

FELICE ANCORA¹

Rule of law, stato di diritto e certezza del diritto

Praworządność, państwo prawa i pewność prawa

Streszczenie

F. Ancora w swoim studium zajął się przeanalizowaniem fundamentalnych pojęć prawoznawstwa: *rule of law*, *stato di diritto* (państwo prawa, praworządność) oraz pojęciem pewności prawa. Analiza ta dowodzi, że – zdaniem jej autora – wspomniane pojęcia ewoluują, nie są w swej treści absolutnie niezienne. Cechę tę F. Ancora uważa za istotną, ale i pożądaną. Umożliwia to bowiem dostosowywanie treści podstawowych kategorii prawnych do zmieniających się warunków społecznych, ekonomicznych, politycznych. Choć może zagrażać pewności prawa.

Słowa kluczowe: państwo prawa, praworządność, pewność prawa, jurysprudencja

¹ Prof. Felice Ancora – Wydział Prawa Uniwersytetu w Cagliari. Adwokat. Doradca w Izbie Deputowanych parlamentu włoskiego; e-mail: felice.ancora@fastwebnet.it; ORCID: 0000-0003-3460-9810.

FELICE ANCORA

Rule of law, state of law and legal certainty

Abstract

In his study, F. Ancora is exploring the fundamental concepts of jurisprudence: the rule of law, the state of law and the concept of legal certainty. This analysis proves – according to its author – that the aforementioned concepts evolve and that they are completely unchangeable in their content. F. Ancora considers this feature to be not only important, but also desirable. It makes it possible to adopt the content of basic legal categories into changing social, economical and political conditions, even if it may threaten legal certainty.

Keywords: rule of law, state of law, legal certainty, jurisprudence

Introduzione

Nel dibattito politico ed economico è piuttosto corrente evidenziare i vantaggi per lo sviluppo derivanti dalla piena affermazione del rule of law. Questo avviene spessissimo con riguardo ai paesi in via di sviluppo. Anche riguardo l'Italia, tuttavia, si indicano la incompleta affermazione di questo o quel elemento del rule of law come causa delle sue difficoltà a riprendere la via dello sviluppo. Ad esempio, con una certa insistenza si lamenta la inefficienza del sistema giurisdizionale esistente, prospettandone la esigenza di una riforma complessiva, così come si invoca una riduzione della operatività della prescrizione.

Per questo ci si occupa di questo tema.

Presentata la spiegazione, si reputa doveroso avvertire che con il presente scritto non ci si vuole misurare con le possenti monografie dedicate di recente al *Rule of law*².

² Al riguardo, tra le molte, si vedano: G. Palombella, *E' possibile una legalità globale?*, Bologna, 2012; G. Cogliandro, *Rule of law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, Milano 2012; F. Viola, *Rule of law. Il governo delle leggi ieri ed oggi*, Torino 2011; R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna 2004.

A queste si aggiungono parecchi poderosi saggi. Alcuni sono contenuti in volumi collettanei, tra i quali: quelli contenuti nel volume curato da F. Viola, *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna 2012 (in particolare, quelli di F. Viola; M. Immordino, M.C. Cavallaro e N. Gullo; L. Siracusa; M. Starita; L. Lorello; S. Romano; A. Spena; I. Trujillo; E. Pariotti e I. Ferrajoli); quelli contenuti nel volume curato da G. Palombella e N. Walker, *Relocating the rule of law*, Oxford–Portland, Oregon 2009 (in particolare, quelli di B. Tamanaha; G. Palombella; M. Krygier; R. Uitz e N. Walker); quelli contenuti nel volume curato da P. Costa e D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, Milano 2002 (in particolare, quelli dei due curatori e quelli di L. Ferrajoli, M. C. Pievatolo, S. Mannoni e L. Baccelli). Altri sono in riviste o pubblicati on line, v.: M. Krygier, *The rule of law: an abuser's guide* (2007, in www.ssrn.com/abstract/952576) e *Rule of law (and Rechtstaat)*, (2015, in [www International Encyclopedia of Behavioral sciences](http://www.InternationalEncyclopediaofBehavioralsciences)); T. Carothers, *Democracy aid at 25: time to choose* (2015, in www.carnegieendowment.org); L.A. Berg e D. Desai, *Background paper: overview on the rule of law and sustainable development for the global dialogue on the rule of law and the post 2015 development agenda* (2013, in www.unpd.org); R. Bin, *Diritti, giudici e poteri* ("Quaderni cost." 2012, 1049 e ss.) e *Stato di diritto* (2012, in www.robertobin.articolo); S. Civitarese Matteucci, *Il significato formale dell'ideale del governo delle leggi*, "Dir. amm." 2011, 29 e ss.; S. Haggard e L. Tyede, *The rule of law and economic growth: where are we?* (2010, in www.utexas.edu/law); V. Caporino, *Il pluralismo giuridico tra diritto spontaneo e principio di legalità*, "Dir. dell'agric." 2009, 5 e ss.; F. Viola, *Il rule of law e il concetto di diritto*, [in:] *Ragion pratica*, 2008, 151 e ss. e *The rule of law in legal pluralism* (2007, in [www.Law and legal culture in the 21st century](http://www.Lawandlegalcultureinthe21stcentury). Diversity and unity – August 1–6 2007, Cracow), p.p. 105–131; K. Hoff e J.H. Stiglitz, *The creation of the rule of law and the legitimacy of property rights: the political and economic consequences of a corrupt privatization* (2005, in www.Stanford.Edu)

A ciò si aggiungono i seguenti documenti editi a cura di organizzazioni internazionali: UN General assembly, Declaration of the High level meeting of the General Assembly on the rule of law

Piuttosto, si vuole tentare di avvicinare questo concetto di derivazione anglosassone, o, meglio, i concetti designati dal termine di Rule of law, di appartenenza anglosassone e nord occidentale (comunemente considerato comprensivo anche delle nozioni continentali di Stato di diritto) a quello di certezza giuridica, oggetto, questo, diversi decenni fa di un dignitoso e alto impegno domestico di testimonianza civile e di riflessione giuridica³.

Nel misurarsi con il rule of law (nozione unitaria o insieme di nozioni compendiate da un unico nome che esso sia) si è prestata attenzione nei confronti dei paesi dell'Europa orientale e centrale, caratterizzati dal retaggio di una condizione di diffuso assistenzialismo pubblico, ampia partecipazione pubblica nella economia e ragguardevoli livelli di inefficienza più che probabilmente legati a timori di responsabilità (elementi comuni alla Repubblica italiana, seppure con quantità diverse) e per questo oggetto di indicazioni e consigli da parte degli Stati dell'Occidente, confinanti e non, in una condizione di sovranità incompleta (anche se meno gravosa di quella del loro passato recente, dominato dal dogma dell'internazionalismo proletario), così come in parte è per la Repubblica italiana. Si reputa, infatti, che esiste un internazionalismo dei diritti, ivi compresi quelli del mercato, cui sono esposti i paesi dell'Europa orientale e centrale, come molti altri paesi, tra i quali la Repubblica italiana⁴.

Alcune definizioni di rule of law (Stato di diritto)

La espressione rule of law non figura nella nostra giurisprudenza amministrativa e costituzionale, come, del resto, non figura neanche nella nostra Costituzione.

at the National and general levels, 19–20 settembre 2012 e UN Security Council, The rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies, 23 august 2004 (in www.unpd.org).

³ Ci si riferisce all'opera di F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, 1942, ora Milano 1968 (pubblicata insieme ai saggi di commento di P. Calamandrei, F. Carnelutti, P. Fedele, G. Capograssi e M. Corsale).

⁴ V. al riguardo, oltre ai già citati saggi di M. Krygier e R. Uitz, citati alla nota 3, quelli contenuti in due interessanti volumi collettanei. Uno è a. c. W. Sadurski, A. Czarnota e M. Krygier, *Spreading democracy and the rule of law? The impact of EU enlargement on the rule of law, democracy and constitutionalism in post-communist legal orders*, Springer 2006 (in questo si segnalano i saggi dei tre curatori e quelli di Olgiati, Robertson, Tamvaki, Sajo, Priban, Piana, Boulanger, Zirk-Sadowski, Smilov, Zagato e Bartole). L'altro è a. c. A. Czarnota, M. Krygier e W. Sadurski, *Rethinking the rule of law after communism*, London–New York 2005 (in questo si segnalano i saggi dei tre curatori e quelli di Sheppele, Skach, Ganev, Pettai, Huyse, Rottleuthener e Mahlman, Skapska, Uitz, Teitel, Priban, Krastev, Walker).

Nella giurisprudenza ricorrono, invece, locuzioni come Stato di diritto o certezza del diritto⁵, come sicurezza giuridica e affidamento.

Di tale espressione, tuttavia, si deve parlare prima di tutto. Questa è, infatti, la espressione ricorrente in modo pressoché esclusivo nei testi normativi o almeno precettivi di indirizzo di importanti ordinamenti giuridici con i quali la Repubblica italiana è in relazione, in qualche caso di appartenenza. Questo non toglie, anzi, include che la espressione, per il senso in cui è usata, è facilmente traducibile nelle altre locuzioni presentate prima: nei documenti ufficiali di diritto internazionale la distinzione tra rule of law e Stato di diritto e nelle versioni tradotte il conseguente impiego di espressioni diverse rispetto a quelle dello Stato di diritto per indicare rule of law (ad esempio *prèèminence du droit*) è ormai recessiva⁶.

La Costituzione italiana non cita la espressione di rule of law, né altre assimilate; men che mai definisce alcunché al riguardo. La Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU), nel preambolo cita il rule of law (così come il Trattato di Londra del 1949, che aveva istituito il Consiglio di Europa, espressivo di quello che è poi divenuto l'ordinamento CEDU, aveva citato il rule of law nel preambolo, ponendolo in relazione con la democrazia, e poi nell'articolo 3). Il Trattato UE, nel preambolo e negli articoli 2, 21 e 49 cita il rule of law. Allo stesso modo lo cita il preambolo della Carta dei diritti fondamentali.

Negli atti dell'ordinamento CEDU compare la espressione *prèèminence du droit*, eventualmente tradotta in italiano come preminenza del diritto. Negli atti della UE tradotti in italiano compare senz'altro la espressione Stato di diritto.

Precisato questo, si fa presente che, comunque, si dispone di diverse definizioni del rule of law ad opera di atti giuridicamente impegnativi dell'ordinamento individuato dalla CEDU, dell'ordinamento della UE, come di altri ordinamenti dotati di riconosciuta ed effettiva vincolatività nei confronti della Repubblica italiana. Si dirà poi se esse sono appaganti.

Ci si riferisce in primo luogo alla definizione fornita dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, nota comunemente come Commissione di Venezia, che è un organo consultivo del Consiglio d'Europa, composta da rappresentanti dei paesi che fanno parte del Consiglio d'Europa, nonché di diversi altri paesi

⁵ Anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 22 ottobre 2014 (in "Giurisdiz. amm.", 2014, 1(4), 1, con commento di A. Ravalli, *La giurisdizione nei riguardi degli Stati stranieri: vecchie questioni e nuovi orizzonti dopo la Corte costituzionale n. 238 del 22 ottobre 2014*) si impiega, anziché il termine di rule of law, quello di Stato di diritto, benché la sentenza sia dedicata ad un evidente, tragico, oggetto di c. d. transitional justice (cioè relativa a fatti ricaduti in vicende belliche o rivoluzionarie, costituente un ambito di elezione delle problematiche del rule of law).

⁶ V. ad esempio la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'EU, per rafforzare lo Stato di diritto, COM/2014/0158.

terzi⁷. Tale Commissione, in occasione della sua sessione del 25–26 marzo 2011, ha adottato un rapporto dal titolo “Report on the rule of law” (CDL-AD 2011-003 rev), che è stato reso pubblico il 4 aprile 2011. L’incarico le era stato fornito dall’Assemblea plenaria del Consiglio d’Europa (attraverso la risoluzione 23 novembre 2007, n. 1594, intitolata *The principle of the rule of law*), con la raccomandazione di operare una riunificazione tra *rule of law*, *état de droit*, *prééminence du droit*, *principles of legality* e *of due process*, con la precisazione che democrazia e diritti fondamentali sono fortemente interrelati con il *rule of law*⁸. Tra i propositi della Assemblea c’era anche quello di estendere l’impegno all’Unione Europea⁹.

La Commissione ha preso come base la definizione del *rule of law* fornita da Tom Bingham¹⁰, per la quale “Tutte le persone e le autorità entro lo Stato, sia pubbliche, sia private devono essere vincolate e garantite da leggi prodotte pubblicamente, aventi effetti per il futuro e pubblicamente amministrate dalle Corti” e il *rule of law* richiede 8 elementi: accessibilità della legge; questioni su diritti decise normalmente in base alla legge e non in modo (puramente) discrezionale; uguaglianza davanti alla legge; esercizio del potere nel rispetto della legge, della correttezza e della ragionevolezza; protezione dei diritti umani; risoluzione delle controversie senza indebiti costi e ritardi; correttezza dei processi; rispetto da parte degli Stati dei propri obblighi di diritto internazionale e di diritto interno.

Da ciò la Commissione è pervenuta alla enucleazione di 6 elementi definitivi del *rule of law* (dei quali alcuni considerati formali, altri anche sostanziali) e, cioè: legalità (incluso un trasparente, responsabile e democratico processo democratico per produrre le leggi, nell’ambito, sia della *common law*, sia della *civil law*); certezza del diritto; divieto di arbitrarietà; accesso alla giustizia dinnanzi a Corti indipendenti e imparziali (includendo il giudizio sugli atti amministrativi); rispetto per i diritti dell’uomo; non discriminazione e uguaglianza davanti alla legge¹¹. Per facilitare la utilizzazione di tali elementi, la Commissione ha allegato al rapporto

⁷ Molto perspicuo riguardo, sia il rapporto, sia i problemi sottostanti, sia i passaggi procedurali è G. Serra, *Il Consiglio d’Europa alla ricerca di una definizione di “rule of law”*. Sul rapporto della Commissione di Venezia “*on the rule of law*”, del 4 aprile 2011, in *www.AIC*, 27 settembre 2011.

