell'ambito dei "diritti oltre lo Stato" rinvio per osservazioni più argomentate al mio *Saggi sullo Stato costituzionale*, cit., p. 210 ss.

⁵⁸ M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 2013, pp. 371-435, spec. p. 371 ss.; A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2017, spec. p. 97 ss.

non alla legge. Si tratta di una legittimazione attraverso il diritto più che attraverso la sovranità democratica popolare. Come è stato tante volte evidenziato, risulta in quest’ambito recessivo il versante del costituzionalismo sociale che innerva lo Stato costituzionale democratico, a cominciare dal principio di indivisibilità dei diritti di cittadinanza (civili, politici, sociali ed economici). Il ruolo centrale, si è detto, viene svolto dalla Corte di giustizia. L’art. 19 TUE prescrive che la Corte assicura il rispetto del diritto nell’interpretazione e applicazione dei Trattati. Nella celebre sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts*, essa aveva dichiarato che «la Comunità economica europea è una comunità di diritto [*a Community based on the Rule of Law*] nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato»⁵⁹. L’art. 263 TFUE stabilisce il controllo della CGUE sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni e pareri nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. Si pronuncia sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento, dal Consiglio o dalla Commissione. In altri termini l’art. 263 TFUE disegna un sistema completo di rimedi giurisdizionali contro qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni che sia destinato a produrre effetti giuridici. In questa prima fase prevale un principio di attivazione delle competenze nel quadro di un equilibrio istituzionale di cui la Corte cura l’articolazione verticale dei poteri tra Stati membri e la distribuzione orizzontale dei poteri tra le istituzioni europee.

In una seconda fase alla comunità di diritto tende a sostituirsi la “comunità dei diritti”, fino alla cosiddetta «unione dei valori»⁶⁰. La fase nuova prende forma con il Trattato di Maastricht nello sforzo di alimentare il processo di integrazione europea (in particolare, la moneta comune) e consolidare la progressiva costituzionalizzazione dell’Unione⁶¹. Il rafforzamento del piano dei

⁵⁹ Punto 23.

⁶⁰ Cfr. B. GUASTAFERRO, *Comunità di diritto, Unione di valori e condizionalità di bilancio: l’evoluzione del principio della Rule of law nell’ordinamento euro-unitario*, in T. E. FROSINI (a cura di), *Rule of law come costituzionalismo*, Bologna, 2023, p. 100; in tema anche C. BASSU, *Rule of law: presidio democratico e patrimonio costituzionale comune*, in T. E. FROSINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 127-139. Sul tema cfr. anche A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell’Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023.

⁶¹ B. GUASTAFERRO, *op. cit.*, p. 100.

valori comuni era perseguito in funzione di una tendenza all'allargamento ai nuovi Paesi dell'Est europeo, e così della formulazione di condizioni essenziali di ammissione (criteri di Copenaghen). Ciononostante l'omogeneità iniziale ne resta minata significativamente soprattutto con l'allargamento del 2004, processo necessario quanto delicato, potrebbe dirsi⁶², che, nel mettere fine a una storica frattura nel cuore dell'Europa conseguente al conflitto mondiale, si aprirà (ingenuamente?) alla prospettiva illusoria di una compattezza culturale e politica intorno al sistema della liberaldemocrazia.

Se prima della Carta di Nizza si faceva riferimento unicamente al tessuto comune di diritti fondamentali come garantiti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla CEDU, l'art. 6, par. 1, TUE nella sua formulazione attuale sancisce che: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2000, adottata a Strasburgo nel 2007, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati». Lo stesso articolo al par. 2 ribadisce che: «L'Unione aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; per concludere al par. 3 che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Il punto di arrivo è dato dal già ricordato testo “architetonico” dell'art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio del 2019, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative* dichiara che nel concetto di Stato di diritto rientra una pluralità di principi; questi, sul piano più strettamente normativo, sono ulteriormente ribaditi nell'art. 2 del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Questo articolo, nel definire lo Stato di diritto, dichiara che «in esso rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo

⁶² C. MARTINELLI, *La Rule of Law come limite al potere nelle trasformazioni della Costituzione inglese*, in T.E. FROSINI (a cura di), *op. cit.*, p. 65.

legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge»⁶³.

