

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea in

Giurisprudenza

a.a. 2021-2022

Titolo tesi: IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLA COSTITUZIONE ITALIANA. IL PENSIERO DI PIERO CALAMANDREI SULLO STATO DI DIRITTO E SUL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Relatore: Ch.mo Prof. Gabriele Leondini

Studente: Elena Quinzio

“IL PRINCIPIO DI LEGALITA’ NELLA COSTITUZIONE ITALIANA.
IL PENSIERO DI PIERO CALAMANDREI
SULLO STATO DI DIRITTO E SUL PRINCIPIO DI LEGALITÀ”

INDICE

INTRODUZIONE.....	pg. 1
1. IL PRINCIPIO DI LEGALITA’ E LO STATO DI DIRITTO	
1.1 Un approccio storico-giuridico.....	pg. 3
1.1.1 Primi passi del principio di legalità.....	pg. 4
1.1.2 Lo Stato di diritto.....	pg. 7
1.2 Le classificazioni del principio di legalità.....	pg. 11
1.2.1 Legalità formale e legalità sostanziale.....	pg. 12
1.2.2 Legalità amministrativa e giurisdizionale.....	pg. 15
1.2.3 Legalità costituzionale.....	pg. 17
1.3 I principi fondamentali dell’ordinamento.....	pg. 20
2. IL CONCETTO DI LEGALITA’ NEL PENSIERO DI PIERO CALAMANDREI	
2.1 “Appunti sul concetto di legalità”.....	pg. 30
2.2 Critiche e crisi del sistema della legalità.....	pg. 42
2.3 “L’avvenire dei diritti di libertà”.....	pg. 50
3. LA COSTITUZIONE ITALIANA E IL PRINCIPIO DI LEGALITA’	
3.1 Osservazioni d’insieme.....	pg. 66
3.2 Gli articoli della Costituzione italiana che fondano il principio di legalità.....	pg. 75
3.3 Una controversa presenza: posizioni critiche.....	pg. 90
CONCLUSIONI.....	pg. 99
BIBLIOGRAFIA.....	pg. 101

INTRODUZIONE

Con il presente lavoro si intende procedere ad una analisi del principio di legalità, concetto determinante nella qualificazione degli ordinamenti giuridici ed oggetto di innumerevoli studi ed approfondimenti, cui esso si presta anche per la pluralità di connessioni che per suo tramite è possibile rinvenire tra gli ambiti giuridico, storico, filosofico, politico, sociale.

Nella prima parte si considera il percorso di sviluppo del concetto di legalità da un punto di vista dinamico nell'ambito storico ed in quello giuridico, prendendo avvio per la civiltà occidentale dai primi nuclei di riflessione nell'antichità fino all'affermazione piena dello Stato di diritto. Si procede quindi ad individuare le categorie giuridiche nelle quali tale principio si può specificare, nonché le connessioni con gli altri principi fondamentali dei moderni ordinamenti.

Nella seconda parte del lavoro si presenta una analisi del concetto in questione dal punto di vista della figura emblematica di Piero Calamandrei. Alla legalità come elemento fondante lo Stato di diritto sono riconducibili non solo numerose opere del Giurista fiorentino, ma il suo stesso percorso professionale e di impegno civile, che egli manifesta lungo tutto l'arco della vita. In particolare, è nel periodo che intercorre tra l'imminente fine della Seconda guerra mondiale e l'esperienza della Assemblea costituente che il Giurista approfondisce con rinnovato impulso la valenza del principio di legalità e ne esprime la pienezza del suo contenuto costituzionalmente orientato.

La terza parte va quindi a concentrare lo sguardo sull'ordinamento italiano e sulla sua Carta fondamentale, onde rinvenire, anche considerando la genesi del testo costituzionale, gli elementi che del principio di legalità non solo confermano la presenza nella Costituzione italiana e quindi nell'ordinamento statale, che ad essa si informa, ma anche il suo realizzarsi nel significato più ampio ed elevato, nel farsi scudo a tutela degli elementi garantisti e democratici dello Stato di diritto. Si rilevano in dottrina alcune voci anche radicalmente discordi in merito sia all'esistenza sia alla portata del principio stesso.

Capitolo 1

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E LO STATO DI DIRITTO

1.1 Un approccio storico-giuridico

Annoverato tra i concetti cardine del pensiero, il principio di legalità ricopre una posizione centrale per la vastità degli ambiti in cui è possibile condurre una analisi della sua natura e della portata dei suoi rimandi e collegamenti. Del principio in esame si può trattare da un punto di vista tanto giuridico quanto filosofico, storico, politico, sociale. Come spesso accade per i principi di così rilevante influenza, questi stessi ambiti del sapere e dell'agire umano vanno ad intersecarsi e a riconoscere reciproche interazioni; inoltre, all'interno di ogni disciplina fioriscono una molteplicità di interpretazioni e letture del concetto di cui si tratta, considerato inoltre che i termini stessi che lo esprimono racchiudono una pluralità di significati.

Si può affermare che, per la ricerca che qui si intende condurre e che investe l'ambito giuridico, con l'espressione "principio di legalità" si intende in senso generale il fatto che i poteri dello Stato sono limitati nel loro esercizio da norme, che ne contengono la discrezionalità e ne consentono l'esercizio entro argini predefiniti. Questa generale indicazione va inquadrata nella premessa che si riferisce ad una prima moderna definizione del concetto in questione, sorta con l'Illuminismo e con l'affermazione dello Stato di diritto e giunta fino al tempo presente dello Stato costituzionale di diritto, accompagnata da evoluzioni, tensioni e strappi di cui non mancano evidenze attuali quando più sotterranee, quando più dirompenti¹. Tuttavia, scorrendo il corso della storia dell'Occidente, è possibile

¹ Nel momento in cui queste righe vengono scritte, il pensiero va ai confini orientali dell'Unione Europea, ove si sta prolungando il conflitto armato fratricida tra Russia e Ucraina: in merito all'argomento di cui si tratta in questo lavoro sembra rilevante considerare gli effetti anche indiretti che si ripercuotono sulla legalità e sullo Stato di diritto. Si fa riferimento alla contesa che vede opporsi la Polonia alla sentenza di condanna da parte della Corte UE, a seguito dell'emanazione di provvedimenti legislativi che minano l'indipendenza della magistratura polacca. Lo Stato non paga le sanzioni comminate per la violazione del diritto e per il ritardo nell'adempire alla sentenza. Dopo lo scoppio della guerra è intervenuto un nuovo elemento: in territorio polacco è stato accolto un numero imponente di rifugiati ucraini e ciò sembra assumere un certo peso anche nella questione relativa alle sanzioni. Da ultimo, è notizia ANSA del 7 giugno 2022 che lo sblocco dei fondi del PNRR attribuiti dall'Unione alla Polonia sarebbe subordinato alla revisione da parte dello

rinvenire anche anteriormente al periodo storico appena individuato elementi che segnalano la presenza, se non del principio, certo della tensione ad esso sottesa e riconducibile sommariamente al rapporto tra individuo e autorità, tra cittadino e ordinamento². Ciò testimonia quanto il concetto racchiuda una questione che appartiene all'essenza dell'uomo e che emerge e si manifesta nell'arco dello sviluppo della civiltà occidentale.

1.1.1 Primi passi del principio di legalità

Prima di concentrare l'analisi sul periodo in cui emerge chiaramente il principio nei termini sopra delineati, si procede a cogliere, senza pretesa di esaustività ma come occasione di riflessione su tappe simboliche e caratteristiche, alcuni momenti in cui affiora il tentativo di definire il rapporto riconducibile alla legalità. Per far ciò sembra opportuno prendere in considerazione, soprattutto per la storia più risalente, anche testi di carattere non strettamente giuridico; a testimonianza che i classici da una parte esprimono le tensioni che costantemente si presentano nello spirito umano e dall'altra permettono di cogliere, sia pure in modo indiretto ed episodico, aspetti riconducibili anche all'ambito giuridico del contesto di riferimento.

Questo è ciò che avviene in particolare agli inizi della civiltà occidentale nel mondo greco, ove è possibile riscontrare la presenza di elementi significativi per quanto interessa la presente trattazione. Nella Atene dell'età classica filosofi e letterati, in particolare tragediografi, formulavano, ciascuno con i propri strumenti caratteristici, quelle domande e portavano in luce quelle riflessioni sulle quali l'essere umano non ha mai smesso di interrogarsi: la legalità può essere intesa come lo strumento che individua condizioni e modalità con cui si manifesta il confine tra la libertà dell'individuo e l'estensione del potere sovrano.

Si può citare anzitutto *Antigone* di Sofocle, una delle tragedie che vanno a sollecitare innumerevoli connessioni simboliche e conseguenti interpretazioni in più ambiti. Alla figura della protagonista, intenzionata a tutti i costi, anche a quello del sacrificio estremo, di dare sepoltura al fratello ribelle, si contrappone quella del sovrano, che fino in fondo è altrettanto fermo nel ribadire i propri precetti. Tra le interpretazioni di carattere giuridico di convinzioni

Stato delle disposizioni oggetto di contestazione, così da renderle coerenti con i principi della legalità e dello Stato di diritto sui quali l'Unione Europea si fonda.

² "Libertà ed autorità" sono per Ruffini "i termini della secolare antitesi" (RUFFINI F., *Diritti di libertà*, La Nuova Italia, Firenze, 1975, 58).

e comportamenti delle due personalità archetipiche si accenna a quelle che considerano come Antigone incarni il simbolo del diritto naturale ovvero della tradizione, della società, del gruppo di appartenenza³, e Creonte rappresenti il diritto positivo o il dispotismo, che fa valere esclusivamente la propria volontà⁴. La conclusione tragica della vicenda sembra voler far intendere che, comunque la si interpreti, in nessuna delle due opposte posizioni si possa rinvenire una ragione assoluta, che nessuna delle due possa avere esistenza a sé stante. La relazione tra libertà e autorità deve trovare un altro percorso.

Se ora si considera il *Critone*, uno dei primi dialoghi di Platone, che vedono protagonista la figura di Socrate, il Filosofo ateniese fa esprimere così il suo Maestro, raggiunto in carcere dal suo allievo Critone e da questi sollecitato, quasi tentato, a fuggire per evitare la pena capitale comminatagli: “Poniamo che mentre siamo lì lì per fuggire di qui (o comunque vogliamo chiamare questa cosa) venissero le leggi e la città tutta, si piazzassero davanti a noi e ci chiedessero: “Dimmi, Socrate, che cosa hai in mente di fare? Quale può essere il tuo intento, con questo gesto, se non di fare quanto ti è possibile per distruggere noi, le leggi, e la città intera?...O pensi che possa sopravvivere, e non essere sovvertita, una città in cui le sentenze pronunciate non hanno efficacia, e possono essere invalidate e annullate da privati cittadini?...”⁵. Accolti come principi fondanti il “non commettere ingiustizia” e il conseguente “neanche chi la subisca dovrà ricambiarla”⁶, Socrate non può fuggire, poiché, sottraendosi alla condanna, violerebbe la legge che impone il rispetto delle sentenze, commettendo ingiustizia, ed infrangerebbe così il principio di legalità che fonda la città nonché il patto spontaneo con cui, per il fatto di vivere nella città, ha manifestato di aderire ai precetti delle leggi che la governano⁷.

In “*Etica nicomachea*” Aristotele esprime la rilevanza del dotarsi di leggi in questi termini: “La saggezza che ha per oggetto una città, in quanto architettonica, è saggezza legislativa; ma in quanto riguarda gli atti particolari, ha il nome comune di saggezza politica”⁸. Nella parte conclusiva, considerando il rapporto tra etica e politica, “le leggi non sono che opere della politica”⁹ e che “abbiamo bisogno di leggi [...]: la massa, infatti, ubbidisce più alla necessità

³ “A lui, laggiù, darò una fossa. Dopo l’azione, morirò” (SOFOCLE, *Antigone*, Garzanti, Milano, 1993, 233, 71-72).

⁴ “Ora io, io impugno governo e trono” (SOFOCLE, *Antigone*, Garzanti, Milano, 1993, 239, 173).

⁵ PLATONE, *Critone*, a cura di SASSI M. M., BUR, Milano, 1994, 201, 50b-c.

⁶ Ivi, 199, 49b-c.

⁷ Ivi, 67.

⁸ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, a cura di MAZZARELLI C., Rusconi, Milano, 1994, 241, VI 7-8, 1141b 24-26.

⁹ Ivi, 409, X 9, 1181a 23.

che al ragionamento, e più alle punizioni che al bello”¹⁰. Vale qui evocare queste brevi ed essenziali estrapolazioni¹¹, in quanto contribuiti che concorrono a delineare la lunga elaborazione antecedente l’affermarsi del principio di cui si tratta in questa sede.

Passando al diritto romano, oltre che per il valore simbolico di personalità come ad esempio quelle di Cicerone e Ulpiano, si può fare riferimento, per rendervi merito, alla progressiva opera di costruzione e organizzazione del diritto, che per secoli resterà, con il suo sistema delle fonti e le sue strutture, pur soggette a fisiologiche evoluzioni ed interpretazioni, la base del diritto comune fino all’età delle costituzioni nei secoli XVIII e XIX. Nello specifico in relazione al tema del principio di legalità si può evidenziare come risulterebbe sussistente almeno in età postclassica la irretroattività, almeno ove non diversamente disposto. Si tratterebbe tuttavia di un riferimento ancora non consolidato e precario rispetto ai parametri moderni¹².

Figura emblematica che nasce nella Padova medievale a cavallo dei secoli XIII e XIV è Marsilio da Padova. Nel suo *Defensor pacis*, in polemica contro il potere temporale della Chiesa, generatore di discordie, espone una visione del governo dei popoli che riserva un ruolo fondamentale alla legge e alla sovranità statale. Lungi dall’applicare categorie sorte in epoche successive, tuttavia è chiaro nello scritto il richiamo a quello che, in modo embrionale magari e all’interno di una visione sistematica coerente con l’epoca cui appartiene, si può ritenere un riferimento al concetto di legalità¹³.

Una data precisa individua invece un evento epocale per l’età di mezzo nel mondo anglosassone: nel 1215 il re Giovanni d’Inghilterra firma la *Magna Charta libertatum*, con cui il sovrano riconosce in modo pratico e concreto ben precisi diritti in capo ai suoi sudditi, che nella versione del 1225 sono identificati con “tutti gli uomini liberi”; a questi diritti corrispondono quindi concreti limiti al potere del sovrano¹⁴. Tale fatto storico ha una portata giuridica decisiva, oltre che per indicare un contenuto univoco, tramandato nel tempo, anche

¹⁰ Ivi, 403, X 9, 1180a 2-5.

¹¹ “Sembra evidente che egli intenda la dottrina dello Stato, la politica in senso stretto, in funzione del diritto” (ivi, 446).

¹² BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, Torino, 1996, 44.

¹³ “Nessun governante, per quanto sia giusto e virtuoso, può governare senza le leggi”. Sulla scorta di Aristotele, Marsilio proclama che “ai governanti conviene essere regolati e limitati dalla legge piuttosto che emanare sentenze civili secondo il proprio arbitrio”; poco oltre è individuato nel popolo, considerato come “l’intero corpo dei cittadini o la sua parte prevalente”, il legislatore (PIAIA G., *Marsilio da Padova*, voce in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Filosofia*, rinvenuto nel sito www.treccani.it/enciclopedia/Marsilio-da-Padova, 2012).

¹⁴ RUFFINI F., *op. cit.*, 163.

per l'aura simbolica che ha assunto e per l'influenza esercitata sul consolidamento e sul senso di unità dello spirito inglese¹⁵.

Ad essa è correlato il “*Bill of rights*” del 1689, documento che consolida e riafferma l'individuazione delle libertà proprie della nazione tutta¹⁶. L'elenco non presuppone tanto una pregressa elaborazione filosofica o dottrinale sull'origine e sulla sostanza dei diritti che contiene, ma piuttosto una affermazione di uno stato di fatto che al cittadino appartiene in quanto derivandogli dai suoi predecessori ed in virtù delle loro conquiste ormai acquisite.

Parallelamente alcuni filosofi giungono alla teorizzazione di principi, che forniscono elementi determinanti per l'elaborazione e l'evoluzione del concetto di legalità. In particolare in Inghilterra Locke, esponente fondante del liberalismo inglese, nell'elaborare la sua dottrina contrattualistica, individua come concetti centrali la separazione dei poteri, considerando che il potere esecutivo debba essere separato e subordinato al legislativo, e il dato che la legge debba porsi a garanzia dei diritti dei cittadini¹⁷; in Francia Montesquieu è tra i maggiori rappresentanti dell'Illuminismo, di cui si tratta nel prossimo paragrafo.

1.1.2 Lo Stato di diritto

Platone e Aristotele affrontano il dilemma che ancora oggi è oggetto di riflessioni e interpretazioni per giuristi e filosofi, se sia migliore il governo degli uomini, adattabile alle situazioni contingenti ma costantemente a rischio di cadere preda di arbitrarietà, o quello delle leggi, che nelle loro generalità e astrattezza garantiscono la certezza a scapito tuttavia della attenzione alle peculiarità di ogni caso singolo; ulteriore quesito che presenta questo secondo orientamento è se il governo sia da attuarsi solo *per leges* ovvero anche *sub leges*, risultando quindi ogni potere, anche il legislativo, subordinato alla legge.

Proseguendo in queste tappe del percorso volto ad individuare le tracce del principio di legalità, determinante per la sua definitiva emersione è il periodo storico tra i secoli XVIII e

¹⁵ Per una panoramica sulle vicende giuridiche inglesi e successivamente statunitensi dell'epoca si vedano RUFFINI F., *op. cit.*, 25 ss. e PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 3 ss.

¹⁶ RUFFINI F., *op. cit.*, 167-168: “per assicurare i loro [dei lords spirituali e temporali e dei comuni, costituenti “la rappresentanza piena e libera della nazione”] antichi diritti e libertà”.

¹⁷ CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982, 336-337; SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2001, 8 ss.; FIORAVANTI M., *Stato e costituzione*, in AA. VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 42-44, ove l'Autore pone in evidenza che Locke e il liberalismo hanno determinato la piena affermazione dei diritti di libertà e di proprietà, in seguito centrali anche per gli Illuministi in Francia e per le codificazioni successive.

XIX, in cui si manifestano due eventi fondamentali per la civiltà occidentale e i suoi ordinamenti: dapprima il movimento filosofico dell'Illuminismo e a seguire la Rivoluzione francese. Entrambi rappresentano un momento decisivo nell'elaborazione e nella attuazione di concetti che vanno a costituire e ad integrare le nozioni di legalità e di "Stato di diritto"¹⁸. Dell'Illuminismo per la prospettiva che rileva nel presente lavoro non è possibile dare più che un accenno ad un tratto tuttavia essenziale e determinante per i concetti che si procede ad analizzare. Nel suo scritto *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?* Kant afferma: "A questo rischiarimento non occorre altro che la libertà; e precisamente la più inoffensiva di tutte le libertà, quella cioè di fare pubblico uso della propria ragione in tutti i campi", rappresentando questo movimento "l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso"¹⁹. La conferma si rinviene *a contrario* da *I fratelli Karamazov* di Dostoëvskij ed in particolare nel discorso del "grande inquisitore", simbolo di un potere che offre agli uomini proprio quello stato di minorità e che essi accolgono come liberatore dagli affanni della responsabilità della libertà. Nel suo scritto a commento del brano in questione, Gherardo Colombo annota che "anche la legge più perfetta rimane soltanto un pezzo di carta, se non viene costantemente attuata dal comportamento quotidiano di coloro che ne sono i destinatari. Per essere liberi occorrono impegno e fatica."²⁰.

Pur differenziandosi negli approcci di partenza, negli sviluppi delle osservazioni e nelle elaborazioni, le numerose voci della dottrina giuridica si trovano a manifestare una certa concordia nell'individuare come caratteri fermi, necessari e concomitanti, per quanto non esclusivi, della categoria definita "Stato di diritto", oltre alla legalità, due aspetti fondamentali: i) che la sovranità sia attribuita al popolo e ii) che viga la separazione dei poteri essenziali alla vita dell'ordinamento dello Stato. Come accennato, a questi si ricollegano e da essi discendono altri principi, di cui al §3 del presente capitolo.

Considerando ancora per breve tratto il versante giuridico anglosassone, certamente lontano dall'approccio continentale ma apportatore comunque di elementi utili alla presente

¹⁸ Ruffini lo definisce come lo Stato che "eleva il diritto a condizione fondamentale della sua esistenza e che determina i limiti del suo operare e dell'azione dei cittadini con norme di diritto" e che "nella sfera costituzionale" "guarentisce all'individuo che nel momento della formazione della legge non verranno menomate le libertà individuali" (RUFFINI F., *op. cit.*, 57-58). Paladin cita il modello tedesco del *Rechtsstaat*; si veda al § 2 del capitolo 3 (PALADIN L., *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1998, 42). Si veda anche FIORAVANTI M., *op. cit.*, 18 ss.

¹⁹ KANT I., *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?*, in *Stato di diritto e società civile*, a cura di MERKER N., Editori Riuniti, Roma, 1982, 113-115.

²⁰ COLOMBO G., *Il peso della libertà*, in DOSTOËVSKIJ F., *Il grande inquisitore*, trad. it. di Vitale S., Salani, Milano, 2021, 86.

panoramica, un abbozzo dei due aspetti sopra citati si riconosce già nei documenti prodotti oltreoceano dalle ex colonie della Corona Britannica ormai indipendenti: infatti un primo documento di rilievo è proprio la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776, seguita dalla Costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 1787, integrata pochi anni dopo dal "Bill of rights" statunitense, costituito dai primi dieci emendamenti alla Costituzione, ratificati nel 1791²¹.

Approdando al versante continentale e per trattare del secondo evento di cui si è anticipato poco sopra, sul finire del XVIII secolo deflagra la Rivoluzione francese: con la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e poi del 1793 si confermano, come già nella Dichiarazione della Virginia e nella successiva Costituzione federale, l'esistenza, la necessità nonché l'intenzione di dare tutela a "i diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo"²². Diritti non più solo tramandati dal passato, ma diritti considerati innati, a proposito dei quali urge l'esigenza di dichiararli per affermare la loro forza intrinseca e proiettarli nell'avvenire²³.

Al riconoscimento dei diritti di libertà si affianca, già nella riflessione filosofico-giuridica della metà del XVIII secolo, l'affermazione del principio della separazione dei poteri, a partire dalla voce del Montesquieu nell'*Encyclopédie*: indispensabile requisito per poter assicurare

²¹ Nel sistema statunitense di *common law* essi, unitamente alla Costituzione cui seguono, costituiscono attraverso il *judicial review of legislation* un "formidabile strumento di controllo duraturo verso il potere legislativo" per far valere la volontà costituente di "*we the people*" verso la legge del Congresso (CASONATO C., *La costituzione degli Stati Uniti d'America (1789)*, in CERRINA FERONI G., FROSINI T.E., TORRE A., a cura di, *Codice delle Costituzioni*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2009, 339 ss.). In merito v. anche PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, op.cit., Giuffrè, Milano, 1965, 57 ss. Quest'ultimo Autore approfondisce la disamina degli elementi di similitudine e di divergenza in particolare tra le Carte costituzionali nordamericane e la Costituzione giacobina del 1789, "documento d'indubbia originalità" (ivi, 12 ss.). D'altra parte sembra opportuno citare quanto osserva Tocqueville alcuni decenni più tardi: "I principi generali sui quali riposano le costituzioni moderne, quei principi che la maggior parte degli europei del XVII secolo appena comprendevano, e che allora, seppur in modo incompleto, trionfavano in Gran Bretagna, sono tutti riconosciuti e fissati dalle leggi della Nuova Inghilterra: l'intervento del popolo nei pubblici affari, il voto libero dell'imposta, la responsabilità degli agenti del potere, la libertà individuale e il giudizio per giuria, vi sono stabiliti di fatto, senza discussione, Questi principi generatori ricevono in America una applicazione e degli sviluppi che nessuna nazione europea ha ancora osato dar loro" (DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, BUR, Milano, 2018, 51).

²² RUFFINI F., op. cit., 177. Si veda anche FIORAVANTI M., op. cit., 44 ss., ove l'Autore afferma che "la libertà e la proprietà divengono diritti civili", sottolineando la loro tensione verso una realizzazione giuridico-positiva. Si rilevano le considerazioni di Paladin in merito al valore giuridico delle Dichiarazioni ed al fatto che le critiche mosse al loro contenuto ritenuto di matrice giusnaturalistica "son forse ingiuste", in quanto "Rousseau [...] ed i suoi continuatori non intendevano la parità naturale degli uomini in termini storici, ma in termini ideali" (PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, op. cit., 17 ss.). Grossi considera che "la "Déclaration" del 1789 afferma che i diritti naturali e imprescrittibili la cui conservazione è il fine di ogni comunità politica sono "la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression"; e poco oltre nota come "l'uguaglianza, pur concretamente presente e operante come criterio informatore in atti precedenti, assurgerà a principio generale della legislazione rivoluzionaria solo con la "Déclaration" della Convenzione Nazionale del 29 maggio 1793" (GROSSI P., *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Il dominio e le cose*, Giuffrè, Milano, 1992, 22).

²³ Ivi, 22 ss.

nel bilanciamento reciproco la supremazia del momento legislativo e inserito comunque nella cornice della sovranità popolare che ne garantisce la saldatura al principio democratico²⁴.

Se l'architettura di questo notevole edificio pare saldamente compiuta, se ne ravvisa la portata inizialmente più evocativa che sostanziale: alterne vicende storiche tra i secoli XVIII e XX vedono succedere ai momenti rivoluzionari periodi di ripristino dell'assetto più conservatore dello Stato. A tale alternanza di eventi si accompagnano dal punto di vista giuridico i numerosi tentativi, caratterizzati da un maggiore o minore accento di apertura ulteriore rispetto alla base fondamentalmente liberale degli ordinamenti, di realizzare sistemi concretamente di diritto nel senso poco sopra illustrato. Negli ordinamenti del XIX secolo si riconosce una impostazione liberale formale, in quanto al riconoscimento dei diritti sulla carta corrisponde solo parzialmente una struttura statutale coerente con tale previsione²⁵. Si individua una concezione meramente formale del principio di legalità, ove il potere legislativo è pressoché privo di limite e di controllo e l'ordinamento giuridico, in contesti ordinamentali di costituzioni flessibili, non presenta alcun argine al ripresentarsi di derive assolutistiche. A riprova di ciò valgono come esempi la Costituzione della Repubblica di Weimar e lo Statuto Albertino²⁶.

La questione della crisi dello Stato di diritto, del quale si contestano la genesi nell'ambito dello Stato liberale, cui risulterebbe antistorico fare riferimento, e la inconciliabilità con le attuali esigenze che nell'ordinamento imporrebbero un riassetto del principio, viene superata in particolare rilevando che le contestazioni non dimostrano il fondamento della presunta antitesi, ma che anzi "il concetto di legalità, come quello di Stato di diritto che ne sta alla base, non è un concetto statico, ma essenzialmente dinamico, suscettibile pertanto di trasformazioni successive collegate in genere ad una sua progressiva e più piena realizzazione"²⁷, quindi, in un contesto di evoluzione dal precedente Stato liberale allo Stato costituzionale di diritto²⁸.

²⁴ CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, 1 ss.; per l'analisi delle Costituzioni post-rivoluzionarie in Francia dal punto di vista dell'affermazione formale e sostanziale del principio di uguaglianza, v. PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, op. cit., 37 ss.

²⁵ FIORAVANTI M., op. cit., 48 ss.

²⁶ PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, op. cit., Giuffrè, Milano, 1965, 97 ss.; v. anche cap. 3 § 3.

²⁷ CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padova, 1966, 121 ss.; similmente e con riferimento al principio di uguaglianza cfr. PALADIN L., op. ult. cit., 330 ss.

²⁸ V. anche cap. 3 § 2.

1. 2 Le classificazioni del principio di legalità

In dottrina il principio di legalità è stato oggetto di studio plurisecolare, costituendo un campo di indagine particolarmente produttivo e stimolante, data la densità del materiale concettuale sottostante alla apparente linearità della definizione e considerato il suo essere punto di raccordo con altri concetti centrali degli studi giuridici, oltre che il suo connettersi in relazione con vari ambiti umanistici correlati, filosofici, storici, politici e sociologici.

Nel proseguire l'indagine su fondamenti, contenuti e manifestazioni del principio in questione, si reputa opportuno esplicitare che il presente paragrafo ed il successivo intendono presentare alcuni richiami a elementi e ad aspetti sistematici attraverso i quali è possibile rappresentare una panoramica del principio di legalità dapprima nelle sue qualificazioni giuridiche e quindi nel suo rapportarsi con altri principi fondamentali dell'ordinamento.

Dal punto di vista metodologico, ancor prima che contenutistico, non vi è dubbio che il risultato di ogni ricerca, che si intenda condurre anche in ambito giuridico in modo scientificamente valido, prima ancora che dal materiale raccolto dipenda dai criteri sulla base dei quali l'analisi stessa è strutturata e procede nell'individuare i dati rilevanti, poiché il rinvenire un determinato materiale dipende dai parametri che stanno a monte dell'azione e guidano il reperimento stesso. Se fin dal principio non vi è convergenza anzitutto su portata e significati di concetti e termini, se i criteri a fondamento dei processi di scelta sono divergenti e reciprocamente esclusivi, non stupisce divergano radicalmente anche le conclusioni cui si perviene. La varietà di opinioni è ricchezza, se è fin dal principio esplicitato quale sia l'ambito in cui la ricerca si muove e quali ne siano i criteri che la informano²⁹. Se queste affermazioni sono valide in generale per ogni campo di studio, lo sono anche per il diritto: al di là di interpretazioni ambiguamente fondate o poco chiare nei loro parametri di indagine, ovvero anche inconsciamente orientate all'affermazione di un concetto più che alla sua analisi, nella varietà di studi e riflessioni si possono apprezzare la vivacità e la pluralità

²⁹ A tale proposito scrive Merz, citando Bobbio: "È infatti opinione corrente che convenzionalità e scientificità si implicano vicendevolmente nel senso che il linguaggio scientifico trova al suo fondamento le "proposizioni primitive" del sistema, non ulteriormente investigabili nella loro validità ed accettate elettivamente in forza d'una ideologia. Data la natura disponibile di tali "convenzioni iniziali", mancando l'accordo su di esse, sarebbe vana ogni disputa intorno alla "verità" dell'una o dell'altra delle conclusioni [...], dal momento che entrambe derivano da presupposti diversi e inconciliabili, da proposizioni prime opposte" (MERZ S., *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubblico*, Giuffrè, Milano, 1976, 1356; BOBBIO N., *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950, p. 222-223). La norma come proposizione prescrittiva viene analizzata da Bobbio in BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 48 ss.

di un mondo, quello del diritto, che è in continua, fervente attività³⁰. Ciò sembra essere ancor più calzante per un concetto come quello di legalità, dinamico e che si presta ad essere esaminato secondo molteplici prospettive.