^{Utile} per una sintesi del rapporto, nonché delle vicende che lo hanno preceduto è il Documento UE citato alla nota precedente e sul quale ci si soffermerà successivamente.

⁸ V. Commissione Jurgens (Committee on legal affairs and human rights 6 luglio 2007, Doc. 11343, punti B 9, B3 e B5), che sottolineava come l’art. 6 della CEDU esprimesse insieme il *rule of law* e il diritto umano ad un equo processo.

⁹ Non si hanno elementi ufficiali per stabilire se ciò sia effettivamente avvenuto.

¹⁰ T. Bingham, *The rule of law*, London 2010.

¹¹ Se ne dà il testo in lingua inglese (ai fini della estrazione di parole chiave per ulteriori ricerche): *legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; law certainty; prohibition of arbitrariness; access to justice before independent and impartial courts*

una lista di controllo, strutturata in 6 sezioni, corrispondenti ciascuna ad uno dei 6 elementi elencati sopra, e articolata in un certo numero di domande capaci di funzionare come parametri concreti per giudicare lo stato di realizzazione del rule of law in questo o in quello Stato.

Il rapporto è corredato da ampie citazioni dirette e indirette di pronunce della Corte EDU (per lo più relative agli articoli 6, 7 e 13 della CEDU, particolarmente espressivi del principio del rule of law) e, quindi, non solo per la sua autorevolezza, ma anche per la puntuale considerazione della giurisprudenza e in generale degli svolgimenti dell'ordinamento CEDU, ha tutte le possibilità di interagire con la Corte EDU, fornendo a questa quanto meno realistiche indicazioni.

E' il caso di riferirsi anche ad un importante atto della UE, la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo stato di diritto, dell'11 marzo 2014 (COM 2014/0158, A new framework to strengthen the rule of law). La Comunicazione, nel prospettare un insieme di azioni della Commissione UE (eventualmente coadiuvata, tra gli altri dalla Commissione di Venezia, della quale si è detto prima) per intervenire su situazioni nazionali di violazione dei principi dello Stato di diritto (rule of law nel testo in inglese, prééminence du droit nel testo francese), ha ripreso le conclusioni del rapporto del 2011 della Commissione di Venezia, con ampia citazione di pronunce degli organi di giustizia della UE (a partire dalla sentenza del 1986, relativa alla Causa 294/83, "Les verts/Parlamento europeo) ed evidenzia i seguenti elementi come caratteristici dello Stato di diritto: principio di legalità; certezza del diritto (nel senso di chiarezza, prevedibilità e normalmente non retroattività delle norme); divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; controllo giurisdizionale indipendente ed effettivo, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali (i singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei loro diritti riconosciuta dal diritto dell'Unione, stante il fatto che tale tutela fa parte dei principi generali che derivano dalle transizioni costituzionali comuni gli Stati membri ed è stata sancita dagli articoli 6 e 13 della CEDU); diritto ad un processo equo dinanzi a un tribunale indipendente dal potere esecutivo; uguaglianza davanti alla legge (per tutto questo, v. Allegato I al Rapporto). In questo contesto va ricordato che il Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 aveva condizionato l'accesso alla CEE dei nuovi Stati dell'Europa centrale ed orientale al requisito di stabili istituzioni garantenti democrazia, rule of law, diritti umani e rispetto della protezione delle minoranze (oltre che la esistenza di una funzionante economia di mercato e la capacità di sostenere la competizione economica in ambito europeo, nonché di mantenere

including judicial review of administrative acts; respect for human rights; non discrimination and equality before law.

gli impegni propri della appartenenza, inclusa l'aderenza alle finalità dell'unione politica, economica e monetaria).

Definizioni senz'altro interessanti del rule of law vengono dalla organizzazione delle Nazioni Unite (d'ora in poi UN). Come è noto il Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani, che ha fatto da base alla organizzazione UN, evoca il rule of law. Altrettanto noto è che diversi interventi delle UN (ai quali ha collaborato anche l'Italia, quasi sempre previa decisione assunta con decreto legge e, quindi, con atto giuridicamente impegnativo nei confronti di tutti) hanno avuto come obiettivo la instaurazione o la stabilizzazione del rule of law in paesi sconvolti da guerre o disordini. Da questo punto di vista e, cioè, come riepilogo della concezione affermatasi nell'ambito delle UN sul rule of law, particolare interesse riveste la definizione datane nel 2004, in un documento ufficiale¹², dal Segretario generale pro tempore, Kofi Annan, per cui: "Il rule of law si riferisce a un principio di governo per il quale tutte le persone, istituzioni ed entità pubbliche e private, compreso lo Stato, devono rispondere a leggi pubblicamente promulgate, ugualmente imposte ed eseguite in modo indipendente, coerente con le norme e gli standards internazionali sui diritti umani. Richiede anche misure per assicurare l'aderenza ai principi della supremazia della legge, separazione dei poteri, partecipazione nei processi decisionali, certezza legale, esclusione di arbitrarietà e trasparenza procedurale e legale". Si aggiunge che un successivo documento ufficiale delle UN (Declaration of the high level meeting of the General Assembly on the rule of law at the National and International levels del 19–20 settembre 2012) ha affermato la interrelazione tra diritti umani, rule of law e democrazia, nonché tra rule of law e sviluppo economico e sociale (paragrafi 5 e 7).

Anche la Banca mondiale ha contribuito a definire, o, quantomeno, a lumeggiare il rule of law, precisando che esso esiste dove il governo è limitato dalla legge e la giustizia è accessibile a tutti¹³, sottolineando il nesso tra povertà e insufficienza del rule of law, nonché il ruolo del potere giudiziario nella affermazione dell'ambiente internazionale (rules of game) nel quale lo sviluppo ha luogo¹⁴.

Il Fondo monetario internazionale (FMI, oppure IMF, in lingua inglese), dal canto suo, in un recente documento (The IMF and good governance, 30 settembre 2012, in w.w.w. IMF inf. org), pur senza spingersi a una definizione del rule of law,

¹² Il documento è: The rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies. Report of the Secretary general, Doc/S/2004/616, 23 august 2004. A partire da L.A. Berg e D. Desai (*Background paper...*) a tale rapporto è stato riconosciuto un valore particolarmente impegnativo.

¹³ The World bank, initiatives in legal and judicial reform, in www, D.C. The World bank. In dottrina, v. G. Barron, *The World bank & rule of law reforms*, in www Working paper series, LSE, 2005.

¹⁴ The World Bank, New direction in justice reform (Documents World bank, may 2012, 05/16706679).

ha strettamente collegato questo al sistema complessivo di governo di un paese e al benessere economico dello stesso.

Infine, si hanno le definizioni provenienti dall'OSCE e dall'OECD. Secondo l'una (contenuta nel documento OSCE, Commitments relating the rule of law, in w.w.w.osce.org/documents/odih/2009/01/36062) il rule of law è, non solo una legalità formale che assicura regolarità e coerenza nel conseguimento e nella affermazione dell'ordine democratico, ma anche giustizia basata sul riconoscimento e la piena accettazione del supremo valore della persona umana e garantita da istituzioni apprestanti un quadro per la sua più piena espressione. Secondo l'altra (contenuta nel documento Equal access to justice and the rule of law, OECD, Development assistance committee, Main streaming conflict prevention, 2005, così citato nel rapporto della Commissione di Venezia, sul quale ci si è soffermati prima), il rule of law è individuato dai seguenti condizioni: esso contempla regole e valori fondamentali dai quali un popolo accetta di essere vincolato; la legge vincola il Governo; la legge è interpretata da un potere giudiziario indipendente e imparziale; quelli che interpretano la legge operano coerentemente senza scorrette discriminazioni; la legge è trasparente e accessibile a tutti, specie ai più vulnerabili e bisognosi di protezione; la applicazione della legge è efficiente e tempestiva; la legge protegge i diritti, specialmente quelli umani; la legge può essere cambiata attraverso una procedura trasparente, responsabile e democratica.

Esula dall'oggetto del presente scritto descrivere minutamente le sequenze causali attraverso le quali queste definizioni assumono vincolatività: in qualche caso, come riepilogo concettuale valgono come sottostrato per i procedimenti di decisione delle Corti, in altri, come si è accennato, finiscono con l'essere presupposti, più o meno consapevolmente assunti, di scelte politiche degli Stati (di partecipazione ad azioni internazionali) assunte con atti di rango legislativo (o quanto meno assistite da questo tipo di atti per la disciplina degli aspetti finanziari e contabili); in altri ancora, frequenti, come standards di accettabilità e comprensibilità giuridica cui devono uniformarsi gli Stati per ottenere finanziamenti o evitare azioni di aperta aggressione economica¹⁵.

¹⁵ Il rule of law in molti casi si presenta come l'anello intermedio tra sviluppo economico e riforma del sistema giuridico e giudiziario secondo i canoni nord occidentali (legal and judicial reform) e, quindi, comprensibili e padroneggiabili dai soggetti economici di tale area.

Si è più chiari: in molti casi una riforma del sistema giuridico e giudiziario secondo i canoni del diritto nord occidentale si presenta come un elemento importante della affermazione del rule of law, a sua volta considerato una condizione necessaria per la crescita economica dello stato che aspira all'aiuto internazionale e in generale esposto alla azione delle organizzazioni internazionali di governo della economia. Su questo, v., non solo U. Mattei e L. Nader, *Il saccheggio*, Milano 2010, passim, ma anche E.G. Jansen e T.C. Heller (a.c.) *Beyond common knowledge. Empirical approaches to the rule of law*, Palo Alto, Ca 2003, 1-2 e 385 (nonché di E.G. Jansen, *The rule of law and judicial reform*

Le giurisprudenze

A fronte delle definizioni che si sono fornite, aventi, certo, elementi comuni, ma anche discordanze e risultanti, ora, estremamente generiche, ora, troppo puntigliose, si hanno giurisprudenze della Corte EDU e degli organi di giustizia della UE che fanno frequente riferimento al rule of law-Stato di diritto¹⁶, così come si ha un ormai frequente riferimento al concetto di Stato di diritto da parte della Corte costituzionale e del Giudice amministrativo.

Su tutto ciò si darà una informazione solo sommaria, perché si reputa prioritaria e più importante una definizione dei concetti (al momento mancante) ai quali questa o quella affermazione o statuizione può essere eventualmente ascritta.

Circa la Corte EDU¹⁷, può dirsi che essa non abbia considerato il principio come immanente a tutti gli articoli della CEDU e, come evidenziato da G. Serra¹⁸, lo abbia utilizzato per desumere diritti ed obblighi impliciti nel testo di alcune disposizioni, per integrare il significato di alcune garanzie e per bilanciare interessi individuali con interessi collettivi. Particolare rilievo presenta la giurisprudenza sull'art. 6 della Convenzione, relativo al processo¹⁹, in ordine al quale articolo la Corte ha identificato la espressione "law" esclusivamente con la legge approvata dal Parlamento²⁰ (per gli altri, volendo mediare tra ordinamenti di civil law e quelli di common law non si è spinta a chiedere la emanazione dell'atto normativo e, cioè, la law, da uno specifico organo e si è limitata a chiedere che lo stesso fosse conforme ai requisiti di accessibilità e di prevedibilità).

Circa gli organi di giustizia della UE, si rinvia alla ragionata esposizione dei casi giurisprudenziali, costituente parte integrante (come Allegato II) dell' Allegato I (Lo stato di diritto principio fondante dell'Unione) della già citata Comunicazione della Commissione europea, recante "Un nuovo quadro della UE per rafforzare lo

of diverse institutional patterns and reformers' responses, in www.stanford.edu, come pure K. Hoff e J.E. Stiglitz, op. cit. e E. Upham, *The illusory promise of the rules of law*, [in:] A. Sajo (a.c.) *Human rights with modesty. The problem of universalism*, Leiden–Boston 2004, 279–313 e M. Krygier, *The rule of law: an abuser's...*, 12 e 18, nonché Philip Selznick: *incipient law, State law and the rule of law*, in [www.law press](http://www.lawpress.com), 2008.

¹⁶ Si ricorda che nei documenti internazionali i due termini, pur avendo origini storiche diverse, son divenuti ormai sinonimi.

¹⁷ Per una puntuale illustrazione della giurisprudenza di tale Corte, v. S. Holovaty, *The rule of law*, Kiev 2006, 1169 e ss. La prima sentenza nella quale compare il riferimento al rule of law è la sentenza Golden del 1975.

¹⁸ Nel suo già citato saggio, *Il Consiglio d'Europa...*, 3.

¹⁹ Nella quale l'Italia risulta spesso soccombente per la eccessiva durata dei processi.

²⁰ V. sent. 10 febbraio 2009, Iordachi 25198/02 (interessante anche per la affermazione del nesso tra democrazia e rule of law).

Stato di diritto". Merita ricordare, anche per gli sviluppi successivi del presente lavoro, la particolare sottolineatura del nesso tra principio dello Stato di diritto, certezza del diritto e legittimo affidamento²¹.

Si va ora ai Giudici nazionali. Da parte di questi è ormai ricorrente il riferimento allo Stato di diritto, anche se esso è accompagnato al massimo da qualche notazione su questa o quella implicazione della nozione e non giunge mai ad una completa definizione.