All'esito dei processi di allargamento di cui si è detto, lo scenario presente, come è noto, è tutt'altro che omogeneo dal punto di vista interno all'Unione, data la presenza crescente di movimenti politici e orientamenti culturali tesi a contestare la funzione fondamentale della *Rule of Law* per le democrazie, come testimoniato dalle esperienze della Polonia e dell'Ungheria, ispirate alle cosiddette "democrazie illiberali"⁶⁴. Questo quadro ha determinato la reazione delle istituzioni politiche e della Corte di giustizia, che ha prodotto una consistente e importante giurisprudenza in materia accompagnata da un ampio dibattito dottrinale⁶⁵. La Corte di giustizia ha chiarito che i valori di cui all'art. 2 non costituiscono una «mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica», ma costituiscono dei veri e propri «principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri»⁶⁶ e che «richiedono la conformità ad essi dell'ordinamento giuridico nazionale»⁶⁷. Difatti, secondo la Corte, «pur disponendo di identità nazionali distinte, [...] che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di "Stato di diritto" che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo»⁶⁸. A fronte delle difficoltà di applicazione delle procedure dell'art. 7 TUE per i casi di violazione dell'art. 2 TUE, proprio la Corte di giustizia ha svolto un ruolo propulsivo sia

⁶³ Sul tema U. VILLANI, *La Rule of law nel diritto europeo e internazionale e il dovere di coerenza*, in *Archivio giuridico*, vol. IV, n. 1, 2025, pp. 911-925. In particolare si osserva che «Il concetto, in altri termini, viene a svilupparsi e ad arricchirsi di una pluralità di elementi, o di requisiti, che non sono più soddisfatti dalla semplice subordinazione alla legge, ma richiedono ulteriori impegni e, potrebbe dirsi, date "qualità" della stessa legge» (p. 912).

⁶⁴ G. AMATO, B. BARBISAN, C. PINELLI (eds.), *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, Oxford, 2021; L. THIO, *Constitutionalism in Illiberal Politics*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012.

⁶⁵ P. MORI, *Appartenenza all'Unione europea e valori fondamentali comuni*, in questa *Rivista*, n. 2, 2025, pp. 1-18, spec. p. 5 a cui si rimanda anche per i ragguagli su giurisprudenza e dottrina.

⁶⁶ Corte giust. 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges), punto 67.

⁶⁷ Corte giust. 16 febbraio 2023, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 232.

⁶⁸ *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges), sopra citata, punti 72-74.

in sede di procedimento di infrazione sia mediante il rinvio pregiudiziale attivato dai giudici nazionali.

In questo ambito, nel quadro di un’ampia giurisprudenza che ha significativamente contribuito a delineare il contenuto dei valori comuni e della stessa nozione di Stato di diritto, merita segnalare la sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP). A prescindere dal merito della decisione⁶⁹ qui la Corte ha sostenuto che qualora un giudice nazionale ritenga che una misura nazionale contrasti con il valore dello Stato di diritto, come delineato dall’art. 19 TUE, può sollevare una questione pregiudiziale interpretativa dinanzi a essa. In altri termini la Corte ha opportunamente concentrato la sua attenzione sulla natura e sul contenuto dell’obbligo degli Stati membri di assicurare il rispetto della *Rule of Law* attraverso la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti derivanti dal diritto dell’UE, «andando oltre alla “tradizionale” interpretazione dell’art. 19 TUE»⁷⁰. Nella sentenza ASJP l’art. 19 par. 1, secondo comma, TUE (“Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione”) è messo in collegamento diretto con l’art. 2 TUE⁷¹, senza separare il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva dal diritto ad avere un giudice indipendente e imparziale e considerando l’obbligo in capo ai giudici degli Stati membri di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva di cui all’art. 19 TUE come inclusivo di elementi procedurali ed elementi sostanziali come l’indipendenza e l’imparzialità dei giudici. La Corte ha affermato così che «l’articolo 19 TUE [...] concretizza il valore dello Stato di diritto affermato dall’articolo 2 TUE»⁷²,

⁶⁹ Il caso riguardava un ricorso amministrativo speciale proposto dinanzi alla Corte amministrativa suprema portoghese dall’ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* per conto dei membri del Tribunal de Contas (Corte dei Conti) al fine di ottenere l’annullamento degli atti amministrativi di trattamento delle retribuzioni, adottati in base alla n. 75/1014, che avevano stabilito la riduzione temporanea delle retribuzioni dei giudici e la modifica delle condizioni di reversibilità giustificandole con esigenze imperative di riduzione del disavanzo di bilancio della Stato portoghese. La sentenza stabilisce che l’art. 19, par. 1, secondo comma TUE deve essere interpretato nel senso che il principio dell’indipendenza dei giudici non osta all’applicazione ai membri del Tribunal de Contas di misure generali di riduzione salariale, come quelle stabilite dalla legge portoghese.