1.2.1 Legalità formale e legalità sostanziale

Considerando un contesto in cui, ancora non operante la nozione di Stato di diritto nel suo significato pieno e costituzionalmente orientato, sussista comunque una ripartizione delle funzioni statali, così come nel corso della storia della civiltà occidentale si è concretamente verificato, è possibile anzitutto considerare la formulazione del principio di legalità come “non contrarietà” del provvedimento amministrativo alla legge. In altri termini, ove manchi una legge a disciplinare una determinata condizione, l’agire dell’amministrazione è libero, non potendo risultare contrario ad una legge inesistente³¹. Ad un successivo livello di subordinazione tra poteri legislativo ed esecutivo si procede quindi ad individuare il concetto di “conformità” (inclusivo della “compatibilità”, non viceversa), che presuppone una previsione normativa ovvero una autorizzazione all’azione dell’amministrazione³².

Altre due formulazioni fondamentali sono riconducibili all’accezione di legalità intesa come conformità alla legge: si distinguono legalità formale e legalità sostanziale, a quest’ultima potendo riconoscere un peso ulteriore, una volta consolidata la sua sussistenza all’interno di un ordinamento costituzionale coerentemente ordinato secondo i principi che informano lo Stato di diritto³³. La legalità è da valutare nel suo significato “formale” quando la si osservi in connessione ad un requisito di forma, quando cioè in un ordinamento sono individuate sulla base di norme le modalità di esercizio dell’azione dei pubblici poteri, in particolare

³⁰ Ancor più rilevanza assume la considerazione di Bobbio, il quale ritiene ammissibile e addirittura inevitabile “che l’attività del giurista non sia soltanto logica, ma valutativa, eticamente orientata” (BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, 123, in FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 2010, 438).

³¹ Tale espressione del principio di legalità si può ricondurre storicamente all’esistenza di ordinamenti in cui, pur sussistendo una divisione tra sfere dei poteri legislativo ed esecutivo, una certa preminenza è posseduta dal secondo nei confronti del primo, l’intervento del quale è in alcuni ambiti solo eventuale, lasciando quindi spazio di discrezionalità all’operato dell’amministrazione.

³² CARLASSARE L., *Regolamenti*, *op. cit.*, 114-115.

³³ Si vedano tra gli altri, nell’ambito di una corposa dottrina, CARLASSARE L., *Legalità*, *op. cit.*, 2 ss.; ID., *Regolamenti*, *op. cit.*, 115 ss.; MERZ S., *op. cit.*, 1363 ss.; FOIS S., *op. cit.*, 401 ss.; PORTINARO P.P., *Legalità, principio di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1996, 1 ss.

dell'esecutivo³⁴ e del giudiziario³⁵. Essi devono quindi conformarsi a prescrizioni del potere legislativo che ne individuano le competenti autorità, le procedure di attuazione, le forme in cui procedere. Oltrepasati i confini stabiliti da queste norme autorizzative, si entra nell'ambito di atti non ammessi da leggi preesistenti e perciò invalidi³⁶.

La legalità in senso "sostanziale" si riferisce ad assetti che vanno oltre il dato formale dell'esistenza di disposizioni di legge che contemplino la estrinsecazione dell'agire amministrativo, per concentrare l'attenzione sul contenuto di tale agire, sui suoi limiti e scopi, nell'intento di determinare lo spazio di discrezionalità attribuita all'amministrazione³⁷. Procedendo nello sviluppo del concetto di legalità, con l'attribuire ad esso quel significato pieno connesso allo Stato di diritto, individuato fin dalle pagine iniziali di questo lavoro, il concetto di legalità sostanziale si amplia ulteriormente. Esso viene ad incrementare la portata del principio in esame nell'assetto degli ordinamenti democratici e ad esserne considerato un aspetto caratteristico e qualificante, poiché si dimostra a sua volta la necessità che anche il potere legislativo risulti vincolato al rispetto di determinati parametri legali di intervento. Tale rispetto si deve riscontrare non solo nella procedura di produzione dei comandi legislativi ma anzitutto nella risposta all'esigenza di tutela di determinati contenuti fondamentali dell'ordinamento, di quei diritti cioè che costituiscono garanzie di libertà³⁸ per tutti i cittadini. Si realizza quindi nel modo più compiuto il concetto di Stato di diritto, ove anche la legge ordinaria risulta assoggettata a controllo di costituzionalità. Nell'ordinamento italiano in particolare la Carta costituzionale funge nella sua parte iniziale da garanzia invalicabile delle libertà espressamente affermate e nel complesso da ancoraggio ad un sistema di garanzie, bilanciamenti e limiti reciproci tra i poteri e le rispettive funzioni.

A quest'ultima considerazione si ricollega l'ulteriore approfondimento, che offre l'opportunità di osservare il concreto manifestarsi del principio negli ordinamenti e che

³⁴ MERZ S., *op. cit.*, 1364-1365 in nota: "Chi [...] intende il principio [di legalità] come legalità formale o come non-contrarietà ritiene solitamente che il principio sia un limite al potere esecutivo. [...] Tuttavia, anche così inteso, il principio obbliga pure il legislatore quantomeno in rapporto alla possibilità che allo stesso sia consentito "delegificando" di disporre della "forza di legge"".

³⁵ MERZ S., *op. cit.*, 1363.

³⁶ Si svolge una riflessione per così dire parallela a quella condotta da Paladin, che ritiene come un limite formale all'attività amministrativa e un argine volto a "precludere gli arbitri impliciti nella discrezionalità dell'apparato esecutivo" sia da riscontrarsi, più che nel principio di legalità, nel principio di eguaglianza, così come formulato nell'art. 3 primo comma Cost. (PALADIN L., *Il principio costituzionale di eguaglianza*, *op. cit.*, 160 ss.) Si veda anche il paragrafo 2 del terzo capitolo.

³⁷ CARLASSARE L., *Regolamenti*, *op. cit.*, 114.

³⁸ GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, UTET, Torino, 1994, 84-97.

concerne il carattere flessibile oppure rigido delle carte fondamentali su cui essi si reggano. Ove sia caratterizzata dalla flessibilità, cioè, come è noto, dalla possibilità di essere modificata da ordinari provvedimenti di legge, una carta costituzionale non è garanzia della possibilità di una manifestazione in senso sostanziale del principio di legalità, poiché all'arbitrio del legislatore, che si può esprimere con mera legge ordinaria, è rimessa qualunque scelta in merito al contenere o meno il potere dell'esecutivo e in quali termini disporlo, così come il mantenere o meno eventuali garanzie e diritti accordati ai cittadini. Viceversa, il principio di legalità può dispiegarsi pienamente nella sua massima estensione di contenuto garantista e democratico ove la Carta fondamentale abbia le caratteristiche per essere qualificata come rigida e quindi modificabile solo tramite norme di rango costituzionale, poiché tale procedura offre tutela ai principi e alle norme garantiti dalla carta, assicurando meccanismi di protezione rispetto ad interventi legislativi di livello ordinario³⁹.

Si rileva quindi la connessione con la distinzione, nell'ambito del principio di legalità, tra i concetti di legalità in senso lato, o mera legalità, e di legalità in senso stretto, o stretta legalità: il primo richiama la nozione di base di un potere che può essere esercitato solo se conforme alla legge; il secondo fissa un passaggio ulteriore, per cui il potere, anche quello proprio del legislatore, deve riconoscere al cittadino una sfera di diritti e libertà: perciò deve essere contenuto in un sistema di regole che ne determinino l'esercizio ed essere oggetto a sua volta di un sistema di controlli, fino al livello massimo, quale quello della Corte costituzionale per l'ordinamento italiano⁴⁰.

³⁹ Cfr. CARLASSARE L., *Regolamenti*, *op. cit.*, 128-129 ss.: "se indubbiamente nelle democrazie parlamentari o almeno in molte di esse il principio di legalità si afferma nel suo valore esclusivamente formale, ciò è dovuto però all'inesistenza negli ordinamenti di congegni idonei a renderne possibile la completa esplicazione. L'esistenza o meno di una Costituzione rigida e di un controllo di costituzionalità delle leggi influiscono profondamente sul significato e valore del principio di legalità il cui contenuto è in stretta relazione con il concreto modo di essere degli ordinamenti positivi". Poco oltre l'Autrice riprende il concetto aggiungendo che "se il principio di legalità non riuscì ad imporsi che nel suo aspetto esclusivamente formale, ciò era dovuto all'imperfetta predisposizione delle garanzie idonee a renderne possibile la piena realizzazione, e non al fatto che il principio stesso avesse in sé solo quel ristretto contenuto". La Giurista conclude questa sua centrale riflessione affermando che "decisiva in ordine alla determinazione del contenuto del principio di legalità è la considerazione delle esigenze fondamentali che quegli ordinamenti tendevano a realizzare e, conseguentemente, dei principi che ne stavano a fondamento". *Contra* MERZ S., *op. cit.*, 1365: "sono propriamente le garanzie in questione, vale a dire la rigidezza costituzionale ed il controllo di costituzionalità, che possono, rispettivamente, dare contenuto e rendere sanzionabile il principio di legalità sostanziale, quantomeno nell'ambito delle riserve". Vi è comunque generale concordanza in dottrina nell'individuare un livello minimo di sussistenza della legalità sostanziale nell'ambito delle materie soggette a riserva di legge costituzionale. Delle obiezioni mosse alla sussistenza e alle caratteristiche del principio di legalità si tratta nel cap. 3 § 3.

⁴⁰ JORI M., PINTORE A., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, 99-100.

1.2.2 Legalità amministrativa e giurisdizionale

Nell'architettura dei moderni ordinamenti, che riconoscono nel principio della separazione⁴¹ dei poteri una solida base, la legalità amministrativa si afferma come un elemento che si sviluppa in adesione all'evoluzione degli assetti statali. Il potere amministrativo, in principio investito di un "carattere originario"⁴² e perciò non limitabile da alcuna interferenza esterna, può trovarsi assoggettato semplicemente ad una legalità intesa nel senso minimale di "non contrarietà alla legge", con il sottinteso risolto che esso resta libero nel momento in cui non esista una legge, ovvero la legge rappresenti una mera base che però non preveda l'indicazione di parametri per il dispiegarsi dell'azione amministrativa.

Ove invece sussista il concetto di stretta legalità, non solo gli organi dell'amministrazione devono sottostare alla legge, ma nella legge stessa il potere esecutivo rinviene i riferimenti che predeterminano gli interessi da soddisfare e specificano le azioni possibili⁴³.

In relazione a questo tema Carlassare porta in evidenza un aspetto problematico, suscettibile di svilupparsi anche in una prospettiva futura. Se da una parte è pacifico che "in un sistema democratico dove le scelte non possono che competere agli organi rappresentativi, la legalità (sostanziale) va valutata anche come strumento fondamentale per rendere democratica l'amministrazione, affidata ad una burocrazia priva di legittimazione popolare propria"⁴⁴, e quindi è essenziale che sia il legislatore a fissare quelle scelte dei fini da perseguire e degli interessi da tutelare, dall'altra è altrettanto necessario, per adeguare le strutture alle esigenze in evoluzione, garantire un certo grado di discrezionalità nel raggiungimento di predetti fini da parte del potere esecutivo. Il punto problematico sta proprio nella ricerca di questo mutevole punto di equilibrio, nell'esigenza che tale discrezionalità sia sì dotata della possibilità di estrinsecarsi, contemperando tuttavia la necessità che sia definita e quantificata, specificandone i termini in cui deve comunque rapportarsi al principio di legalità ed ai limiti che esso comporta per l'organo esecutivo, anche nel momento in cui il Governo vada ad esercitare la funzione legislativa. Si citano a titolo esemplificativo, poiché l'argomento necessiterebbe di una trattazione più specifica, esulando dal carattere del presente lavoro, i

⁴¹ Paladin vi preferisce il termine "divisione" (PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 41).

⁴² CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, op. cit., 2 ss.

⁴³ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 587, ove presenta il "principio di legalità dell'amministrazione" in riferimento all'ordinamento italiano.

⁴⁴ CARLASSARE L., *Legalità*, op. cit., 5-6.

temi di quali siano gli atti del potere esecutivo da considerarsi assoggettati al principio in questione⁴⁵, nei casi in cui il Governo eserciti tramite delega la funzione legislativa, della portata dei diversi tipi di regolamenti dell'esecutivo ed in particolare della questione dei fenomeni della delegificazione e delle c.d. *deleghe bifasiche*. In entrambi questi ultimi casi si tratta di attribuzioni da parte legislativa all'esecutivo di un potere che, in assenza delle necessarie delimitazioni fondate sul principio di legalità dell'azione amministrativa, rischia di concretizzare un "trasferimento di potestà legislativa primaria dal Parlamento al Governo, solo in parte attenuato dalla ricorrente prescrizione dell'audizione del parere delle commissioni parlamentari", stante la predeterminazione, rispettivamente nella legge abilitante e nella legge di delega, di principi e criteri direttivi vaghi e affatto precisi nella individuazione dei confini di tale potere⁴⁶.

Passando a considerare la legalità giurisdizionale, e quindi la applicazione della nozione di legalità all'attività dei giudici e la subordinazione degli stessi alla legge, si osserva una certa maggior stabilità del concetto: ciò quantomeno in ordinamenti che, come quello italiano, sono organizzati e si sviluppano sulla base di una Costituzione rigida⁴⁷.

Secondo le parole di Foiss, "la legalità rappresenta il criterio in base al quale il giudice deve nei singoli casi impostare la risposta al quesito relativo a quale "comando", "precetto" o "regola" egli debba considerare applicabile, o comunque utilizzare, nella soluzione delle suddette controversie"⁴⁸.

Il giudice, subordinato alla legge⁴⁹, ne è altrettanto chiamato a farsi garante del rispetto del principio in esame: "il controllo giurisdizionale sull'osservanza del principio di legalità" è attribuito al giudice ordinario, amministrativo e costituzionale, a seconda del livello

⁴⁵ I temi sono approfonditi tra gli altri da CARLASSARE L., *Regolamenti, op. cit.*, 149 ss.; ivi, 314 ss.: "il principio vige per l'intera funzione amministrativa – sia per l'attività concreta che per la produzione normativa", con un adattamento delle conseguenze sul piano processuale per i regolamenti, fonti secondarie prive di forza di legge. FOISS S., *Legalità, op. cit.*, 396 ss., sviluppando l'argomentazione della ricerca di un fondamento unitario del principio di legalità, con la Giurista sopra citata concorda esclusivamente sulla premessa: "scindere il fondamento della "legalità" a seconda che si tratti di regolamenti o invece di provvedimenti (amministrativi) non sembra sostenibile". In MERZ S., *op. cit.*, 1390 ss., si ravvisa un tentativo di soluzione di mediazione, che richiede "una nozione "ampia e graduale" della legalità, concepita cioè in modo tale che il parametro della stessa non sia sempre e soltanto l'atto legislativo ma pure il regolamento che pertanto talora è parametro della legalità altre volte è termine sul quale la legalità è misurata". In senso problematico infine SORRENTINO F., *op. cit.*, 25-27.

⁴⁶ Si veda SORRENTINO F., *op. cit.*, 25-29.

⁴⁷ In questo ambito le disposizioni degli artt. 25 e 101 comma 2 Cost. rappresentano un preciso riferimento.

⁴⁸ FOISS S., *op. cit.*, 440.

⁴⁹ Cfr. FOISS S., *op. cit.*, 468, ove al "precetto costituzionale della subordinazione del giudice alla sola legge" consegue che "nessun atto da questa diverso può pretendere di imporsi al giudice, se non voluto od ammesso dalla legge stessa".

normativo dell'atto soggetto a indagine" e "il livello di penetrazione del sindacato sarà maggiore o minore secondo che si accolga una nozione più o meno ristretta del principio"⁵⁰. Nel rilevare che in origine la subordinazione si svolge primariamente nella materia penale, si nota altresì come essa si rivolga "solo di riflesso al giudice" e piuttosto "principalmente al legislatore" e che, quindi, rivela come "il principio inteso con questo valore [...]" sia "un aspetto del principio di legalità costituzionale, esteso in primo luogo agli organi legislativi"⁵¹.

1.2.3 Legalità costituzionale

Riportando ora ad unità il concetto di legalità, dopo averlo declinato dal punto di vista della sua influenza nella sfera legislativa, esecutiva e giudiziaria, si rileva la centralità del ruolo della nostra Carta costituzionale e del suo carattere di rigidità. Come anticipato poco sopra, in un ordinamento in cui sia vigente una Costituzione flessibile alcun vincolo è in concreto posto alla legge; l'eventuale sussistenza di un principio di legalità non è rivolta al potere legislativo, che quindi si mantiene al di sopra del concetto in esame, svincolato da ogni tipo di controllo. Quand'anche il vincolo fosse esteso al legislatore, in assenza di sanzione costituzionale e di controllo⁵², l'eventuale previsione risulterebbe comunque inadeguata allo scopo: "Le Costituzioni flessibili storicamente esistite ed esistenti non hanno, in verità, la forza di imporre alla legge – se non sul piano formale – vincoli cogenti", afferma Paladin⁵³. In un ordinamento democratico, al contrario, fondato su una Costituzione rigida, si realizza la legalità al massimo grado, poiché non solo le azioni dei poteri esecutivo e giudiziario sono indirizzate da leggi, e quindi si concretizza la subordinazione dell'amministrazione e dei giudici alla legge, ma ancor più perché le leggi stesse devono essere coerenti con la Costituzione. In virtù dell'esistenza di tale regola fondamentale è garantita la legalità non più solo a livello formale, con l'esistenza di leggi che forniscono i parametri di azione dei diversi poteri, ma anche a livello sostanziale, inteso nel senso di una duplice garanzia: da una parte, l'affermazione dei diritti di libertà dei cittadini, e dall'altra la concreta salvaguardia di quelli e delle disposizioni fondanti l'ordinamento democratico tramite il sindacato di

⁵⁰ MERZ S., *op. cit.*, 1405.

⁵¹ *Ivi*, 1403.

⁵² CARLASSARE L., *Regolamenti, op. cit.*, 131, in relazione al carattere della "misurabilità" o "raffrontabilità" degli atti giuridici statuali come elemento caratterizzante la legalità nello Stato di diritto.

⁵³ PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, *op. cit.*, 146.

costituzionalità, affidato ad organi di vertice quale in Italia è la Corte Costituzionale⁵⁴. Si identifica questo livello massimo di legalità con il principio di costituzionalità⁵⁵, per indicare il fatto che anche la legge ora è “subordinata a una legge (costituzionale) ed è perciò anch’essa misurabile e controllabile alla stregua di una regola superiore”⁵⁶. Paladin descrive questo assetto come la predisposizione di un meccanismo di “eterocontrollo” da parte di organi diversi da quelli politicamente rappresentativi, proprio per rafforzare il principio di legalità imponendolo al legislatore stesso⁵⁷. In termini analoghi, Carlassare riprende la questione, sintetizzandola con l’osservare che, se “tradizionalmente, la problematica specifica del principio di legalità attiene ai rapporti fra esecutivo-amministrazione ed ha come terzo termine necessario il potere giurisdizionale in funzione di controllo del rispetto degli atti del primo da parte del secondo”, “quando la Costituzione è rigida e garantita, il principio si estende alla funzione legislativa che ha da svolgersi in conformità alle norme costituzionali”⁵⁸. A ciò si aggiunga l’ulteriore considerazione che, proprio in virtù dei meccanismi di tutela predisposti a livello di Carta fondamentale, i principi che connotano l’ordinamento come Stato di diritto godono di una disposizione di immodificabilità, come si evidenzia nel paragrafo successivo.

Costituisce un elemento di riflessione, che apre a prospettive di evoluzione futura, la considerazione per cui la regola fondamentale non sia da intendersi cristallizzata in una interpretazione lineare e uniforme: essa, “in quanto deposito di valori e idealità, è il contrario di un sistema formale”⁵⁹. Se in essa il principio di legalità ha la cornice adatta per poter sviluppare le potenzialità dell’ordinamento, è innegabile che negli anni siano emersi fattori

⁵⁴ Si veda MERZ S., *op. cit.*, 1405, ove è citata la Sent. C. Cost. 17 febbraio 1969 n. 15, in *Giur. Cost.* 1969, 99: “In questo nuovo assetto assume rilievo centrale la posizione della Corte costituzionale, “altissimo organo di garanzia dell’ordinamento repubblicano”; tutto il complesso delle funzioni esercitate dalla Corte si riduce “ad un principio fondamentale unitario: garantire e rendere praticamente operante il principio di legalità, che il nuovo ordinamento dello Stato ha esteso a livello costituzionale, sottoponendo al rispetto delle norme costituzionali anche gli atti dei supremi organi politici statali, nonché i rapporti intercorrenti tra questi ultimi e quelli tra Stato e Regioni”.

⁵⁵ BERTOLISSI M., MENEGHELLI R., *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino, 1996, 349; PORTINARO P.P., *op. cit.*, 1 ss., che, dopo aver affermato come la legge sia così ancorata “al sistema dei diritti, ai valori ed ai principi fissati o sedimentati nella costituzione”, arriva a sostenere: “Si potrebbe a questo riguardo parlare di restaurazione del principio di stretta legalità a un piano più alto dell’ordinamento giuridico, e financo di riabilitazione di un concetto di legge materiale come unità o coincidenza di legge naturale e legge positiva”; chiude poco oltre lasciando in sospeso il quesito “fino a che punto questo ritorno del diritto naturale possa costituire una risposta alla crisi della legge nella società ad alta complessità tecnologica resta questione aperta”.

⁵⁶ ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, EGES, Torino, 1984, 57.

⁵⁷ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, 697-698.

⁵⁸ CARLASSARE L., *Legalità*, *op. cit.*, 2.

⁵⁹ RUPERTO C., *La legalità costituzionale*, Discorso letto nella Sala della Provincia Autonoma di Bolzano il 17 novembre 2001, nel sito dell’Accademia italiana dei Costituzionalisti (per l’indirizzo completo si veda nella bibliografia).

che portano ad una sempre maggiore complessità e molteplicità degli interessi e delle relazioni di cui anche il diritto, soprattutto il diritto negli ordinamenti democratici e legalitari, affronta problematiche e contraddizioni. Sostiene Ruperto: “la legalità costituzionale è una nozione complessa. [...] Essa implica giudizi [...] di “compatibilità” o di congruità rispetto ad un numero molto alto di variabili” ed è così che il principio di legalità resta il faro, retto da “quel deposito di valori e idealità”, alla cui luce “andare alla ricerca, pure come giudici delle leggi, di soluzioni che reputiamo ragionevoli, ancorandoci, anche eticamente, alla logica della persuasione”⁶⁰. Carlassare afferma concordemente che “il concetto di legalità, come quello di Stato di diritto che ne sta alla base non è un concetto statico, ma essenzialmente dinamico, suscettibile pertanto di trasformazioni successive collegate in genere ad una sua progressiva e più piena realizzazione”⁶¹.

⁶⁰ Ivi.

⁶¹ CARLASSARE L., *Regolamenti, op. cit.*, 121.

1.3 I principi fondamentali dell'ordinamento

“Il principio è ciò che è in ogni cosa e non si esaurisce in nessuna di esse, né nella loro somma”⁶². Questa definizione del concetto di “principio”, attribuita a Platone, sembra essere calzante anche in riferimento a contesti ulteriori rispetto a quelli propri dell'indagine filosofica pura e può essere qui utilizzata per offrire una descrizione efficace di quanto, anche nel giuridico, può considerarsi celato nel termine considerato.

L'indagine sull'essenza dei principi, sulla loro sussistenza all'interno dell'ordinamento e sulle loro connessioni assume un peso determinante quando si consideri come sia naturale procedimento logico e scientifico procedere ad analizzare i fenomeni secondo quei dati che li compongono e li esprimono. Questo è pur vero anche per i fenomeni del mondo del diritto e quindi per l'ordinamento, anzi, a maggior ragione per quest'ultimo, poiché, osserva Ruffini, il termine stesso identifica un elemento che si definisce organizzato, rispondente a date regole, “ordinato”⁶³.

Nella maggior parte dei casi l'individuazione degli elementi che permettono il riconoscimento di un concetto come fondante per un sistema giuridico non è un'operazione lineare, di semplice e diretta estrapolazione del generale dal particolare e multiforme. Ciò si può affermare valido sia dal punto di vista metodologico e soggettivo, perché comporta da parte di chi si addentra nell'indagine la selezione dei criteri e delle procedure di reperimento, di selezione, di interpretazione e di astrazione dei dati, tanto normativi quanto fattuali, che possano dare un efficace contributo alla definizione degli elementi caratterizzanti un principio; sia dal punto di vista pratico e oggettivo, poiché vasto e vario è il materiale che si può prestare ad essere esaminato nella ricerca. In dottrina testimonia la complessità e ampiezza del tema la mole di studi ed approfondimenti e la varietà di opinioni, interpretazioni e distinguo che hanno come oggetto di indagine proprio l'argomento “principi”.

Ad essere rilevante nel qualificare un elemento dell'ordinamento come “principio” non è la maggiore o minore estensione dell'ambito della sua applicazione, quanto la sua capacità di influire in profondità nella struttura dell'ordinamento, configurandosi per Modugno quasi un

⁶² CAVALLA F., *La verità dimenticata. La verità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, CEDAM, Padova, 1996, 17.

⁶³ “Un *ordinamento* è, per definizione, qualche cosa di già regolato”, afferma Ruffini nel contesto dell'analisi, se sia da attribuire primogenitura all'ordinamento statale oppure al diritto (RUFFINI F., *Diritti di libertà, op. cit.*, 133; v. oltre cap. 2 § 3).

giudizio, più che sulla sua diffusione, sul valore, sul peso del principio di volta in volta in esame⁶⁴. Nell'esplicitare il processo di ricerca dei fondamenti dell'ordinamento, il Giurista afferma che i principi generali "sono il frutto di una duplice scelta interpretativa: la prima riguarda la loro assunzione a principi, la seconda la loro qualificazione di "principi generali", ossia la loro capacità di caratterizzare l'ordinamento nel suo complesso⁶⁵. S'intende che l'una e l'altra scelta sono verificabili *a posteriori*. Entrambe le scelte, fino a verifica, sono ipotesi assunte dall'operatore-interprete"⁶⁶. Ad una prima valutazione sulla natura o meno di "principi" si accosta quindi la seconda indagine sulla loro capacità di essere "generali", ovvero, nello specifico, "fondamentali". Egli osserva che i principi espressi o contenuti nella Carta costituzionale sono, in quanto tali, già di per sé principi generali.

In considerazione del contenuto primario, del peso più rilevante e della portata valoriale più pregnante per l'ordinamento giuridico statale, nel gruppo dei principi di un ordinamento si stagliano quindi quei principi "fondamentali", dotati di particolare rilevanza in quanto "più fondanti" di altri, ovvero cui altri principi, pur dotati di autonome caratteristiche e di un proprio ambito di influenza, comunque fanno riferimento come ad una fonte originaria comune, che poi si diversifica e si specializza nei vari rami dell'ordinamento. Dei principi fondamentali è possibile anche mettere in luce un'ulteriore caratteristica, che va ad approfondire e a completare quanto sopra argomentato, quella della inderogabilità. Una volta individuati, i principi rivestono una posizione di assoluto rilievo, nel momento in cui si consideri nell'ambito dello Stato di diritto la loro riconducibilità al carattere democratico dell'ordinamento e alla sua non modificabilità, come per quello italiano stabiliscono l'art.1 Cost. e l'art.139 Cost.⁶⁷. Un ordinamento democratico si caratterizza per la presenza dei principi in questione; perciò, stabilire una previsione di immodificabilità costituisce la forma più alta di protezione proprio di tali valori fondanti. Se è pur vero che possono essere considerati come norme, espliciti o impliciti, sprovvisti di specifica sanzione, a valere loro da

⁶⁴ Vedasi MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, 5.

⁶⁵ Così MODUGNO F., *op. cit.*, 4: "Pur astrattamente distinguibili dai principi *tout court*, i principi generali ovvero i principi dell'ordinamento (e non di un istituto, di una materia) possono non di meno presentarsi anche – il che avviene molto spesso – come principi limitati, particolari, settoriali, purché, a giudizio dell'operatore-interprete, la loro rilevanza trascenda il particolare settore e riguardi direttamente il modo di essere dell'ordinamento complessivo o di sue parti essenziali".

⁶⁶ L'Autore osserva inoltre: "Anche i principi limitati ad un istituto, ad una materia, ad un settore dell'ordinamento possono assorgere a principi generali, ogni volta che li si ritenga caratteristici di un modo di essere proprio dell'ordinamento complessivo" (MODUGNO F., *op. cit.*, 4-5).

⁶⁷ Queste considerazioni sono sviluppate in relazione alla Costituzione italiana nel successivo cap. 3 § 2.

garanzia è il limite assoluto posto dalla prescrizione di non essere revisionabili, imposta allo stesso legislatore costituzionale, con la consapevole sottintesa conseguenza che la violazione comporterebbe il trovarsi in una forma altra rispetto a quella democratica⁶⁸.

Si procede quindi ad illustrare i principi fondamentali dell'ordinamento che si riconosca Stato di diritto⁶⁹; in merito ad essi la dottrina alle volte si pone in modo concorde, altre volte mette in luce sfumature o vere e proprie divergenze concettuali.

Come premessa generale, sembra opportuno considerare che ogni ordinamento, a prescindere dai particolari, settoriali elementi caratterizzanti che esso manifesta, risalendo man mano dalle fondamenta alla superficie della sua architettura, si fonda su quello che Modugno chiama "principio di logicità"⁷⁰, da interpretarsi come quel criterio generale che informa l'intera struttura ordinamentale e al quale tutti gli altri concetti si rapportano, rappresentando essi "la logica deduzione da un sistema in certo modo determinato"⁷¹. Accanto a tale principio generale e per così dire universale, svincolato tanto dalle categorie di valori e di fini quanto da osservazioni di merito, in quanto ancorato ad un momento ancora antecedente all'individuazione di un contenuto, si pone un altro concetto relativo all'organicità e alla coerenza interna della struttura dell'ordinamento e del discorso logico che in esso si sviluppa: il principio di unità. Esso si articola nelle specifiche determinazioni dei principi gerarchico, di competenza e cronologico, di specialità e di adeguatezza; ma tutte sono riconducibili al principio per cui "ad ogni mutamento temporale di parti segua una ricostruzione che garantisca la coerenza del tutto"⁷².

Considerati questi principi, che rappresentano una premessa generale necessaria ad ogni sistema ordinamentale, si procede ad illustrare quegli ulteriori elementi fondamentali che modellano la struttura istituzionale e giuridica del moderno Stato di diritto. Allo scopo di

⁶⁸ Nel caso dell'ordinamento italiano questi principi sono presentati già nei primi articoli della Carta costituzionale ed essa stessa provvede ad identificarli come "principi fondamentali" (MODUGNO F., op. cit., 19). La giurisprudenza costituzionale li definisce "supremi", ovvero "fondamentali" o anche "valori supremi", e li individua in particolare nei principi di sovranità popolare, lavoristico, personalistico, di eguaglianza, solidaristico, di unità, di laicità; non sembra opportuno escludere che ne siano sottesi altri, implicitamente contenuti in una o più disposizioni nel testo e ricavabili da esse, non essendo possibile farne un definitivo elenco tassativo (BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008, 1213; AMBROSINI G., introduzione, *Costituzione italiana*, Einaudi, Torino, 1975, XIX ss.).