Per quanto riguarda la Corte costituzionale, il primo cenno si ha già nella sentenza n. 3 del 1957. Si evidenzia, in alcune sentenze il nesso tra principio dello Stato di diritto e la nozione di giusto processo (precludente, di norma, la interferenza del Parlamento nella giurisdizione; v. sentenze 9 maggio 2013, n. 85 e 26 novembre 2009, n. 311), in altre sentenze il nesso tra il principio dello Stato di diritto e il bene della sicurezza giuridica (v. sentenza 4 giugno 2014, n. 154, 17 novembre 2013, n. 310 e 11 giugno 2014, n. 209 e 5 novembre 2015, n. 216), in altre il nesso tra principio dello Stato di diritto e parità di trattamento rispetto alla giurisdizione (v. sentenza 14 aprile 2012, n. 87), in altre ancora il nesso tra principio dello stato di diritto e principio di certezza giuridica (v. sentenza 3 febbraio 1994, n. 13).

Andando al Giudice amministrativo, si trovano diverse pronunce che pure affermano il nesso tra principio dello Stato di diritto e bene della certezza giuridica (v. ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 9 luglio 2014, n. 3499), altre che affermano la necessità di bilanciare tra diritti e principio dello Stato di diritto (v. Consiglio di Stato, Sez. I, parere 4 giugno 2014, n. 594), altre ancora che affermano il nesso tra principio dello Stato di diritto e principio del giusto processo (v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2559).

Per la Corte dei conti si trova la sentenza della Sez. I giurisdizionale centrale, 27 novembre 2012, n. 738, per la quale il principio dello Stato di diritto impone la pari sottoposizione alla legge da parte di tutti i cittadini.

Per la Corte di cassazione può vedersi l'ordinanza delle Sezioni unite 6 dicembre 2010, n. 24689, che pone in relazione il principio dello Stato di diritto con quello della sicurezza giuridica e con quello dell'affidamento. In sintesi, neanche la giurisprudenza dà al rule of law – Stato di diritto una configurazione unitaria.

²¹ Ciò è stato a partire dalla sentenza Algera del 12 luglio 1957 (in cause 7/56 e 3-/57) ed è proseguito con le sentenze C. G. 16 gennaio 2003 (in causa C 205/01) e 9 settembre 2003 (in cause C/98/01 e 22 giugno 2006 (in causa C/182/03 e 217/03).

Una interessante esplicitazione della distinzione, e insieme correlazione, tra certezza del diritto e legittimo affidamento, da una parte e principio di legalità, dall'altra, si trova nella sentenza 22 marzo 1961 (in cause SNUPAC, C/42/59 e C/49/59), per la quale il principio di legittimità e il principio della certezza del diritto – affidamento devono essere applicati in concomitanza e la decisione se far prevalere l'uno o l'altro principio deve dipendere dal confronto tra l'interesse pubblico e l'interesse privato in contrapposizione.

Fattori di disturbo avverso la nozione di rule of law

Può dirsi, quindi, che la nozione di rule of law sia piuttosto nebulosa. Nella dottrina straniera è stata qualificata controversa²².

Sicuramente alla determinazione della nozione fanno da ostacolo alcuni abusi di utilizzazione teorica e di applicazione pratica della stessa, così come alcuni veri e propri fattori esterni di disturbo e possibili reali controindicazioni di quello che è comunemente inteso come rule of law. Tutti sono alimentati in larga parte dalla circostanza che molti vantaggi internazionali in favore degli Stati sono condizionati ad un riscontro positivo sulla affermazione del rule of law e sono amplificati nei loro effetti dalla utilizzazione mondiale della nozione e, cioè, con riguardo ad organizzazioni, statali e non, tra loro molto diverse.

In qualche caso la realizzazione del rule of law è stata usurpatoriamente vantata da regimi del tutto dispotici, allorché hanno presentato gli avversari politici come responsabili di crimini e, quindi, la eliminazione o la neutralizzazione fisica degli stessi come affermazione della legalità in funzione di difesa sociale. In altri casi, più innocui, si è forzatamente e fallacemente individuata la affermazione di esso in contesti nei quali, invece, mancavano le condizioni di una sua effettiva realizzazione, semplicemente perché si sono trasformate una fiducia assoluta sulle sue capacità risoltrici rispetto ai mali della società e la constatazione delle conseguenti azioni dirette alla sua realizzazione in un accertamento positivo del raggiungimento dello stesso (si è confuso, cioè, un enfatizzato obiettivo con il risultato).

In altri casi, sotto le apparenze di perseguire la affermazione del rule of law si sono perseguiti come obiettivi, condizioni ed assetti istituzionali che semplicemente sono spesso presenti in Stati comunemente qualificati come coerenti con il principio del rule of law: questo in particolar modo si è riscontrato riguardo la attuazione di riforme del sistema legale e giurisdizionale (legal and judicial reforms) come “pacchetti di riforme istituzionali” ispirati da modelli esteri (per lo più nord occidentali), senza preoccuparsi dei bisogni locali e delle prime esigenze di contrastare le forme più gravi di violenza e prevaricazione.

Esistono, poi, delle condizioni che, rispetto alla affermazione del rule of law risultano delle vere e proprie pietre di inciampo, e, cioè, elementi, non solo di ostacolo, ma anche di deterioramento.

Esse sono costituite da: alcuni elementi e problemi propri delle transizioni democratiche; finalizzazione del sistema normativo verso obiettivi sociali; contrasto al terrorismo.

²² V.: J. Waldron, *Is the rule of law an essentially contested concept?* “Law and philosophy” 2002, 21(2), 137–164, S. Civitarese Matteucci, *Il significato formale...*, 30–32 e L.A. Berg e D. Desai, *Background paper...*, 9.

Nelle transizioni è ineliminabile il rischio che si utilizzino in eccesso strumenti contrastanti e incoerenti con i fini che si vogliono raggiungere ed i valori che si vogliono affermare. Se ogni ordinamento giuridico è un complesso coerentemente strutturato (di regole di vario livello, di apparati e di persone) se una transizione costituzionale è il risultato del rifiuto di un ordine esistente (e, come tale, strutturato), nel momento in cui essa è compiuta e se i risultati finali (o effetti finali-materiali) dei fatti giuridici hanno bisogno di tempo per realizzarsi (sono solo gli effetti giuridici di atti molto elementari, come, ad esempio l'acquisto in un grande magazzino, che si realizzano in un tempo non apprezzabile) è inevitabile che, compiutasi una scelta per un nuovo ordine costituzionale, ispirata da valori diversi da quelli del vecchio ordine, non siano già pronti e definiti in modo coerente con il nuovo ordine gli strumenti per realizzarlo (con questo intendendosi, sia le procedure, sia le persone, sia gli apparati), salvo che si decida di prelevare questi ultimi di peso da altri ordinamenti (come accade nei casi di completa disfatta militare)²³. Il problema in concreto si pone ricorrentemente con riguardo alla esigenza di riparazione degli abusi compiuti da un depresso regime non democratico e, in particolare, nei termini di una scelta se, per tale compito, affidarsi agli apparati giudiziari consegnati da quel regime (e, quindi, di questo utilizzare le persone), se operare una brusca epurazione di tali apparati (e, quindi, in questo modo riprendendo dal passato regime i metodi prevaricanti), se non procedere in alcun modo, se procedere per gradi e selettivamente, puntando sull'effetto sanante del tempo, se affidarsi (più o meno volontariamente) a determinazioni esterne.

Anche la finalizzazione del sistema normativo verso fini sociali e, in generale, di governo dell'economia, dal punto di vista concettuale è patentemente antitetico rispetto alla affermazione del rule of law. Tale finalizzazione, infatti, comporta la utilizzazione della legge (per lo più la legge del Parlamento) anziché solo come stabile strumento di realizzazione di questo o quel risultato (nel passato, frequentemente, di benessere sociale, nel presente, almeno in Europa, di contenimento dei deficit pubblici e in generale di affermazione, pretesa o reale, di soddisfacenti condizioni di funzionamento del mercato): la legge per questo è esposta ad essere,

²³ Sul tema delle transizioni costituzionali si indicano tre fondamentali riferimenti di riflessione giuridica: P. Biscaretti di Ruffia, *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*, Milano 1938; S. Romano, *Rivoluzione e diritto* (1944), ora in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983, 220 e ss., G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna 1998.

La transizione subita dall'ordinamento italiano nel 1943-1948 è stata mirabilmente descritta da C. Ghisalberti, in *Storia costituzionale d'Italia* (1974), ora Bari 2010, 389 e ss. Non altrettanto è stato per quella successivamente subita all'inizio degli anni 'novanta (che ha coinvolto, non solo gli equilibri politici e partitici, ma anche l'assetto del Paese con il passaggio da una economia basata in uguale misura sul capitale privato e sul capitale pubblico, in una basata principalmente sul capitale privato).

non generale e stabile, ma particolare e provvisoria, quale strumento dei governanti, più o meno lungimiranti.

Il contrasto al terrorismo è la principale pietra di inciampo nei confronti della affermazione del rule of law. Quest'ultimo, indubbiamente aggredisce deliberatamente e direttamente tutti gli elementi propri del rule of law, costituiti, da un lato, sia da norme di diritto pubblico, sia da tradizioni e meccanismi sociali di contenimento attraverso regole comunemente rispettate da governanti e governati. Se è vero questo, gli Stati esposti alla minaccia del terrorismo sono esposti anche alla minaccia della perdita degli elementi essenziali dello Stato di diritto. Paradossalmente ciò si risolve in un successo del terrorismo e in un indebolimento dello Stato: uno Stato è forte nella misura in cui opera entro i suoi limiti e, cioè, entro i limiti che si è dato: quando viola questi, viola se stesso²⁴.

Da altro punto di vista, può succedere che il rule of law appaia contrastante con il perseguimento di altri valori, invece necessari, e che questi ultimi siano sacrificati a vantaggio di quella che è reputata una massima realizzazione del rule of law.

In molti casi, riguardanti specialmente i paesi dell'Europa centrale e orientale, la istanza della affermazione del rule of law ha assunto una intonazione tecnicistica ed antipolitica, in quanto si è sostanziata in programmi di astratta instaurazione della legalità e di riforma giuridica, in larga parte dominati dalla preoccupazione di evitare le imperfezioni di una democrazia all'inizio e di combattere la corruzione. Sicuramente in tali paesi si è posta, e si pone, la esigenza di far valere dei limiti nei confronti di decisioni del Parlamento che possono essere estemporanei risultati di maggioranze variabili e, quindi, di instaurare una giustizia costituzionale, ma è anche vero che in una condizione nella quale le strutture, gli apparati (anche giudiziari) e le comunità scientifiche (tra cui quella dei giuristi), non hanno assunto una fisionomia coerente con il nuovo ordine democratico e sono, piuttosto, elementi solidi in un liquido in ebollizione, ora esposti a liquefazione, ora (rimasti tali) assoggettati ad irregolari moti convettivi, conferire immediatamente alla Corti costituzionali un pieno potere di revisione di tutta la legislazione e di interdizione nei confronti del Parlamento può significare semplicemente creare un ulteriore livello di governo²⁵, con composizione dominata casualmente da residui del vecchio ordine, fiduciari di effimere forze politiche e revenants del passato remoto. Sicuramente nei paesi ora ricordati esiste un problema di corruzione, dovuta, per un verso, alla circostanza che nei precedenti regimi un notevolissimo flusso di ricchezza passava

²⁴ In tal senso N. MacCormick, *Rethoric and the rule of law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005.

²⁵ V.M. Krygier, *Rule of law, an abuser's guide...*, 22–23. Per la trattazione di tali problematiche riferita ad uno specifico contesto, v. S. Spac, *Judiciary development after the breakdown of communism in the Czech Republic and Slovakia*, in www.researchgate.net, 2013.

attraverso l'apparato pubblico e, quindi, era amministrato dagli esponenti di questo (sia come capitali di investimento, sia come tributi, sia come ricavati dalle attività produttive, sia come retribuzioni, premi e prestazioni previdenziali e sociali ai cittadini, sia come prezzi delle importazioni e delle esportazioni) e, poi, che gli eventi che hanno sancito la crisi e la fine del precedente regime, sono stati seguiti da un periodo abbastanza lungo di debolezza dello Stato e dell'apparato pubblico, come di inconsistenza delle strutture sociali, condizioni entrambe favorevoli al prodursi e all'emergere della corruzione (che ha trovato ulteriore occasione dalle procedure di privatizzazione), come della frettolosa e strumentale sovrapposizione di interventi diretti alla eradicazione di quest'ultima. In tali paesi è successo che, per un verso, la corruzione è divenuta la spiegazione di tutti i fallimenti ed insuccessi del processo di transizione democratica, per l'altro verso che la eradicazione della corruzione è divenuta un mito²⁶. Dall'altra parte è successo che l'enfasi sulla lotta alla corruzione ha tentato le forze politiche ad uno svolgimento strumentale del contrasto avverso di essa, nel senso che ognuna di esse ha puntato ad acquisire posizioni di forza (cercando rapporti preferenziali con gli apparati giurisdizionali esistenti o creando apparati ad hoc, reputati ad esse rispondenti). Nel complesso tutto questo ha portato allo svolgimento di attività politica attraverso la funzione giurisdizionale e ad un processo circolare involutivo nel quale ogni apparato di controllo viene sormontato da un altro che dovrebbe a sua volta controllarlo, con il risultato di una continua espansione degli apparati di controllo.