⁷⁰ M. PARODI, *Il controllo della Corte di Giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *EP*, vol. 3, 2018, pp. 985-992, spec. p. 988.

⁷¹ L’argomentazione della Corte si distingue da quella dell’Avvocato generale, che invece non ravvisa nell’art. 19, par. 1, secondo comma, TUE un principio generale di garanzia dell’indipendenza degli organi giurisdizionali degli Stati membri e che, richiamando l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, tiene distinti il dovere di tutela giurisdizionale effettiva dal principio di indipendenza dei giudici.

⁷² *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, sopra citata, punto 32.

riconoscendo in definitiva che «l'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo atto ad assicurare il rispetto del diritto dell'UE è intrinseca ad uno Stato di diritto»⁷³. Cosicché, nell'apprestare una tutela giurisdizionale effettiva ai cittadini entro i rispettivi sistemi i giudici nazionali, assicurano altresì il rispetto della *Rule of Law*.

In conclusione, sembra di poter dire che su questo terreno del sistema giurisdizionale integrato si misurerà in modo significativo la tenuta della coesione europea. Si misurerà sulla capacità di far valere i vincoli istituzionali contro le derive autoritarie di alcuni Stati membri, ma, più in generale, sulla capacità di consolidare il patrimonio ideale della *Rule of Law* come presidio delle democrazie di fronte a concezioni alternative di tipo "populistico", e anche di fronteggiare le sfide dell'agenda politica, che oggi si presentano alle democrazie stabilizzate e rispetto alle quali queste possono apparire deboli, inefficienti, persino decadenti.

⁷³ *Ivi*, par. 36.

ABSTRACT (ita)

Il testo esamina il concetto di “Rule of Law” nel contesto del costituzionalismo europeo, evidenziandone la complessità e l’importanza identitaria per l’Unione europea. L’autore ripercorre l’evoluzione storica della “Rule of Law”, distinguendo la sua origine pre-statale anglosassone, incentrata sulla *jurisdictio* e sulla limitazione del potere attraverso il diritto giurisprudenziale, dalle successive interpretazioni “nello Stato”. In questa seconda fase, con l’avvento dello Stato legislativo, la “Rule of Law” si identifica con il principio di legalità e l’autolimitazione del potere sovrano lungo una direzione che va da Hobbes a Kelsen. Successivamente, con lo Stato costituzionale del Novecento, si assiste a un rinnovato legame con la “Rule of Law” grazie alla rigidità costituzionale e alla tutela dei diritti fondamentali, che ripristinano l’equilibrio tra *gubernaculum* e *jurisdictio*. Infine, l’analisi si estende alla “Rule of Law” oltre lo Stato, nel contesto dell’Unione Europea, dove essa assume la forma di “comunità di diritto”, basata sul controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia e sulla condivisione di valori fondamentali, che oggi sembrano esposti alle sfide poste dalle “democrazie illiberali” contemporanee.

ABSTRACT (eng)

The text examines the concept of ‘Rule of Law’ within the context of European constitutionalism, highlighting its complexity and its identity-forming importance for the European Union. The author traces the historical evolution of the ‘Rule of Law’, distinguishing its pre-state Anglo-Saxon origin, centered on *jurisdictio* and the limitation of power through jurisprudential law, from subsequent interpretations ‘within the State’. In this second phase, with the advent of the legislative state, the ‘Rule of Law’ identifies with the principle of legality and the self-limitation of sovereign power, following a trajectory from Hobbes to Kelsen. Subsequently, with the 20th-century constitutional state, a renewed connection with the ‘Rule of Law’ is observed, thanks to constitutional rigidity and the protection of fundamental rights, which restore the balance between *gubernaculum* and *jurisdictio*. Finally, the analysis extends to the ‘Rule of Law’ beyond the State, in the context of the European Union, where it takes the form of a ‘community of law’, based on the judicial review of the Court of Justice and the sharing of fundamental values, which today appear exposed to the challenges posed by contemporary ‘illiberal democracies’.