⁶⁹ Si rinnova la considerazione per cui i principi in esame sono da considerarsi propri dell'assetto ordinamentale italiano, in connessione con la Costituzione e con il disegno in essa previsto per l'ordinamento, ricostituito in seguito all'esperienza del regime fascista e del secondo conflitto mondiale. Si rinvia al cap. 3 per la trattazione di questi temi.

⁷⁰ MODUGNO F., op. cit., 6.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

mantenere l'analisi vicina a quello che è l'argomento del presente lavoro, evitando cioè di ampliare eccessivamente il campo di indagine per mantenere unità e coerenza nella trattazione, non saranno qui considerati nei dettagli tutti i possibili tipi di ordinamenti articolati nei loro principi generali, bensì si intende dedicare spazio al concetto di Stato di diritto, che ha determinato e consentito l'evoluzione degli ordinamenti in senso democratico e che, si è considerato in precedenza, è correlato ad una concezione evoluta anche del principio di legalità. Numerosi sono gli studi prodotti in relazione a ciascuno degli elementi citati: qui si presenta una contenuta ma il più possibile panoramica analisi.

In questo quadro una presenza essenziale è rappresentata dal principio di legalità, che si pone nell'ordinamento come fulcro di un articolato sistema a tutela ad un tempo della concreta libertà dei cittadini e dell'esistenza stessa dello Stato democratico⁷³. La legalità va intesa nel suo contenuto di legalità sostanziale e costituzionale, che si sostanzia e trova realizzazione in uno Stato democratico e di diritto, giungendo al culmine del percorso sviluppatosi dalla concezione di una legalità in senso puramente formale fino al compimento della legalità costituzionale⁷⁴ e ad un livello ancora ulteriore di legalità, che si può rinvenire proprio nei principi fondamentali dalla stessa Carta riconosciuti come immodificabili. La legalità formale si limita ad assicurare che l'esercizio del potere si basi su norme che ne attribuiscono la relativa facoltà. Da tale concezione tuttavia si originano due temi problematici: da un lato il potere legislativo sembra affidare un notevole potere all'esecutivo, tramite l'indicazione di una legge che semplicemente "attribuisca" una possibilità di azione, senza indicarne direttive o limiti e quindi privando la legalità di qualunque contenuto; dall'altro, anche qualora sussistesse uno stringente controllo sull'attività dell'esecutivo ma mancasse qualsiasi possibilità di sottoporre a sindacato l'attività del potere legislativo da parte di un organo

⁷³ Il noto motto rivoluzionario *Liberté, égalité, fraternité* racchiude concetti che hanno di certo influenzato lo sviluppo della civiltà occidentale: tuttavia, come non manca di porre in evidenza Calamandrei in particolare ne *L'avvenire dei diritti di libertà*, i tre termini rischiano di rimanere meri contenitori, svuotati del loro contenuto, se non interviene la reale volontà di dare loro un peso giuridico e di renderli concretamente realizzabili nel sistema statale e quindi nella vita quotidiana dei cittadini; di ciò tratta il cap. 2 § 3. Tra i numerosi Autori che trattano il tema della legalità, si vedano CARLASSARE L., *Regolamenti, op. cit.*, 113 ss.; CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM – WKI, Milano, 2020, 24 ss.; CATELANI A., *Principio di legalità e Stato di diritto*, Aracne editrice, Roma, 2020, 25. In analogo contesto sviluppa le proprie riflessioni Baldassarre, secondo il quale nel sistema dello Stato di diritto costituzionale proprio delle moderne democrazie pluralistiche gli elementi qualificanti la legalità si riscontrano in tre principi essenziali: anzitutto nel riconoscimento dei "diritti costituzionali dell'uomo e del cittadino"; in secondo luogo nella supremazia della Costituzione; infine nella giurisdizione costituzionale (BALDASSARRE A., *Libertà (I)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, 21-23).

⁷⁴ Vedasi cap. 1 § 2.3.

imparziale di ciò appositamente incaricato, si ricadrebbe nel rischio di storture giuridiche e di abusi di legge⁷⁵. È necessario invece riaffermare la centralità della legalità sostanziale, poiché solo questo è lo strumento in grado di fornire la concreta garanzia che quanto assicurato e accolto come principio guida dell'operato dello Stato sia effettivamente perseguito e, se invece disatteso, attraverso il sindacato di costituzionalità da una parte e la giurisdizione ordinaria e amministrativa dall'altra venga ripristinato secondo il corretto assetto, che permetta l'esplicarsi con piena efficacia dei principi sopra citati⁷⁶. Come osserva Modugno, “il principio di legalità riceve da norme e principi costituzionali l'impulso per un maggior sviluppo e potenziamento, conformemente alla sua natura di principio”⁷⁷.

Nella nozione di Stato di diritto, accanto alla legalità intesa nel senso sopra descritto, una posizione preminente riveste il principio di uguaglianza⁷⁸. L'uno e l'altro concetto sono l'incarnazione delle esigenze e delle conquiste dello Stato di diritto nella sua evoluzione in senso costituzionale e sostanziale, secondo un duplice punto di vista: il primo, nell'affidare il controllo sul potere, ripartito in più organi, alla legge, espressione del Parlamento e quindi del popolo elettore e nel garantire gli strumenti affinché nell'ordinamento si esprimano i diritti fondamentali; il secondo, nel guardare a tutti i cittadini come ad appartenenti alla comunità statale dotati di pari diritti e doveri e così, nel contesto specifico della legittimazione all'esercizio del potere legislativo, di pari capacità di concorrere alla formazione della c.d. volontà popolare⁷⁹, principio fondamentale su cui si regge la democraticità dell'ordinamento. Proprio il principio della divisione dei poteri è un altro concetto caratterizzante lo Stato di diritto. Tale ripartizione nella triade legislativo, esecutivo e giudiziario è da intendersi nel significato per cui “alle tre fondamentali funzioni dello Stato - la legislazione,

⁷⁵ CARLASSARE L., *Legalità*, *op.cit.*, 1-3: “In costituzione flessibile è rimesso all'arbitrio del legislatore disciplinare o meno i poteri che conferisce”. Peraltro, la Giurista rileva che quando la legalità venga intesa “esclusivamente come tutela contro eventuali abusi dell'esecutivo e non anche del legislatore”, “l'onnipotenza di quest'ultimo finisce per tradursi in un incremento dei poteri del primo quando – una volta affermato il sistema parlamentare – entrambi vengono a trovarsi legati dalla comune appartenenza alla maggioranza”, che tenderà in sede legislativa di ampliare i poteri dell'esecutivo a sé omogeneo politicamente.

⁷⁶ Ivi, 5: “In un sistema democratico dove le scelte non possono che competere agli organi rappresentativi, la legalità (sostanziale) va valutata anche come strumento fondamentale per rendere democratica l'amministrazione, affidata ad una burocrazia priva di legittimazione popolare propria” e poco oltre, riportando la Sent. 150/1982 della Corte costituzionale, “il principio di legalità richiede non solo che l'atto amministrativo trovi un legittimo ed apposito supporto nella legislazione”, ma anche la previa determinazione del suo “possibile contenuto sostanziale”: la Corte esplicita la necessità che si provveda con una disposizione che “vincoli e diriga la scelta del Governo”.

⁷⁷ MODUGNO F., *Principi*, *op. cit.*, 5.

⁷⁸ Si veda PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, *op. cit.*, 3 ss.

⁷⁹ Cfr. SORRENTINO F., *op. cit.*, 4-5.

l'amministrazione e la giurisdizione - corrisponda una parallela suddivisione dell'apparato statale" in Parlamento, Governo (o Capo dello Stato) e magistratura⁸⁰. La formalizzazione di tale separazione in una carta fondamentale dell'ordinamento consentirebbe di conseguire, oltre che il migliore svolgimento dei rispettivi compiti, anche la finalità di un maggiore controllo, realizzando così un incremento di tutela contro il rischio di concentrazione del potere e di abusi⁸¹. Si conferma la preminenza del Parlamento in quanto organo rappresentativo del popolo di cittadini liberi ed eguali e, quasi per proprietà transitiva, della legge, prodotta da tale organo⁸². Si torna a mettere in evidenza che il principio di legalità acquista la sua funzione di maggiore e più ampia portata proprio quando arriva ad essere rivolto al potere, non solo a quello esecutivo e giudiziario, ma al legislativo stesso, grazie all'assetto rigido della Costituzione e alla creazione dell'organo della Corte costituzionale⁸³. Altro principio determinante è quello della certezza del diritto, di cui è espressione la irretroattività della legge, specialmente nel campo del diritto penale per le norme penali incriminatrici⁸⁴. La certezza del diritto individua un aspetto caratterizzante la legalità nello Stato di diritto, in quanto espressione della garanzia per il singolo cittadino così come per tutti gli attori dell'ordinamento statale di avere contezza dei limiti e delle possibilità esistenti e stabilizzate in norme generali ed astratte; come rileva Fois, "l'astrattezza della regola normativamente precostituita (e quindi la legalità) è comunque condizione necessaria anche

⁸⁰ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 41.

⁸¹ CATELANI A., *op. cit.*, 26.

⁸² SORRENTINO F., *op. cit.*, 5: "Il richiamo della legge come espressione della volontà popolare e come limite per l'esecutivo porterà subito a vedere in essa il principale presidio della libertà e dell'eguaglianza. Di qui la conseguenza della generalità e dell'astrattezza delle previsioni legislative, destinate a definire i limiti dell'azione dei pubblici poteri, e, di seguito, della loro giustiziabilità, onde assicurare la conformità ad esse degli atti di quelli. Di qui, dunque, l'esigenza di strumenti giurisdizionali per assicurare l'osservanza dei precetti legislativi, non soltanto nei confronti dei privati, ma anche delle pubbliche amministrazioni ed in genere di quanti sono investiti di potere giuridico". Come si nota, l'Autore si concentra su una azione della legalità rivolta prevalentemente al potere esecutivo; con l'ulteriore passaggio dell'estensione al potere legislativo stesso si amplia e si consolida quello che egli stesso riconosce essere "il valore garantistico del principio". In senso analogo si esprime Catelani in CATELANI A., *op. cit.*, 26.

⁸³ In particolare, Calamandrei si rammarica in numerosi scritti del ritardo, che arriverà a consistere in dieci anni, con cui questo organo fondamentale per il nuovo ordinamento italiano sia concretamente sorto ed abbia cominciato ad operare; si cita ad esempio CALAMANDREI P., *La Costituzione si è mossa*, in *Opere giuridiche, vol. III, Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 655; vedasi anche oltre cap. 3 § 1. Per quanto attiene alla funzione garantista del nuovo organo e della cooperazione con l'Autorità giudiziaria ed in particolare con la Corte di cassazione come organo di vertice si veda CALAMANDREI P., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Opere giuridiche, vol. III, Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 607 ss. e specificamente 653: "La interpretazione della Costituzione non rimarrà dunque affidata in maniera esclusiva alla Corte costituzionale; essa sarà il prodotto di due confluenti giurisprudenziali, la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella dell'Autorità giudiziaria, culminante nella Corte di cassazione".

⁸⁴ Si annota che il principio di irretroattività della legge, a differenza del principio di legalità, trova enunciazione esplicita nella Costituzione italiana all'art. 25 comma 2, nonché nell'art. 2 c.p. per l'ambito penale e nell'art. 11 disp. prel. del Codice civile per la legge in generale.

se non sufficiente per una garanzia della libertà”, argomentando che “senza la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni diventa del tutto inconcepibile ed impraticabile la garanzia di un qualunque spazio di libertà”; per concludere con l’affermazione che “legalità, certezza, eguaglianza e libertà sono quindi tutti aspetti intrinsecamente ed intimamente connessi”⁸⁵. Del principio di legalità rappresenta un corollario, secondo Baldassarre, per cui, pur non totalmente imperativo, lasciando un margine di discrezionalità al legislatore statale, comunque esplica la funzione direttiva in connessione alla legalità stessa e all’esigenza di certezza del diritto che vi è riconnessa⁸⁶.

Procedendo a considerare natura e funzioni dei principi in esame, si rileva che, pur nell’ampio ventaglio di opinioni dottrinali⁸⁷, sembra adeguato alla genesi di tali concetti fondanti attribuire loro natura normativa, analogamente alle norme dalle quali è possibile rinvenirli: non di semplici direttive si tratta, quindi, riconoscendo nell’interpretazione non una mera “operazione meccanica”, quanto una ricostruzione che tuttavia non può prescindere dalle disposizioni scritte⁸⁸. Si può ritenere che “il contenuto prescrittivo delle singole norme possa essere inteso come una specificazione di dettaglio di contenuti prescrittivi più generali”⁸⁹. E così la distinzione tra tali principi e le relative norme si rinviene “oltre che per la loro speciale posizione gerarchica – solo per via del loro contenuto prescrittivo notevolmente generale e generico e perché esprimono direttamente dei valori o indicano gli scopi cui le altre norme si devono ispirare; ad esempio, sanciscono i diritti di libertà dei cittadini [...]”⁹⁰. Più specificamente, “vengono di solito chiamate principi giuridici quelle norme molto generali il cui contenuto prescrittivo esprime i valori o gli scopi soggiacenti ad altre norme di un ordinamento giuridico. [...] Tali norme, quindi, possono essere ricavate tramite deduzione da quel principio; l’accettazione del principio conduce perciò all’accettazione di queste

⁸⁵ FOIS S., *Principio di legalità in Pigliaru*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 2010, 621.

⁸⁶ MODUGNO F., *op. cit.*, 6.

⁸⁷ A questo proposito si segnala in particolare la tesi di Foiss in relazione alle due visioni divergenti di un “diritto per regole”, la cui impostazione ravvisa anche nelle opere di Bobbio e Crisafulli, in contrapposizione a quella che Foiss sintetizza nella formula “diritto per principi” e che riscontra negli scritti di Zagrebelsky, in particolare, ma con riferimenti anche a Modugno (FOIS S., *Principi e regole normative nell’opera di Vezio Crisafulli*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 2010, 553 ss.).

⁸⁸ FOIS S., *Principi*, *op. cit.*, 555 ss.; l’Autore riprende quanto sostenuto da Crisafulli, ritenendo insostenibile la tesi che nega natura normativa ai principi generali, poiché la conseguenza di tale negazione è il riconoscimento del potere creativo del diritto all’interprete, nella persona del giudice.

⁸⁹ JORI M., PINTORE A., *op. cit.*, 258 ss.

⁹⁰ *Ibidem*.

norme”⁹¹. Seguendo questa impostazione, è opportuno qui introdurre anche una riflessione inscindibilmente connessa alla loro individuazione, e cioè che “la distinzione tra norme e principi non è assoluta; che una norma venga considerata un principio è una questione di grado che dipende dai valori ritenuti più importati in una cultura giuridica”⁹². Con ciò si mette in evidenza il ruolo determinante della genesi dell’ordinamento e delle scelte primarie che ne delineano l’intima natura e ne dirigono lo sviluppo; esse emergono nella Carta fondamentale in forma per l’appunto di principi fondamentali e si riflettono via via nell’intero sistema ordinamentale. Posto che alla Costituzione è attribuito il compito di fondare l’intero assetto ordinamentale statale, ne consegue che la sua posizione di vertice della gerarchia delle fonti del diritto condiziona tutto l’ordinamento; in conseguenza di ciò i principi espliciti o impliciti in essa contenuti informano l’intero sistema statale e possiedono un valore che si impone sull’intero assetto che promana e si sviluppa sulla base di quel testo primario⁹³.

Considerando il concetto di principio dal punto di vista della sua funzione, si rileva come ogni ordinamento si costruisca e si sviluppi secondo scelte politiche e valoriali, orientamenti filosofici e giuridici, linee guida generali, che confluiscono in concetti fondamentali riconoscibili come premesse, stabilite espressamente ovvero anche implicitamente, che si sogliono definire per l’appunto “principi”. In quanto non settoriali e contestualizzati in un unico ristretto ambito, si definiscono altresì “general”, ovvero “dell’ordinamento” nel suo complesso. Questa così delineata è una delle funzioni cui un principio assolve ed è definita come “programmatica”. La dottrina ne ha evidenziate due altre e precisamente quella “interpretativa” e quella “integrativa”: la prima sta ad indicare la capacità del principio di guidare l’individuazione del significato di elementi di non immediata chiarezza, la seconda nel consentire di soccorrere a colmare dei punti vuoti nella trama del discorso giuridico che si sviluppi all’interno di un ordinamento⁹⁴. Si precisa inoltre che nell’ambito della funzione

⁹¹ Ivi, 258-259. È riportata in questo contesto una osservazione generale: per una disamina approfondita in particolare della questione del carattere programmatico o precettivo delle disposizioni costituzionali si rinvia al cap. 3 § 1.

⁹² Ivi, 259-260.

⁹³ “Ogni volta che un principio di legislazione venga enucleato, esso o è disforme da una norma costituzionale e allora è illegittimo, o è conforme e comunque compatibile con la Costituzione, ma allora non è più del tutto costituzionalmente indifferente. La Costituzione è fondamento della legislazione *in un senso specifico*”. (MODUGNO F., *op. cit.*, 2).

⁹⁴ Il principio “è rivolto ad attribuire a disposizioni di incerta o dubbia accezione un significato con esso coerente (funzione interpretativa), ad indicare indirizzi ed orientamenti per il legislatore (funzione programmatica), a completare l’ordinamento (funzione integrativa)”, colmando le eventuali lacune della legislazione. Poco oltre l’Autore torna sulle tre funzioni, dei principi generali, che “si presentano, a volta a volta, come norme di secondo grado (o regole metanormative) volte a fissare il significato di disposizioni dubbie o incerte, come norme finali o di scopo, rivolte ad indicare indirizzi e orientamenti per il legislatore, come fonti di quelle norme che vanno, sia pure precariamente, ad integrare l’ordinamento, ecc.” (MODUGNO F., *op. cit.*, 4).

programmatica il principio trova come interlocutore il legislatore, mentre nelle funzioni interpretativa e integrativa esso interagisce con il giudice⁹⁵, anche se da ritenersi in via prevalente e non esclusiva.

Dai principi fondamentali è possibile ricavare principi con una più spiccata connotazione tecnica, come il principio della riserva di legge e forse in parte il principio della certezza del diritto, che, collocandosi allo stesso livello della legge fondamentale o a quello delle leggi ordinarie, consentono di concretizzare le scelte compiute al livello “sovra-costituzionale” e di rispondere all’esigenza che il principio di legalità sia espresso come vincolo dei poteri statali, volto a garantire concretamente con l’osservanza di criteri e disposizioni puntuali il quadro dei principi fondanti e della struttura di base dell’ordinamento dello Stato di diritto. In particolare, riguardo al concetto della riserva di legge, esso trova la sua specifica identità nell’essere considerato espressione di “puntuali e specifiche riaffermazioni” della legalità, “contenute in una Costituzione rigida che vincola non soltanto le manifestazioni dei pubblici poteri in genere, ma in primo luogo la stessa legislazione”⁹⁶ e concretizzando il vincolo che collega le disposizioni ai principi.

Si è visto come la dottrina consideri i principi come regole, e quei principi definiti “fondamentali”, “generalisti”, caratterizzanti lo Stato di diritto e il sistema democratico sia singolarmente sia ancor più se considerati unitariamente, ognuno apportando il proprio caratteristico contributo alla definizione del moderno Stato di diritto. Afferma Carlassare che “i vari elementi che concorrono ad integrare la nozione di Stato di diritto (divisione dei poteri, libertà individuali, principio democratico, principio di legalità, imparzialità del giudice, azionabilità delle pretese del cittadino, ecc.) non possono venir considerati come entità isolate, dotate di un significato autonomo ed assoluto: essi, appunto ai fini della loro esatta comprensione, vanno interpretati l’uno alla luce ed in considerazione dell’altro, dato che unica è l’esigenza che per loro mezzo si tende a realizzare e il valore di ciascuno dipende, in concreto, dal modo in cui tra loro si compongono”. Così vale anche per il principio di legalità, la cui fisionomia cambia a seconda, rileva la Giurista, che esso sia o meno in relazione ai concetti di democrazia e di separazione dei poteri⁹⁷.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ MODUGNO F., *Principi generali*, op. cit., 5.

⁹⁷ CARLASSARE L., *Regolamenti*, op. cit., 151-152.

Capitolo 2

IL CONCETTO DI LEGALITÀ

NEL PENSIERO DI PIERO CALAMANDREI

2.1 “Appunti sul concetto di legalità”⁹⁸

Il presente capitolo intende portare in evidenza il principio di legalità quale motivo conduttore dell’infaticabile percorso umano e professionale di Piero Calamandrei⁹⁹. L’appassionato Giurista, Professore, Rettore all’Università di Firenze, Padre Costituente e politico, prolifico scrittore, dedica il proprio ingegno a una molteplicità di studi, progetti e attività, ai quali in questa sede è possibile fare solo brevi cenni. Per il tema che qui rileva, prima di procedere all’analisi del concetto di legalità quale risulta nelle riflessioni di Calamandrei, sembra opportuno presentare una breve panoramica delle principali figure e dei concetti generali che per il Giurista rappresentano altrettanti punti di riferimento, oltre che in ambito giuridico, tanto sul piano culturale e filosofico, quanto su quello politico, poiché la conoscenza di questi riferimenti contribuisce a far cogliere in modo più completo la figura di Calamandrei e la profondità delle sue argomentazioni. Alle volte è egli stesso a far rilevare i collegamenti mediante espressi richiami nelle sue opere; altre volte è possibile ricavarli implicitamente nell’articolazione delle tesi che l’Autore espone. “Profondamente incardinato nella cultura

⁹⁸ CALAMANDREI P., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche, vol. III, Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 52 ss. Il testo è composto negli anni 1943-1944, tra l’inverno e primavera, quando l’Autore trova riparo dagli eventi bellici e da un mandato di cattura, emesso dopo l’8 settembre 1943, presso la casa della sorella nel paesino umbro di Colcello, e i mesi successivi, quando Calamandrei, rientrato nella Firenze appena liberata, completa lo scritto. Sulla base di questo testo tra l’ottobre e il dicembre 1944 egli sviluppa il ciclo di lezioni del corso di integrazione in diritto costituzionale all’Università di Firenze (vedasi la nota editoriale della nipote Silvia Calamandrei in CALAMANDREI P., *Non c’è libertà senza legalità*, Laterza, Roma - Bari, 2021, 64). Il periodo in questione, carico di tensione ed aspettative sul piano storico, rappresenta anche una fase di riflessione, di approfondimento e di sistematizzazione di alcuni concetti fondamentali, tra i quali quello della legalità. V. oltre nota 119.

⁹⁹ A sostegno di quanto si afferma, tra le numerosissime opere dedicate alla personalità, alle attività, agli studi e all’eredità del Maestro, si riportano in questo contesto le considerazioni di Barile: “In particolare va sottolineato come il cardine del suo pensiero sia sempre stato il principio di legalità, visto come unica garanzia della certezza del diritto e a sua volta garanzia essenziale del raggiungimento di una giustizia sostanziale” (BARILE P., *Piero Calamandrei all’Assemblea costituente*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 334). Calamandrei tratta del concetto in esame a più riprese nell’arco del suo percorso professionale, didattico e politico; la prematura scomparsa non gli permette la realizzazione di una vasta opera, che stava prendendo forma negli ultimi anni, proprio sul tema della legalità (vedasi nota editoriale della nipote Silvia Calamandrei in CALAMANDREI P., *Non c’è libertà senza legalità*, op. cit., 64 ss.).

liberale e discendente autentico dell'Illuminismo"¹⁰⁰, il Professore fiorentino ha sicuri riferimenti da un punto di vista politico in Mazzini¹⁰¹ e nel socialismo liberale dei fratelli Rosselli¹⁰². Dal punto di vista filosofico, solido è il riferimento ai filosofi dell'Illuminismo: oltre a Beccaria¹⁰³ e Montesquieu¹⁰⁴, a Rousseau¹⁰⁵ e a Voltaire¹⁰⁶. In modo implicito ma riconoscibile si può cogliere la connessione con altra fondamentale personalità, cardine del pensiero occidentale, Kant¹⁰⁷. In particolare, negli *Appunti* è citato Croce¹⁰⁸, al cui "Manifesto degli intellettuali antifascisti" Calamandrei aderisce e del quale approfondisce la dottrina dello storicismo. Per quanto riguarda l'ambito giuridico, tra le tante figure di rilievo nel periodo di formazione e poi in quello professionale hanno rappresentato un riferimento soprattutto i suoi Maestri di diritto processuale: anzitutto Carlo Lessona, con cui Calamandrei ha conseguito la laurea, e subito a seguire la figura innovativa di Giuseppe Chiovenda, cui lo stesso Calamandrei rende omaggio in numerosi scritti¹⁰⁹. È stato considerato che "nell'ambito della corrente di pensiero aperta da Chiovenda [della scuola sistematica nello studio del processo civile, integrato nell'ambito del diritto pubblico], Calamandrei si caratterizza, tra i

¹⁰⁰ Così BARILE P., *Piero Calamandrei*, *op. cit.*, 333-334.

¹⁰¹ COLOMBO A., *Alla testa del "Ponte"*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 541-542; riguardo al Mazzini, ne scrive con la caratteristica prosa vigorosa anche Ruffini (RUFFINI F., *Diritti di libertà*, *op. cit.*, 97).

¹⁰² BOBBIO N., *Il pensiero politico*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 212; GALANTE GARRONE A., *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 292. La frequentazione di Calamandrei con i Rosselli risale ai primi anni del secondo decennio del Novecento, dapprima al Circolo di cultura, poi nella rivista "Non mollare" e nel movimento "Giustizia e libertà" (binomio caro a Calamandrei, che così intitola un paragrafo degli *Appunti*).

¹⁰³ Si veda oltre alla nota n.119.

¹⁰⁴ "La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent", riporta Calamandrei (CALAMANDREI P., *Appunti*, *op. cit.*, 60).

¹⁰⁵ v. nota 119; PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 309-310; in particolare un riferimento alla sovranità popolare è in FOIS S., *Calamandrei ed i problemi della Costituzione*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 375.

¹⁰⁶ Di Voltaire è citato il concetto di libertà politica, esterna, come "libertà di tradurre in azioni esterne la propria interna libertà morale" (CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, *op. cit.*, 6). in *Pensées sur le Gouvernement* il Filosofo francese afferma che "la libertà consiste nel non dipendere da null'altro che dalla legge" (BESTERMAN T., *Voltaire*, Feltrinelli, Milano, 1971, 261)

¹⁰⁷ V. oltre nota n.119 e § 3 nota n.216.

¹⁰⁸ RICCI E. F., *Calamandrei e la dottrina processualciviltistica del suo tempo*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 99-100.

¹⁰⁹ CALAMANDREI P., *La relatività del concetto d'azione*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019, 427 ss.; CALAMANDREI P., *Oralità nel processo*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019, 450 ss.; CALAMANDREI P., *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019, 456 ss.; CALAMANDREI P., *Giuseppe Chiovenda*, in *Opere giuridiche, vol. X, Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019, 40 ss.; CALAMANDREI P., *Giuseppe Chiovenda (5 novembre 1937 – 5 novembre 1947)*, in *Opere giuridiche, vol. X, Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019, 261 ss.

padri fondatori della nuova scienza, per due tratti culturali: il senso fortissimo della storia ed il riscontro della teoria sul reale”¹¹⁰, caratteristiche queste che sono proprie della originalità del Giurista fiorentino e che ne identificano con costanza l’approccio metodologico anche quando egli tratta il tema della legalità. Negli scritti di Calamandrei emergono anche le personalità di Vittorio Scialoja¹¹¹ e di James Goldschmidt, del quale Calamandrei ricorda che “il diritto processuale può fiorire solo sul terreno del liberalismo”¹¹². Citati nella premessa degli *Appunti*, compaiono due autori che negli anni decisivi tra il 1942 e il 1944 hanno apportato un profondo contributo allo sviluppo delle riflessioni del Professore fiorentino sulla certezza del diritto e in merito ai diritti di libertà: si tratta rispettivamente di Flavio Lopez De Oñate¹¹³ e di Francesco Ruffini¹¹⁴.

Procedendo ad illustrare il contenuto del testo sopra citato, fin dal titolo sembra evocare la possibilità di cogliere una elaborazione di riflessioni avvenute in un periodo determinante per il Giurista; egli individua come passaggio primario e fondamentale per assicurare il solido sviluppo dell’ordinamento la necessità di ristabilire la legalità¹¹⁵, che non va intesa come mera questione formale, individuata dalla formula del “rispetto della legge”, che rischia di limitarne la comprensione ad un livello superficiale, quando al contrario è radicata nella viva sostanza di cui si nutre ogni società che si voglia definire democratica¹¹⁶. Calamandrei con questo suo scritto in particolare intende “dimostrare come nel campo giuridico la legalità sia forma necessaria della libertà, della giustizia, della uguaglianza”, le “eterne esigenze morali intorno alle quali torna a riaccendersi, nei momenti decisivi dell’umanità, la lotta politica”, le quali

¹¹⁰ GIANNINI M. S., *La formazione culturale di Calamandrei*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 38.

¹¹¹ In particolare, appare significativa la citazione che riporta l’esortazione a “fare della teoria utile” (CALAMANDREI P., *Il nuovo processo civile*, *op. cit.*, 462).

¹¹² CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019, 681; CALAMANDREI P., *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Opere giuridiche*, vol. X, *Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019, 323 ss.

¹¹³ CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019, 504 ss.

¹¹⁴ RUFFINI F., *Diritti di libertà*, *op. cit.*; v. §3 del presente capitolo.

¹¹⁵ Nei mesi in cui ancora infuriava la guerra, al tentativo di alzare lo sguardo al futuro vede, secondo Calamandrei, “come condizione preliminare di qualsiasi ricostruzione sociale il ristabilimento della *legalità*”, poco oltre definita, “come ordine e come metodo”, “prima esigenza d’ogni duratura rinascita” (CALAMANDREI P., *Appunti*, *op. cit.*, 54).

¹¹⁶ CALAMANDREI P., *Appunti*, *op. cit.*, 54-55. Il Giurista immagina uno scambio di considerazioni con un ipotetico “profano di cose giuridiche” (espressione forse da leggersi ironicamente, dato che la posizione è diffusa in vari ambienti), il quale potrebbe obiettare che “il problema della legalità è un problema superficiale, che non sfiora i veri problemi vitali e profondi, dalla cui soluzione dipende la salvezza dei popoli [...]: libertà, giustizia, uguaglianza. Questa è la sostanza che veramente conta, e di cui la legalità non può essere che un’estrinseca forma. Solo quando si sia placato il dissidio su queste esigenze primarie, si potrà in un momento successivo curarsi della legalità. [...]: prima si pensi a creare leggi giuste, e poi a consolidarne e garantirne, con appropriati meccanismi giuridici, la formale osservanza”.