La massimizzazione nella realizzazione di un elemento che normalmente è proprio di Stati considerati rispondenti al principio del rule of law e, cioè, della irretroattività della legge in qualche caso appare sconsigliata da esigenze di giustizia sostanziale, in quanto può essere indispensabile riparare ingiustizie commesse nel passato, non importa se sotto lo scudo di una legge. Sicuramente può convenirsi che alcune misure siano da scartarsi; tale è stata considerata, ad esempio, quella di innalzare i termini di prescrizione, in quanto contraddice il rule of law e infirma il principio della certezza del diritto²⁷. Resta che le vittime di gravi ingiustizie

²⁶ V. Krastev, *Corruption, anticorruption sentiments and rule of law*, in A. Czarnota, M. Krygier e W. Sadowski (a.c.) *Rethinking the rule of law after communism*, Budapest 2005, 323 e ss. (particolarmente efficace nell'evidenziare come la corruzione, nel passaggio da un'economia centralizzata ad una di mercato si sia aggravato, passando dal diffuso baratto all'esoso mercimonio ristretto a pochi) nonchè K. Hoff e J.H. Stiglitz, op. cit. Notazioni interessanti sulla corruzione nei paesi dell'Est europeo e sul carattere di fatto compensativo delle rigidità del sistema economico centralizzato di controllo pubblico, v. M.N. Rothbard, *Man, economy and State an Power and market* (1962-1970), ult. edizione, Alabama 2009, 958 e ss.

²⁷ "A state under the rule of law cannot be created by undermining the rule of law. Legal certainty based on formal and objective principles is more important than necessarily partial a subjective justice". Così la Corte costituzionale ungherese su una legge che innalzava i termini di prescrizione

perpetrate da regimi dispotici e antidemocratici meritano comunque un riconoscimento e un ristoro e che, quindi, in questi casi non ci si può trincerare del tutto dietro la formale legalità delle decisioni che hanno comportato tali ingiustizie: questa può valere come scusante individuale dal punto di vista penale per le persone fisiche, ma non vale ad escludere la responsabilità degli Stati, ai quali tali ingiustizie sono in ultima istanza riferibili (foss'altro per il principio della responsabilità residuale delle persone giuridiche per gli atti compiuti dai loro agenti nell'esercizio delle loro funzioni).

Altre volte ancora c'è un vero e proprio cattivo uso intrinseco del rule of law. In qualche caso si riscontra un vero e proprio massimalismo, ad esempio nel legalismo del vincolo al precedente o alla lettera della legge; in altri una realizzazione del rule of law solo che nella misura in cui ciò è economicamente conveniente e, cioè, riguardo ai settori della vita associata nei quali si fanno valere gli interessi dei soggetti dominanti (settori economici di elite finanziaria), mentre le altre aree di giurisdizione restano intatte nel loro sottosviluppo; in altri (che sono una variante di questi ultimi), il rule of law si realizza solo che in ordine a una parte di rapporti e, cioè, quelli in cui sono coinvolti gli interessi dominanti.

Una nozione funzionale di rule of law. Rapporto tra rule of law (Stato di diritto), certezza del diritto e affidamento

Tutto ciò che si è rappresentato evidenzia lo sforzo di fornire una definizione strutturale del rule of law e, cioè, concentrata su una sua supposta sostanza in sé, quale risultato della combinazione di alcuni elementi fissi, altrettanto sostanziali, e indipendente dai suoi effetti.

Sicuramente, tra le definizioni che si sono presentate, quella fornita dalla Commissione di Venezia appare particolarmente accurata e ancora di più lo appare la lista di controllo che la integra e che appare diretta a facilitarne l'impiego operativo.

Molte altre definizioni si caratterizzano per il legame tra rule of law e sviluppo economico, individuando nel primo una premessa indispensabile del secondo, con questo finendo per giustificare il condizionamento della erogazione di aiuti internazionali alla impostazione della realizzazione del rule of law (evidentemente in conformità alla concezione degli operatori, comunemente chiamati in lingua inglese

per il perseguimento dei crimini compiuti dal regime comunista nell'ambito della repressione della rivolta del 1956 (Decisione 5 marzo 1992, n. 11, tradotta in inglese in L. Solyon e G. Brunner (a.c.), *Constitutional judiciary in a new democracy, The hungarian Constitutional court*, Ann Arbor 2000, 221. Su tale sentenza (che in seguito sarà oggetto di ulteriori considerazioni) v. R. Uitz, *The rule of law in post communist constitutional jurisprudence*, [in:] *Relocating the rule of law...*, 76.

donors). Lo stesso proliferare di definizioni testimonia questo legame, perché nulla suscita l'acume dei giuristi quanto i temi che hanno (e, soprattutto, possono avere) un risvolto economico.

Diversi sono anche gli elementi di disturbo nella affermazione del rule of law. Ora è il suo presentarsi con una immagine virtuale (se non caricaturale, che nulla ha che fare con la sua vera esistenza o il presentarsi solo virtuale degli elementi cui essa normalmente si accompagna (ivi compresi quelli della lista di controllo accessori alla definizione della Commissione di Venezia) e, quindi, in generale, il disturbo della sua falsa presentazione che, evidentemente, allontana dalla preoccupazione e dall'impegno per la sua realizzazione più seria. Ora è il suo subire fattori oggettivamente ed effettivamente contrastanti (come le esigenze di retroattività e le necessità di eliminare in tempi ragionevolmente brevi i postumi di regimi autoritari e non democratici). Ora, è il suo subire errori nel suo perseguimento.

Tra gli elementi di disturbo immediatamente sopra, incidentalmente, si sono indicate le esigenze di retroattività e la necessità di eliminare i postumi di regimi autoritari. Su di essi ci si è già soffermati nel precedente paragrafo, per sottolinearne la almeno relativa ineliminabilità. Si rinvia, quindi, all'indietro rappresentando sinteticamente che: le decisioni retroattive, da un lato, sono deteriori perché sono facilmente inficiate da parzialità e non sono prevedibili per chi ne subisce gli effetti (e per questo sono spesso contrastanti con i suoi programmi di azione), dall'altro, in quanto successive ai fatti da esse considerate e collegate ad effetti, hanno il sicuro pregio della aderenza ai fatti. Nelle transizioni costituzionali, a meno che non si abbia il completo trapianto dall'esterno di un intero ordinamento, completato dalla attribuzione delle posizioni di comando a persone e soggetti pure esterni (ciò che può realizzarsi solo nei casi di completo disfacimento dell'ordinamento preesistente, ivi compresa la società sottostante) è inevitabile, per la non immediatezza degli effetti giuridici, che gli elementi espressivi del nuovo ordine operino insieme con elementi del vecchio ordine (procedure, apparati, persone) ed in molti casi le forzino a trasformazioni con procedimenti d'urgenza e coercitivi non soddisfacenti dal punto di vista della legittimità e della ricerca del convincimento sociale.

Dal punto di vista pratico si colgono nelle situazioni i seguenti tratti caratteristici. Mirato un insieme di caratteristiche del rule of law riscontrate in alcuni paesi del Nord Ovest (principalmente Inghilterra e USA) dove precocemente si è avuta la limitazione del potere pubblico, spesso si è tentato di realizzare queste caratteristiche in altri paesi con altre storie ed altre istituzioni nazionali (ad esempio, caratterizzati da una classe di magistrati privi della stabilità di appartenenza sociale e della coerenza sostanziale di orientamento che si riscontrato in quelli delle Corti di common law, sicché cercare una affermazione del rule of law affidandosi sul ceto giudiziario diventa la ricerca di un chimera). Si prospettando riforme legislative

e giudiziarie con soluzioni prese da paesi diversi, spesso fidando sull'apporto di cerchie culturali che sono influenti in quei paesi, ma non necessariamente lo sono anche nel paese di destinazione²⁸. Più nel concreto, e più invasivamente, si prospettano meccanismi giudiziari diretti ad assicurare una pronta ed immancabile reazione alle violazioni dei precetti giuridici²⁹, o nuove figure di reato, capaci di comprendere classi di casi più ampie di quelle comprese dalle figure di reato già esistenti, ritenute troppo restrittive, il tutto, però, a prezzo della significatività ed inequivocabilità degli elementi identificativi dei nuovi reati, per lo più di pura condotta, o, meglio, di puro atteggiamento³⁰. Ancora, si avviano programmi di

²⁸ V. Documento OECD – Economics department policy note, n. 18, 2013, Giustizia civile: come promuoverne l'efficienza, nel quale, compiuta una analisi del funzionamento della giustizia civile in diversi paesi, si prospetta la esistenza di una proporzione tra efficienza degli uffici giudiziari e, non solo gli investimenti in informatizzazione, ma anche la utilizzazione di tecniche di gestione dei flussi e la produzione di statistiche, con questo, evidentemente adombrando la necessità di rendere permeabile la funzione giurisdizionale alle acquisizioni dei cultori delle scienze aziendali.

²⁹ Viene riproposto il principio del "nullum crimen sine poena" (circa il quale P. Costa, in *Lo Stato di diritto, una introduzione storica*, [in:] *Lo Stato di diritto...*, 146, ricorda che fu prospettato e caldeggiato da C. Schmitt, in *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, "Juridische Wochenschrift" 1934, 713-714, come espressione del c. d. stato di giustizia), presentandolo in termini meno allarmanti, se non eufemistici, di tutela delle vittime dei reati e di uguaglianza davanti alla legge, per i quali la tutela a favore dell'imputato deve conciliarsi con quella delle vittime dei reati ad ottenere soddisfazione (sottintendendo che quest'ultima debba avvenire, non solo, materialmente, con un ristoro, ma anche, moralmente, con la punizione del reo) e (sempre per i quali) dalla circostanza che dalla esistenza di una figura di reato e dalla avvenuta condanna di qualcuno per quel reato, dovrebbe conseguire necessariamente la condanna di tutti quelli a cui quel reato è ascrivibile (con una applicazione del principio di uguaglianza sostanzialmente in *malam partem*). In ambito internazionale l'orientamento si presenta talvolta sotto forma di forti riserve nei confronti dell'istituto della prescrizione (in lingua inglese, statute of limitations); v. al riguardo, ad esempio il Documento OECD, Phase 3, Report on implementing the OECD anti-bribery conviction in Italy, December 2011, n. 49377261,39 e ss. (commentato da M. Castellaneta, in *La prescrizione troppo breve blocca le indagini sulla corruzione internazionale in Italia*, marzo 2012, in www.Castellaneta.it). Nel nostro Paese l'orientamento in discorso (ricorrentemente presentato come principio per cui "chi ha sbagliato paghi" o della "tutela delle vittime dei reati" e in quest'ultima versione, con considerazione estesa alle potenziali future vittime dei reati, immancabilmente proposto come argomento ostativo ad ogni soluzione di trattativa con terroristi al fine di salvaguardare eventuali loro ostaggi) è stato con completezza teorizzato da G. Gemma, in *Parlamento e abuso di clemenza*, [in:] *Diritto e società*, 1985, 657 e ss. e poi in *Procedura di approvazione della legge di amnistia e di indulto*, *ibidem*, 1989, 155 e ss.

³⁰ Al riguardo sono interessanti i rilievi mossi dalla Corte costituzionale ungherese (sentenze 30/1992, V. 26, AB decision e poi 41/2007, VI.20, AB decision) riguardo una legge che prevedeva una sanzione penale nei confronti dell'incitamento all'odio nazionale od etnico. La Corte rilevò, in particolare, che il potere di fissare sanzioni penali deve essere arginato dal fondamentale valore del rule of law e che lo stesso deve essere vincolato ad una preventiva valutazione sulla necessità e proporzionalità della sanzione. Pure interessanti sono i rilievi della stessa Corte, riguardo la previsione di sanzioni penali nei confronti della utilizzazione di simboli del precedente regime, per cui le sanzioni penali devono essere fissate in modo non casuale e arbitrario (v. sentenza 14/200, V.12, AB decision), come pure nei confronti del doping e dell'incitamento all'odio per cui

“lustration” e di “vetting” nell’ambito di “transitional justice”³¹ sproporzionati rispetto alla pur fondamentale esigenza di fornire un primo elementare ristoro a chi aveva subito soprusi da parte di un deposto regime non democratico, sempre giustificati con il principio di legalità³² a volte dettati da spirito di rivalsa³³. Nel complesso si registra la imposizione di clausole di interpretazione, aventi aventi, in realtà, un significato variabile e non scientificamente certo, con il risultato finale

le disposizioni incriminatrici devono essere formulate in modo da limitare la possibilità di interpretazioni arbitrarie (v. sentenze 47/2000, XII.14, AB decisione e 18/2004, V. 25, AB decisione). Complessivamente, su questo, v. R. Uitz, op. cit. 83–84.

³¹ I tre termini della lingua inglese sono stabilmente usati nei documenti ufficiali sui processi di democratizzazione. Il primo, legato principalmente ai paesi dell'ex blocco dell'Est, designa una operazione, insieme, di “chiarificazione” e di epurazione, l'altro, usato con riguardo alla generalità dei paesi, designa in generale le misure di epurazione, per lo più in termini di esclusione da incarichi pubblici, il terzo designa l'esercizio della funzione giurisdizionale in condizioni di transizione costituzionale.

Tra i documenti ufficiali, senz'altro da citare sono: UN, Security council, *The rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies*, Report of the Secretary general, 23 august 2004 (in generale sui problemi della giustizia nella transizioni costituzionali) e Risoluzione n. 1096 del Consiglio d'Europa (seguita da *Mesures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems*, Doc 7586, 3 giugno 1996), che ha stabilito una serie di principi guida sui processi di “lustration” (e, cioè, che i processi devono essere individuali, assistiti dalla possibilità di impugnazione e dalla disponibilità delle prove in capo alle parti).

In dottrina, v.: A. Di Gregorio, *Epurazioni a protezione della democrazia. Esperienze e modelli di giustizia post-autoritaria*, Milano 2012, L. Damsa, *Lustration and post-communist closure in Central Eastern Europe*, Warwick 2010, working paper, in www.papers.ssrn.com/abstract=1636030 (dello stesso autore, interessante anche *Post communist property transformation and transitional justice: worlds apart*, in www.Academia.edu. 3688298 e *The incomprehensible post communist privatization*, 2014, in www.ssrn.com/abstract=2470989; M. Safjan *Transitional justice. The polish example, the case of lustration*, in www.ejls.org, 2/29; D. Robertson, *A problem of their own: solutions of their own: CEE jurisdictions and the problems of lustration and retroactivity*, [in:] *Spreading...*, 73–96 e R. Uitz, op. cit., 79–81.