“intanto possono tradursi in realtà pratica in quanto e nella misura in cui si realizzano come legalità”¹¹⁷. Il principio di legalità non è quindi un ornamento adatto a tutte le stagioni, ma l’ingrediente essenziale che permette a quei principi altrettanto fondanti di dispiegare pienamente il loro significato e contenuto; di conseguenza non è questione da affrontarsi a valle dell’elaborazione dei principi fondamentali di un ordinamento, ma è la condizione prima affinché un assetto democratico possa essere instaurato e trovare pieno sviluppo. Prova *a contrario* è offerta a quanti hanno avuto il “(non invidiabile) privilegio”¹¹⁸ di poter assistere nel ventennio fascista agli effetti dello smantellamento delle conquiste raggiunte da due secoli di riforme costituzionali, che con fasi alterne di slancio e di rallentamento avevano comunque delineato un progressivo avanzamento sulla strada del consolidamento del principio di legalità nello Stato di diritto.

Calamandrei analizza quindi la fondamentale distinzione all’interno dell’unitario concetto di legalità, per cui essa può essere considerata in due sensi, come legalità formale e come legalità sostanziale. Riguardo al primo significato, la legalità in senso formale può essere definita come quel sistema di comandi generali ed astratti che, emanati dall’autorità competente ad emetterli, organizzano e disciplinano la convivenza sociale (distinguendosi questa organizzazione sistemica del diritto dal sistema del diritto libero, o della giustizia del caso singolo). Riguardo al secondo significato, la legalità in senso sostanziale si riferisce all’aspetto della sottomissione dello stesso organo legislatore alle leggi, a tutela degli insopprimibili diritti individuali di libertà dei cittadini e della natura democratica del potere e alla Carta fondamentale posta al vertice del sistema statale. Sono quindi gli ordinamenti dotati di una Costituzione rigida e di un organo di garanzia quale la Corte costituzionale a raggiungere il massimo grado di tutela dei diritti, assicurato dalla legalità in senso costituzionale¹¹⁹.

¹¹⁷ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 55.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ È proprio riguardo a queste accezioni relative al concetto di legalità che nel periodo dell’esilio a Colcello e nel corso del 1944 Calamandrei sviluppa ulteriormente le proprie riflessioni e lo studio per la sistematizzazione del concetto, sostenuto anche dall’apporto di due letture in particolare: l’approfondimento de *Dei delitti e delle pene* di Beccaria, della cui opera il Giurista fiorentino cura una edizione, stilandone l’*Avvertenza* e la *Prefazione* (CALAMANDREI P., *avvertenza e prefazione, Dei delitti e delle pene*, in *Opere giuridiche, vol. X, Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019, 221 ss.), e, presumibilmente sul finire del 1944, a lezioni universitarie avviate, la conoscenza del testo di Ruffini *Diritti di libertà* (di cui si tratterà al § 3; cfr. GALANTE GARRONE A., *I diritti di libertà, op. cit.*, 269 ss.). In Calamandrei trova pieno accoglimento la nozione di legalità in senso sostanziale, e addirittura costituzionale: egli non manca di rilevare quindi, pur nell’ammirazione e nella comunanza spirituale nei confronti delle figure di Beccaria e Montesquieu, come i due Illuministi abbiano sempre tenuto la legalità entro il limite della sua declinazione in senso formale. Del primo, in particolare, Calamandrei rileva che il Filosofo milanese da una

Una volta affermata la distinzione tra legalità formale e legalità sostanziale e la necessità di accogliere questa seconda accezione come l'unica in grado di garantire la tutela delle libertà¹²⁰, Calamandrei prosegue la propria riflessione, portando in evidenza lo stretto rapporto che collega libertà, diritto e certezza del diritto. Si tratta di un rilevante passaggio nelle analisi del Giurista: esse, come spesso accade nella sua opera, procedono dalla teoria del diritto e allo stesso tempo si rispecchiano e trovano riscontro nella viva storia recente del Paese. La riflessione inizia dalla constatazione che il singolo individuo, ogni cittadino, è certamente dotato di una autonoma libertà morale¹²¹, che fa parte del suo proprio essere interiore. Egli, attingendo alle proprie risorse intellettuali ed umane che ha disponibili, per il fatto di essere dotato di libertà morale, da un lato sente l'esigenza di espandere la libertà anche al di fuori del proprio mondo interiore, nella concreta realtà politica, come contributo alla costruzione di un sistema di garanzie dei diritti fondamentali propri di ogni essere umano ed inalienabili; dall'altro lato acconsente ad un contenimento delle proprie possibilità di azione (salva sempre la sfera dei diritti inalienabili) e quindi ad una disciplina dei comportamenti volta ad assicurare il pacifico realizzarsi e svolgersi della convivenza civile nella società¹²². Entrambi questi propositi si possono concretizzare esclusivamente ove sia saldamente

parte "indica nella legalità la prima condizione della libertà", i cui limiti "debbono esser dettati soltanto dalle leggi, affinché i cittadini siano eguali e liberi nella dipendenza delle leggi" (CALAMANDREI P., avvertenza e prefazione, *Dei delitti e delle pene*, op. cit., 243); d'altra parte "pareva non accorgersi (ma forse erano i tempi che gli consigliavano di non insistere su quest'altro aspetto del problema) che la esigenza di legalità non può essere soddisfatta a pieno se si arresta dinanzi alla incontrollata onnipotenza del legislatore, e se non si spinge a tracciare limiti e procedimenti agli stessi poteri di questo" e più oltre, alla domanda "*Quis custodiet custodes?*" trova risposta nello "Stato di diritto", lo "stato legalitario" ove legalità e libertà coincidono, alla separazione dei poteri si affianca il limite al legislatore stesso e, con l'affermazione del principio democratico e accogliendo in parte le teorie di Rousseau, il popolo diventa "legislatore di sé medesimo". "L'idea democratica, dunque, nasce dall'idea liberale" e, tenendo presente che la democrazia, come la giustizia, sono un metodo, non un fine (v. oltre §3 del presente capitolo), i "diritti di libertà" si affermano come "autolimitazione della legalità" (CALAMANDREI P., *La legalità in senso sostanziale: lo stato legalitario*, in *Appunti*, op. cit., in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 90 ss.). Per una analisi critica dell'opera principale di Beccaria, cui sono contestati il pragmatismo e l'utilitarismo di fondo, si veda ZANUSO F., *Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in AA. VV., *Cultura moderna e interpretazione classica*, CEDAM, Padova, 1997, 175 ss.; la visione di Calamandrei si può individuare nell'affermazione, a conclusione delle sue riflessioni sull'attualità dell'opera della cui riedizione sta scrivendo la prefazione, che Beccaria "sale più in alto del suo apparente utilitarismo" (CALAMANDREI P., avvertenza e prefazione, *Dei delitti e delle pene*, op. cit., 260).

¹²⁰ Anche per Calamandrei si può osservare una evoluzione nella progressiva maturazione del concetto di legalità: si veda BARILE P., *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, op. cit., 334-336; CARETTI P., *Piero Calamandrei e il problema della Costituente*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 357-359; sullo stesso tema si veda anche PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, op. cit., 303-304.

¹²¹ Appaiono quelle che sono definite come "ascendenze kantiane" (PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, op. cit., 305-306 in nota n.12).

¹²² CALAMANDREI P., *Appunti*, op. cit., 59-60: "ogni garanzia della libertà opera dunque nello stesso tempo, per questo giuoco di reciprocità che è insito in tutti i rapporti giuridici, come limitazione della medesima". Qui entra il concetto di diritto: "l'idea di libertà, infatti, non appena si cerca di tradurla dall'interno della coscienza nel campo pratico delle realtà esterne, si associa inscindibilmente, fin quasi a identificarsi, coll'idea del diritto, che è insieme garanzia e limite di essa libertà".

presente il principio della certezza del diritto, “il primo gradino della legalità”: è solo per mezzo di esso che da una parte viene garantita la salvaguardia dei diritti fondamentali di ogni essere umano e dall’altra ogni cittadino ha la tranquillità di poter conoscere anticipatamente quali siano i limiti delle sue possibilità di azione in relazione con gli altri suoi simili, fino a quale punto gli è consentito spingersi ed affermare la propria individualità e dove invece deve arrestarsi per cedere spazio alle superiori esigenze di pacifica convivenza collettiva. Il diritto e la sua certezza allora costituiscono soggettivamente “certezza dei limiti della propria libertà, ossia dei propri diritti e dei propri doveri”¹²³. Calamandrei sottolinea come non vi possa essere libertà né diritto dove il cittadino non sia messo nelle condizioni di poter sapere in anticipo rispetto a qualsiasi agire concreto quali ne saranno le conseguenze: in tal modo questo dato di “certezza” individua non tanto un aspetto oggettivo di contenuto specifico del diritto e delle norme, quanto piuttosto corrisponde ad un elemento soggettivo di approccio del singolo che possa essere in grado di conoscere le regole cui uniformarsi¹²⁴.

Il Giurista fiorentino si sofferma quindi sul confronto tra i due sistemi, quello della giustizia del caso singolo e quello della legalità¹²⁵, sempre dal punto di vista che considera il rapporto tra libertà, legalità, certezza del diritto¹²⁶. Posta per il cittadino l’esigenza che il diritto, disciplinante la sua libertà di azione, sia conoscibile in modo certo, la questione verte sul modo in cui debba essere data concretezza a questa aspirazione, su quali caratteri formali debba possedere il diritto per corrispondere a tale esigenza. La risposta che a tale quesito viene data dal sistema del diritto libero, o di formulazione giurisprudenziale del diritto, è che non vi sia una forma predefinita del “giuridico” fino a che non si manifesti un conflitto insanabile tra le rispettive sfere di libertà di due consociati; allora essi ricorrono all’autorità per trovare la soluzione della controversia. L’autorità deputata a dirimere la questione prende la decisione che ritiene più confacente, attribuendo prevalenza ad uno o all’altro degli interessi in lite: quest’ultimo è il momento in cui si individua la forma di certezza del diritto in tale sistema, una certezza confinata al singolo caso portato di volta in volta davanti al giudice e che esclusivamente a posteriori consente di conoscere quale sia il limite di un libero agire già

¹²³ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 62.

¹²⁴ “Solo la legalità assicura, nel modo meno imperfetto possibile, quella *certezza del diritto* senza la quale praticamente non può sussistere libertà politica”; con riferimento anche a Croce, che considera la legalità “condizione della vita morale e della libertà” (CALAMANDREI P., *Non c’è libertà senza legalità, op. cit.*, 10-11).

¹²⁵ Vedasi anche il successivo § 2.

¹²⁶ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 64.

portato a termine. Il conflitto viene sciolto secondo un giudizio di equità valido esclusivamente per la questione individuata; la funzione di creazione del diritto, la produzione normativa, è nelle mani del giudice, ossia dello stesso organo che contemporaneamente applica il diritto appena ed appositamente creato¹²⁷. Ben diversa è la risposta data dal sistema della legalità, o di formulazione legislativa del diritto. In questo contesto sono predeterminate e distinte le due fasi in un primo momento della creazione del diritto e in un momento successivo della sua applicazione. Le norme create all'interno di questo sistema hanno la caratteristica di massima di essere generali ed astratte, e quindi svincolate da peculiari situazioni contingenti. In un momento posteriore alla creazione della norma è compito del giudice valutare quale sia tra quelle a disposizione la più appropriata a regolare il caso concreto, secondo che esso presenti caratteristiche tali da farlo rientrare in una o in un'altra delle differenti disposizioni. Calamandrei riconosce come questo sistema della legalità presenti lacune e complicità che non lo rendono così limpido e lineare come una sintetica esposizione potrebbe far immaginare; nulla di paragonabile, tuttavia, alla situazione di assoluta incertezza, di mancanza di qualsiasi entità di riferimento su cui misurare la propria libertà d'azione e regolare la propria condotta, quali traspaiono dal sistema del diritto libero. Così rappresentati sinteticamente i due sistemi, l'Autore conclude questi aspetti delle proprie riflessioni con il rilevare che solo il sistema della legalità "può assicurare tra i consociati la certezza del diritto", attribuendo ai singoli "la possibilità, ch'è presupposto di ogni libertà politica, di conoscere in anticipo, prima di agire, quali siano le azioni lecite e quali quelle vietate", a differenza del sistema della formulazione giudiziaria, che "per la sua stessa struttura significa in ogni caso assoluta impossibilità di anticipata certezza del diritto, e quindi in ogni caso, negazione di libertà"¹²⁸. Di conseguenza, si può definire quest'ultimo sistema come "un sistema disgregatore, che polverizza la giustizia in arbitrî isolati, nei quali la sorte di ciascuno è segnata senza possibilità di proporzioni e di paragoni". Il sistema della legalità invece è l'unico in cui possono manifestarsi "reciprocità e solidarietà: soltanto chi sa che la legge, oggi applicata ad altri, potrà domani essere applicata a lui, e chi nel diritto altrui vede rispecchiata l'immagine del suo diritto, sente [...] il rispetto degli altri come il rispetto di sé,

¹²⁷ "Poiché al momento della decisione non esistono leggi prestabilite alle quali il caso possa essere ragguagliato, il giudizio sul caso singolo non può dirsi "di diritto" (*secundum ius*), ma è piuttosto un giudizio di equità o di opportunità contingente, che si accontenta di raggiungere una soluzione qualsiasi che esaurisca il conflitto particolare, senza cercare criteri generali o attinenze e nessi coi casi simili" (CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 64-65).

¹²⁸ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 66.

e questa fraternità di destini individuali come il cemento da cui nasce la Patria”¹²⁹.

La distinzione dei due momenti, rispettivamente di creazione e di applicazione del diritto al caso concreto trova corrispondenza nella pratica la necessaria distinzione degli organi statali che di questi due compiti sono investiti. Si tratta di una differenziazione per così dire fisiologica, poiché sono differenti i momenti in cui è richiesto l'intervento dei due organi, ne sono diversi gli obiettivi cui sono preordinati e diverso, rileva Calamandrei, ne deve pure essere il sostrato dei processi mentali di chi opera nei due ambiti¹³⁰. Il legislatore, che è preposto alla produzione di comandi generali e astratti, dovrà applicarsi a questo suo compito con la mente rivolta a ritenere dalla pluralità e possibilità delle vicende multiformi il carattere generale, tutelando l'interesse di volta in volta corrispondente e ritenuto meritevole non tanto nel breve quanto nel lungo periodo, esemplare e tipico, in un processo di riduzione ai termini essenziali e qualificanti della fattispecie, procedendo per sintesi ed astrazioni. Per contro il giudice deve condurre la sua azione attraverso la materia vivente del singolo caso specifico, per trarne gli elementi necessari a renderla classificabile e per poter così applicare la norma che meglio corrisponda alla specifica situazione, in un lavoro di analisi del particolare per rinvenire lo snodo che lo ricongiunge al generale¹³¹. La separazione dei poteri va applicata anche al terzo elemento della triade nello Stato, e cioè al potere amministrativo, nel momento in cui la legge già nata viene fatta vivere e quindi portata nella quotidiana programmazione ed organizzazione delle attività nella pubblica amministrazione¹³². In tal modo si realizza appieno la portata del principio della separazione dei poteri e la sua connessione con il

¹²⁹ Ivi, 126.

¹³⁰ Ivi, 67; CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, op. cit., 12 ss.

¹³¹ Nella concezione della figura del giudice in particolare è possibile riconoscere due fasi successive, che si ricollegano al contesto storico e alle riflessioni che Calamandrei progressivamente sviluppa. In una fase più giovanile prevale la visione più tradizionale del giudice come impersonale applicatore della legge al caso concreto: pur senza cadere mai nel sostenere un vuoto formalismo, il Giurista sostiene il concetto che rappresenta la sentenza come un “giudizio logico”, un “sillogismo giudiziale” in cui la sentenza “è già contenuta nelle premesse” (CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019, 11 ss.). Nella maturità si fa strada una visione più articolata, dove la rappresentazione della sentenza “come una progressione di sillogismi a catena” è riconosciuta come “incompiuta e unilaterale”; sicuro che “nel sistema della legalità il giudice non può uscire dai limiti che essa gli pone”, ma “per applicarla fedelmente, egli non deve considerarla una imposizione estranea che gli venga dall'alto, ma deve ricercarne le ragioni nella sua stessa coscienza” (CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, op. cit., 646 ss.). Si intrecciano quindi i temi della formazione culturale dei magistrati, delle garanzie della loro indipendenza, delle relazioni tra giudice e legislatore (CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019, 574). Il giudice è chiamato, con metodo, logica, responsabilità e collaborazione sia tra i soggetti partecipi al processo sia tra i poteri dello Stato, ad attuare attraverso lo strumento specifico del processo una funzione sociale, la giustizia, la tutela dei diritti e la conciliazione tra legalità formale e giustizia sostanziale (TROCKER N., *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 101 ss.)

¹³² CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, op. cit., 16 ss.

concetto di certezza del diritto, suprema garanzia per il cittadino, che assume una consistenza concreta proprio quando, calato nella realtà dell'organizzazione dello Stato, determina la separazione tra i poteri legislativo, amministrativo-esecutivo e giudiziario. Ciò costituisce l'assetto fondamentale, concreto e visibile dello stesso di Stato di diritto¹³³, in cui “non solo le relazioni fra i cittadini, ma anche quelle tra essi e le autorità, debbono essere regolate da leggi precostituite, dettate in anticipo per un interesse generale [...]; in modo che ogni cittadino sappia di poter agire sotto la protezione di un diritto [...] che assicura a lui, senza guardare in faccia a nessuno, lo stesso trattamento che sarebbe fatto ad ogni altro in un caso simile al suo”¹³⁴.

Da qui si sviluppa un passaggio successivo nella riflessione del Calamandrei in tema di certezza. La riflessione sulla legalità acquista particolare rilevanza in quanto è condotta non solo sul piano della dottrina ma anche su quello storico-politico, come è caratteristica peculiare del Giurista in particolare nell'ultimo periodo che va dal 1944 all'anno della morte, il 1956¹³⁵, e che lo vede testimone appassionato e rigoroso di una storia di cui ha sempre consapevolezza della bruciante lezione, da affrontare affinché non ne sia persa memoria e anzi contribuisca a fondare la nuova coscienza dei cittadini e il nuovo ordinamento in preparazione. A questa visione partecipano anche gli *Appunti*, se in particolare si considera che loro destinazione è quella di costituire la base per un ciclo di lezioni universitarie. L'attenzione di Calamandrei si concentra sulla distinzione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, nonché sul valore che acquista il diritto del singolo, il diritto soggettivo, nel sistema della legalità e quindi sull'ineguagliabile potenziamento di tale valore prodotto dal principio della certezza del diritto. Come il diritto oggettivo è “il complesso delle norme generali e astratte che limitano in anticipo la libertà dei singoli e ne regolano la reciproca attività”, così la legalità consente ad ogni singolo cittadino di avere propri diritti soggettivi, e cioè di potersi liberamente condurre entro i limiti individuati dalle norme, con la consapevolezza di essere tutelato non solo nei confronti degli altri suoi concittadini ma anche nei confronti di chi detiene il potere, sia esso organo legislativo, amministrativo o giudiziario,

¹³³ Cfr. CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 68: quello Stato di diritto “che la dottrina pubblicistica del XIX sec. ha costruito sulla base del principio di legalità”.

¹³⁴ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 68.

¹³⁵ PUGLIESE G., *Piero Calamandrei giurista storico*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 24 ss.

e di “poter contare per la difesa di questi limiti sulla forza della pubblica autorità”¹³⁶. Di per sé già questa condizione rappresenta una conquista; ma se la si inserisce in un ordinamento informato alla certezza del diritto, ecco che tale conquista risulta davvero realizzata, poiché il cittadino è consapevole dell’esistenza di leggi generali e astratte che lo tutelano e del cui rispetto l’ordinamento stesso si fa carico, esercitando la propria influenza anche tramite la forza pubblica e il sistema della giustizia. Si tratta di una protezione “incommensurabilmente più efficace”¹³⁷ di ogni tentativo che possa essere messo in atto da parte del privato, una tutela certa e prescritta, non sottoposta agli arbitri di un centro di potere svincolato da regole e limiti. Da una parte “[...] dinanzi all’ingiuria e alla tracotanza altrui, non lo [il cittadino] incoraggia la fiducia nell’autorità, perché il chieder giustizia a chi non è tenuto ad osservare la legge, diventa, invece che l’esercizio dignitoso di un diritto, l’acatto umiliante di una grazia”; mentre dall’altra “la preventiva certezza del diritto è invece maestra di fierezza civile: essa stimola il senso di responsabilità [...]”¹³⁸.

A realizzare un altro momento di quella infaticabile operazione del comprendere il diritto nel corso della storia, per mostrare una volta di più quanto siano l’uno specchio dell’altro, il pensiero di Calamandrei corre a Cesare Beccaria e subito dopo, con brevi cenni capaci però di esprimere tutto il peso dell’amarezza, dell’indignazione e della frustrazione, al tragico epilogo del ventennio fascista¹³⁹. In particolare, ricollegandosi all’opera di Beccaria, Piero Calamandrei trae alcune riflessioni in merito al collegamento tra legalità e irretroattività delle leggi, altro principio fondante, di chiara derivazione dal principio della certezza del diritto. La legge deve valere per l’avvenire, poiché in un sistema improntato alla legalità essa non deve avere effetto retroattivo. Ciò comporta che il cittadino non solo sia messo nella condizione di poter conoscere, prima di agire, quali siano i limiti stabiliti dalla legge alle sue possibilità di azione futura e in generale quali effetti siano conseguenti al compimento di determinate scelte; ma che anche debba godere della sicurezza data dalla consapevolezza che una eventuale modifica alle regole di convivenza non andrà ad avere ripercussioni anche su comportamenti tenuti in momenti anteriori alla creazione della legge stessa¹⁴⁰. Se così non

¹³⁶ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 76-77.

¹³⁷ *Ibidem.*

¹³⁸ *Ibidem.*

¹³⁹ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 78-79.

¹⁴⁰ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 2003, 39 ss.: “le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest’autorità non può risiedere che presso il legislatore”; così come ciascun cittadino deve “poter fare tutto ciò

fosse, la certezza del diritto ne uscirebbe annientata. Tale impostazione concettuale esprime appieno la sua rilevanza considerando che il primo ambito in cui è stata affermata è proprio quello penale, in cui il rapporto tra singolo ed autorità si esprime in modo ancor più forte¹⁴¹. Nel riprendere la distinzione tra i due sistemi del “diritto libero” e della “legalità”, Calamandrei rileva come le caratteristiche proprie di ciascuno, così nette e riconoscibili da un punto di vista astratto, siano nella realtà storica degli ordinamenti giuridici assai più sfumate le une nelle altre¹⁴². Lungi dall’esservi sistemi “puri”, uno sguardo alla concreta realizzazione delle due concezioni rivela che ciascuna, pur manifestandosi come prevalente in una data organizzazione statale, racchiude in sé un aspetto dell’altra, con un sistema di bilanciamento e modulazione dei principi caratteristici, volto ad arginare rigidità controproducenti; diversamente non potrebbe essere, considerato il livello di articolazione e di complessità delle società moderne e le esigenze di governabilità degli Stati. Questo inciso permette di comprendere allora come negli ordinamenti che si rifanno alla *common law* si instauri, accanto alla decisione secondo equità del caso singolo, il riferimento allo *stare decisis*, alle precedenti decisioni come regole vincolanti¹⁴³ (anche se con modulazioni anche in merito a questo aspetto, per cui al giudice del caso singolo residua comunque una certa discrezionalità). Parallelamente, nei sistemi che adottano il principio di legalità il rischio di una fin troppo minuziosa previsione legislativa, a discapito della necessaria flessibilità nel valutare singole situazioni, è temperata dalla eventuale possibilità prevista dalle norme per il giudice di ricorrere al giudizio di equità, al ricorso anche nelle formulazioni delle disposizioni di legge ai “principi generali dell’ordinamento” ovvero ad espressioni volutamente generiche ed elastiche. Più in generale Calamandrei va a riconoscere implicitamente un certo margine di autonomia nell’interpretare la legge nell’ambito della funzione di esercitare la giustizia nel caso singolo: tale possibilità non si traduce nell’arbitrio del mondo precedente all’affermarsi del principio di legalità, ma consente una migliore, quando opportuna, adesione allo spirito

che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall’azione medesima”; “ogni cittadino deve sapere quando sia reo o quando sia innocente”.

¹⁴¹ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 79: “Nel campo del diritto penale la legalità comprende una doppia esigenza”, poiché non è sufficiente che la legge determini le azioni delittuose, ma che le consideri per l’avvenire esclusivamente.

¹⁴² “Adottar l’uno significa in pratica soltanto dar la prevalenza ai caratteri che gli son propri, non senza far posto, in via di concessione e di temperamenti, a qualcuno dei caratteri dell’altro” (CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 70).

¹⁴³ CALAMANDREI P., *Appunti, op. cit.*, 71: “ogni sentenza, quantunque pronunciata per risolvere un caso singolo, deve valere in seguito come modello per tutti i casi simili, e quindi, da decisione concreta di specie, è destinata ad acquistare nell’avvenire un’efficacia pari a quella di una norma generale, che servirà a garantire, in tutti i rapporti che si ripresenteranno cogli stessi caratteri di quello deciso, la certezza del diritto”.

del tempo e alle istanze socialmente rilevanti, avendo sempre come costante riferimento il rigore della formazione logico-giuridica e il limite costituito proprio dal principio di legalità: “Non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo ambito di apprezzamento per stabilire i rapporti tra la legge e il fatto; ma è certo altresì che questo ambito è delimitato dai termini posti dalla legge e che è proprio questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggior garanzia della certezza del diritto e della libertà”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, op. cit., 18; “Applicare la legge vuol dire prima di tutto *interpretarla* [in corsivo nel testo], cioè capirla, cioè ripensarla non in astratto [in quanto ciò è compito proprio del legislatore], ma al lume delle esigenze concrete del caso particolare col quale è posta a raffronto: ed ogni interpretazione è necessariamente, se non una modificazione, una prosecuzione ed una specificazione, in cui l'interprete, anche il più fedele, non può non lasciare qualcosa di suo” (CALAMANDREI P., *Appunti*, op. cit., 72). Affermare questo margine può rappresentare un approccio coerente, poiché è sempre ben presente il concetto che la cornice è sempre posta dal principio di legalità: “Questo non altera il sistema della legalità, né mette in pericolo la certezza del diritto; perché si sa in anticipo entro qual ristretta zona” può operare il giudice, potendo prevedere quanto sarà il margine, “che in ogni caso non potrà spingersi oltre il limite fissato dalla legge” (CALAMANDREI P., *Appunti*, op. cit., 72-73).

2.2 Critiche e crisi del sistema della legalità¹⁴⁵

Dalle pagine del precedente paragrafo emerge quanto Piero Calamandrei reputi radicata l'esigenza di legalità negli ordinamenti moderni; tanto più, in quanto si consideri il momento storico in cui egli sviluppa le proprie riflessioni. Nelle righe che seguono si intende presentare l'analisi compiuta dal Professore fiorentino in ordine al nucleo polemico che si relaziona con il principio di legalità per antitesi e che ne formula visioni critiche, raggruppabili attorno a tre filoni principali. In primo luogo, è avversata la nozione stessa di legalità come legge che fonda l'ordinamento, propugnandosi l'"irrealtà" della legge stessa; in secondo luogo, viene messa in evidenza e stigmatizzata l'"iniquità" della legge nella sua essenza e caratteristica costitutiva di entità generale ed astratta; in terzo luogo, da posizioni autoritarie sono presentati argomenti a favore del diritto libero¹⁴⁶. Relativamente a quest'ultimo percorso Calamandrei conduce una analisi giuridico-filosofica e storico-sociologica dei concreti sistemi organizzativi statali contemporanei all'Autore e le differenti modalità con cui si pongono in contrasto con la legalità e le aspirazioni che invece gli stati democratici accolgono per suo tramite¹⁴⁷.

Il primo gruppo di teorie critiche nei confronti del sistema della legalità apporta considerazioni che il Calamandrei riterrebbe coerenti in sé stesse, se confinate sotto un certo punto di osservazione ed in sede di indagine filosofica. Esse considerano come la legge non abbia autonoma "realtà", non abbia autonoma possibilità di realizzarsi nella pratica facendo riferimento ad una astratta volontà del legislatore. La regola generale ed astratta acquista concretezza solo grazie all'apporto del singolo, alla volontà individuale di chi liberamente si presta a aderire al comando e ad improntare ad esso il proprio agire; ovvero all'intervento a

¹⁴⁵ Nel titolo si fa riferimento in particolare a uno scritto di Piero Calamandrei *Critiche al sistema della legalità*, che costituisce il terzo capitolo del testo *Appunti sul concetto di legalità* (cfr. nota n.98 nel paragrafo precedente).

¹⁴⁶ Come esposto nel precedente paragrafo, il diritto è definito "libero" in quanto svincolato da regole generali e astratte ed enucleato di volta in volta nella decisione del giudice sul caso singolo.

¹⁴⁷ CALAMANDREI P., *Critiche*, op. cit., 80 ss. Le opere citate nel presente paragrafo contengono l'illustrazione delle teorie che intenderebbero confutare il principio di legalità e le osservazioni in merito del Giurista, che puntualmente vi controbatte. I testi di riferimento sono principalmente le *Critiche*, di cui alla nota 145; CALAMANDREI P., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 127 ss., ove sono raccolti sette scritti, pubblicati anche singolarmente tra il dicembre 1944 e il 1946; la nota editoriale della nipote Silvia Calamandrei in CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, op. cit., 63 ss. Molte opere del Giurista contengono riferimenti al principio di legalità e, contro gli attacchi cui è sottoposto, ne ribadiscono il valore da esso assunto nello Stato di diritto: si vedano ad esempio CALAMANDREI P., *Il nuovo processo civile*, op. cit., 456 ss. e CALAMANDREI P., *La certezza del diritto*, op. cit., 504 ss. In esse è rivendicato anche il ruolo centrale del giurista, come scienziato e come professionista, e della dottrina nell'affermazione e nel consolidamento del sistema della legalità, da quella formale a quella sostanziale e fino alla sua forma più forte, della legalità costituzionale.

posteriori del giudice chiamato a ripristinare il valore e l'effettività della norma violata. Nel formulare la critica a tale impostazione, Calamandrei fa trasparire ancora una volta la propria visione di un diritto vivo e calato nella realtà: obietta infatti che, le teorie dei critici del sistema della legalità, pur legittime sul piano teorico, si mantengono su un piano di pura speculazione filosofico-giuridica¹⁴⁸. Nessun riscontro deriva da tali affermazioni astratte, che, ipotizzando in qualche modo potessero avere sostanza nella realtà, lascerebbero la società priva di certezza giuridica, in preda ad una sorta di perenne anarchia, sguarnita del potente strumento di tutela degli interessi al contempo dei singoli consociati e dell'intera società, nonché delle garanzie riconosciute ai cittadini proprio dall'esistenza e dall'affermazione di una sostanziale legalità¹⁴⁹.

Il secondo filone di critiche mosse al sistema della legalità è quello che ne contesta l'astrattezza, la distanza, almeno in determinati casi, per alcune previsioni normative, dalla vita concreta¹⁵⁰. Risulterebbe di conseguenza un paradossale effetto finale di sostanziale ingiustizia, che si verrebbe a realizzare nel momento in cui il giudice si trovasse a dover far entrare a forza la disposizione prestabilita in un caso concreto, quando invece esso, per la sua peculiarità e volendo attribuire reale consistenza ad un ideale di giustizia, necessiterebbe di una soluzione svincolata da criteri prestabiliti e affidata piuttosto a valutazioni di equità, ispirate dal sentimento di giustizia, innato nella coscienza di ogni essere umano e quindi anche in quella di chi si trova a ricoprire il ruolo di giudicare le controversie tra i suoi simili. A questo genere di contestazioni si può riconoscere di primo acchito una certa fondatezza nella

¹⁴⁸ Si veda CALAMANDREI P., *Il nuovo processo civile*, op. cit., 464, ove non manca un esempio di "stile fiorentino": "Che un filosofo mi dica che la legge è irrealistica e che solo la concreta volizione individuale crea il diritto, è cosa che può lasciare indifferente me giurista, purché resti ben inteso che se nella pratica qualcuno, con questa scusa della irrealtà delle leggi pretendesse di violarle a piacer suo, andrebbe ugualmente (nella pratica) a finire in mano ai carabinieri".

¹⁴⁹ CALAMANDREI P., *Critiche*, op. cit., 80-82. In particolare, l'Autore considera come le "giustissime osservazioni, in sede filosofica" "non possono bastare a distruggere in sede pratica la benefica utilità delle leggi", che, solo ove esistono, permettono di tutelare nel modo migliore tanto l'ordine sociale quanto la libertà individuale. Ciò trova conferma sia sul piano della volontà individuale, sia dal punto di vista della funzione del giudice. Sotto il primo aspetto, va certo riconosciuta ai privati la "autonomia contrattuale" come prevista dall'art. 1322 c.c.; ma essa non è in contrasto col sistema della legalità, come invece sostengono i fautori del diritto libero, in quanto è proprio la legge ad aver "in anticipo stabilito i limiti entro i quali questo potere dispositivo può essere validamente esercitato. Il contratto non sarebbe in sé produttivo di diritto, se non vi fosse un articolo del Codice civile a stabilir che il contratto "ha forza di legge tra le parti" (art. 1372), e se in altri articoli non fossero precisati i requisiti che il contratto deve avere per produrre effetti giuridici conformi alla volontà delle parti". Sotto il secondo aspetto, Calamandrei osserva che "anche quando si voglia ammettere che l'attività del giudice, e in generale quella del giurista, abbia scopi non meramente conoscitivi e teoretici, ma essenzialmente pratici, sicché possa essere qualificata *latu sensu* politica, questo non basta ancora a dimostrare che sia socialmente utile confondere nella struttura organica dello Stato l'attività pratica di chi crea il diritto con quella ugualmente pratica di chi lo applica ai casi concreti".

¹⁵⁰ Ivi, 82 ss.

verosimiglianza del fatto che alle volte la disciplina normativa appaia freddamente distaccata dagli slanci e dalle fragilità umane dalle differenti situazioni; ne può costituire riprova anche l'esistenza del noto brocardo *summum ius, summa iniuria*¹⁵¹. Tuttavia, Calamandrei reintegra subito nel ragionamento che va sviluppando la logica, la coerenza e la visione programmatica d'insieme cui, come fari, si deve affidare il giurista nel mare mutevole degli accadimenti e delle opinioni. Le sue obiezioni riconoscono in queste tesi forse una sorta di ingenuità o di superficialità: “Giustizia vuol dire essenzialmente proporzione: ma proporzione non si può avere se non c'è un termine di raffronto che serva a stabilire il rapporto”¹⁵²: ove tale termine è da rinvenirsi nella legge. Ci si potrebbe soffermare ad interrogarsi se la coscienza e il sentimento di giustizia abbiano veramente un contenuto univoco, cosa di cui sembrerebbero convinti i critici della legalità, o non possano piuttosto presentarsi con tante sfumature quante sono le individuali sensibilità di ciascun giudice, che, prima di essere tale, è un essere umano. In assenza di un riferimento legislativo che rappresenti il punto fermo da cui procedere per amministrare la giustizia nel caso concreto, la questione di fondo consiste nella necessità di individuare la modalità con cui assicurare che, nell'esercitare la propria funzione, il giudice applichi davvero un trattamento “equo” ad ogni caso gli si presenti. Di conseguenza, “come in ogni procedimento di astrazione vi è in questa riduzione dei casi umani a un numero limitato di tipi giuridici, qualcosa di arbitrario e di convenzionale: la scelta cioè di un “punto di vista”, dal quale si possono scoprire soltanto certe apparenze della realtà. Ma solo in questo modo il diritto può adempiere la sua funzione di regolare le azioni umane in quei loro aspetti che hanno più rilevanza per l'interesse sociale”¹⁵³.

La concezione di Calamandrei si trova su un versante opposto a quello della visione di Carnelutti, il quale sostiene “che il sistema della legalità suppone l'infallibilità del legislatore: e che, siccome questa supposizione è spesso contraddetta dalla realtà, [...] così la certezza del diritto si risolve assai volte in un sacrificio della giustizia”¹⁵⁴. Alla conseguente domanda

¹⁵¹ CALAMANDREI P., *Critiche*, op. cit., 85.

¹⁵² Ivi, 82-83.

¹⁵³ Ivi, 85.

¹⁵⁴ *Ibidem*. I due Giuristi ebbero più occasioni di collaborazione e di confronto nell'arco delle rispettive carriere professionali, a partire dall'episodio che presso l'Università di Padova nel 1914 vide entrambi partecipare al concorso per la cattedra di Procedura civile. Al termine delle prove, l'insegnamento fu affidato a Francesco Carnelutti, pur essendosi egli dedicato prevalentemente al diritto commerciale, mentre Piero Calamandrei, che pure nella procedura civile aveva da sempre condotto ed approfondito i propri studi, aveva conseguito il secondo posto nella graduatoria finale (SCARSELLI G., *Francesco Carnelutti: il giurista, l'avvocato, l'uomo*, relazione pubblicata nel sito *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, Pacini Giuridica, 24 febbraio 2021; per l'indirizzo completo del sito si veda nella bibliografia).

retorica per cui, stante questo quadro deludente, non sia da chiedersi se effettivamente “il prezzo di tale certezza non sia troppo superiore ai suoi vantaggi”¹⁵⁵, Calamandrei nel rispondere immagina un fittizio scambio di vedute con il collega: egli conviene che vi siano incongruenze nel sistema della legalità, ma ribadisce d’altra parte che mai sia stata avanzata la pretesa, al di là delle posizioni formalistiche, che esso rappresenti un meccanismo in sé concluso ed esente da imperfezioni. A contrario, proprio perché il suo fine è la realizzazione della certezza e sicurezza del cittadino, è un sistema in continua evoluzione e raffinazione, quindi dotato anche di quella sufficiente dose di flessibilità da poter accompagnare lo sviluppo della società organizzata in Stato di diritto. Inoltre, articolando il diritto in termini di norme generali, il sistema della legalità consente di procedere in termini di proporzioni e così tutela l’eguaglianza giuridica¹⁵⁶.

Calamandrei, spingendo ancora oltre l’analisi di questa concezione, arriva ad individuare la ragione profonda, che anima i contestatori del sistema della legalità, in una forma di insoddisfazione, se non in un celato dissenso, che li muove. Essi in realtà non intenderebbero prendere le distanze dal principio di legalità come concetto generale, ma avrebbero come reale bersaglio delle loro critiche uno specifico assetto storicamente contestualizzato: le concrete leggi in vigore nel momento storico in cui si trovano a vivere e alle quali il giudice è obbligato a dare seguito. Ancora una volta sono la razionalità e la logica a sostenere le argomentazioni del giurista: quando si hanno come parametro leggi “abominevoli”, “in contrasto con ogni tradizione di civiltà, di fronte alle quali si ribella il senso di dignità e di umanità di ogni galantuomo”, “non si può su di esse giudicare in generale il valore umano e sociale della legalità: il significato della quale si può intendere a pieno solo quando si consideri quale è attuata nei regimi animati dal soffio vivificatore della libertà; mentre le leggi della tirannia non sono che forma senza anima”¹⁵⁷. Quanto affermato per tempi travagliati conserva valore anche portando l’analisi a livello esclusivamente logico e giuridico, astraendosi da uno specifico contesto. Da un punto di vista metodologico non può essere a causa di singole manchevolezze, che si giunga a distruggere un intero sistema. Dal punto di vista dei contenuti parimenti si considera come non con la resa e l’abbandono ma, al contrario, con il potenziamento e la determinazione indirizzati ad un costante sviluppo si renda il giusto

¹⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁶ CALAMANDREI P., *Non c’è libertà senza legalità*, op. cit., 23.

¹⁵⁷ CALAMANDREI P., *Critiche*, op. cit., 86.

riconoscimento alle conquiste di dignità e di libertà, già cariche del sacrificio di tanti, per affermarle e trasmetterle alle generazioni future¹⁵⁸.

Giunge infine ad essere sottoposto a verifica e a controreplica il terzo filone delle critiche al concetto di legalità. In questo ultimo punto in particolare, secondo Calamandrei, si riscontra come il ragionamento giuridico si debba fisiologicamente accompagnare a quello filosofico e a quello storico, nonché politico, poiché è da questa fusione che viene compiutamente forgiata una essenziale chiave di lettura e di interpretazione dell'ordinamento e dell'evoluzione dei suoi concetti fondamentali¹⁵⁹.

L'Autore osserva che le critiche al sistema della legalità si manifestano già dai decenni immediatamente anteriori a quello in cui scrive su un duplice versante, filosofico e politico. Sul versante filosofico si fanno strada quelle dottrine che, negando valore alla legalità, attribuiscono piuttosto il primato alla effettività del potere costituitosi in forma di autorità attualmente vigente come ordinamento, che per effetto di questo solo fatto può fregiarsi del nome di "diritto". Sul versante politico di pari passo il concetto di legalità viene enormemente ridimensionato, messo in discussione come la teoria stessa dello Stato di diritto e di tutte le sue "premesse dogmatiche"¹⁶⁰, a favore di tendenze apparentemente collettivistiche, che identificano il "diritto" nell'interesse preminente della figura mitizzata del "popolo" unito nella società organizzata, di fronte al quale le istanze di tutela e di libertà dei singoli soggetti devono cedere il passo e possono essere ampiamente sacrificate. L'esito cui tale visione conduce è quello di annullare le conquiste di libertà dei due secoli precedenti, a favore di una tutela di un preteso interesse collettivo. Alla prova dei fatti, tuttavia, tale interesse coincide con quello di un gruppo ristretto di individui ovvero addirittura di un singolo soggetto; gli uni o l'altro sono detentori di un potere totale, non più subordinato esso stesso all'argine di garanzie fondato sul principio di legalità e quindi, privo di limiti, libero di esondare. Conseguenza è il naturale orientarsi di questi regimi verso il sistema del diritto libero; non

¹⁵⁸ Si consideri l'analoga considerazione che Calamandrei espone riguardo alle incongruenze nell'ambito del processo: "Non bisogna scoraggiarsi per questo: non bisogna, solo perché nei periodi di generale turbamento sociale anche i giudici soffrono di queste incoerenze, cessare di aver fede nella giustizia" (CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, op. cit., 677). In *La crisi della giustizia*, conferenza tenuta presso l'Università di Padova nel 1950, riprende concetti simili e anche in quella sede all'analisi storica e giuridica accompagna sempre un razionale metodo di indagine delle questioni, affidandone le soluzioni alle forze delle nuove generazioni (CALAMANDREI P., *La crisi della giustizia*, in *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019, 579 ss.).

¹⁵⁹ Ivi, 86-89.

¹⁶⁰ Il Giurista procede ad elencarle: "la separazione dei poteri, la autolimitazione giuridica dello Stato, l'assoggettamento della pubblica amministrazione alle leggi, la possibilità di diritti soggettivi pubblici del cittadino verso lo Stato, e perfino la stessa figura classica del diritto soggettivo privato" (CALAMANDREI P., *Critiche*, op. cit., 87).

manca Calamandrei di rilevare l'amara ironia che si cela dietro questa coppia di termini, dove sostantivo e aggettivo si riducono a vuoti contenitori, ad etichette poste su concetti che si orientano e si sviluppano in direzione opposta rispetto a ciò che rappresenterebbero i loro significati originari. È la volontà reputata infallibile di chi si è impadronito del potere ad essere l'unico punto di riferimento nella creazione e nell'applicazione di ciò che non si può più definire diritto; rilevando come ciò accada nonostante la formale apparenza che un sistema di norme esista e regga il vivere civile. Parallelamente all'erosione del concetto di legalità si assiste anche ad un attacco ai diritti di libertà, la cui rilevanza "è stata svalutata da opposte polemiche politiche: da correnti autoritarie e reazionarie da un lato e da correnti ultrademocratiche" e materialistiche dall'altro. Per le prime vale il principio per cui tutto il diritto deriva dallo Stato, e viene portato alle conseguenze estreme per cui nulla sussiste al di fuori della volontà creatrice dello Stato stesso. Per le seconde, ad avere centralità devono essere i diritti economici di giustizia sociale, non i diritti di libertà individuali, simbolo del privilegio delle classi abbienti. Ad entrambe Calamandrei oppone l'obiezione che le vede sconfitte tanto nella teoria quanto alla prova della storia. Agli assolutismi che pretendono di parlare in nome del popolo, soffocandolo, e alle teorie che considerano la giustizia economica un fine, e non invece un mezzo, è ribadito che il fine cui tendere è per ogni essere umano la "possibilità di vivere, libero dal bisogno, la sua vera vita spirituale, vera meta e vero dovere di ognuno"¹⁶¹.

Queste argomentazioni sono riprese ed estese in una raccolta di scritti di poco successiva, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*¹⁶². In particolare, si fa qui riferimento al primo dei sette, che compongono la raccolta, intitolato eloquentemente *La crisi della legalità*. Tale espressione già contiene il collegamento a quanto poco sopra si è esposto e preannuncia che l'analisi si va concretizzando sulla crisi, giuridica oltre che politica, manifestatasi nel corso dei primi decenni del '900, quindi all'incirca una generazione prima del momento in cui Calamandrei scrive, e che ha visto proprio il principio di legalità vittima dell'instaurarsi dei tre regimi comunista, nazista, fascista. Il Giurista rievoca la lunga strada che questo concetto aveva percorso fino ad allora. Una sua prima formulazione avviene per merito dei filosofi illuministi, Montesquieu e Beccaria sopra a tutti, che esprimono le esigenze

¹⁶¹ CALAMANDREI P., *La legalità in senso sostanziale*, op. cit., 103 ss.

¹⁶² CALAMANDREI P., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, op. cit., 127 ss.

insopprimibili della certezza del diritto, della divisione dei poteri, dell'irretroattività delle leggi e della loro formulazione generale e astratta¹⁶³. Nella Rivoluzione francese questi principi emergono prepotentemente, per poi affermarsi progressivamente fino alla loro consacrazione nelle costituzioni dei moderni stati liberali e democratici, in cui le libertà individuali sono garantite e vige il principio della sovranità popolare. Questo percorso, certamente non regolare, a tratti sconnesso, non ancora pienamente soddisfacente, ha visto accelerazioni e pause, sempre però in una prospettiva di accrescimento della consapevolezza degli individui come singoli cittadini e come popolo e del raffinamento delle forme giuridiche a tutela dei diritti. Ciò è stato vero fino ai primi anni del secolo scorso, quando i regimi totalitari, pur nelle rispettive differenti strutture, imponendosi alla guida degli ordinamenti che hanno ceduto alla loro pervasività, hanno determinato un brusco cambio di direzione del percorso sopra descritto. Nel dettaglio le esperienze di rottura dell'ordinamento avvenute con l'instaurarsi dei tre regimi non sono equiparabili: secondo l'analisi del Calamandrei si può individuare la primaria distinzione non tanto in base ai contenuti ma soprattutto osservando il metodo con cui il sistema di legalità antecedente all'instaurazione del regime sia stato soppiantato. In Russia il passaggio è avvenuto dapprima attraverso una rivoluzione, accompagnata da un periodo di sospensione del sistema della legalità e dall'applicazione di un "gigantesco esperimento di diritto libero, nel quale, come unico criterio di giustizia, era rimasta, in luogo della tecnica classificatoria dei giuristi, la sensibilità sociale dei giudici popolari"¹⁶⁴, per approdare poi ad una nuova organizzazione politica e giuridica con l'attivazione di un nuovo sistema della legalità. Calamandrei raffigura la crisi come lo sfogo, che poi avrebbe trovato un differente equilibrio in una forma propria di legalità, nel cui sistema, comunque, legislatore e giudice sono organi distinti. Diversamente è accaduto nella Germania nazista e nell'Italia fascista, dove "la crisi costituzionale è stata fatta a vuoto", afferma il Giurista¹⁶⁵. Egli rileva come la legislazione civile non abbia subito particolari mutamenti, mentre quel che ne ha sofferto è stata la legalità stessa, che si è involuta ed è divenuta "da garanzia di libertà, strumento di autorità reazionaria". Se questo è un aspetto comune ai due ultimi regimi, tuttavia la modalità, in cui l'esito si è compiuto, è stata differente: in Germania il nazionalsocialismo ha attinto a teorie giuridico-filosofiche risalenti,

¹⁶³ Si veda al paragrafo precedente la nota n. 119.

¹⁶⁴ CALAMANDREI P., *Costruire la democrazia*, op. cit., 128.

¹⁶⁵ Ivi, 129.

ove il riferimento attorno a cui ruota l'organizzazione e la sistematizzazione giuridica è l'interesse della comunità nazionale, che troverebbe perfetta espressione nella volontà del suo capo. Da qui viene l'eliminazione di tutti quei congegni e quelle architetture costituzionali che si frappongono alla diretta connessione tra il capo e i suoi seguaci; l'idea stessa di "legge" non ha più significato e "si dà al giudice il potere di punire come reato ogni fatto, anche se non contemplato dalla legge come tale, che alla sua sensibilità politica sembri *a posteriori* incriminabile". Scompaiono la certezza del diritto, la divisione dei poteri sostanziale, la tutela dei diritti individuali: "il nazismo distruttore della legalità"¹⁶⁶, così sintetizza l'Autore l'essenza di quel periodo. In Italia l'esito finale è il medesimo, ma ad esso si giunge per altre vie: "il fascismo falsificatore della legalità", in quanto "ha preferito mantenerla ufficialmente sulla facciata, instaurando all'ombra di essa una pratica ufficiosa di effettivo illegalismo, destinato a togliere ogni serietà alle leggi figurative scritte sui codici"¹⁶⁷. Calamandrei procede ad elencare la pluralità dei contesti istituzionali in cui rileva la doppia vigenza di un sistema ufficioso di potere in profondità rispetto al sistema ufficiale, che in superficie appare improntato al formale rispetto delle gerarchie costituzionali¹⁶⁸. La conseguenza più duratura di questo approccio antitetico alla legalità si manifesta nell'effetto prodotto sulle coscienze dei cittadini: essi, già provati da secoli di dominazioni e invasioni, per vent'anni hanno sperimentato la medesima doppiezza dell'ordinamento nella vita quotidiana e si sono ormai assuefatti ad aggirare leggi crudelmente imposte e pur vilipese esse stesse da corruzione e favoritismi ad ogni livello.

Il rimedio c'è, afferma Calamandrei: il ritorno alla libertà. Essa va intesa come paziente cura verso una nuova legalità, dove il rispetto della legge a tutti i livelli è il risultato di una spontanea e solidaristica consapevolezza, fondata sulle sicure basi della tutela dei diritti individuali¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Ivi, 130.

¹⁶⁷ Ivi, 131.

¹⁶⁸ Ivi, 132.

¹⁶⁹ Ivi, 133: "per arrivare a questa concezione morale della legalità espressa in maniera sublime nel *Critone* platonico, occorre la libertà". Calamandrei cita il dialogo di Platone quasi *en passant*, come esempio sublime della "concezione morale della legalità". Risulta manifesto ancora una volta il nesso, di cui qui si tratta, tra libertà individuale e adesione spontanea alle leggi. Per un riferimento a *Critone* nell'ambito dell'analisi sul principio di legalità, si veda *supra* cap. 1 § 1.

2.3 “L’avvenire dei diritti di libertà”¹⁷⁰

Lungo il percorso fin qui compiuto si è considerata l’evoluzione del principio di legalità nel suo svilupparsi fino al culminare nello Stato di diritto, nonché il suo prendere vita nell’ordinamento democratico italiano per il tramite della Carta costituzionale del 1948 ed in alcuni degli scritti di Piero Calamandrei. Si procede di seguito ad una analisi della prefazione che il Giurista produsse nel 1946 in occasione della riedizione postuma del saggio di Francesco Ruffini *I diritti di libertà*, la cui prima pubblicazione avvenne nel 1926.

Il valore dell’opera del Ruffini risiede nel suo essere uno scritto di natura giuridica sul tema dei diritti di libertà tanto rilevante quanto controverso per origine, struttura, consistenza nel diritto positivo ed estensione. È offerta infatti una analisi sulle origini degli stessi secondo una prospettiva che coniuga gli aspetti storici, giuridici e filosofici e che si sviluppa sia da un punto di vista interno ad alcuni ordinamenti specifici sia in una loro prospettiva comparatistica, in particolare tra ordinamenti di *common law* e di *civil law*. Nell’ambito di quest’ultima categoria il Giurista considera anche le differenti soluzioni presenti nelle diverse realtà continentali, in particolare in quelle francese e tedesca. Conclude il saggio un tentativo di intravedere quale possa essere la prospettiva futura dei diritti di libertà, considerata l’oscurità del momento storico contestuale alla stesura del testo in esame e del quale l’Autore descrive la natura disgregante ed annichilente le conquiste raggiunte nei due secoli precedenti. In effetti risulta evidente come l’opera costituisca ad una prima osservazione uno studio delle libertà fondamentali in chiave storica e giuridica, ma, proprio nel solco di questa analisi e sulla base di un utilizzo scientificamente ordinato dei dati pervenuti dal passato e degli elementi che il presente fornisce, allo stesso tempo un segnale di allarme coraggioso e premonitore nei confronti del consolidamento del regime fascista e delle ripercussioni che, tratte con logica deduzione dalle premesse di cui il Ruffini stesso è testimone, con un certo grado di probabilità stanno per concretizzarsi. Peculiare risulta il parallelo tra lo scritto del Ruffini, edito nel 1926, quindi nel periodo iniziale del regime, in bilico sul baratro della rovinosa aggressione contro lo Stato di diritto che stava per giungere al culmine e della quale il Giurista piemontese denunciava già la crudele attitudine liberticida, e la prefazione del

¹⁷⁰ CALAMANDREI P., *L’avvenire dei diritti di libertà*, op. cit., VII ss. Il titolo del presente paragrafo richiama quello della prefazione redatta da Calamandrei, la quale a sua volta riprende l’intitolazione dell’ultimo capitolo dell’opera di Ruffini.

Calamandrei, che nel 1946 si ritrova ad essere testimone diretto degli effetti del ventennio di dittatura appena trascorso, cui solo un'altra guerra mondiale aveva appena posto fine, e a cercare segnali di speranza per il futuro. L'omaggio del Giurista fiorentino può essere rintracciato e sintetizzato nelle pregnanti righe in cui afferma: "Il libro [del Ruffini], che aveva, nel 1926, un valore immediatamente polemico e solo a lunga scadenza ricostruttivo, oggi può essere, alla vigilia della costituente¹⁷¹, un limpido ed autorevole contributo, collaudato dalla esperienza, alla ricostruzione del nostro ordinamento costituzionale"¹⁷²; e poco oltre "anche oggi possiamo trarre dalla sua parola precorritrice un lume per orientarci in quest'alba ancor così ingombra di foschia"¹⁷³.

Quale è quindi il contributo di Ruffini, che tramite il collega fiorentino torna ad avere voce, nella riflessione su principio di legalità, diritti individuali e ordinamento statale? In estrema sintesi, l'Autore de *Diritti di libertà* ritiene che diritti ed organizzazione costituzionale dello Stato possiedano una intima connessione, procedano di pari passo e si integrino a vicenda; non vi è ragione per addentrarsi in teorie fondate su manicheistiche contrapposizioni, né per assegnare una primogenitura univoca ed escludente e la prevalenza dell'uno rispetto all'altro dei due concetti¹⁷⁴. Nell'universale dualismo tra Individuo e Stato, tra Libertà e Autorità, che trova possibilità di esprimersi e di manifestarsi in tutti gli ambiti del sapere così come della vita stessa, alle opposte teorie orientate ad affermare la prevalenza genetica e valoriale ora dei diritti naturali, ora dello Stato, Ruffini guarda a Kelsen e per la dottrina italiana a Santi Romano, di entrambi cogliendo le affinità con lo sviluppo del proprio percorso logico e giuridico. Riportando citazioni dei due Giuristi, Ruffini osserva che "Stato e Diritto, incalza il Kelsen, non stanno punto in un rapporto di un *prius* e di un *posterius*; poiché non si può

¹⁷¹ Costituente che, come è noto, avvia i propri lavori il 25 giugno 1946, a seguito dell'elezione dei suoi componenti, svoltasi il giorno 2 giugno, contestualmente al *referendum* sulla scelta tra monarchia e repubblica (AMBROSINI G., introduzione, *Costituzione italiana*, op. cit., XV).

¹⁷² CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, op. cit., X-XI.

¹⁷³ Ivi, XI.

¹⁷⁴ Il RUFFINI fa riferimento in particolare alle teorie della scuola dommatica e della scuola storica. Ognuna, partendo dalle proprie posizioni, articola consequenzialmente argomentazioni tra loro "logiche e coerenti"; ad essere contestate sono però la dogmaticità e la parzialità delle rispettive premesse di fondo: "la Scuola dommatica nella elaborazione del diritto pubblico faceva dipendere tutto il Diritto dallo Stato, e faceva di questo una causa e di quello un effetto, di questo un fattore e di quello un prodotto [...]; la Scuola storica [...] negava risolutamente che il diritto fosse un prodotto artificiale dovuto all'arbitrio del legislatore, e sosteneva che esso, come la religione, il costume, la lingua, la letteratura, l'arte, era il prodotto di un intimo lavoro della coscienza sociale, uno spontaneo fenomeno psico-collettivo. Ma con ciò si poneva il Diritto innanzi allo Stato; anzi si veniva a raffigurare questo come il supremo portato della evoluzione giuridica. [...] Lo Stato, come ebbe a dire poi con efficacia il nostro Romano, non sarebbe che una specie del genere *Diritto*" (RUFFINI F., op. cit., 125 ss.).

pensare uno Stato senza Diritto, allo stesso modo che un Diritto senza Stato; onde la ricerca storica delle loro origini non si può disgiungere, essendo l'uno e l'altro semplici aspetti di una medesima cosa"¹⁷⁵. Nello specifico si citano le parole dello stesso Kelsen: "La domanda: "chi ha posto in essere *per la prima volta* l'ordinamento giuridico?", nel senso di una domanda sulla produzione originaria del diritto, non è altro che il falso problema della *generatio aequivoca* e, come tale, priva di significato"¹⁷⁶. Quindi "Il dualismo di Stato e diritto è il risultato di un errore concettuale tipico nella storia dello spirito e frequente in ogni campo della conoscenza. L'unità di un sistema viene personificata per semplificare l'esposizione e la personificazione viene poi ipostatizzata". Ne consegue che "ciò che era solo un *mezzo* di conoscenza, [...], si trasforma in un autonomo *oggetto* di conoscenza, che si aggiunge all'oggetto originario. Da qui deriva il falso problema di una relazione tra *entrambi* gli oggetti"¹⁷⁷. Ruffini prosegue poi richiamando l'attenzione anche sugli studi di Santi Romano: "Egli osserva che a torto si ritiene che l'*ordinamento giuridico* consista soltanto nelle regole e nei precetti che lo Stato emana", che "quell'ordinamento si racchiuda e si esaurisca tutto nel cosiddetto diritto obbiettivo", cioè nel "l'insieme degli Statuti e delle leggi fondamentali, dei Codici, delle leggi speciali e dell'altre fonti scritte e non scritte del diritto"¹⁷⁸. Dal peculiare punto di vista di giurista, di storico e di politico, Ruffini evidenzia come non abbia soluzione il dilemma se sia primigenio uno o l'altro dei due concetti: non perché in merito a tale dilemma facciano difetto la volontà o la capacità di indagarne compiutamente premesse ed implicazioni nonché di individuarne una soluzione, ma per il motivo di fondo che esso non ha ragione di esistere. Ripercorrendo gli studi di Romano, Ruffini considera come vi sia un momento originario nella formazione dello Stato ed in quello stesso momento abbia origine anche il Diritto su cui lo Stato si svilupperà: anche lo Stato, in quanto ente giuridico, è ordinamento, è informato perciò al Diritto. Su questo Diritto primigenio e concomitante alla sua stessa nascita lo Stato non ha alcuna supremazia. A differenza del momento successivo, nel corso

¹⁷⁵ RUFFINI F., *op. cit.*, 131.

¹⁷⁶ Si riporta il passo dell'argomentazione di Kelsen, ove appare la carenza logica nella struttura della teoria contestata: "Se l'atto della statuizione del diritto deve valere come atto di Stato, ciò è possibile solo presupponendo una regola in forza della quale l'azione di normazione giuridica che si vuole interpretare come atto di Stato [...] viene imputata a un soggetto pensato "dietro" l'autore materiale, cioè allo Stato. Però questa regola di imputazione può essere solo la norma giuridica e quest'ordinamento, in cui deve porsi la norma in questione per essere riferita a quell'unità specifica, deve essere l'ordinamento giuridico. [...] Se però l'ordinamento giuridico deve essere già presupposto affinché l'atto di produzione del diritto abbia valore di atto di Stato, [...] allora è impossibile considerare lo Stato come presupposto del diritto" (KELSEN H., *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013, 185-186).

¹⁷⁷ Ivi, 190.