³² Ci si riferisce a una nota sentenza della Corte costituzionale ceca (Act no 198/1193, 9 luglio 1993, [in:] N. Kritz, a.c., *Transitional justice, how emerging democrats reckon with former regimes*, vol II, *Country studies*, Washington 1995, 366 e ss.) su una legge che innalzava i termini di prescrizione per i reati commessi tra il 25 febbraio 1948 e il 29 dicembre 1989 non perseguiti per ragioni politiche. Essa sancì che la discontinuità di valori rispetto ad un precedente regime giustifica il disconoscimento delle leggi proprie di questi. Il tutto, ancora prima, era stato ben specificato dalla sentenza della Corte costituzionale cecoslovacca (PL. US, 1/92, *Czechlovak first lustration*), per la quale il rispetto di valori giuridici ormai sorpassati non garantisce la certezza del diritto, ma al contrario, ponendo in dubbio i nuovi valori, scuote la fiducia dei cittadini nella credibilità del sistema democratico e, quindi, indebolisce la certezza del diritto.

³³ Come puntualizzato dal Tribunale costituzionale polacco, nella Decisione K 2/07, relativa ad una legge di epurazione particolarmente estensiva. V. Olgiati, in *The eastern EU enlargement and the Janus-headed nature of the constitutional treaty*, [in:] *Spreading democracy...*, 57, riferisce che in sede di negoziati sull'ingresso nella UE, autorevoli rappresentanti di quest'ultima si spesero nel senso di consigliare una „lustration” non troppo radicale affinché non si avesse uno sconvolgimento della società e dello Stato (v. anche H. Quartsch, *Le amnistie nella storia*, Milano 1995).

di una sorta di colonizzazione³⁴, caratterizzato da una combinazione tra elementi di facciata dello Stato di diritto (con i quali pochi hanno confidenza) e procedure in realtà vessatorie³⁵.

Tutto questo dovrebbe giustificare la esigenza di una considerazione del rule of law più concentrata e scevra da elementi estrinseci. Sembra assodato che essa non può realizzarsi sommando un certo numero di elementi compositivi, perché questi ultimi variano di caso in caso (in primo luogo “law”, in secondo “rule”, poi molti altri) e, quindi, necessariamente danno un risultato variabile. Pure sembra assodato che non ci si può affidare ciecamente ad una lista di requisiti, non perché essi siano per definizione sbagliati, ma perché nella pratica è possibile che molti di essi siano solo apparenti e senza alcun riscontro funzionale.

Stante tutto ciò, considerato che la scienza giuridica (pur soventemente accusata di astrattezza) in realtà studia e definisce i suoi oggetti dal punto di vista dei loro effetti e in generale della loro funzione, appare del tutto proponibile cercare una definizione del rule of law concentrandosi sulla funzione e gli scopi di esso.

Adottata questa impostazione, è immediato identificare semplicemente il rule of law in una condizione di esclusione dall’uso arbitrario della forza. Le ragioni che rendono tale condizione desiderabile sono che la arbitrarietà della forza spaventa e confonde gli uomini (cittadini ed non) con cui la forza stessa entra in contatto e che, viceversa, la esclusione di tale arbitrarietà facilita la formazione di ragionevoli aspettative e di fiduciose relazioni tra gli uomini.

I fattori di limitazione e contenimento della arbitrarietà possono essere i più diversi, ma importa che essi siano operanti; a questo riguardo si sottolinea con forza che essi non possono essere solo pubblici (perché l’apparato pubblico non può espandersi oltre una certa misura) e devono essere anche privati, nelle specie di istituzioni, corpi e ordini sociali. Le regole impiegate da tali fattori devono essere comprensibili. Deve esserci un reale e conoscibile legame tra le disposizioni ed il modo in cui sono fatte valere. Le norme giuridiche devono essere una fonte di vincolo effettivo e abitudinariamente operante nella vita sociale³⁶.

³⁴ V.: V. Olgiati, op. cit., 52–56; D. Tamvaki, *The Copenhagen criteria and the evolution of popular consent to EU norms: from legality to normative justifiability in Poland and the Czech republic*, [in:] *Spreading democracy...*, 149 e ss.; M.K. Krygier, *An abuser’s guide...*, 13.

³⁵ V. al riguardo, M. Zirk-Sadowski, *Transformation and integration of legal cultures and dicources – Poland*, [in:] *Spreading democracy...*, 307; A. Czarnota, *Barbarians ante portas or the post communist rule of law in post democratic European Union*, ibidem, 297; R. Uitz, op. cit., 97–99.

³⁶ Per tutto questo, v. M. Krygier, *The rule of law: legality, teleology, sociology*, in *Relocating the rule of law...*, 57–69. Spunti al riguardo si trovano anche in F. Upham, *Mythmaking in the rule of law orthodoxy*, in *www Carnegie endowment*, 2002.

Il rule of law consiste, pertanto, in una condizione di riduzione effettiva dell'arbitrio da parte di chi detiene la forza e nella affermazione di stabili e prevedibili qualificazioni del comportamento destinate ad essere seguite da quasi altrettanto stabili e prevedibili conseguenze³⁷.

Può sembrare poco. E', invece, molto se si considera che l'uomo ha come capacità principale l'adattarsi all'ambiente anche ostile e, cioè, di impostare e realizzare nel tempo programmi di azioni pressoché in tutte le situazioni, purché fisicamente libero, in grado di associarsi con altri e con la possibilità di dispiegare l'azione nel tempo, assume importanza decisiva per questi che l'ambiente ostile e le condizioni avverse contro cui deve reagire non cambino in continuazione, ma restino stabili nel tempo e, precisamente nel tempo necessario per la realizzazione del suo programma di azione.

Affermato e precisato tutto questo, la prevedibilità si identifica con la possibilità di coltivare affidamenti³⁸ e risulta coincidere con quella che è detta certezza

³⁷ Si è convinti che le conseguenze finali delle qualificazioni giuridiche da parte dei precetti dell'ordinamento (e, cioè, gli effetti giuridici c. d. materiali) siano condizionate dal consenso sociale e per questo si producono non immancabilmente, ma solo normalmente, se non quasi normalmente (v. F. Ancora *Le fattispecie quali elementi della dinamica dell'ordinamento. Tipi, combinazioni, anomalie*, Torino 2005, 31–41). Si è altrettanto convinti che il venire in essere dei precetti giuridici (e, quindi, delle norme giuridiche) è la conseguenza finale dei fatti, o degli atti a ciò idonei e, quindi, anch'esso si produce solo grazie al consenso sociale e, quindi, anche in questo caso solo normalmente, o quasi normalmente (v. opera citata immediatamente sopra, 125–129 e 190–197).

³⁸ Si dà una sommaria bibliografia sul principio dell'affidamento.

Le opere più recenti sono: *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*; di P. Carnevale e F. Pistorio in *www Costituzionalismo. it*, 2014 ed *Il principio del legittimo affidamento*, di M. Caputi Jambrenghi, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 159 e ss.

E' fondamentale la riflessione di F. Merusi, in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico (dagli anni trenta alla alternanza)*, Milano 2001 e *Sentieri interrotti della legalità* (Bologna 2007, 55 e ss.) e *La certezza dell'azione amministrativa, fra spazio e tempo* ("Dir. amm." 2002, 527 e ss.).

Muovendosi a raggiera da quest'autore si hanno le monografie di F. Manganaro, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino 2008; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della PA*, Torino 2008 e G. Falco, *La buona fede e l'abuso del diritto, principi, fattispecie e casistica*, Milano 2010. Indi, si hanno i saggi di: S. Valaguzza, *La tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legittimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'Amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, "Riv. it. dir. pubbl. com." 2010, 1257 e ss.; S. Spuntarelli, *La buona fede quale parametro di giudizio per la tutela del legittimo affidamento*, "Giur. cost." 2009, I, 17 e ss.; M. Gigante, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione, dall'albero al ramo*, "Dir. e soc." 2009; D.U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie alla luce delle esperienze comparate e comunitarie: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti della attività del legislatore*, "Foro amm. TAR" 2008, 1899 e ss. e *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario*, "Dir amm." 2008, 757 e ss.; A. Ardito, *Autotutela, affidamento e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, "Dir. amm." 2008, 631; R. Caranta, *La comunitarizzazione del diritto ammini-*

del diritto³⁹, solo che si intenda quest'ultima come una condizione relativa, come è esatto che sia, atteso che quello che si dice diritto è costituito dalle determinazioni di vario genere (private e pubbliche) ascritte all'ordinamento e che queste ultime, per produrre effetti hanno bisogno della cooperazione (o almeno del consenso) della massa sociale.

Fatte queste precisazioni, la prevedibilità e la certezza del diritto appaiono condizione necessarie, o, almeno, principi essenziali di ogni ordinamento giuridico.

strativo: il caso della tutela dell'affidamento, "Riv. it. dir. pubbl. com." 1996, 439 e ss.; G. Sicchiero, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, "Giur. it." 1993 I, 2129 e ss.; G. Cattaneo, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, "Riv. trim. dir e proc. civ." 1971, 613 e ss., nonché i diversi scritti contenuti in *Quaderni della scuola superiore di studi universitari e perfezionamento: il principio di buona fede*, Milano 1987 e in *Studi sulla buona fede*, Milano 1975.

Per il diritto romano, si hanno i contributi di: L. Frezza, *Buona fede e diritto romano; Fides bona; A proposito di fides e bona fides*, tutti raccolti nei suoi *Scritti*, Roma 2000; L. Lombardi, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961 e R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistemi*, Torino 2004.

³⁹ Sulla certezza del diritto la bibliografia sarebbe ancora più ampia. Ci si limita all'essenziale.

In primo luogo si ha la già ricordata opera di Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, 1942, ora Milano 1968 (con i saggi di commento di P. Calamandrei, F. Carnelutti, P. Fedele, G. Capograssi e M. Corsale).

Andando ad autori più recenti, sovengono: M. Monteduro, *Retroattività del provvedimento amministrativo e principi generali dell'ordinamento in www Amministrazione in cammino*, 2014; G.L. Goncalves, *Il rifugio delle aspettative: saggio sulla certezza del diritto*, Lecce 2013; F. Sicilano, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano 2010; G. Gometz, *Indici di certezza giuridica*, in *www Diritto & questioni pubbliche*, 2012 (e prima ancora, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005); P. Savona, *Il governo del rischio: diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli 2013; E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino 1999; E. Castorina, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio comune*, "Riv. it. dir. pubbl. com." 1998, 1177; L. Pegoraro, *La tutela della certezza del diritto in alcune costituzioni contemporanee*, "Dir e soc." 1994, 21 e ss., nonché, prima, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, "Quaderni di filosofia analitica" 1988, 36 e ss.; F. Benvenuti, *Certezza del diritto e certezza dei poteri nella nuova disciplina delle autonomie locali*, "Riv. dir. civ." 1991, 638 e ss.; M. Corsale, *Certezza del diritto*, [in:] *Enc. Giur.*, Roma 1988, VI e prima, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano 1979; L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, [in:] *idem Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino 1986, 157 e ss.

Sulla certezza del diritto in Francia sembra interessante il saggio di A. Laqueze, *Etat de droit e sovranità nazionale in Francia*, in *Lo Stato di diritto...*, 284 e ss. (interessante, in particolare 305, dove evidenzia la prospettazione in Francia della certezza del diritto come fiducia legittima, sulla quale v. inoltre, B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque*, "Actualité juridique Droit administratif" 1999, numero speciale, *Le droit administratif*, 151-155 e M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique*, "Actualité juridique Droit administratif", 1999, numero speciale, *Le droit administratif*, 178-184). Con riguardo al diritto USA, ma con considerazioni generali di indubbio interesse, v. il saggio di J. Maxeiner, *Some realism about legal certainty in the globalization of the rule of law*, 2008, in *www papers SSRN*, molto circostanziato nel citare diversi documenti ufficiali nei quali il rule of law è stato identificato con la certezza del diritto (legal certainty), come, ad esempio le conclusioni dell'incontro di Postdam del 2008 dei ministri degli esteri del G 8 e il rapporto OECD del 2005 su Equal access to justice and the rule of law (in quest'ultimo si legge di uno sforzo per enfatizzare la necessità di stabilire una società basata su regole nell'interesse della certezza legale e della prevedibilità, le ultime due denominate "legal certainty e predictability").

Sempre sulla base di quello che si è precisato, risulta che la prevedibilità e la certezza, in quanto dipendenti da comportamenti umani possono avere diversi gradi (il che condizionale durata nel tempo dell'ordinamento cui si riferiscono), anche se non possono scendere sotto un livello soglia, perché al di sotto di questo non è dato riconoscere la esistenza di un ordinamento giuridico⁴⁰. Risulta anche che, in quanto principi essenziale di ogni ordinamento giuridico, partecipano al movimento circolare di questo, alimentato dai riconosciuti tre suoi elementi, dei soggetti, delle norme e della organizzazione di comando.

Rule of law (Stato di diritto), certezza del diritto, affidamento e giustizia

Non ci si è finora impegnati in considerazioni sul rapporto tra il rule of law e, quindi, la certezza del diritto) e la giustizia⁴¹.

Si reputa che esso esista, sia piuttosto forte e si manifesti in diversi modi⁴².

Si proverà ad evidenziare tutto ciò⁴³.