¹⁷⁸ RUFFINI F., *op. cit.*, 132-133.

del quale, esercitando la potestà legislativa, creando le proprie leggi e stabilendo le procedure per modificarle, lo Stato-ordinamento interviene sul Diritto, qui invece, venendosi a trovare su un piano logico di parità, non ha potere di intervento¹⁷⁹. Questo approccio consente quindi di raccordare le due strade percorse dalla dottrina in direzioni divergenti; ciò significa altresì, prosegue Ruffini, che “lo Stato non sorgerebbe punto inizialmente non limitato, e soltanto in un prosieguo di tempo si auto-limiterebbe [...]”; esso sorge già limitato dall’Ordinamento giuridico”. Ulteriore conseguenza logica è che “il legislatore non è, pertanto, il creatore del Diritto. [...] Di qui la mancanza in lui del potere di annullarlo completamente”¹⁸⁰. Quindi, arrivando al punto culminante dello sviluppo e della concatenazione di tali concetti, se ne trae la dimostrazione che “i Diritti di libertà hanno fondamento non in una successiva od ulteriore autolimitazione dello Stato”¹⁸¹, ma “in quella originaria, primordiale e, di conseguenza, fatale sua limitazione”; “di qui l’intangibilità, di qui l’imprescrittibilità di tali Diritti di libertà”¹⁸². Lo spazio in cui si muovono i diritti di libertà rappresenta una “limitazione congenita” e questo avviene perché è ormai superata anche la teoria dello Stato come patto sociale, come accordo tra contendenti che cedono le armi e si offrono reciproche concessioni, a favore invece della visione cooperante di un “atto complesso”, dove tutti i soggetti coinvolti tendono ad un fine comune pur nella varietà di azioni, e i diritti e gli obblighi sono concomitanti, ispirati ai principi di collaborazione e solidarietà. Proprio secondo quest’ottica il Ruffini interpreta l’attribuzione alla “Legge fondamentale della Monarchia”, lo Statuto Albertino, allora vigente, degli aggettivi “perpetua ed irrevocabile”: il loro significato va inteso nel senso che i diritti liberali in esso riconosciuti mai potrebbero essere sminuiti, dovendo essere invece portati sempre più avanti sulla strada della tutela della libertà. Lo Statuto va interpretato cioè all’interno della concezione dello Stato di diritto come luogo di collaborazione tra Popolo e Sovrano. Non ha più consistenza la visione di una Carta *ottriata*, né di un patto sinallagmatico: entrambi i concetti sottintendono una sproporzione oppure una opposizione tra le parti in

¹⁷⁹ Ivi, 133. Ruffini prosegue nel condividere la riflessione di Santi Romano, osservando, a mo’ di conferma di quanto tali argomentazioni sulla concomitante origine di ordinamento e diritto abbiano vivo riscontro nella realtà, un evento che sta maturando proprio nel periodo storico in cui Ruffini scrive. Sono quelli, infatti, gli anni della nascita e del consolidamento di uno specifico “Ordinamento giuridico superstatale”: la Società delle Nazioni, fondata nel 1919 nell’ambito della Conferenza di pace di Parigi e avente lo scopo di “promuovere la cooperazione internazionale, realizzare la pace e la sicurezza degli Stati” (secondo quanto riportano le prime righe del patto costitutivo).

¹⁸⁰ Ivi, 135.

¹⁸¹ Si può riconoscere un riferimento a Jellinek ed in particolare al suo *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, op. cit., 307 in nota n.22).

¹⁸² RUFFINI F., op. cit., 135-136; chiosa il giurista, “finché, si intende, un vero Stato di diritto e, potremmo dire senz’altro, uno Stato sia!”.

causa, mentre “non si tratta più di due volontà contrapposte che si incrociano, come è nel *contratto*, per creare diritti ed obblighi reciproci, si bene di due volontà che si giustappongono per il raggiungimento di un intento comune, e per creare diritti ed obblighi non reciproci, ma concomitanti ed uguali, come è nella figura giuridica, che la scienza pubblicistica più recente ha definita quale atto complesso”¹⁸³.

Nel contesto storico cruciale in cui si trova a condurre questa analisi il Giurista piemontese non si nasconde l’insormontabile ostacolo che hanno i diritti di libertà in Italia, non tanto di essere portati ad un livello ulteriore di sviluppo, quanto ancor più a monte di sopravvivere all’avvento del regime fascista. Ruffini cita una frase del livornese Francesco Domenico Guerrazzi, politico, giornalista e popolare scrittore patriottico del pieno ‘800, “L’albero della libertà non dà frutti se non è coltivato con le nostre proprie mani”, per concludere il lavoro di cui qui si tratta con un vero e proprio appello al risveglio delle coscienze e degli intelletti, giuridicamente e storicamente argomentato nel ripercorrere gli anni appena precedenti a quello di edizione dell’opera. Egli osserva come sia probabile che, analogamente a quanto avvenuto alcuni decenni prima per la conquista dell’indipendenza e per l’unificazione dello Stato, il popolo italiano debba ancora sperimentare un tragico tributo, un sacrificio umano e morale, prima di arrivare a cogliere la forza intrinseca della libertà come frutto prezioso da coltivare e, vigilando, proteggere. L’appello è rivolto alla responsabilità tanto delle classi dirigenti come dei singoli cittadini, riponendo fiducia nel fatto che “la massa amorfa e atona”, che si abbandona all’apatia del quieto vivere, arrivi invece a prendere coscienza della gravità del momento storico e del pericolo che esso rappresenta per i diritti di libertà di ognuno¹⁸⁴.

A questa concezione che esplica l’indissolubile legame tra ordinamento e libertà individuali il Calamandrei aderisce convintamente e rilancia anzi la questione, declinandola nella contingenza del momento storico che l’Italia sta attraversando in particolare nel periodo in cui sono scritti gli *Appunti*¹⁸⁵. Nell’indagare tale legame, egli cerca ed individua la strada da seguire per restituire dignità e autorevolezza al diritto, alla politica, a ciascun cittadino¹⁸⁶. Si può giungere quindi a formulare la fondamentale relazione tra diritti individuali ed

¹⁸³ Ivi, 141.

¹⁸⁴ Cfr. RUFFINI F., *op. cit.*, 153-158; a questo proposito l’autore cita Benjamin Constant: “quando l’arbitrio è tollerato, esso si spande in modo che il cittadino più incognito può improvvisamente vederlo agire in suo danno” (CONSTANT B., *La politique constitutionnelle*, Parigi, 1814, cap. VIII, nota, a sua volta citato da INGROSSO G., *La crisi dello Stato*, Napoli, 1925, 185).

¹⁸⁵ Vedasi al paragrafo 1 del presente capitolo la prima nota.

¹⁸⁶ Cfr. l’analisi di PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, *op. cit.*, 303 ss.

ordinamento democratico: per potersi realmente fregiare di tale attributo, l'ordinamento, oltre ad individuarsi come fondato sulla sovranità popolare, detentrica del potere di stabilire l'architettura fondamentale dello Stato (senza qui entrare nello specifico delle varie possibili forme in cui essa si può esprimere), deve anche accogliere in sé fin dall'origine quelle naturali istanze di libertà della coscienza umana che vengono definite "diritti di libertà". Esse si articolano e si possono esprimere in differenti ambiti, ma tutte sono essenziali alla vita stessa di quella moderna compagine sociale organizzata che voglia definirsi "Stato di diritto"¹⁸⁷. Calamandrei non manca di richiamare il fatto che la individuazione dei pilastri dello Stato di diritto risalga alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 (art 16: "*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*")¹⁸⁸. La differenza tra uno Stato assolutista e uno Stato democratico sta tutta in questo riconoscimento, che non è conquista forzata ottenuta dalla pressione popolare o benevolente atto di concessione da parte dell'autorità, ma è consapevolezza che i diritti individuali sono il cuore pulsante dell'intera organizzazione sociale¹⁸⁹. La vita di ogni Stato democratico dipende indissolubilmente dalla partecipazione dei suoi cittadini alla sua stessa creazione e al suo rinnovamento¹⁹⁰ e quindi dal riconoscimento del possesso dei diritti in capo all'individuo, dalla certezza della loro formulazione e dalla loro concreta possibilità di esercizio. Quest'ultimo va rilevato come un passaggio fondamentale: l'esercizio dei diritti di libertà in tutti i campi contribuisce alla formazione, all'espressione e allo sviluppo della personalità di ogni cittadino; riverberandosi con effetto per così dire moltiplicatore nelle reciproche interrelazioni con gli altri concittadini parimenti esercitanti la loro libertà nella vita pubblica, in modo da contribuire tutte alla vitalità, all'arricchimento e allo sviluppo della stessa democrazia¹⁹¹.

Calamandrei espone una visione originale nell'individuazione del contenuto dei suddetti "diritti di libertà": egli, infatti, intende comprendere in questa espressione entrambe le

¹⁸⁷ CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, op. cit., 15 ss.

¹⁸⁸ RUFFINI F., op. cit., 177 ss.

¹⁸⁹ "Nel sistema democratico i diritti di libertà non si possono concepire come espressione di diffidenza e di difesa contro l'autorità; ma piuttosto come strumenti e come condizioni della autorità medesima" (CALAMANDREI P., *L'avvenire*, op. cit., XIII).

¹⁹⁰ Ivi, XV-XVI: i diritti di libertà vanno intesi soprattutto "come la garanzia della partecipazione del singolo alla vita politica della comunità".

¹⁹¹ "Libertà individuale e sovranità popolare si affermano insieme come espressioni di una stessa concezione politica, e insieme troveranno la loro sistemazione giuridica nella costituzione, come due aspetti complementari ed inscindibili della democrazia tradotta in ordinamento positivo" (Ivi, XIII).

categorie dei diritti civili e politici, considerando “tutti i diritti, che mirano a proteggere l’indipendenza del singolo entro la propria sfera, nella loro funzione *altruistica*: e annoverarli tutti tra le libertà *politiche*. [...] Libertà, non garanzia di isolamento, ma garanzia di espansione sociale”¹⁹². Prima di intraprendere una analisi della struttura giuridica dei diritti di libertà, giova ricollegarsi a questa concezione della natura altruistica e di espansione sociale delle libertà politiche, per ripercorrere l’analisi di Calamandrei del cammino compiuto sul piano giuridico e storico da tali libertà; cammino che sfocia nell’affermazione della ulteriore fondamentale categoria dei diritti sociali. I diritti civili e politici, individuati nel loro carattere essenziale fin dalle Dichiarazioni americana del 1776 e francese del 1789, sono stati progressivamente incorporati nelle successive codificazioni moderne; ma qui la formulazione legislativa ha arrestato il percorso di reciproco dialogo con il contesto storico, arroccandosi su posizioni formalistiche e ignorando le nuove esigenze della società che si andavano sviluppando ed articolando nel corso del XIX secolo. Il riconoscimento nel ‘700 delle nuove istanze rappresentate dai diritti individuali aveva segnato un momento di rinnovamento giuridico e sociale; nel secolo successivo, sostiene il Giurista fiorentino, le forze che avevano innescato quel periodo di nuove conquiste per l’individuo e per gli ordinamenti statali si erano irrigidite sulle loro acquisizioni ed erano rimaste sorde ai nuovi richiami di altre forze nascenti che andavano sempre più accumulando tensioni nel tessuto sociale. I diritti civili e politici erano stati riconosciuti ed erano sanciti nero su bianco; di essi però solo una parte dei cittadini era riuscita a beneficiare, migliorando la propria condizione e riuscendo davvero a raggiungere quanto formalmente attestato come diritto di ogni uomo, in quanto tale e in quanto cittadino. Il problema della libertà si stava nuovamente presentando declinato da un punto di vista economico di ingiustizia sociale: con la sua prosa limpida ed efficace, il Calamandrei scrive che “le libertà politiche erano, *di diritto*, scritte per tutti, ricchi e poveri; ma in realtà solo i ricchi avevano la possibilità *di fatto* di valersene”¹⁹³. Sorgono quindi le istanze di riconoscimento della nuova categoria di diritti definiti “sociali”, che integrano le libertà politiche, permettendo di rivendicare la possibilità *effettiva* di partecipare allo sviluppo della società da parte di tutti i cittadini. La via per rendere concreto questo obiettivo sta nel garantire a tutti un certo margine di sicurezza economica e di eguaglianza sociale, che

¹⁹² CALAMANDREI P., *op. cit.*, XV-XVI; PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, *op. cit.*, 320-322.

¹⁹³ CALAMANDREI P., *op. cit.*, XXV.

permetta di eliminare l'assillo quotidiano della ricerca di risorse per assicurarsi la sopravvivenza e di riconquistare, insieme alla dignità rappresentata da un minimo comune benessere, anche il sentimento dell'appartenenza ad una collettività e del contributo che ciascun individuo può apportare alla stessa¹⁹⁴. I primissimi riconoscimenti legislativi di queste istanze si ebbero nelle costituzioni sorte dagli eventi del 1848, anno di rivendicazioni popolari a livello europeo¹⁹⁵ e anno in cui fu promulgato lo stesso Statuto Albertino, Statuto costituzionale del Regno di Sardegna e poi Carta fondamentale dell'intera Italia unificata a partire dal 1861. A seguire Calamandrei individua nella Costituzione di Weimar del 1919 la prima codificazione in cui è espressa l'intenzione dello Stato di orientare l'impostazione economica della società secondo criteri di equità sociale¹⁹⁶.

Posta la necessità di attribuire veste giuridica ai diritti sociali e di predisporre strumenti legislativi ed economici per dotarli di concreta effettività, al tempo in cui il giurista scrive le sue osservazioni ferve il dibattito sulle modalità pratiche per una reale attuazione dei diritti sociali negli ordinamenti statali e per la loro piena equiparazione alle libertà politiche come diritti di libertà¹⁹⁷. La questione che qui si pone sta nelle caratteristiche peculiari di tali diritti di recente emersione e quindi nelle loro struttura e veste giuridica, che il Calamandrei analizza richiamando in parallelo quelle delle libertà politiche¹⁹⁸. Di queste ultime identifica tre elementi fondanti: il loro essere un corpo di diritti "pubblici", "costituzionali", "negativi". Con il termine "pubblici" si mette in rilievo il fatto che esprimono la relazione sussistente tra cittadino e Stato; con "costituzionali", che la loro esistenza e la rilevanza sono sancite

¹⁹⁴ Ivi, XXVII.

¹⁹⁵ A titolo esemplificativo si riporta l'art.3 della Costituzione della Repubblica romana del 1° luglio 1849: "La repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni materiali e morali di tutti i cittadini", in RUFFINI F., *op. cit.*, 204.

¹⁹⁶ La Costituzione della Repubblica democratica della Germania rappresenta una prima espressione del costituzionalismo europeo del Novecento, che riconosce i diritti emergenti nel campo economico e sociale e li inserisce in una forma di organizzazione statale incentrata sul concetto che "il potere emana dal popolo" (art.1). Essa fallisce il tentativo, minata dal possedere un carattere flessibile e dalla contraddizione per cui la definizione dei diritti è subordinata all'azione dei poteri statali (CARDUCCI M., *La Costituzione di Weimar (1919)*, in CERRINA FERONI G., FROSINI T.E., TORRE A. (a cura di), *Codice delle Costituzioni, vol. I*, *op. cit.*, 361 ss.). Non si ritiene di dover considerare la drastica soluzione offerta dalla Rivoluzione d'ottobre in Russia nel 1917 e dalla successiva Costituzione del 1936: sacrificando i diritti individuali e le libertà politiche, si pongono entrambe al di fuori dei concetti di legalità nel senso qui in esame e di Stato di diritto.

¹⁹⁷ Così CALAMANDREI P., *op. cit.*, XXX: "Si è cominciato a sentire che il carattere sociale di questi diritti non doveva farli considerare come negazione delle libertà individuali, ma anzi come uno svolgimento ed una prosecuzione di esse: [...] l'esigenza di giustizia sociale è stata sempre più consapevolmente concepita come un'esigenza di libertà, come affrancamento da quegli ostacoli di ordine economico che ancora impediscono all'uomo, come già un tempo gli ostacoli di ordine politico, di partecipare liberamente alla vita della comunità e di affermarvisi come persona". E poco oltre: "La giustizia sociale è condizione della libertà individuale" (CALAMANDREI P., *op. cit.*, XXXI).

¹⁹⁸ CALAMANDREI P., *Costituente e questione sociale*, in *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, *op. cit.*, 170 ss.; PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, *op. cit.*, 311 e ss. ed in senso critico 313.

dall'essere inseriti in una Carta costituzionale; con “negativi”, che lo Stato non debba provvedere ad eseguire un qualche particolare adempimento rispetto al contenuto di tali diritti, ma che debba astenersi dall'interferire con la loro esistenza e con la possibilità di attuazione del contenuto corrispondente da parte di ogni singolo individuo¹⁹⁹. I diritti sociali, mantenendo identici i primi due elementi, presentano invece un carattere opposto nell'ultimo, in quanto essi sono per loro natura “positivi”: in quanto ““diritti *civici*”” “del singolo ad una prestazione positiva dell'autorità”²⁰⁰, richiedono che lo Stato si attivi ed intervenga per far sì che essi trovino davvero attuazione e non restino contenitori privi di contenuto. Essi possiedono quindi una precisa valenza di ordine economico e sociale, oltre che giuridico-legislativo, che richiede un ulteriore passo avanti nell'impegno a sviluppare in senso sociale l'organizzazione legislativa ed economica statale, secondo opportune direttive ed interventi sull'assetto statale. In tal modo, richiedendo una concreta ed articolata attivazione dello Stato per realizzare in misura dignitosa la giustizia sociale, condizione di libertà e di piena realizzazione dell'individuo, essi “costituiscono la premessa indispensabile per assicurare a tutti i cittadini il godimento effettivo delle libertà politiche”²⁰¹.

Il Professore fiorentino scrive questi saggi ben prima che sia avviato il percorso che porterà all'elezione dell'Assemblea costituente e quindi alla stesura della Costituzione²⁰², ma prefigura già con notevole accuratezza il contenuto di quelli che saranno gli artt. 2 e 3 ed in particolare del secondo comma di tale ultimo articolo. La democrazia, per essere definita tale in uno Stato di diritto, deve sì contemplare la realizzazione pratica oltre che la previsione formale delle libertà politiche; ma deve anche garantire questi diritti sociali, in assenza di una concreta attuazione dei quali non c'è spazio per l'attecchimento delle libertà suddette. Il Calamandrei porta l'attenzione su questo concetto, trattando di “democrazia politica” e “democrazia economica”: la seconda essendo necessaria quanto la prima alla piena

¹⁹⁹ CALAMANDREI P., *op. cit.*, XVI-XVII.

²⁰⁰ Ivi, XXXVII.

²⁰¹ Ivi, XXXVIII.

²⁰² In seno all'Assemblea costituente tra i suoi 556 membri sono eletti la Commissione dei settantacinque, incaricata di redigere il progetto della nuova Costituzione italiana, e, nell'ambito di questa, il Comitato di coordinamento, o dei diciotto, con il compito di provvedere alla stesura materiale del progetto ed al coordinamento tra le sue diverse parti; una volta ultimato e sottoposto alla Commissione, il progetto può approdare all'Assemblea. Membro del Comitato di coordinamento, il Calamandrei contribuisce anche materialmente alla stesura del testo della Costituzione (AMBROSINI G., introduzione, *Costituzione italiana*, *op. cit.*, XVI-XVII).

realizzazione della personalità del singolo cittadino e alla sua adesione in comunanza di intenti con i suoi pari all'ordinamento della società organizzata²⁰³.

In relazione a queste riflessioni è opportuno portare in evidenza anche il dibattito, risalente tra i giuristi, se le norme in Costituzione siano tutte dotate di pari normatività ovvero siano da rimarcare differenti gradi di attuabilità tra i diversi articoli, alcuni immediatamente precettivi, altri di pari rilevanza e dignità ma programmatici, poiché forniscono non tanto la soluzione immediata all'esigenza di cui sono espressione quanto l'indicazione dell'obbiettivo verso cui l'azione dello Stato deve orientarsi e tendere²⁰⁴. Questo nella consapevolezza che, per la peculiarità dell'intervento richiesto, per la situazione concreta da cui l'agire statale prende avvio, per l'entità delle risorse necessarie, per gli assetti ordinamentali coinvolti, si possa trattare di un percorso da articolare nel tempo; il Calamandrei aderisce a questo secondo orientamento e a più riprese sostiene questa sua posizione²⁰⁵. Il Giurista mantiene la propria visione rigorosa e coerente nello stimolare i colleghi affinché non sia perso di vista l'obbiettivo della consacrazione dei diritti fondamentali nella nuova Costituzione che va formandosi: tali diritti non devono solamente essere enunciati per iscritto, affermati, riconosciuti nella loro esistenza, altrimenti nulla cambierebbe rispetto al passato. Ai diritti di libertà va data piena e concreta attuazione invece, così nella politica legislativa come nella vita quotidiana di ogni cittadino. Cammino di non semplice e immediata realizzazione²⁰⁶: questo è il motivo per cui nel dibattito che si svolge tra i Costituenti in merito al posizionamento dei diritti in questione all'interno della Carta fondamentale, se nel testo vero e proprio, assumendone così l'esistenza come di realtà imminenti, ovvero se in un preambolo che li contempra come linee-guida di là dall'aver attuazione a breve termine, Calamandrei propende per questa seconda ipotesi²⁰⁷.

²⁰³ CALAMANDREI P., *op. cit.*, XLIV; si veda anche CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, *op. cit.*, 34 ss. In questi riferimenti alla necessità di rendere concretamente operanti i diritti di libertà per la realizzazione della personalità si può cogliere la sintonia dell'Autore con le idee di C. Rosselli (PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, *op. cit.*, 319-320).

²⁰⁴ Vedasi cap. 3 § 1.

²⁰⁵ In particolare, CALAMANDREI P., *Chiarezza nella Costituzione*, *op. cit.*, 479 ss. Trattasi del discorso pronunciato il 4 marzo 1947 nel corso di una delle sedute dell'Assemblea costituente dedicate all'esame del progetto di Costituzione redatto dalla Commissione dei settantacinque [si veda *supra* nota 202]. In senso ancora problematico, come tema che dovrà affrontare la Costituente, cfr. CALAMANDREI P., *Costituente e questione sociale*, *op. cit.*, 180-182; sulla linea tenuta da Calamandrei in merito alla complessa genesi dell'attuale testo costituzionale in relazione a questo tema vedasi PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, *op. cit.*, 322 ss.

²⁰⁶ CALAMANDREI P., *Chiarezza nella Costituzione*, *op. cit.*, 488.

²⁰⁷ Così avviandosi a concludere: "Per questo io ritengo che sia necessario, per debito di lealtà, che queste disposizioni che io vi ho letto [il Calamandrei si riferisce agli artt. 23, 26 e 28 del progetto di Costituzione, stabilizzati poi nel testo definitivo, parzialmente modificati coerentemente con quanto viene argomentando l'Onorevole fiorentino, ai numeri 31, 32 e 34] e altre che via via potranno affiorare nel seguito della discussione, siano collocati in un preambolo con una

Tra gli argomenti a sostegno della propria posizione egli rievoca un diffuso sentimento di “discredito delle leggi” come una consuetudine del recentissimo passato nell’ambito dei rapporti tra i cittadini e le leggi, citandolo quale ulteriore deprecabile lascito del regime fascista²⁰⁸.

Resta fermo il fatto che i diritti di libertà devono essere “costituzionali”, cioè muniti di quella suprema garanzia di intangibilità che li investe nel momento in cui sono inseriti in un testo costituzionale e rigido: un testo cioè che, per subire modifiche, prevede rigorose procedure anch’esse di livello costituzionale, non essendo sufficiente una legge ordinaria a prescriverle ed a realizzarle. Ancor più, sostiene Calamandrei, con ciò anticipando nuovamente quel che avverrà di lì ad alcuni mesi con la formulazione della nostra Carta costituzionale, “si potrebbe pensare che di tutte le norme costituzionali, la cui modificazione fosse riservata alla competenza di speciali organi costituzionali, i diritti di libertà, come quelli che rappresentano la base intangibile d’ogni democrazia, siano considerati come diritti *supercostituzionali*, e come tali debbano essere *rispettati dallo stesso potere costituente e salvaguardati anche contro gli attentati provenienti da esso*”²⁰⁹. Di questa posizione si può trovare riscontro nell’art. 2 per quei diritti dell’uomo definiti “inviolabili” e connaturati all’esistenza stessa della “Repubblica”²¹⁰.

dichiarazione esplicita del loro carattere non attuale, ma preparatore del futuro: in modo che anche l’uomo semplice che leggerà, avverta che non si tratta di concessione di diritti attuali, che si tratta di propositi, di programmi, e che bisogna tutti duramente lavorare per riuscire a far sì che questi programmi si trasformino in realtà” (CALAMANDREI P., *Chiarezza nella Costituzione*, op. cit., 489).

²⁰⁸ CALAMANDREI P., *Chiarezza nella Costituzione*, op. cit., 488: “Gli Italiani hanno sempre avuto assai scarso, ma lo hanno quasi assolutamente perduto dopo il fascismo, il senso della legalità, quel senso che ogni cittadino dovrebbe avere del suo dovere morale, indipendente dalle sanzioni giuridiche, di rispettare la legge, di prenderla sul serio; e questa perdita del senso della legalità è stata determinata dalla slealtà del legislatore fascista, che faceva leggi fittizie, truccate, meramente figurative, colle quali si industriava di far apparir come vero attraverso l’autorità del legislatore ciò che in realtà tutti sapevano che non era vero e non poteva esserlo”. Si coglie la tensione morale dell’uomo e del giurista, preoccupato che la Costituzione, frutto di tante sofferenze, si poggi sulle solide basi della certezza del diritto, che tanto fermamente Calamandrei sostiene. Va d’altronde riconosciuto al Professore fiorentino, unitamente alla fermezza nel sostenere le proprie argomentazioni, la ulteriore qualità di saper mantenere un approccio dialogante, aperto ai contributi di visioni differenti dalla propria, svincolato da rigide prese di posizione aprioristiche così come da sterili contrapposizioni ideologiche; lo sguardo è fisso al comune obiettivo, sempre con un solido approccio pragmatico, guidato dalla propria coscienza e dalla scienza cui ha dedicato la vita. Alla fine dei lavori, accoglie il testo della Costituzione nonostante sia stata respinta l’impostazione che egli ritiene più confacente. Vedasi CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 511 ss. V. anche PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, op. cit., 310 ss. e nota n. 40.

²⁰⁹ CALAMANDREI P., *L’avvenire dei diritti di libertà*, op. cit., LIV; il corsivo è nel testo.

²¹⁰ Si può anche intravedere un riferimento alla vasta questione delle funzioni e dell’operatività delle garanzie costituzionali e della Corte costituzionale stessa; pur esulando dalla presente trattazione, si rilevano la mole di scritti dottrinali, tra i quali i numerosi interventi dello stesso giurista fiorentino.

Con l'acume e l'onestà intellettuale che ne caratterizzano la personalità, Calamandrei non tralascia di affrontare una spinosa questione, che le democrazie costituzionali rischiano di vivere come un'intima contraddizione. Egli riflette sul fatto che, posto che garantire le libertà significa concretamente in particolare tutelare la libertà di esistere delle minoranze, quando poi si tratti di libertà politiche, proteggere i diritti della minoranza equivale a garantire i diritti di quei settori della società che esprimono, solitamente con un certo ventaglio di gradazioni del livello di dissenso, sentimenti critici nei confronti degli assetti vigenti. A questo punto del ragionamento sorge la questione più delicata e problematica: una democrazia, per essere davvero tale, deve assicurare alla minoranza il diritto politico di adoperarsi con mezzi democratici per divenire maggioranza e riuscire così a mettere in atto la propria visione; ma che fare se, come ipotesi limite di speculazione scientifica ma pur sempre legittima e, per quanto paradossale e poco probabile, comunque possibile sul piano della realtà, tale visione consistesse addirittura nell'obiettivo dichiarato, una volta ottenuta la maggioranza dei consensi, di voler sovvertire lo stesso assetto democratico esistente? A questo interrogativo critico, che tratteggia quella che è definita la "libertà suicida"²¹¹ della democrazia, il Giurista offre la propria risposta. Egli procede inquadrando la situazione comunque all'interno dell'ordinamento democratico e dei suoi principi fondanti, senza proporre soluzioni categoriche ed astrattamente ispirate a personali convinzioni, magari condivisibili, ma di non agevole applicazione pratica nell'ordinamento giuridico. Conseguentemente al rispetto di tale coerenza di visione e di analisi, non senza aver lasciato percepire che la risposta al paradosso è frutto di profondi interrogativi sulla congruità delle proprie argomentazioni, Calamandrei osserva come l'unico limite che deve essere rispettato da tutti i soggetti presenti nella società, nell'agire ciascuno per i propri scopi, è quello dato dal rispetto delle regole fondamentali poste dalla Carta costituzionale. Nel caso dei partiti politici si fa riferimento quindi all'art. 49 Cost: "bisognerà limitarsi [...] a richiedere che essi rispettino, nel condurre la lotta per la conquista del potere, i mezzi propri del metodo democratico: e per il resto lasciar la risposta alla storia"²¹². Questa conclusione pare equivalga a segnare una linea di demarcazione, ove la responsabilità della risposta alla questione iniziale deve essere ascritta non tanto al diritto, che

²¹¹ CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, op. cit., XLIX.

²¹² CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, op. cit., LII-LIII.

nella propria veste svolge il proprio compito di porre limiti al potere, quanto alla politica, che si deve assumere la responsabilità di scelte anche e soprattutto di così profonda portata²¹³.

Riprendendo e ricollegandosi alla questione della tutela costituzionale dei diritti, Calamandrei osserva come le stesse prescrizioni dei diritti fondamentali di libertà rischino di apparire utopiche, se non accompagnate da adeguate garanzie sul piano pratico: se nemmeno in sede costituente l'ordinamento statale ha il potere di violare i confini stabiliti dai diritti di libertà, significa che è auspicabile prevedere non solo un sistema di garanzie interno all'ordinamento, ma probabilmente anche l'istituzione di un qualche ente sovrastatale che tuteli l'esistenza dei diritti fondamentali contro ogni tentativo di menomazione e sia in grado di comminare le necessarie sanzioni. Ad utopia si viene ad aggiungere utopia, forse, è la considerazione del Giurista fiorentino, che tuttavia con rinnovato slancio apre all'idea "che, attraverso un accordo internazionale di tutti gli stati, la garanzia *scambievole* dei diritti di libertà sia sottratta al potere dei singoli stati e sia affidata al controllo internazionale di una federazione superiore agli stati"²¹⁴. Quella che potrebbe apparire come una visione utopistica è in realtà ancora una volta anticipatrice degli sviluppi giuridici e politici futuri²¹⁵, a testimonianza che Calamandrei possiede una visione del diritto piena, estesa, globale, sia per quanto riguarda le evidenti connessioni interdisciplinari in particolare con gli ambiti storico, economico, politico, sociologico, sia per la prospettiva sovranazionale e di respiro internazionale. Si valuta appropriato concludere con un concetto quanto mai lungimirante e purtroppo ancora ai nostri giorni particolarmente sentito: il Giurista afferma come vada "giuridicamente organizzata" la "interdipendenza" dei popoli", riconoscendo che "il rispetto della persona umana [...] non è un'esigenza di ordine individuale, e neanche una questione di politica interna [...] ma è condizione indivisibile per il mantenimento della pace tra i popoli, e quindi per la salvezza della intera società umana"²¹⁶. Tale affermazione non delinea semplicemente un auspicio,

²¹³ CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, op. cit., 553, 575 ss.: "La nostra Costituzione ammette un sindacato di legalità sul *metodo* con cui i partiti conducono la lotta politica nei confronti degli altri partiti, non sulle *finalità programmatiche* di ciascuno di essi"; cfr. PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali*, op. cit., 310.