E' senz'altro da considerare positivamente dal punto di vista della giustizia che ogni azione umana abbia un valore certo ed obiettivo⁴⁴: così si stabiliscono relazioni stabili tra gli uomini, idonee ad unirli pacificamente⁴⁵. La assegnazione di tale valore oggettivo e, cioè, la valutazione oggettiva dei comportamenti degli uomini comporta per ognuno di questi ultimi la possibilità di compiere previsioni e di disporre di uno spazio individuale di determinazione e scelta⁴⁶, tra l'altro esprimendosi fisi-

⁴⁰ Più radicalmente può sostenersi che il giudizio sulla esistenza o meno di un ordinamento giuridico, e, più precisamente, sulla autonoma forza di un ordinamento, o effettività propria, che dir si voglia, è da compiersi solo una volta scelto il periodo di tempo che si utilizza per la osservazione (nessun ordinamento giuridico può resistere da solo o in contrasto con gli altri per un tempo indefinito, così come può succedere che un micro ordinamento possa per un tempo breve contraddire radicalmente le determinazioni provenienti da ordinamenti più forti e comprensivi e, quindi, dispiegare una propria forza di resistenza). Al riguardo v. R. Menghelli, *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, "Dir. e soc." 1991, 14–16 (per il quale è l'elemento della durata a far escludere che affermazioni della forza bruta possano essere qualificate come ordinamenti). Sulla effettività v. P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953.

⁴¹ Escluso, ad esempio, molto recisamente da J. Raz, *The authority of law. Essay on law and morality*, Oxford 1979, 211 e ss.

⁴² V. di recente, F. Viola, *Il rule of law...*, 165 e ss. e F. Palombella, *Il rule of law. Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, "Sociologia del diritto" 2009, 36(1), 58 ess.

⁴³ Si riprenderanno molte delle considerazioni di F. Lopez de Onate, op. cit.

⁴⁴ V. ibidem, 47–54.

⁴⁵ Ibidem, 126–127.

⁴⁶ Sul legame tra rule of law e autonomia personale, v. di recente, F. Viola, *Il rule of law...*, 152.

camente nella proprietà⁴⁷, come in diritto su beni comuni, in un bilanciamento tra l'una e gli altri che può realizzarsi in diverse misure, ma non può mai mancare, per la cancellazione dell'una o degli altri⁴⁸. Riguardo la proprietà si precisa che finché gli esseri umani avranno natura corporea, avranno una collocazione nello spazio e avranno bisogno di spazi per agire⁴⁹, così come avranno bisogno di una entità (nel caso un ordinamento giuridico) che garantisca loro tali spazi e determini le relazioni con gli altri uomini aventi potenziali riferimenti a tali spazi e, ulteriormente, finché essi avranno una collocazione stabile negli spazi saranno esposti alla effettiva soggezione nei confronti di tale entità. Contemplare un ambito di programmazione di azioni per ognuno comporta anche contemplare che ognuno abbia un suo spazio proprio e possa agire in spazi comuni, mentre, inversamente, è tale condizione (aspirazione naturale per l'uomo) che rende, per un verso, l'uomo bisognoso dell'ordinamento giuridico, per l'altro, l'ordinamento accettato, stante, ulteriormente, che molti comandi dell'ordinamento possono giungere alla imposizione nei confronti degli appartenenti allo stesso solo in quanto questo può incidere sugli spazi di questi ed in particolare sulla proprietà (per converso è ben difficile che un ordinamento riesca ad avere solida presa su nomadi o nullatenenti: da questo punto di vista la

⁴⁷ Sul legame tra rule of law – certezza del diritto e la proprietà, v. : F. Lopez de Onate, op. cit., 115 e 118–119; A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, Napoli 1844, I, 117; D. Donati, *Stato e territorio*, Roma 1924, 139 (sviluppando il parallelismo delle relazioni Stato – territorio – singoli – proprietà), Pio XII, *Radiomessaggio di Pentecoste 1941, nel 50 anniversario della Rerum novarum*, in *www.vaticano*, p. 6; indi, più di recente, S. Pennicino, *La tutela del diritto di proprietà tra diritto interno e CEDU*, [in:] *Percorsi costituzionali*, 2012, 349 e ss., in specie 359 e ss. e V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *www.Demanio.civico*, 2014, 20. Un, sia pure storico, legame tra rule of law e diritto di proprietà è stato riconosciuto da R. Bin, *Rule of law e ideologie*, in *www.roberto bin*, 2014, paragrafo 6.

Per la giurisprudenza, v. Corte di giustizia CE, Grande Sezione, sentenza 9 ottobre 2008, in causa C/120/06 e C/121/06, che ha legato la tutela del diritto di proprietà e del diritto di iniziativa economica ai principi dello Stato di diritto (citata criticamente da L. Nivarra nel suo saggio, *La proprietà europea. Tra controriforma e rivoluzione passiva*, [in:] *Europa e diritto privato*, 2011, 600). Pure interessante è la sentenza del Tribunale costituzionale polacco, 19 aprile 2005, K 4/05, per la quale un troppo restrittivo regime vincolistico sui canoni di affitto infirma gli elementi fondamentali del principio del rule of law (la impostazione di tale sentenza è stata confermata dalla Corte EDU, nella sentenza della Grande Chambre, 19 giugno 2006, Hutten Czapska vs Poland, causa 35014/9).

⁴⁸ Sul carattere tirannico di un ordinamento che cancellasse la proprietà privata, v. E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Bari 2013 e all'opposto, di un ordinamento che cancellasse la proprietà comune, v. E. Diciotti, *Il mercato delle libertà*, Bologna 2006. Per una logica di contemperamento, v.: P. Maddalena, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione repubblicana*, "Giur. cost." 2011, 613 e ss. e C. Iannello, *L'appartenenza collettiva del territorio dello Stato*, [in:] *Contenere il consumo di suolo. Saperi e esperienze a confronto*, a.c. G.F. Cartei e L. De Lucia, Napoli 2014, 123 e ss.

⁴⁹ Sulla indefettibile collocazione dei corpi nello spazio (in altre parole, sul fondamentale valore ordinante dello spazio nei confronti dei corpi, v. A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano 1988, 297–301 (anche F. Ancora, *Le fattispecie...*, 22).

spesso ripetuta proposizione che “la proprietà obbliga” è più esatta come constatazione della soggezione all’ordinamento in cui versa chi ha proprietà, che come affermazione di un dover essere). Tra proprietà, rule of law e giustizia, intesa almeno come pacificazione e stabilità esiste, in sintesi, una reciproca implicazione.

Un diritto certo non può essere dispotico per una necessità logica: la volontà del despota è una volontà puramente individuale inidonea a stabilire diritto, perché il diritto è una stabile relazione tra l’autorità ed i singoli (o tra i singoli)⁵⁰, per la quale la garanzia fornita ai singoli risulta una garanzia della società, perché non si possono garantire tutti i singoli presenti nella società senza coordinare le garanzie⁵¹. Estendendo il senso di quello che si è ora affermato, si prospetta che un diritto “certo” finisce per comprendere anche la tutela dei diritti individuali. L’ordinamento e i precetti giuridici, infatti, esistono e vivono solo se si concretano in posizioni e in pretese dei singoli: se i singoli non esistessero, anche l’ordinamento e i precetti giuridici non esisterebbero; se i diritti dei singoli fossero menomati, anche l’ordinamento e i precetti giuridici sarebbero menomati⁵².

Ragionando a contrario, si reputa che un diritto arbitrario⁵³ non possa durare. Prima di tutto sarebbe, non un vero diritto, ma solo una parvenza di diritto; secondo di tutto, per il suo contrasto con la realtà e la oggettività dei fatti umani progressivamente consolidati, risulterebbe minato da contraddittorietà ed incertezza e, come tale, sarebbe esposto alla inevitabile prevalenza della realtà⁵⁴.

Esiste una commutabilità tra diritto certo e diritto giusto o, almeno, diritto che tende al giusto. Questa si realizza grazie alla oggettività dei fatti e alla riflessione su di essi, il che, in definitiva, è la riflessione storica sul farsi del diritto⁵⁵.

⁵⁰ V. F. Lopez de Onate, op. cit., 144.

⁵¹ Ibidem, 116.

⁵² Da questo punto di vista è particolarmente interessante la sentenza del Tribunale costituzionale polacco sull’aborto (sentenza K 26/96, in [www.tribunal.gov.pl/judicial decisions/ K 2026/96](http://www.tribunal.gov.pl/judicial%20decisions/K%2026/96), sostanzialmente non smentita dalla Corte EDU nella sentenza del 20 marzo 2007, *Tysi c vs Poland*, in causa 5410/0) per la quale la vita umana è un attributo fondamentale dell’essere umano e, quindi, allorch  quando è tolta la vita a un essere umano è eliminato un portatore di diritti e obbligazioni e quindi è menomato tutto l’ordinamento.

⁵³ Nelle due forme dell’arbitrio del giudice e dell’arbitrio del legislatore (nel primo caso il giudice si porrebbe in contraddizione con la legge, nel secondo caso il legislatore si porrebbe in contrasto con la realtà dei fatti). V. F. Lopez de Onate, op. cit., 123–125).

⁵⁴ V. F. Lopez de Onate, op. cit., 137–149.

⁵⁵ La tesi per cui la generale esigenza del rispetto per la oggettiva stratificazione storica dei fatti (inteso come riflessione attiva sugli stessi sulla loro origine), nella esperienza giuridica si presenta come esigenza di rispetto della oggettività e certezza dei fatti che si svolgono nell’ordinamento (e, quindi, della verità insita in questi, come in tutto ci  che   certo e reale) e costituisce il principale fattore di durata dell’ordinamento si trova in F. Lopez de Onate, op. cit., 132 e 157–164. Tali collegamenti tra verit  e certezza (aventi l’origine nel pensiero di G. Vico) sono stati ripresi da

Si è affermato prima ancora che la certezza del diritto e il rule of law si identificano con la sussistenza di un ordine effettivo, che evidentemente è dato dalle leggi e da una organizzazione effettiva, composta di elementi sia pubblici, sia privati. Un ordinamento è effettivo ed ha serie possibilità di durare nel tempo se è coerente e consistente rispetto alla collettività, articolata nelle sue diverse istituzioni⁵⁶.

La base del rule of law è la società con le sue articolazioni e istituzioni: tanto più la prima è pacificata, tanto più tali istituzioni sono consistenti e in grado di coordinare e riunificare le diverse posizioni dei singoli e di produrre classi di comportamenti prevedibili e governabili dai decisori pubblici di ultima istanza⁵⁷.

E' evidente come il rule of law sia in definitiva un elemento storico. Lo è nei due sensi: in quanto risultato della storia di un ordinamento e in quanto fa storia. Una consapevole riflessione sull'insieme dei fatti giuridici accaduti e condensati dentro l'ordinamento è condizione di un ordinamento stabile nel quale il rule of law si realizza ed un ordinamento stabile, nel quale si realizza il rule of law è condizione di uno sviluppo e di una accumulazione di fatti e di rapporti giuridici. Altrettanto evidente è che il rule of law, rispetto all'ordinamento giuridico, più che una qualità contingente, costituisce una caratteristica intrinseca e che, quindi, è difficile, o almeno faticoso, trattare di rule of law prescindendo dalla nozione di ordinamento giuri-

G. Capograssi, e, precisamente, in: *Studi sull'esperienza giuridica*, 1932 (ora in *Opere...*, II, 372-373 e 287-306, in specie 290-296, dove si esprime che il principio del diritto è la verità dell'azione e che nella vita giuridica si presenta l'obbligo di conoscere e rispettare quello che si sta facendo); *Il problema della scienza del diritto*, 1937 (ora in *Opere...*, I, 379 e ss. in specie 502-570, dove si ribadisce che l'esperienza giuridica è azione volontaria consapevole); *Considerazioni conclusive* (sull'opera citata di F. Lopez de Onate), 1950 (pubblicate in appendice a F. Lopez de Onate, op. cit., 241-283 ed anche in *Opere...*, V, 77) dove si afferma che la certezza del diritto è un modo, sia pure esposto a tutte le insufficienze delle realizzazioni umane, per realizzare la giustizia attraverso la pace e per andare a raggiungere la oggettività e razionalità che sta sotto i fatti giuridici e quindi la naturalità propria di essi. Evidente in tutto questo è la eredità di G. Vico e della sua idea della conversione del fatto, o, meglio, della riflessione sulle origini del fatto e la verità (v. al riguardo E.M. Marengi, *Fatto, farsi e diritto nel Vico giurista della globalità* e L. Solidoro Maruotti, *Il giudice e il fatto: nuove suggestioni del pensiero vichiano*, [in:] E.M. Marengi (a.c.), *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli 2014 (rispettivamente, per l'uno, 73 e ss., in specie 74-83, per l'altra, 111 e ss., in specie, 125-138 e 155-174).

⁵⁶ V. G. Capograssi, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, 1936, in *Opere...*, V, 183 e ss., in specie, 185-192.

Considerazioni molto interessanti sulla inclusione sociale come premessa per la affermazione del rule of law si trovano in D. Desai e M. Woolcock, *The politics of rule of law systems in developmental states: political settlements as a basis for promoting effective justice institutions for marginalized groups*, in www.Esid.org, 2012.

⁵⁷ Sulla necessità di istituzioni "forti perché il rule of law possa realizzarsi", v.: S.P. Huntington, *Political development and political decay*, 1965, ora, *Sviluppo politico e decadenza*, [in:] *Ordine politico e scontro di civiltà*, Bologna 2013, 61-118; J.S. Migdal, *Strong societies and weak states. State-society relations and State capabilities in the third world*, Princeton 1988, 10-41 e 259-277; P. Grilli di Cortona, *Come gli Stati diventano democratici*, Bari 2009, 45-67, 116-125.

dico quale è stata precisata dalla dottrina italiana (purtroppo di questa, almeno sotto forma di citazioni, non c'è nessuna traccia nella dottrina anglosassone, così come non ce ne è neanche nella dottrina italiana indirizzata al colloquio con questa)⁵⁸.