²¹⁴ CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, op. cit., LV.

²¹⁵ Si consideri come esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (UDHR, *Universal Declaration of Human Rights*), adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948 con la risoluzione 219077A.

²¹⁶ CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, op. cit., LVI. Sembra si possa rinvenire un collegamento con quanto sostenuto da Kant ne *Per la pace perpetua*: "Lo stato di pace deve dunque essere *istituito*, poiché la mancanza di ostilità non significa ancora sicurezza, e se questa non è garantita da un vicino ad un altro (il che può aver luogo unicamente in uno stato *legale*), questi può trattare come nemico quello a cui tale garanzia abbia richiesto invano". Prosegue quindi l'argomentazione: "Il postulato che sta a fondamento di tutti gli articoli che seguono, è dunque questo: tutti gli uomini che possono reciprocamente agire gli uni sugli altri devono entrare a far parte di una qualche costituzione civile". Tale

espressione di un comprensibile afflato umanistico, considerato il periodo storico di cui è frutto, e tuttavia privo di concretezza e di solidità, ma costituisce invece una convinzione profonda, radicata nella formazione culturale del Giurista e consolidata a seguito delle riflessioni scaturite dai tragici eventi storici ed effetti giuridici frutto della dittatura e della guerra, nella consapevolezza della necessità di una ricostruzione materiale, spirituale e istituzionale di popoli e Stati dell'intero continente europeo che allontani la possibilità del ripetersi di simili barbarie. La tensione morale di Calamandrei acquista concretezza con la redazione di due testi, in cui emerge la lungimiranza delle riflessioni di Calamandrei e la sua dedizione alle cause della democrazia, della legalità e della libertà.

Il primo scritto, *La convocazione dell'Assemblea costituente europea*²¹⁷, consiste nella relazione che il giurista e deputato fiorentino tiene in occasione del II Congresso internazionale dell'“Unione europea dei federalisti”, svoltosi a Roma tra il 7 e l'11 novembre 1948. L'intervento prende inizio dalla premessa della volontà di un gruppo di Stati democratici europei di collaborare per costituire la Federazione europea, ovvero gli Stati Uniti d'Europa, per svilupparsi successivamente e “passare alla fase *tecnico-giuridica*”, vale a dire all'individuare “i procedimenti e i metodi pratici” per “arrivare praticamente, senza soluzione di continuità giuridica, alla costituzione legale di questa Federazione”²¹⁸.

Il secondo testo cui si fa riferimento ha un respiro ancor più largo, come rivela il titolo stesso: *Disegno preliminare di costituzione mondiale: presentazione ai lettori italiani*²¹⁹. Allora come oggi è concreta la possibilità che tale lavoro sia tacciato di esprimere una posizione utopistica ed accolto nella migliore delle ipotesi con benevola accondiscendenza. Allora come oggi, d'altra parte, non si può che concordare con il rilievo mosso dal Giurista agli scettici ed

costituzione si sviluppa in modo da essere conforme al diritto pubblico degli uomini in quanto popolo di uno Stato, al diritto internazionale degli Stati in rapporto tra loro e al diritto cosmopolitico, in quanto uomini e Stati “devono venire considerati cittadini di uno Stato umano universale” (KANT I., *Per la pace perpetua*, op. cit., 175 ss.).

²¹⁷ In CALAMANDREI P., *La convocazione dell'Assemblea costituente europea*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 249 ss.

²¹⁸ CALAMANDREI P., *La convocazione dell'Assemblea costituente europea*, op. cit., 249-250; si veda anche COLOMBO A., *Alla testa del “Ponte”*, op. cit., 544 ss.: ove è sottolineato che il Giurista ha sempre rivolto lo sguardo ai “collegamenti fondamentali fra il processo di trasformazione delle nostre strutture giuridiche, economiche, politiche e il più ampio quadro dei rapporti sovranazionali e mondiali”.

²¹⁹ Si veda CALAMANDREI P., *Disegno preliminare di costituzione mondiale: presentazione ai lettori italiani*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 270 ss. Il testo originale in inglese, *Preliminary Draft of a World Constitution*, redatto, su impulso del Professore Giuseppe Antonio Borgese, da un comitato di giuristi, economisti, filosofi ed educatori, fu pubblicato nel 1949 nella rivista della American Bar Association; il Calamandrei provvide a scriverne la presentazione per la traduzione italiana, pubblicata nello stesso anno, che comprende anche una “premesse” di Thomas Mann. Il riferimento è al volume *Disegno preliminare di Costituzione mondiale*, Mondadori, Verona, 1949.

alle loro potenziali critiche: “Oggi l’Europa, per quanto disunita, è più piccola di quanto fosse un secolo fa l’Italia, o mille anni fa la Toscana. Il mondo si è contratto sotto i nostri occhi [...]: e quando in qualche parte di esso scoppia un conflitto, ogni popolo è costretto ormai ad accorgersi che la guerra è lì, alle sue porte. La casa è così angusta, che non è più possibile accendere il fuoco in una stanza senza che tutta la casa s’incendi”²²⁰. Respinta così l’eventuale contestazione in merito allo scopo di un tale progetto, Calamandrei procede a rintuzzare anche gli attacchi di chi potrebbe ritenere non adatta al raggiungimento dell’obiettivo la struttura dello scritto, improntata ad una precisa analisi giuridica e ad una concreta pianificazione di strutture e procedure volte alla realizzazione di un ordinamento totalmente nuovo e di portata globale quale la “Federazione mondiale”. Quello che Calamandrei esprime è ancora una volta una appassionata ed argomentata rivendicazione del ruolo più alto e più efficace del diritto nel dare forma ai principi democratici: “anche le idee appartengono alla realtà”. Sostiene infatti che “anche la preparazione dei piani a tavolino e i calcoli anticipati dei giuristi possono avere, nella storia, il loro valore pratico: anch’essi possono essere, in certi momenti, una forza storica che, ragionando per via di ipotesi su una realtà ancora in divenire, concorre a dirigerla e a plasmarla secondo le previsioni”²²¹. Proprio in virtù delle sue argomentazioni e dei suoi passaggi tecnici, lo scritto assume così il valore “pratico” e “pedagogico” affermato da Calamandrei. È possibile dimostrare cioè che, anche di fronte ad una situazione apparentemente soverchiante le risorse a disposizione per fronteggiarla, se realmente sussiste l’intenzione di risolverla, il diritto fornisce solidi strumenti per affrontarla e con essa per affrontare qualunque dilemma, scomponendolo nei suoi elementi costitutivi e ricomponendolo secondo la giusta prospettiva in funzione dello scopo da perseguire; considerato poi che tanto più si rafforza l’intenzione di risolvere il dilemma, quanto è maggiore la consapevolezza di essere in possesso degli strumenti per poterlo fare.²²² In Cappelletti si legge che Calamandrei “si è fatto così precursore e animatore anche di quella

²²⁰ CALAMANDREI P., *Disegno preliminare di costituzione mondiale*, op. cit., 270-271.

²²¹ CALAMANDREI P., *Disegno preliminare di costituzione mondiale*, op. cit., 271-272. Segue nel testo una metafora particolarmente immaginifica: “Nessuno può frenare la lava che trabocca dal cratere: ma se nelle pendici della montagna gli uomini hanno scavato un varco, è probabile che il fiume incandescente si incanalerà per quella apertura”.

²²² “Per avvicinare e facilitare la soluzione delle più complicate e scottanti questioni politiche, non so pensare sistema più efficace di quello consistente nel tentar di tradurle in formule giuridiche: che vuol dire liberarle dalla confusione dei sentimenti, dagli equivoci dei pregiudizi, dagli impacci dei dissensi approssimativi e generici” (CALAMANDREI P., *Disegno preliminare di costituzione mondiale*, op. cit., 272).

dimensione soprannazionale e metastatuale e, come ideale punto d'arrivo, universale, del diritto".²²³

²²³ Nonché “degli studi e della politica del diritto, che dopo la sua morte era destinata a trovare manifestazioni concrete soprattutto nel diritto comunitario, ma anche, al di là di questo, nel diritto espresso ad esempio dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e da altri testi transnazionali, specie nell'attuazione giurisprudenziale di nuovissimi organi giudiziari come la Corte europea e quella interamericana dei diritti dell'uomo” (CAPPELLETTI M., *La “politica del diritto” di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, 266-267).

Capitolo 3

LA COSTITUZIONE ITALIANA E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

3.1 Osservazioni d'insieme

Quanto esposto nei capitoli precedenti costituisce un punto di riferimento per condurre le argomentazioni della presente parte della ricerca. Si considera in primo luogo che le considerazioni che accompagnano la visione panoramica del principio di legalità e degli altri concetti fondamentali che reggono un ordinamento democratico trovano necessariamente rispondenza nella Carta costituzionale italiana, quale scrigno che racchiude le regole fondamentali del nostro specifico ordinamento, orientato fermamente in senso democratico. A tenere lontano ogni fraintendimento ciò è affermato fin dal suo primo presentarsi: infatti, già nel primo articolo è scandito che “l’Italia è una Repubblica democratica”. In quanto Carta fondamentale del nostro ordinamento, dalla Costituzione non è corretto prescindere, se l’intenzione sia quella di condurre una analisi adeguatamente coerente all’intero sistema. Di conseguenza, essa costituisce il principale riferimento utile per affrontare la ricerca della presenza del principio di legalità. Questa riflessione è confermata e rafforzata dal fatto che la Carta costituzionale italiana è caratterizzata tra l’altro dall’essere una Costituzione rigida: ciò comporta che, all’interno del sistema delle fonti del diritto, essa prevalga e si imponga sulle leggi ordinarie, che non possono apportarle modifiche, e costituisca invece il vertice dell’intera struttura statale²²⁴. In secondo luogo, trovano riscontro le riflessioni maturate da Piero Calamandrei in particolare nel corso degli anni posti tra la conclusione della Seconda guerra mondiale e il 1956, anno della morte del Giurista e della prima sentenza della Corte costituzionale.

²²⁴ Vedasi, tra gli innumerevoli Autori che hanno trattato il tema, PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 154 ss.; CRISAFULLI V., *Lezioni*, op. cit., vol. I, 135 e vol. II, 63, rispettivamente sulla Costituzione dal punto di vista della sua genesi storica e come fonte del diritto; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1958, 601 ss. sui principi costituzionali in particolare; CARLASSARE L., *Legalità*, op. cit., 4 ss.; FALCON G., *Istituzioni di diritto pubblico*, WKI, Milano, 2021, 153 sulla nascita della Costituzione e 265 sulla Costituzione come atto normativo; SORRENTINO F., op. cit., 20; ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge*, Einaudi, Milano, 2009, 230; CATELANI A., op. cit., 53.

Nell'accostarsi quindi all'indagine sulla connessione tra il principio di legalità e la Costituzione italiana, un elemento di fatto appare incontrovertibile: in nessun punto degli articoli che la compongono compare nei suoi precisi termini letterali l'espressione "principio di legalità". Da questo dato fattuale sono scaturite differenti interpretazioni, di fondo tutte aventi ad oggetto la polarizzazione che vede da una parte il riconoscimento della presenza, declinata in varie sfumature, di tale principio all'interno della Carta e dall'altra la negazione di tale esistenza oppure il ridimensionamento del valore della legalità, riconosciuta solo nella sua declinazione formale. A questo proposito, per inserire in un contesto appropriato queste divergenti visioni, è opportuno introdurre il più vasto e complesso argomento che ruota attorno alla contrapposizione tra le due concezioni di Costituzione in senso formale ed in senso materiale²²⁵. La prima nozione intende prendere a riferimento la Costituzione scritta e le disposizioni in essa contenute; la seconda teoria allarga lo sguardo a ricomprendere non solo il testo normativo ma anche i suoi principi di fondo. Al proprio interno la concezione materiale riporta una suddivisione di secondo livello tra tesi descrittive, che considerano contenuto tipico della Costituzione in senso più largo i principi generali che la informano, e concezione prescrittiva o normativa, che invece mette in evidenza in senso più ristretto il carattere di "norma fondamentale" e generativa, cui devono considerarsi riconducibili tutte le altre norme. Anche quest'ultima nozione è aperta a specificazioni: si trovano dunque in opposizione le tesi da un lato di chi considera la Costituzione materiale in senso precettivo, rapportata al puro ambito giuridico (Kelsen)²²⁶, come insieme di norme gerarchicamente ordinate a partire dalla Costituzione, che rappresenta il vertice dell'ordinamento, dall'altro di quanti (Schmitt, Mortati²²⁷, Crisafulli) ne hanno invece una visione orientata in termini politologici, più ampi, con differenti visioni dottrinali.

²²⁵ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 19.

²²⁶ KELSEN H., *Dottrina generale dello Stato*, op. cit., 562 ss.: nel concetto di "costituzione" (*Konstitution*) l'Autore individua un senso logico-giuridico, del fatto che "venga costituito l'ordinamento giuridico del singolo Stato, la fondazione della sua unità", come norma fondamentale presupposta, distinto dal senso giuridico-positivo, che interviene successivamente nella articolazione gerarchica delle norme "poste". Con l'espressione "Costituzione in senso materiale" si individuano le norme relative ai poteri supremi e al rapporto tra cittadini e Stato e con "Costituzione in senso formale" "si distingue tra leggi ordinarie e leggi che possono essere approvate o modificate soltanto con un procedimento aggravato rispetto alle prime" (KELSEN H., *op. cit.*, 571).

²²⁷ Si riportano le definizioni elaborate da Mortati a tre termini cardine delle riflessioni qui presentate: "costituzione" è "ciò che esprime l'essenza di un ente"; "formale" è da intendersi l'attributo di una "eventuale legge che precede e condiziona le altre"; "materiale" è invece "il principio che non può mancare mai, come corpo sociale raccolto in una serie di concezioni e fini comuni", ovvero quell'entità giuridica che sorge se si considerano "le forze politiche dominanti ordinate attorno ad uno scopo, cioè a valori politici ritenuti fondamentali". L'Autore inoltre puntualizza che "non si tratta

A questi differenti punti di vista dottrinali si affianca un ulteriore tema, che parimenti genera confronti su interpretazioni di carattere opposto, e che costituisce un passaggio fondamentale della riflessione sul principio di legalità e sulla sua incidenza nell'ordinamento. La discussione riguarda la diversa caratterizzazione e valenza normativa della Carta costituzionale italiana e delle sue disposizioni. Per alcuni si tratta di norme immediatamente applicabili, di regole vigenti fin dall'entrata in vigore della Carta stessa, e che quindi permettono di attribuirle una valenza prescrittiva²²⁸; per altri l'insieme degli articoli della Costituzione ha un valore sì nel complesso di organizzazione e di indirizzo, ma ancora di per sé di non immediata attuabilità, ciò comportando quindi la considerazione dei precetti costituzionali in una visione programmatica²²⁹.

In quella che Piero Calamandrei definisce “battaglia per l’attuazione della Costituzione”²³⁰, che trova avvio fin dai momenti immediatamente successivi all’entrata in vigore della Carta fondamentale, un ruolo di estremo rilievo assume la Sent. Cass. Sez. un. pen. del 7 febbraio

di indagine sociologica ma giuridica, per far cogliere la integralità delle manifestazioni dello Stato, che non si esauriscono nella serie di norme”. (MORTATIC., *op. cit.*, 51 ss.).

²²⁸ PALADIN L., *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, *op. cit.*, 151 ss.; ID., *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, 156 e ss.; BARTOLE S., BIN R., *Commentario*, *op. cit.*, 7.

²²⁹ Si citano Giuristi come Orlando, il quale, diffidente nei confronti della pretesa della Costituzione di porsi come norma suprema e ravvisando una origine politica della Carta, respingeva quella che riteneva l’affermazione della supremazia della politica sul diritto, e Ranalletti. Per quest’ultimo la Costituzione consisterebbe in una “legge di organizzazione fondamentale dello Stato”, per mezzo della quale esso attua un processo di autolimitazione del proprio principio di sovranità; i diritti dei cittadini sono contemplati solo come risultato di questo processo (cfr. FIORAVANTI M., *L’attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale*, relazione al convegno *La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo, 28-29 ottobre 2005; nella bibliografia è riportato per esteso il sito ove si trova il documento).

Calamandrei richiama più volte il termine “programmatiche” in relazione alle norme della Carta costituzionale; tuttavia, esso va inteso in senso affatto differente rispetto alle posizioni di cui sopra. V. ad esempio CALAMANDREI P., *Chiarezza nella Costituzione*, estratto del Discorso alla Camera dei deputati del 4 marzo 1947, a cura della Tipografia della Camera dei Deputati, 1947, in *Opere giuridiche, vol. X, Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019, 479 ss. Vedasi anche ID., *Discorso sulla Costituzione agli studenti di Milano* del 26 gennaio 1955 (documento rinvenuto nel sito www.professionegiustizia.it; per l’indirizzo web completo si rinvia alla bibliografia): “la nostra Costituzione [...] in parte è una realtà; in parte è ancora un programma, un ideale, una speranza, un lavoro da compiere”; ID., *Intervento all’Assemblea costituente 4 marzo 1947 seduta pomeridiana*, documento rinvenuto per esteso anch’esso nel sito sopra citato. Nel testo da ultimo citato Calamandrei riporta “la questione del preambolo, già sorta davanti alla Commissione dei settantacinque. Voi sapete che nella nostra Costituzione, ad articoli che consacrano veri e propri diritti azionabili [...] si trova commista una quantità di altre disposizioni vaghe, che si annidano specialmente fra l’articolo 23 e l’articolo 44 (rapporti etico-sociali e rapporti economici), le quali non sono vere e proprie norme giuridiche nel senso preciso e pratico della parola, ma sono precetti morali, definizioni, velleità, programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari sermoni: che tutti sono camuffati da norme giuridiche, ma norme giuridiche non sono”. Emergono in queste osservazioni tutto il disappunto e la contrarietà del Giurista nei confronti dell’inserimento nel testo della Carta, e non in un apposito “preambolo” come proposto per l’appunto, di articoli ritenuti eccessivamente vaghi, poco definiti rispetto a indicazioni da affidare al legislatore per dare concretezza ai diritti ivi affermati, soprattutto ai diritti sociali. Si riporta una osservazione di Zagrebelsky, che può contribuire a fornire un altro punto di vista per il momento attuale su questo tema: “I principi, in breve, dicono, da un lato, da quale passato si proviene, in quali linee di continuità il diritto costituzionale attuale vuole essere immerso; dall’altro, dicono verso quale futuro la Costituzione è aperta. I principi sono, al tempo stesso, fattori di conservazione e di innovazione” (ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge*, *op. cit.*, 237).

²³⁰ CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, *op. cit.*, 524.

1948: vi è presentata infatti per la prima volta la distinzione tra norme programmatiche o direttive e norme precettive. Le prime “non contengono né per i singoli un precetto cogente né per il legislatore un invito a legiferare, ma solo principi direttivi sui quali dovrà orientarsi, se e quando il legislatore lo riterrà conveniente, la legislazione ordinaria”. Le seconde sono ulteriormente ripartite in “norme ad applicazione immediata”, “che entrano immediatamente in vigore anche nei confronti dei singoli”, producendo sulle leggi ordinarie in contrasto con esse il duplice effetto di impedire che ne possano essere emanate di nuove e di abrogare o modificare quelle prodotte in precedenza e vigenti, e in “norme ad applicazione differita”, “che impediscono l’emanazione di leggi ordinarie in contrasto”, ma che, per entrare in vigore nei confronti dei singoli cittadini, richiedono leggi di attuazione da parte del legislatore ordinario²³¹. Le divergenze dottrinali in merito alle tre categorie di norme costituzionali così individuate dalla Corte di Cassazione, sottolinea Calamandrei, si concentrano in particolare su due questioni: la prima riguarda la necessità che anche alle norme ad applicazione differita, come riconosciuto a quelle ad applicazione immediata, sia attribuita la capacità di abrogare le leggi anteriori contrastanti con il loro contenuto; la seconda si riferisce alle norme programmatiche e al fatto che si richiede l’affermazione della loro natura di principi generali già “parte dell’ordinamento giuridico e già fin d’ora atti a servire da limiti per l’attività discrezionale amministrativa e da criteri per l’interpretazione giudiziaria”, riconoscendole quindi come operanti nel sistema del principio di legalità dell’intero ordinamento italiano. Queste definizioni individuate da correnti dottrinali principali si articolano in ulteriori distinguo e vedono aggiungersi ulteriori riflessioni, come quelle di chi (Jannitti-Piromallo, annota il Calamandrei) considera tutte le norme costituzionali come precettive, ma ugualmente tutte da accompagnare verso la loro concreta possibilità di attuazione da parte di leggi ordinarie.

Una considerazione di Calamandrei offre la chiave esplicativa sul piano concreto per le discussioni in cui si inoltra la dottrina: alla conclusione dei lavori dell’Assemblea costituente, cui il giurista fiorentino partecipa con ruolo di rilievo in quanto membro del Comitato di coordinamento²³², le norme costituzionali più complete riguardano gli organi legislativi ed il

²³¹ CALAMANDREI P., *op. cit.*, 524-525. A ciò si ricollega anche il rilievo di come tale considerazione valga sia per i principi espressi, sia per quelli impliciti, come il principio di legalità.

²³² Organo costituito in seno all’Assemblea costituente e incaricato di redigere il progetto definitivo della Costituzione; v. cap. 2 § 3 alla nota 202.

Governo, elementi essenziali per la vita dello Stato e proprio per il completamento del lavoro compiuto dall'Assemblea stessa. Resta in vigore quindi per il momento la legislazione precedente, come sembra confermare la presenza nel testo costituzionale del gruppo di "disposizioni transitorie", che "davano minuziose prescrizioni per il successivo graduale adeguamento delle vecchie leggi alla nuova forma di governo"²³³. Un ulteriore punto saliente è dato dalla questione relativa alla Corte costituzionale, organo supremo previsto per sindacare la coerenza della legislazione ordinaria con la Carta appena emanata, e tuttavia organo solamente abbozzato, il cui completamento è demandato anche al legislatore ordinario: il quale si ritrova a dover "creare l'organo che dovrebbe vigilare sull'adempimento" del suo obbligo di portare a compimento la Costituzione²³⁴. Nel frattempo, è la Magistratura, interpretando estensivamente l'art. VII comma 2 disp. trans., ad assumere il sindacato di legittimità costituzionale, nell'ambito però del ruolo suo proprio e quindi solo con validità caso per caso delle sentenze e della eventuale disapplicazione delle leggi ritenute illegittime. Al di là di questo punto si manifesta invece un diffuso atteggiamento di prudenza e di attesa di disposizioni legislative, come già emerge dalla citata sentenza della C. Cass., nonché di estensione del numero delle norme considerate programmatiche. D'altra parte, vi è chi ritiene che si potrebbero riconoscere nei principi definiti programmatici dei "principi generali già entrati a far parte del nostro diritto positivo", "il carattere precettivo di certe norme costituzionali" e "l'abrogazione implicita delle vecchie leggi fasciste con esse incompatibili"²³⁵.

La via di uscita dalla complessa situazione descritta, che potrebbe presentare i caratteri di una *empasse* ai più alti livelli dell'ordinamento, è fornita proprio dalla Corte costituzionale con la sua prima sentenza del 14 giugno 1956²³⁶, cui Calamandrei assiste in qualità di difensore di uno degli accusati²³⁷. La Corte procede individuando e affrontando due ordini di questioni:

²³³ CALAMANDREI P., *op. cit.*, 519-520. L'ordinamento risultante è definito da Calamandrei "curioso", "di stile si potrebbe dire composito".

²³⁴ Il riferimento è all'art. 137 secondo comma Cost.: "Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte".

²³⁵ Cfr. CALAMANDREI P., *op. cit.*, 524-525.

²³⁶ Sent. C. Cost. 1/1956, reperibile nel sito web della Corte costituzionale all'indirizzo www.cortecostituzionale.it (per l'indirizzo completo si rinvia alla bibliografia).

²³⁷ Il percorso che porta alla prima sentenza della Corte costituzionale nel 1956 trae origine da trenta ordinanze di rimessione, sollevate tra il 1955 e il 1956 da Pretori, Tribunali, Corti di Appello e da una Corte di Assise dell'intero territorio nazionale, aventi ad oggetto la questione di illegittimità rispetto all'art. 21 Cost. dell'art. 113 T.U. delle leggi di P.S., che prescrive l'autorizzazione di P.S. per la diffusione in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, di scritti o disegni. Gli imputati, accusati di aver diffuso materiale senza la prescritta autorizzazione o in violazione ad un divieto, sono difesi da personalità quali Vezio Crisafulli, Costantino Mortati, Massimo Severo Giannini, Giuliano Vassalli e per

preliminarmente quella sulla propria competenza a giudicare una legge emanata anteriormente all'entrata in vigore della Carta costituzionale; successivamente la questione di illegittimità costituzionale dell'art 113 T.U.L.P.S. in esame, per incompatibilità con l'art.21 Cost., delle cui norme viene in rilievo la questione se siano precettive o programmatiche.

Anzitutto la Corte afferma la propria competenza anche su leggi anteriori alla Costituzione e ciò per due ordini di ragioni: da un punto di vista testuale, poiché l'art. 134 Cost. e l'art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948 fanno riferimento a “questioni di legittimità costituzionale delle leggi”, senza distinzioni temporali. Da un punto di vista logico, “è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali”²³⁸. La Corte stabilisce quindi di poter sindacare tutte le leggi, non solo quelle emanate dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ma anche quelle già vigenti. Il criterio gerarchico scalza il criterio cronologico, essendo la Costituzione italiana rigida. Ponendo un punto fermo, che risolve la situazione di incertezza, viene stabilito che “il contrasto tra legge ordinaria e legge costituzionale è sempre un caso di illegittimità costituzionale”, e non di abrogazione per incompatibilità, da mantenere nella sfera di competenza dell'autorità giudiziaria²³⁹.

Per inciso, la Corte dedica poche righe alla questione, che “non occorre fermarsi ad esaminare”, se per le leggi anteriori si possa prendere in considerazione la possibilità di una abrogazione, “da risolvere alla stregua dei principi generali fermati nell'art. 15 delle Disp. prel. al Cod. civ.”. “I due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto [...] e i requisiti richiesti sono assai più limitati”²⁴⁰. Calamandrei osserva come dalla Corte emerga la seguente riflessione: abrogazione per incompatibilità e illegittimità costituzionale “sono lo stesso

l'appunto Piero Calamandrei; inoltre “è di rilievo rammentare che le prime due ordinanze del pretore di Prato del 27 dicembre 1955, un paio di settimane dopo che la Corte aveva iniziato i suoi lavori, vennero sollevate da un giovane magistrato, al suo primo incarico, che si chiamava Antonino Caponnetto, quel grande uomo che poi avrebbe dedicato una vita intera alla lotta alla mafia” (GRASSO G., *La sentenza n.1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Osservatorio costituzionale*, rivista quadrimestrale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Fasc. 1/2017, 2 gennaio 2017, in www.osservatorioaic.it. L'indirizzo specifico del sito web è riportato nella bibliografia).

²³⁸ Sent. 1/1956, cit.

²³⁹ CALAMANDREI P., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, pubblicato in *Rivista di Diritto processuale*, a.XI, parte II, 146-160; riportato in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, 658-659.

²⁴⁰ Sent. 1/1956, cit.

fenomeno visto da due diversi punti d'osservazione": ciò che "il giudice ordinario vede come abrogazione per incompatibilità, appare, quando sia guardato dalla Corte costituzionale, come un caso di illegittimità costituzionale su cui soltanto essa Corte è competente"²⁴¹. La differenza dirimente che fa orientare ad attribuire la competenza alla Corte è che soltanto essa decide con efficacia *erga omnes*: "il giudizio sulla compatibilità deve essere dato una volta per sempre e una volta per tutti dalla Corte costituzionale, garante suprema della certezza della Costituzione"²⁴².

Affrontata e risolta in senso affermativo la questione della propria competenza, la Corte passa ad esaminare la questione dell'illegittimità costituzionale. In relazione a questo aspetto, la Corte rileva come le discussioni si siano concentrate principalmente sul punto se le disposizioni dell'art. 21 Cost. "fossero da ritenere precettive di immediata attuazione o programmatiche". Essa prosegue argomentando che "la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche". A maggior ragione ciò è valido, se si osserva che nel gruppo delle norme programmatiche "sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici [...], a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione"²⁴³.

Paladin rileva che le obiezioni in merito alla questione, che alcune norme della Costituzione sarebbero da considerarsi mere direttive e che quindi non riceverebbero un pieno riconoscimento giuridico, subiscono dalla sentenza da ultimo esaminata una confutazione decisiva sotto tre diversi aspetti. Anzitutto è invalida ogni legge ordinaria che contrasti con tutte le norme costituzionali, anche "nel senso di ostacolare o di allontanare l'attuazione dei loro "programmi"". In secondo luogo, il Giurista considera che le norme costituzionali tutte

²⁴¹ CALAMANDREI P., *op. cit.*, 663.

²⁴² Ivi, 663-665.

²⁴³ Sent. 1/1956, cit.

sono criteri di interpretazione per la legislazione vigente. Infine, soccorre l'osservazione che “una volta attuate le singole parti della Carta costituzionale [...], al legislatore ordinario è interdetto – sotto pena di annullamento delle leggi che non ne tenessero conto – retrocedere lungo la strada già percorsa, rendendo nuovamente inapplicabili le norme già rese operative; sicché la Costituzione e la legislazione ordinaria attuativa di essa finiscono per “fare corpo”, sorreggendosi e presupponendosi a vicenda”. Certo esistono norme c.d. programmatiche, relative a contenuti costituzionalmente affermati da realizzare nel tempo attraverso la legge ordinaria; ciò non toglie tuttavia il carattere normativo a tali precetti, che si esprime anche nel senso sopra illustrato²⁴⁴. Opinione concorde, quantomeno sul piano ideale, si rinviene tanto in Mortati²⁴⁵, quanto in Crisafulli²⁴⁶. La divergenza si manifesta nel momento in cui si passa al piano dell'attuazione dei principi: destinatari delle norme costituzionali sono reputati quasi esclusivamente i pubblici poteri, il potere legislativo in particolare²⁴⁷. Come rileva Fioravanti, con la sentenza del 14 giugno 1956 “sembrarono cadere di colpo e nello stesso tempo i due pilastri su cui si erano fino a quel momento rette le tesi che avevano negato piena normatività alla Costituzione, ovvero l'impossibilità di sanzionare direttamente l'incostituzionalità delle norme previgenti, e la natura non immediatamente precettiva di molte norme costituzionali, e principalmente delle norme di principio”. Da questo momento si apre la strada all'idea che “la Costituzione è ora un atto normativo direttamente applicabile” “nella interpretazione del diritto, nella concreta disciplina dei rapporti sociali, e dunque presso i giudici, nell'esercizio della funzione giurisdizionale”²⁴⁸.