Alcuni corollari (identità costituzionali; eccezionalità del ricorso alle sanzioni penali; principio di non retroattività; diritti acquisiti o acquired rights)

Si offrono alla riflessione alcuni corollari rispetto a quello che nel precedente paragrafo si è dimostrato e sostenuto, e cioè, che esiste una congruenza tra rule of law, certezza del diritto (legal certainty), prevedibilità dei comandi giuridici (legal predictability o tutela dell'affidamento, che dirsi voglia) e, infine, giustizia.

A) Il primo corollario è che il rule of law si colloca nel tempo, nel senso che, per un verso, affinché esso si realizzi è sufficiente un certo valore soglia di effettività, per l'altro, affinché esso duri nel tempo e non si risolva in una effimera esperienza, occorre la coerenza di tutti i suoi elementi, non solo esteriore, ma anche nei confronti della realtà sociale e con le esigenze fondamentali e complessive dell'uomo⁵⁹, ivi comprese quelle derivanti dalla sua collocazione entro la natura⁶⁰. Da questo punto di vista del tutto incompatibile con il rule of law appare la esasperata massimizzazione di questa o quella esigenza, a prescindere da ogni considerazione sul

⁵⁸ Per questo è necessario e non pleonastico citare S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1918, ora Firenze 1951, così come G. Guarino, *L'uomo istituzione*, Bari 2005, che aggiorna la nozione di ordinamento giuridico rispetto all'attuale contesto globale.

Si osserva, per converso, che qualcosa della nozione olistica di ordinamento giuridico viene felicemente evocato dall'aggettivo "consistent" spesso usato nella dottrina in lingua anglosassone per indicare una caratteristica necessaria delle regole giuridiche o "laws" che dir si voglia, giacché esso, per un verso, semanticamente, significa coerente, per l'altro etimologicamente evoca il verbo latino consistere, che significa stare stabilmente e, quindi propone la endiadi stabilità-coerenza delle regole, e, quindi, la necessità di un radicamento di queste in un ordinamento.

⁵⁹ V. il discorso di Benedetto XVI al Reichstag del 22 settembre 2011 (in www.vatican.va), sulla esigenza che gli ordinamenti rispettino la natura oggettiva dell'uomo e, quindi il discorso di D. Mamberti alla 67° Assemblea generale delle Nazioni Unite del 26 settembre 2012 (in www.un.org), sulla circostanza che il rule of law ha una sicura base nel valore trascendente della dignità umana. V. anche G. Guarino, *L'uomo istituzione...*, 128.

⁶⁰ Con questo si è richiamato il tema della sostenibilità ecologica, tra l'altro in lingua francese resa come durabilità. Al riguardo v. tra i molti, M. Monteduro e S. Tommasi, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, [in:] *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015 e T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, [in:] *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 43 e ss.

suo effettivo radicamento e sul possibile sacrificio di altri interessi e diritti da tempo consolidati nella storia⁶¹ (apprezzabilmente gli istituti del diritto processuale amministrativo si sono consolidati in questo senso disconoscendo la ammissibilità di azioni di pura jattanza; lo stesso dovrebbe essere a livello costituzionale e sovrastatuale).

Del tutto congruo appare che il rule of law e la tutela dei diritti fondamentali ad essa sottostanti abbia una affermazione rispettosa delle identità costituzionali⁶². In altre parole, appare congruo che si affermino vie nazionali rispetto alla pur internazionale affermazione dei diritti, il tutto con un certo parallelismo rispetto alle riserve che alla molto più pervasiva tesi dell' internazionalismo proletario furono opposte, da un lato, con fatica e rischio da alcuni Paesi dell'Est, dall'altro, con ampiezza teorica dalle cerchie culturali italiane più permeate di cultura stori-

⁶¹ Sul fatto che la massimizzazione di alcuni diritti spesso avviene a spese di altri, v. ad esempio, Corte cost., sentenza n. 317 del 2009, indi, in dottrina, L. Baccelli, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo stato di diritto*, in: D. Zolo e P. Costa (a.c.), *Lo Stato di diritto...*, 440, R. Bin, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in *www Rivista AIC e P. Grilli di Cortona, Come gli Stati diventano democratici*, cit., 168–169.

⁶² Al riguardo la dottrina comincia a presentare un numero notevole di contributi. Tra questi si citano: C. Cinelli, *Corte dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, "Riv. dir. int." 2014, 783 e ss.; F.X. Millet, *L'Unione européenne ed l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ 2013; G. Raimondi, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8–11 della Convenzione dei diritti dell'uomo*, 2013, in *www questione giustizia*; P. Otranto, *Note minime sulla riscrittura del rapporto autorità-libertà nel dialogo tra le Corti*, "Riv.it. dir. pubbl. com." 2012, 719 e ss. (v. in specie, alla p. 729 l'ampia citazione di pronunce giurisdizionali tese ad affermare il principio della tutela della identità costituzionale, dalla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona, alla sentenza del Tribunale costituzionale polacco 11 maggio 2005 n. K 18/04); M. Starita, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione Europea: un nuovo concetto giuridico?*, in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, cit., 139 e ss.; L. Lorello *Ordine giuridico e ordine dello Stato*, in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, cit., 175 e ss.; A.A. VV, L. Burgorgue-Larsen (a.c.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris 2011; A.M. Lecis, *Consensus europeo, chi è costui? L'individuazione del consenso standard*, in *www, Diritti comparati*, 2011; S. Gambino, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, "Quad. cost." 2012, 1 e ss.; F. Vecchio, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale*, Roma 2011; I. Anro', *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte dei diritti dell'uomo*, [in:] *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario; atti dell'incontro tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Napoli 2010, 7 e ss.; G. de Vergottini, *L'evoluzione del sistema politico istituzionale*, in *www Federalismi*, 2011, nonché prima *Oltre il dialogo tra le Corti, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010 e *Tradizioni costituzionali comuni e costituzione europea*, "Quaderni Magna Carta" 2005, 33 e ss.; O. Pollicino, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'Est vis à vis il processo di integrazione europea*, "Dir. Un. eur." 2012, 765 e prima ancora, *Allargamento ad Est e rapporto tra le Corti costituzionali e Corti europee*, Milano 2010 e *Corti europee e allargamento dell' Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, [in:] *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, 8 e ss.; M.C. Ponthoreau, *Identités constitutionnelles nationales. L'Europe à la preuve*, "Dir. pubbl. comp. Europeo" 2007, 1576; A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c. d. controlimiti costituzionali*, "Dir.Un. Eur." 2007, 734 e ss. Altri riferimenti si trovano in F. Ancora, *Astreintes, CEDU e vincolo al pareggio di bilancio*, "Giurisdiz. amm." 2013, V, 403.

cistica (pur se aderenti alle idee ispiratrice della tesi in questione)⁶³. Ad imporre il rispetto delle identità nazionali da parte del rule of law è in generale la sua rilevata natura storica (derivante dalla natura storica di ogni ordinamento giuridico e, cioè della sostanza della quale esso costituisce qualità), come lo è la altrettanto rilevata funzione di ripartizione di spazi, ciò che vale a stabilire la sua contiguità, ad un livello, con la proprietà, ad un altro (quello politico), con i territori degli Stati⁶⁴, ciò che è riconosciuto dallo stesso ordinamento della Unione europea, che, all'articolo 4 del Trattato UE riconosce come funzione degli Stati la "salvaguardia della integrità territoriale"⁶⁵.

B) Si va al secondo corollario. Considerata la funzione essenziale del rule of law, di stabilire per l'uomo condizioni di sicurezza e di esplicazione della sua personalità, la privazione della libertà personale per effetto di condanna penale appare come una vera e propria eccezione rispetto ad esso. Questa rappresentazione è rafforzata da quello che si è esposto come primo corollario, nel precedente punto A, alla fine, e, cioè, che il rule of law e la certezza del diritto hanno traduzione concreta in una divisione di spazi e nel riconoscimento ad ognuno di uno spazio, anche fisico (qui ci si riferisce agli Stati, ma ciò è vero, sia pure in modo meno evidente, per ogni

⁶³ Per quanto riguarda l'Est europeo sono interessanti i seguenti contributi al più volte citato volume collettaneo, *Spreading democracy and the rule of law. The impact of EU enlargement on the rule of law, democracy and constitutionalism in post-communist legal orders*: M. Krygier, *Introduction*, 3–23; A. Sajó, *Becoming europeans: the impact of EU constitutionalism on post-communist pre-modernity*, 175–192; D. Piana, *An evolutionary approach to the constitutionalism of an enlarged U: why will cognitive and cultural boundaries matter?*, 219–235, in specie 224–225; M. Aziz, *Constitutional tolerance and EU enlargement: the politics of dissent?*, 237–261, in specie 241; A. Czarnota, *Barbarians ante portas or the post-communist rule of law in post-democratic European Union*, 283–297. Altrettanto interessanti sono le successive considerazioni di R. Uitz, op. cit., 71 e ss. in specie 96–98. Per quello che si è accennato riguardo l'Italia ci si riferisce alla riflessione di Gramsci, nei suoi *Quaderni*, Roma 1971, (e nei suoi precedenti scritti politici, *La costruzione del partito comunista*, Torino 1971) e poi alla successiva traduzione in termini politico-parlamentare a partire da Togliatti (già evidente in *La via italiana al socialismo*, Roma 1956, Tesi programmatiche per l'VIII Congresso del Partito comunista).

⁶⁴ Sul rapporto tra la sovranità e la proprietà, v. M.R. Ferrarese, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico" 2002, 11–38 e I. Trujillo, *I diritti territoriali dello Stato alla luce della giustizia globale*, [in:] *Lo stato costituzionale e le insidie del pluralismo...*, 261–286 (anche con ampia citazione di dottrina) 117; D. Donati, *Stato e territorio*, Roma 1924, 139; V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *www Demanio civico*, 2014, 20; P. Maddalena, *Il territorio bene comuni degli italiani*, Roma 2014.

⁶⁵ Sul perdurare del ruolo essenziale dello Stato nel controllo del territorio, v.: I. Trujillo, loc. cit.; I. Ciolli, *Il territorio statale tra dimensione nazionale e sovranazionale*, in *www Aperta contrada*, 2011; P. Grilli di Cortona, *Come gli stati diventano democratici...*, 161–176; L. Buffoni, *La perequazione urbanistica e le fonti del diritto: lo sradicamento del nomos della terra*, [in:] *Osservatorio sulle fonti*, 2011, 1 e ss., in specie par. 5. Per una riflessione generale su questi temi, v. G. Bianco, *Nichilismo giuridico e territorio*, [in:] *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile – III e IV Aggiornamento*, 2007–2009, Torino 2010.

ordinamento giuridico). La fisica restrizione e la mancanza di uno spazio “proprio” comportate dalla privazione della libertà personale appaiono per questo una oggettiva negazione della certezza del diritto: l’individuo restretto nella propria libertà personale è in larga parte staccato dal rule of law (che, a sua volta, per questa circostanza subisce una limitazione). Questo non significa che gli Stati non possano adottare misure detentive. Significa solo che queste devono costituire un rimedio estremo, da escludere in mancanza della possibilità di un equo processo o della disponibilità di mezzi di prova⁶⁶ e non generalizzato al punto da far sembrare imposta la esclusione di misure clemenziali di temperamento della pena⁶⁷.

Per questo, nella considerazione della vita dell’ordinamento poco è da interrogarsi inquieti su questa o quella lacuna nella sottoposizione a pena (e, prima ancora a processo); molto di più è da preoccuparsi pensosi se nei casi in cui ciò si realizza, lo è in modo legalmente corretto ed umanamente accettabile dal punto di vista della afflizione (e, cioè, se in concreto vi siano condizioni serie per aprire il processo e se la pena non è sovrabbondante rispetto al fatto).

Del resto, nella nostra Costituzione il principio di uguaglianza è espresso all’articolo 3 in modo da garantire rispetto a trattamenti deteriori e, quindi, soddisfare chi subisce, o può subire una sperequazione e non già in modo da escludere possibilità di trattamenti migliori o più miti, se questi non si realizzano a diretto discapito di altri trattamenti (come è per le classi di casi soggetti a compensazione perché assoggettati ad un vincolo di non modificazione della somma algebrica dei trattamenti, come, ad esempio è per quelli correlati al prelievo fiscale). Sempre tenendo in considerazione la nostra Costituzione, si prospetta che in questa non c’è nulla che sostenga una tutela delle vittime dei reati indirizzata nel senso dell’ottenimento comunque della punizione del colpevole⁶⁸; piuttosto, rilevato che la

⁶⁶ V. sentenza della Corte costituzionale ceca (sentenza PL 4/94, in www.test.concourt.cz/angl_verz/doc/4/94), la quale ha precisato che l’obiettivo dei procedimenti penali non è solo la giusta punizione per il colpevole, ma anche di avere un corretto svolgimento.

In senso analogo, ma con qualche importante sottinteso che sfuma in considerazioni di analisi economica del diritto (evidenziate da R. Uitz in op. cit., 84–85) si hanno le sentenze della Corte costituzionale ungherese 42/2005 – XI. 14, AB Decision e 20/2006 – V.31, AB Decision, nel senso che il rischio relativo alla imposizione delle misure di giustizia penale deve essere sopportato dallo Stato e non deve essere trasferito sui privati.

⁶⁷ A questo riguardo si nota che la Declaration of the high level meeting of the General Assembly on the rule of law at the National and International levels del 19–20 settembre 2012, al punto 22 circoscrive la esclusione dalla applicazione di tali misure al genocidio, ai crimini di guerra, ai crimini contro l’umanità, alle violazioni dei principi umanitari internazionale e alle gravi violazioni dei principi sui diritti umani. V. al riguardo anche quanto evidenziato alla precedente nota 33.

⁶⁸ Bisogna precisare che, al di là delle apparenze nessuna indicazione in questo senso viene dall’ordinamento della Ue, come dall’ordinamento della UE (fermo restando che, come sottolineato dalla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 30 giugno 2009, al punto 351, la modulazione della repressione penale costituisce una stretta competenza degli Stati).

mancata persecuzione di un effettivo reato e la mancata individuazione e condanna del colpevole, costituiscono una disfunzione dell'apparato repressivo – giudiziario in definitiva assimilabili ad un errore giudiziario subito, tra gli altri, dalle vittime dei reati, secondo la logica della Costituzione la tutela di questi ultimi può realizzarsi nelle forme di una “riparazione” (così l'ultimo comma dell'articolo 24) quando è impraticabile la via della riparazione delle conseguenze del reato da parte di un accertato colpevole⁶⁹.

C) Si va al terzo corollario. Riguarda il rapporto tra gli elementi del rule of law, in particolare, quello fondamentale della prevedibilità delle conseguenze giuridiche (e poi materiali finali) delle azioni e situazioni, e il principio di stretta legalità⁷⁰, per il quale il regime giuridico imposto dal diritto positivo dovrebbe prevalere sempre e comunque sulla situazioni con esso contrastanti (e quindi contraddittorie).

Il tema in larghissima parte coincide con quello della retroattività dei comandi giuridici⁷¹. Quest'ultimo assume diverse forme e urgenze in relazione ai diversi atti di diritto positivo che possono intervenire su situazioni prodottesi od originatesi

Per quanto riguarda il primo si nota che l'articolo 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea circa i “diritti delle vittime della criminalità”, prevede solo la possibilità di “norme minime”, rispettose delle “tradizioni giuridiche e degli ordinamenti degli Stati membri” e che la Risoluzione del Consiglio 10 giugno 2011, n. 187 relativa ad una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime in particolare nei procedimenti penali ha dato origine alla direttiva 2012/29, che è di fatto concentrata sulla assistenza processuale alle vittime. Per la giurisprudenza, si vedano Corte di giustizia, sentenza 21 dicembre 2011, in causa n. 507/10, la quale ha escluso che la vittima dei reati abbia il potere di provocare l'azione penale contro un terzo per ottenerne la condanna e la sentenza 15 settembre 2011, in cause 483/09 e C/10, la quale ha escluso l'obbligo per gli Stati di prevedere disposizioni che garantiscano alle vittime di influire sulla pena. Su questo, più ampiamente, v. A. Bernardi, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 552 e ss. e P. Otranto, *Note minime sulla riscrittura del rapporto libertà-autorità nel dialogo tra le Corti*, in *Riv. it. dir. com.*, 2013, 719 e ss.

Per quanto riguarda il secondo, si nota che la Convenzione, all'articolo 2 contiene solo una disposizione sul diritto alla vita, considerata idonea dalla Corte ad imporre la necessità di un effettivo processo per i reati di omicidio (v. sentenza Alikaj c. Italia del 29 marzo 2011).

Al riguardo sono da meditare le approfondite riflessioni in senso garantista di R. Lugařa', *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani: Vittima ed obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e società*, 2016, 565 e ss.

⁶⁹ Tale, per altro, sembra la impostazione sottostante la citata sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014.

⁷⁰ A questo riguardo si richiama nuovamente la sentenza della Corte di giustizia CE 22 marzo 1961 (in cause SNUPAC, C/42/59 e C/49/59), per la quale il principio di legittimità e il principio della certezza del diritto – affidamento devono essere applicati in concomitanza.

^{Sul} confronto tra le due istanze, v. anche F. Ancora, *Le fattispecie... cit.*, 47–48 e 206–207.

⁷¹ Riguardo il quale è dato apprezzare il citato saggio di M. Monteduro, *Retroattività...*, insieme con le sue articolate soluzioni.

nel passato ed idonee ad originare una previsione di durata e, quindi, in relazione a sentenze (specie quelle del giudice amministrativo), come ai provvedimenti di autotutela, ai provvedimenti amministrativi e agli atti normativi e, cioè, regolamenti e legge, in definitiva tutti, quale più, quale meno, spiegabile e giustificabile (e nei fatti quasi sempre piegato e giustificato come diretto ad adeguare la realtà giuridica ad un superiore precetto (o principio) giuridico, ivi compresa – eventualmente – quello della salvezza dello Stato.

Sicuramente le decisioni ad effetto retroattivo hanno una loro giustificazione di giustizia ed adeguatezza ai fatti, perché intervengono a posteriori e, cioè, su fatti noti a chi decide (a differenza delle decisioni che si proiettano sul futuro, che avvengono sulla base di pure previsioni, che in quanto tali possono essere fallaci). **Altrettanto sicuramente, però, tali decisioni possono essere contrastanti con un sistema di aspettative e di programmi di azione dei singoli.** C'è, quindi una contrapposizione di ragioni che le autorità decidenti devono tenere presenti⁷², specie quando il secondo elemento si è formato su una situazione che all'origine era conforme a diritto (o comunque appariva tale) e la applicazione della nuova determinazione comporta conseguenze marcatamente sfavorevoli e non riassorbibili nel tempo, tali per cui il contrasto con le aspettative ed i programmi dei singoli si risolvono, non in modificazione e ridimensionamento, ma in un drastico azzeramento. **Si sostiene con questo che il fattore tempo si presta ad una considerazione, non solo nei termini assoluti di periodo per cui si è protratto l'affidamento, ma anche in quelli relativi risultanti dal confronto tra il periodo di cui sopra ed il periodo di tempo a disposizione della persona per riassorbire la "sorpresa" della nuova decisione della autorità pubblica, evidentemente ridotto per i più anziani**⁷³.

⁷² Può dirsi, quindi, che il tempo è un fattore che opera in modo inversamente proporzionale sulla istanza della legalità e in modo direttamente proporzionale sulla istanza dell'affidamento. Per questo ordine di considerazioni, v. anche F. Ancora, *Le fattispecie...*, cit., 206 e 310.

Un interessante svolgimento sul processo di formazione dell'affidamento si ha in Cons. Stato, Sez. 3 agosto, 2012, n. 4440, per cui il passaggio del tempo "è un fattore che rafforza e inspessisce la convinzione della spettanza del bene della vita" e "in questo senso, più che essere elemento costitutivo in senso stretto, il tempo è fattore di potenziamento, distinguendosi così l'affidamento dal principio di certezza del diritto che si raggiunge nel momento in cui il trascorrere del tempo ha raggiunto il suo massimo fattore di potenziamento dell'affidamento".

Sulla possibilità di sottoporre la certezza del diritto a valutazioni quantitative, v. l'interessante saggio di G. Gometz, *Indici di certezza giuridica*, cit.

⁷³ Da questo punto di vista si reputa che al momento esista un eccesso di sottolineatura delle ragioni delle fasce di popolazione più giovani, se non delle generazioni future (ragioni che talora, di fatto, sono quelle degli interpreti di esse) e un difetto di considerazione di quelle delle fasce più anziane, i cui tempi di azione o di reazione (se non di comprensione) sono in parte o del tutto consumati. Questa considerazione non esclude anzi, include un giudizio affermativo sulla esigenza di preoccuparsi delle compatibilità fondamentali della vita nel pianeta; tale preoccupazione appare, però, assolta meglio, valorizzando la figura degli obblighi di comportamento, che non accomunando

D) Si va, infine, al quarto corollario. E' costituito dalla legittimazione almeno concettuale dei c. d. diritti acquisiti, o, se si preferisce, degli acquired rights, e della prescrizione.

I primi hanno a che fare con il rule of law perché sono interessi relativi a rapporti di durata ormai istaurati, con proiezione consapevole nel futuro. Si può concepire di intaccarli o di sacrificarli, allo stesso modo di come può concepirsi di intaccare o sacrificare un diritto; certo è, però, che questo comporta un costo anche per l'ordinamento perché rende vana ed inutile una programmazione di comportamenti compiuta in precedenza dai singoli e si risolve in un indebolimento della certezze generali⁷⁴, tanto più forte quanto più i singoli sacrificati sono nella indisponibilità di possibilità di comportamenti adattativi.

Si aggiunge, più in particolare, che i c. d. diritti acquisiti si prestano ad una graduazione di consistenza. Sicuramente allorché si è instaurato un rapporto di durata che stabilisce obblighi e corrispettivamente diritti), essi sono divenuti consistenti

nella titolarità dei diritti le persone esistenti nella realtà con entità create dalla mente (più o meno ispirata, più o meno interessata). Certo, molti governanti quasi sempre si preoccupano solo degli elettori e raramente dei millenni futuri; pochi governanti si preoccupano dei millenni futuri, tra questi pochissimi personaggi storici in modo felice, altri solo in ansia di imitare i primi o di rafforzare la propria immagine, con la ricca compagnia di moltissimi pazienti psichiatrici.

Su questi temi si rinvia al proprio *Lazzeramento del meccanismo perequativo delle pensioni. Proporzionalità del giudice, pensioni, diritti delle nuove generazioni*, "Giurisprudenza amministrativa" 2014, A, 883.

⁷⁴ Da questo punto di vista sono interessanti le seguenti sentenze di Corti costituzionali di paesi dell'Est europeo: sentenza n. 43/1995 (VI.30) AB Decision della Corte costituzionale ungherese, che ha giudicato incostituzionale alcune misure di riduzione delle prestazioni pensionistiche (pur eccedenti i contributi versati) perché lesive dei diritti acquisiti (acquired rights) (su di essa ampiamente R. Uitz, op. cit., 90-94); Corte costituzionale ceca, sentenza II, US 405/02, che, analogamente, ha giudicato incostituzionale una riduzione di prestazioni pensionistiche perché lesive del principio della certezza legale. Invece, di segno contrario è la sentenza del tribunale costituzionale polacco del 24 febbraio 2010 (causa N 151891/10; c. d. caso Cichopek) (per altro avallata dalla Corte EDU (con sentenza 6 giugno 2013, Cichopek ed altri), che ha considerato legittima una riduzione delle prestazioni pensionistiche erogate agli agenti dei servizi segreti del precedente regime sulla base di un criterio di riconoscimento delle anzianità più favorevole di quello stabilito dalla normativa entrata successivamente in vigore.

Da questo punto di vista pure interessante è la sentenza della Corte EDU, Sez, II, 2 luglio 2013 (Appl. N. 41838/11), la quale ha deciso che un prelievo fiscale sulle liquidazioni dei dipendenti delle ex imprese pubbliche ungheresi costituiva una vera e propria espropriazione (appropriatamente citata da A. Gambaro, in *Armonizzazione dei diritti di proprietà e linguaggio dei giudici europei: tra assonanze e dissonanze*, in *Proprietà e diritto europeo*, Napoli 2013, 209-210, il quale evidenzia che la Corte EDU in questo, come in altri casi, ha tutelato come proprietà ciò che in altri ordinamenti è considerato diritto acquisito). Nello stesso senso sembrano le sentenze, sempre di tale Corte Sez. II, 14 febbraio 2012 (in causa 17972/07) e 15 aprile 2014 (in causa 21838/2010).

Per la Corte costituzionale italiana, al riguardo può vedersi la sentenza n. 314 del 2013 e in dottrina, P. Carnevale, *Al fuggir di giovinezza s'ha più certezza. Prime riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*, "Giur. cost." 1999, 3643 e ss.

e non possono essere concettualmente degradati a congetture e speranze. Circa il margine di comprimibilità, almeno con riguardo ai diritti acquisiti a contenuto economico, qualche indicazione può venire, a un livello, dal margine di tolleranza di inesattezza nelle transazioni commerciali consegnato dagli usi e dalla propensione al risparmio, all'altro livello, dalla propensione al risparmio (il quale è in larga misura destinato a prevenire l'alea del futuro): il primo rappresenta lo soglia della piena tollerabilità, il secondo il limite che non dovrebbe essere mai superato.

La seconda, la prescrizione (come la decadenza), ha una sua dignità, perché, in definitiva è il risultato di un giudizio di significatività di un atteggiamento negativo o di inerzia e, in definitiva, espressivo di preferenza per il perpetuarsi nel tempo della situazione esistente nel periodo dell'inerzia, rispetto ad una eventuale modificazione della situazione a molta distanza di tempo, in una condizione nella quale gli interessi che all'inizio potevano consigliare un comportamento attivo sono ormai modificati⁷⁵, per non dire che provare un fatto verificatosi molto tempo addietro è reso difficile dai limiti fisici, non sfidabili e non eludibili, della memoria di eventuali testimoni.

Conclusione

Tutto questo può essere concluso con l'affermazione che un ordinamento, per durare nel tempo deve essere coerente. Questo è nel senso che le sue prescrizioni devono trovare rispondenza, ma è anche nel senso che esse devono essere coerenti non solo tra loro, ma anche con la vita sottostante. Da quest'ultimo punto di vista si sostiene che **una certa quantità di devianza è fisiologica in ogni ordinamento, in quanto ne assicura la capacità di adattamento ai diversi interessi non sempre assicurata da circuiti rappresentativi (sempre più progettati nel senso di favorire la semplicità delle scelte). La vita di un ordinamento è anche la vita delle sue anomalie, da esso, a volte, eliminate, altre assorbite. E' importante che ciò si realizzi a vantaggio dei singoli soggetti, risultando a posteriori un felice calcolo razionale.**

Grande protagonista in tutto questo è il fattore temporale, che ora cancella, ora consolida, che ora, per questo, sembra relativo e inafferrabile, ora, invece, considerato dal punto di vista delle possibilità dell'individuo, sembra di consistenza ferrea.

⁷⁵ V. al riguardo la più volte citata sentenza della Corte costituzionale ungherese 11/1992 (III.5), sull'innalzamento dei termini di prescrizione. Di recente, sulla prescrizione, v. C. Murgò, *La prescrizione tra certezza del diritto e tutela dei diritti*, Pisa 2012.