A concludere questa parte introduttiva della riflessione sul tema della presenza del principio di legalità nella Costituzione italiana, un ulteriore elemento è costituito dal punto fermo posto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che rileva come il vizio di illegittimità costituzionale di una norma possa essere rinvenuto non solo per un diretto contrasto della stessa nei confronti di una specifica disposizione costituzionale, ma anche per una

²⁴⁴ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 157-158

²⁴⁵ Cfr. MORTATI C., op. cit., 602.

²⁴⁶ Sulla questione Crisafulli, dopo aver considerato che “l'imprecisione o la varietà della terminologia adottata dagli interpreti accresce le incertezze, o determina essa stessa delle difficoltà e delle divergenze”, argomenta che la contrapposizione tra “norme programmatiche” e “norme immediatamente precettive” è posta in modo improprio, “tutte le norme essendo precettive, ed anzi “immediatamente precettive””, “ma le une nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico statale complessivo”, “le altre invece, soltanto nei confronti degli organi statali e quanto meno del legislatore” (CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 36 ss.).

²⁴⁷ FIORAVANTI M., *L'attuazione della Costituzione*, op. cit.

²⁴⁸ *Ibidem*.

opposizione verso principi ricavati dalla interpretazione integrata di due o più disposizioni espresse²⁴⁹. Esistono quindi principi di cui può dedursi l'esistenza a partire da altre disposizioni esplicite, connesse e coordinate nei loro elementi costitutivi; pur riscontrandosi opinioni contrastanti in dottrina²⁵⁰, si osserva come il principio di legalità rientri a pieno titolo tra questi.

²⁴⁹ Vedasi, tra le altre, la Sent. 17 febbraio 1969 n. 15, in *Giur. Cost.*, 1969, 90.

²⁵⁰ Si veda § 3 del presente capitolo.

3.2 Gli articoli della Costituzione italiana che fondano il principio di legalità

Come anticipato in precedenza, il dato certo più evidente è costituito dal fatto che in nessun articolo della nostra Carta costituzionale compare l'espressione "principio di legalità"; eppure, assodato questo dato testuale, una rapida panoramica consente di poter valutare come il sistema giuridico italiano fondato sulla Costituzione risulti essere permeato dal concetto di cui si tratta. A supporto di tale tesi si pongono una considerevole concordanza di opinioni in dottrina e conferme dalla giurisprudenza²⁵¹. Si potrebbe anzi considerare come proprio l'assenza di una puntuale citazione del principio di legalità appaia indicare che esso non sia solo attribuito ed attribuibile a più ambiti, ma permei del suo più forte significato l'intero ordinamento, così come delineato dal testo costituzionale. Data la pluralità dei riferimenti costituzionali e dei corrispondenti contributi elaborati dalla dottrina, se ne presenta una panoramica che fornisce una visione d'insieme, cogliendo al contempo gli spunti e gli indizi particolari legati a disposizioni puntuali, su cui è ancorata la ricerca.

Dalla rassegna già delle principali disposizioni costituzionali si delinea una presenza diffusa del concetto, alle volte in collegamento con altri principi del sistema nato dalla Costituzione: dalle disposizioni che trattano dei diritti di libertà, a quelle che delineano l'architettura dell'apparato statale, a quelle di garanzia. D'altronde ciò non è fonte di meraviglia, se si porta il pensiero al contesto in cui essa è stata elaborata ed alla necessità dei Costituenti di ripensare e rifondare in tempi relativamente brevi un intero assetto statale, da organizzare in modo democratico e quindi modellato secondo caratteristici principi fondanti, alcuni poi espressamente affermati, altri riportati implicitamente nel testo.

Ancor più e ancor prima tuttavia si coglie come questa nuova organizzazione in senso democratico, ispirata alla riaffermazione dello Stato di diritto, debba necessariamente fondarsi sul principio di legalità, che ne viene a costituire non solo in senso statico la struttura di sostegno ma anche la modalità dinamica con cui costantemente viene riaffermata la connessione tra i principi costituzionali e la loro realizzazione. La presenza stessa di diritti di libertà e democrazia presuppone la esistenza di un principio che da un lato ne permetta la espressione nelle forme dell'ordinamento e dall'altra tuteli il loro contenuto e ne garantisca

²⁵¹ Una parte della dottrina ha ritenuto di poter dimostrare che del principio in questione non si possa rinvenire l'esistenza nell'ordinamento italiano, ovvero, se pure se ne possano trovare tracce, che nella migliore delle ipotesi esse rappresentino una versione depotenziata del concetto di legalità (v. oltre il § 3 del presente capitolo).

la possibilità di plasmare il sistema in un processo di costante connessione: a questa esigenza risponde il principio di legalità nei moderni Stati di diritto. Di essi è stata infatti posta in evidenza la definizione di “Stati costituzionali di diritto”²⁵². Si è osservato inoltre che la forma più forte di legalità, la legalità costituzionale che accoglie i principi fondamentali, è quella presente negli Stati a Costituzione rigida: essa assume allora il ruolo di legge fondante l’intera architettura statale, con una funzione di garanzia essenziale per tutti i diritti e le garanzie contenuti e di cui i cittadini possono godere²⁵³.

Dunque, per procedere ad individuare un riferimento al concetto di legalità nella nostra Carta costituzionale, è opportuno anzitutto premettere e richiamare un dato: i principi rilevanti possono presentarsi nel testo tanto espressi, o comunque rinvenirsi ricostruibili con un minimo passaggio interpretativo, quanto anche tramite una lettura coordinata ed integrata di più disposizioni esplicite: si cita a titolo esemplificativo la Sent. C. cost. 17 febbraio 1969 n.15²⁵⁴. È opportuno considerare tale riferimento nel corso della ricerca condotta in questa sede, ove si procede a ripercorrere il testo costituzionale per rinvenire la presenza del principio di legalità, presenza che, emergendo nei singoli dettagli delle varie disposizioni di riferimento, si staglia come struttura di fondo da una comparazione e da un coordinamento complessivo degli articoli del testo, quantomeno dei più significativi per lo studio che qui è condotto.

Il primo riferimento è a due articoli della Carta, dei quali è significativo mettere in evidenza la posizione. Si tratta dell’art. 1 e dell’art. 139 Cost. Sono il primo e l’ultimo del testo costituzionale²⁵⁵, le due formule con cui si apre e si conclude il nuovo assetto dell’ordinamento italiano. Del primo articolo si pone in risalto l’espressione “repubblica democratica”, dove “alla nozione costituzionale della “forma repubblicana” appare coesistente l’attributo della *democraticità*”²⁵⁶. Essa procede a dettagliarsi in una serie di disposizioni relative alle libertà fondamentali, alle garanzie a tutela delle stesse, prime tra

²⁵² Lo Stato di diritto costituzionale è l’attuale punto di equilibrio identificato da “una nuova e superiore legalità”, che da un lato accoglie la “concezione della personalità umana come valore-di libertà” all’interno delle moderne democrazie pluralistiche; dall’altro potenzia le garanzie a tutela delle libertà fino a concepirle al massimo livello, quello costituzionale per l’appunto (BALDASSARRE A., *op. cit.*, 21 ss.); in senso critico cfr. FIORAVANTI M., *Stato e costituzione, op. cit.*, 20 ss., ove l’Autore presenta lo Stato costituzionale come un tipo diverso di Stato, non un’evoluzione dello Stato di diritto, a causa del “distacco dal principio di sovranità”, e PINTORE A., *Stato di diritto*, nel sito www.bibliotecaliberale.it/glossario/s/stato-di-diritto/

²⁵³ Si veda cap. 1 § 2.

²⁵⁴ Sent. 17 febbraio 1969 n. 15, in *Giur. Cost.*, *op. cit.*; v. al paragrafo precedente.

²⁵⁵ Vero è che al secondo articolo citato seguono le disposizioni transitorie e finali: anche di queste si avrà modo di osservare come abbia rilevanza per la riflessione che qui si conduce in particolare proprio l’ultimo comma dell’ultima disposizione, la XVIII (v. oltre nel testo).

²⁵⁶ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, *op.cit.*, 260 [il corsivo è nel testo].

tutte la rigidità della Costituzione e la sindacabilità delle leggi da parte della Corte costituzionale²⁵⁷, nonché in “una serie di principi, alcuni dei quali espressi, come il principio di eguaglianza (formale e sostanziale), ed altri presupposti dal testo costituzionale, come per es. la divisione dei poteri, la legalità, la laicità”²⁵⁸.

Dell’articolo 139 rileva il limite stabilito alla possibilità di revisione costituzionale, di cui si suole evidenziare un primo ambito, espresso dai termini di cui si compone la disposizione stessa, per cui il limite in questione è stabilito nei confronti della “forma repubblicana”. Tale espressione è da intendersi in modo estensivo come nuovo assetto dello Stato, generato dal *referendum* del 2 giugno 1946²⁵⁹, “che vincolò la stessa Assemblea costituente”²⁶⁰ quando di lì a poche settimane ne presero il via i lavori, precisamente il 25 giugno 1946. Unitamente a questo primo livello è da considerare che la norma contenga un secondo livello implicito, per cui il riferimento alla forma repubblicana debba ritenersi comprensivo ed esteso “alla forma di Stato democratica”, poiché del principio democratico ne è per così dire la estrinsecazione organizzativa. Si tratta di una modalità coerente di assetto dell’intero ordinamento, a salvaguardia dei diritti fondamentali e delle libertà che essi garantiscono²⁶¹. Il limite di revisione è ritenuto possieda inoltre un ambito di applicazione per così dire implicito, che va ad estendere la previsione di non modificabilità anche ai principi, dei quali alcuni citati poco sopra e tra essi quello di legalità, che necessariamente nei moderni ordinamenti devono essere presenti ed accompagnarsi alla forma espressamente prevista, affinché essa possa assumere il proprio pieno significato²⁶².

La proposizione finale del secondo comma dell’art.1 stabilisce che il popolo eserciti la sovranità che la Costituzione gli attribuisce “nelle forme e nei limiti” indicati dalla stessa

²⁵⁷ Cfr. PALADIN L., *op. cit.*, 263.

²⁵⁸ BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, *op. cit.*, 6.

²⁵⁹ Sent Corte cost. 480/1989, in BARTOLE S., BIN R., *op. cit.*, 1212.

²⁶⁰ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, 260.

²⁶¹ BARTOLE S., BIN R., *op. cit.*, 1212.

²⁶² Calamandrei definisce i principi fondamentali come i “connotati di identificazione” dell’ordinamento, la modificazione dei quali va ad instaurare necessariamente un nuovo regime (CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, *op. cit.*, 576-577). “La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale nemmeno da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” (Corte cost. 1146/1988; 366/1991)”, in BARTOLE S., BIN R., *op. cit.*, 1212. In relazione alle libertà fondamentali Zagrebelsky afferma che “La Costituzione [...] è ciò su cui non si vota più, perché si è già votato una volta per tutte, all’inizio” (ZAGREBELSKY G., *Principi e voti, La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, 22).

Carta costituzionale. Lungi dal costituire un ridimensionamento dell'attribuzione appena affermata, si può al contrario ritenere che la proposizione costituisca un ulteriore riferimento al concetto di legalità e alla sua alta rilevanza nel nuovo assetto democratico: anche il popolo, entità da cui è promanata la Carta fondamentale, è soggetto a limiti nelle sue possibilità di azione. Questi limiti, rivolgendosi all'entità fondante che ha determinato con il suo volere la stessa genesi della Carta fondamentale, sono stabiliti quindi al più alto livello, cioè nella Costituzione medesima²⁶³. Al popolo spetta tale sovranità in quanto formato da eguali, dove in origine nessuno può ritenersi dotato di un grado superiore di autorità se non nei modi, per le finalità e con le garanzie individuati dalla legge, a sua volta espressione, formalizzata in comandi generali ed astratti, della volontà popolare in quanto emanata dai rappresentanti del popolo che siedono, eletti, in Parlamento. In relazione a tale principio si rileva la doppia specificazione di "popolo", da intendersi come "complessa figura soggettiva", "universalità dei cittadini viventi", a comporre la quale concorrono gruppi ed individui collocati nelle posizioni più diverse, e di "sovranità popolare", "la risultante dell'esercizio di tutti i diritti propri dei cittadini"²⁶⁴. Al popolo inteso come corpo elettorale, conclude il pensiero Paladin, citando Costantino Mortati, "resta riservato nei regimi democratici l'esercizio dei poteri "che condizionano la direzione e lo svolgimento degli altri"²⁶⁵. La legge come espressione della volontà popolare è il fulcro su cui si impenna la connessione tra i principi di legalità e democratico e tale legame, mantenuto nel tempo, consente alla legalità di assumere quella pienezza di significato propria dello Stato di diritto come previsto dal nostro ordinamento²⁶⁶. Il principio della sovranità popolare può essere considerato come la manifestazione del principio di uguaglianza all'interno dell'architettura costituzionale di legittimazione del potere nell'ordinamento che si informi al principio democratico²⁶⁷. Paladin giunge a identificare il principio di uguaglianza come il punto di riferimento comune ai concetti di separazione dei poteri, legalità (dell'amministrazione), giustizia amministrativa, libertà

²⁶³ Questo è il motivo per cui, ad esempio, anche una delle libertà civili fondamentali, quella di associazione, sancita all'art. 18 Cost., risulta soggetta a regolamentazione (cfr. LEONARDI G., *Le associazioni tra autonomia privata e controlli pubblici: prospettive di riforma e principi costituzionali*, CEDAM, Padova, 2005).

²⁶⁴ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 271-272.

²⁶⁵ Ivi, 14.

²⁶⁶ CARLASSARE L., *Legalità*, op. cit., 2: "Non si tratta allora di rinvio ad una formula vuota che può riempirsi di qualsiasi contenuto [...] ma ad un concetto che è già in sé un valore"; poco oltre la Giurista sostiene che "Siamo di fronte ad una legalità funzionale alla limitazione del potere, realizzata mediante la supremazia della legge, quale atto degli organi di rappresentanza democratica".

²⁶⁷ Cfr. SORRENTINO F., op. cit., 5.

fondamentali. Per il Giurista triestino, come già accennato, “le leggi del Parlamento sono naturalmente eguali, perché formulate in maniera generale ed astratta” e quindi “non producono più privilegi”, mentre “gli atti amministrativi discriminatori debbono senz’altro ritenersi illegittimi”²⁶⁸. L’eguaglianza davanti alla legge vige come principio generale dell’ordinamento in quanto non si rivolge esclusivamente al singolo cittadino nella sua figura di titolare di diritti fondamentali alla pari di tutti gli altri consociati, indirizzandosi quindi alla tutela di quegli stessi diritti, ma estende la portata della sua operatività a tutti gli ambiti dell’ordinamento e quindi alla stessa produzione legislativa, sulla quale appositi organi possono esercitare la loro prevista funzione di controllo²⁶⁹. Il concetto espresso in precedenza, valido per i principi fondamentali, è ribadito dall’Autore specificamente per il principio di eguaglianza, per cui essa nel nostro ordinamento assurge a “vincolo, oggettivo e generale, alla funzione classificatoria del legislatore”; con la consapevolezza che con tale affermazione si apre la strada ad ulteriori possibili approfondimenti del concetto²⁷⁰. Limite, così come gli altri principi fondanti, di cui il principio di legalità si fa ulteriore garante. Nell’individuare una linea di sviluppo programmatico del principio, nel capoverso dell’art.3 Cost. in particolare, tuttavia Paladin ne evidenzia uno specifico valore normativo²⁷¹, che conferma la immediata rilevanza dei principi fondamentali costituzionalizzati nel porre limiti e regole, al di là della palese considerazione che, per incidere sull’ordinamento, è necessaria un’opera di adesione e vigilanza da parte di tutti gli organi coinvolti, non puntuale ma estesa e costante nel tempo. Non è tuttavia solo il popolo come unitario detentore della sovranità ad essere soggetto al principio in esame, bensì in senso ampio anche i singoli cittadini che nella loro individualità concorrono a comporlo. L’art. 54 Cost. nel suo primo comma e l’art. XVIII disp. trans. u.c. hanno valore assimilabile e riconducibile a tale significato, stabilendo l’uno che “tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le

²⁶⁸ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 42, con riferimento al *Rechtsstaat*.

²⁶⁹ Cfr. PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 574-575.

²⁷⁰ Cfr. PALADIN L., *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, op. cit., 147 e più oltre 222-223: “l’eguaglianza medesima si pone come un limite (se non come l’unico limite) generalmente riferibile alle leggi, qualunque ne sia la materia o l’oggetto; o meglio rappresenta un criterio dell’intera funzione normativa, salve le leggi costituzionali e di revisione costituzionale”.

²⁷¹ Per tre ordini di ragioni, precisamente indicate: “in primo luogo, cioè, tale disposto è determinante – anche perché collocato tra i “principi fondamentali” della Carta – nell’interpretazione del restante ordinamento, Costituzione compresa; in secondo luogo, esso è preclusivo d’una normazione (e di qualunque altra attività degli organi della Repubblica) che si ponga in contrasto con la programmata necessità di ottenere l’eguaglianza “di fatto”; in terzo luogo, esso rappresenta inversamente il titolo giustificativo delle norme e degli atti *indispensabili* ad attuare il programma medesimo, quand’anche si tratti di misure altrimenti incostituzionali” (PALADIN L., *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, op. cit., 319).

leggi” e ribadendo l’altro: “La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello stato”. Sono in effetti oggetto di discussione dottrinale in particolare il contenuto e la portata dell’art. 54: come afferma Paladin, il dovere di osservare la Costituzione e le leggi “non mancherebbe d’imporsi, quand’anche l’art. 54 non lo menzionasse affatto”²⁷². Ancor più quindi resta affermato e ribadito il valore del rispetto delle nuove regole che il nascente sistema democratico si è dato²⁷³.

L’art. 1 Cost. e l’art. 139 Cost., sembrano posti a rappresentare, considerata la posizione stessa in cui si trovano, l’uno in apertura e l’altro a chiudere il testo costituzionale, la portata innovatrice e la tutela rafforzata del nuovo sistema ordinamentale, che dal primo articolo trae origine e nell’ultimo trova protezione definitiva.

Una volta individuate le fondamenta del sistema ordinamentale e quindi, come esplicito, data la reciproca connessione, anche del principio di legalità e del suo essere recepito come elemento strutturale su cui si fonda l’edificio del moderno Stato di diritto, garantista e democratico, si può ora procedere ad approfondire l’individuazione del concetto in esame, in particolare considerando come nell’ordinamento, in applicazione dell’ulteriore principio fondamentale della separazione dei poteri, esso comporti la ripartizione del potere di cui è dotato nelle tre sfere legislativa, esecutiva e giudiziaria²⁷⁴.

Per quanto riguarda il potere legislativo, dopo aver attribuito la funzione legislativa alle Camere a norma dell’art. 70 Cost., la legalità risulta imporsi al massimo livello attraverso l’art. 134 Cost., che istituisce la Corte costituzionale, supremo organo di tutela dell’osservanza del dettato costituzionale e principale garanzia di coerenza dell’intero ordinamento all’interno di un sistema che è retto da una Costituzione rigida quale quello italiano. Nel perseguimento di tale scopo di piena realizzazione e di tutela del concetto di legalità, oltre al compito essenziale del vaglio di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti ad esse equiparati, anche delle Regioni, la Corte è incaricata anche di esprimersi in primo luogo in merito ai conflitti di attribuzioni tra i poteri, sia a livello statale, sia regionale, nonché

²⁷² PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 594-595.

²⁷³ Zagrebelsky nel presente articolo rinviene riferimenti ai concetti hobbesiani del *pactum societatis* e del *pactum subjectionis*: la disposizione esprimerebbe “il contenuto di un impegno contrattualmente assunto nel momento dell’adozione della Costituzione o, ancor prima, della decisione comune di convocare un’Assemblea dotata di potere costituente” (ZAGREBELSKY G., *Principi e voti*, op. cit., 26).

²⁷⁴ CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, op. cit., 24-25: il Giurista distingue il “previo “disporre”” dal “concreto “provvedere””, individuando in questa distinzione “la prima e più sicura garanzia delle libertà individuali”.

sulle reciproche interferenze, in secondo luogo in relazione alle accuse mosse al Capo dello Stato secondo Costituzione; infine in relazione alla ammissibilità di richieste di referendum abrogativo²⁷⁵.

Per quanto riguarda il potere esecutivo, storicamente, agli albori della sua esistenza negli ordinamenti moderni, originario destinatario delle previsioni del principio in questione, il suo ancoraggio alla legalità emerge anzitutto dall'art. 97 Cost., che prevede che “i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”. Gli specifici riferimenti al “buon andamento” e all’“imparzialità” dell'amministrazione, considerata nella sua articolazione di apparato burocratico, permettono di individuare la declinazione del principio in esame nell'ambito della funzione amministrativa. Esso viene a rappresentare l'argine contro il pericolo del dilagare dell'arbitrarietà e della discrezionalità dell'amministrazione stessa²⁷⁶ nell'esercizio del potere affidatole, a tutela invece del suo svolgersi nel solco della legge, finalizzato al perseguimento del pubblico interesse. Gli obiettivi dell'imparzialità e del buon andamento vanno perseguiti seguendo le indicazioni che la legge deve dettare; il principio del giusto procedimento “acquista, allora, grazie all'art. 97, dimensione costituzionale” e “comporta la necessità che le scelte dell'amministrazione siano il risultato di un iter procedimentale dal quale emergano (anche in vista del loro controllo giurisdizionale) gli accertamenti e le valutazioni compiute per la miglior cura dell'interesse pubblico”²⁷⁷. Ciò risulta essere concretamente specificato dalla l.241/1990, che, nel disciplinare il procedimento amministrativo nelle sue fasi e nei suoi adempimenti, introduce la necessità del riferimento alla motivazione delle scelte negli atti e ai criteri di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Risulta evidente che tali concetti rappresentino caratteristiche proprie di un “buon andamento” nello svolgimento dell'attività esecutiva. Come osserva Sorrentino, “la legge 241/1990 attua a livello legislativo le premesse costituzionali in tema di legalità e di procedimento”²⁷⁸. Da segnalare in ambito di organizzazione dell'apparato amministrativo anche il richiamo alla legge compiuto dall'art. 95 terzo comma Cost., che pone una riserva di legge in tema di ordinamento della Presidenza del Consiglio e di

²⁷⁵ BARTOLE S., BIN R., *op. cit.*, 1148.

²⁷⁶ Ivi, 884-886.

²⁷⁷ SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, *op. cit.*, 21.

²⁷⁸ Ivi, 21-22.

organizzazione dei ministeri²⁷⁹. Dovendo il legislatore conferire poteri all'amministrazione con predeterminazione di limiti e criteri di esercizio dei poteri stessi, è evidente che il principio di legalità nell'azione amministrativa ha "sicuro fondamento costituzionale, non soltanto nella sua accezione formale, ma anche in quella sostanziale"²⁸⁰.

All'articolo appena esaminato sembra opportuno collegare anche l'art. 28 Cost., che individua una responsabilità diretta in capo ai dipendenti pubblici, del tutto specifica rispetto al dovere previsto dal secondo comma dell'art. 54 ai "cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche", relativa agli "atti compiuti in violazione di diritti" e quindi volta a tutelare sì i cittadini nei loro diritti ma anche la stessa amministrazione.

Un importante tassello nell'ambito dei controlli preventivi è posto dall'art. 100 Cost. nel prevedere i due organi coadiuvanti il Governo e l'amministrazione quali il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, che permettono la valutazione della conformità degli atti²⁸¹.

Particolare rilevanza possiede poi l'art. 113 Cost., che garantisce nei confronti di atti della pubblica amministrazione già emanati la tutela giurisdizionale; al secondo comma la Costituzione stabilisce che tale tutela "non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o a particolari categorie di atti". Come argomenta Carlassare²⁸², ai fini della realizzazione della tutela della azionabilità dei diritti dei cittadini è necessario che gli atti siano effettivamente controllabili, che si possa instaurare un confronto tra gli atti e le norme che li disciplinano: affinché avvenga questo confronto, le leggi devono non limitarsi ad attribuire un potere all'esecutivo ma disciplinarne il contenuto, per poter costituire poi un adeguato termine di confronto. La Giurista conclude quindi che "in presenza di una disposizione come quella dell'art. 113, lo stesso principio di legalità viene così a delinarsi in un significato diverso da quello, meramente formale, che, solo, era riuscito ad imporsi nella prassi anteriore [...], per assumere invece chiaramente un contenuto sostanziale"²⁸³.

²⁷⁹ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 587; l'art. 95 terzo comma stabilisce che "La legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri".

²⁸⁰ SORRENTINO F., *op. cit.*, 20-21.

²⁸¹ Si riporta il testo dell'art. 100 Cost.: "Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione.

La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito.

La legge assicura l'indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo".

²⁸² CARLASSARE L., *Regolamenti*, op. cit., 149 ss.

²⁸³ Ivi, 159-160.

Procedendo a considerare il potere esecutivo anche dal punto di vista del suo organo di vertice, il Governo, si impone all'attenzione l'art. 76 Cost: non è questa la sede per una trattazione del vasto tema dei rapporti tra Parlamento e Governo in merito alla possibilità di attribuzione da parte del primo a favore del secondo della capacità di produrre atti qualificabili come leggi, oltre che, più in generale, del valore dei vari tipi di atti che il Governo ha la capacità di poter emanare; tuttavia, si può annotare come la previsione della delega della funzione legislativa all'esecutivo presupponga esplicitamente un preciso contesto legislativo entro il quale poter sorgere ed essere attuata, mantenendosi comunque un potere legislativo "diverso per natura e minore per portata, in quanto assai più gravemente condizionato nel proprio esercizio"²⁸⁴ proprio tramite il principio di legalità. Carlassare considera anche le connessioni tra l'art. 113 in precedenza, e l'art. 76 di cui sopra: "Il significato delle due disposizioni messe in relazione tra loro sembra infatti quello di escludere la legittima esistenza di atti dell'esecutivo – dagli atti amministrativi in senso stretto alle leggi delegate – per i quali non sia posta legislativamente una qualche previa indicazione diretta a vincolarne il contenuto"²⁸⁵.

Passando quindi ad esaminare il contesto in cui si possano rinvenire riferimenti al principio di legalità nell'ambito del potere giurisdizionale, sono due gli elementi che emergono in particolare: da una parte il singolo art. 101 Cost., che riguarda la figura del giudice, dall'altra il gruppo delle disposizioni che prevedono specifiche tutele giurisdizionali a garanzia dei cittadini. Se si muove dal generale concetto di legalità, come osservato in precedenza, essa per un verso trova sicuramente applicazione anche ai giudici, in quanto titolari e rappresentanti del potere costituzionalmente conferito di esercitare la giustizia; nei loro confronti la legalità assume la duplice funzione di strumento a tutela del corretto operare e della indispensabile indipendenza. Per altro verso il concetto di legalità rileva anche in un ulteriore passaggio fondamentale, nella realizzazione cioè di un ordinamento propriamente democratico e garantista, nel momento in cui si prevedono espressamente e stabilmente i mezzi assicurati al cittadino per poter concretamente tutelare quei diritti che la Costituzione procede ad attribuirgli. Se privi di possibilità di protezione, va da sé che essi resterebbero contenitori di pure forme, privi di sostanza. Considerando quindi il contenuto puntuale dell'art. 101, si rinvengono al primo comma la affermazione che contiene il potere giudiziario

²⁸⁴ Si veda PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 180 ss.

²⁸⁵ CARLASSARE L., *Regolamenti*, op. cit., 168.

nell'alveo del moderno assetto democratico, poiché “la giustizia è amministrata in nome del popolo”; al secondo comma è ribadito il principio di legalità con la espressa indicazione che “i giudici sono soggetti soltanto alla legge”. L'utilizzo dell'avverbio “soltanto” viene a confermare certamente la ripartizione dei poteri nei tre domini classici del legislativo, esecutivo, giudiziario, ma anche la specifica rilevanza dell'ambito giudiziario in particolare, quale settore deputato a verificare e ripristinare l'adesione del sistema statale e dei suoi attori alle leggi e quindi alla volontà espressa dal popolo. Si evidenzia il ruolo delicato e determinante della giurisdizione nell'ambito del concetto di legalità: “essendo la legge espressione del Parlamento, si ritiene che la fedeltà ad essa costituisca per il giudice il primo e più elementare modo per radicare la sua attività alla volontà popolare. La sovranità popolare si manifesterebbe quindi nell'attività giurisdizionale attraverso la mediazione del principio di legalità, fondamento e limite dei poteri che in base alla legge vengono esercitati”²⁸⁶. In merito all'articolo in questione e al suo legame con il principio di legalità è possibile richiamarne l'analisi condotta da Fois, ripercorrendone in parte la riflessione²⁸⁷. Nell'ambito dell'art. 101 egli osserva che “la legalità rappresenta il criterio in base al quale il giudice deve, nei singoli casi, impostare la risposta al quesito relativo a quale “comando”, “precetto” o “regola” egli debba considerare applicabile” e sostiene che “la prima e necessaria condizione per una simile risposta è rappresentata dal principio che “i giudici sono soggetti soltanto alla legge”, principio che, a prima vista, sembra debba significare, anche e principalmente, che il giudice deve utilizzare i suddetti “comandi”, “precetti” o “regole”, solo se voluti o ammessi dalla “legge”, e solo nei limiti e alle condizioni stabilite al riguardo dalla legge”²⁸⁸.

Il richiamo alla subordinazione alla legge, prevista al secondo comma dell'art. 101 in esame, si rinviene in particolare nella Sent. Cass. Sez. Un. civ. del 3 maggio 2019 n.11747²⁸⁹, che stabilisce il parametro per valutare l'attività del magistrato ai fini della individuazione della sua eventuale responsabilità, distinguendo quando si possano ravvisare gravi violazioni di legge per negligenza inescusabile e quando invece sia rispettato il confine della insindacabile attività interpretativa. Sul punto la giurisprudenza della Suprema Corte è costante: l'errore del giudice può essere assoggettato a responsabilità civile se verte su uno dei tre aspetti della

²⁸⁶ BARTOLE S., BIN R., *op. cit.*, 914.

²⁸⁷ FOIS S., *Legalità, op. cit.*, 437 ss.

²⁸⁸ *Ivi*, 440-469.

²⁸⁹ Sent. Cass. Sez. Un. civ. del 3 maggio 2019 n.11747, dal sito della Corte www.italgiure.giustizia.it/sncass/

individuazione, della applicazione o del significato della disposizione, qualora queste attività non siano “riconducibili al lavoro interpretativo consapevole, giustificato, diligente, ordinato”, ma si collochino “su un terreno in cui l’attività svolta dal giudice, per la sua arbitrarietà e per il suo scollamento dalle categorie giuridiche, non può neppure più essere qualificata come frutto di interpretazione, come tale insindacabile, ma sconfinata nell’invenzione, nell’abnormità, nel diritto libero”. La presenza stessa della motivazione della sentenza non è di per sé sufficiente, se questa si riveli apparente o aberrante; a maggior ragione, se la soluzione del caso adottata dal giudice si discosta dal precedente, essa deve essere adeguatamente motivata.

In connessione con l’art. 101 secondo comma è pregnante il richiamo dell’art. 111 sul “giusto processo regolato dalla legge”, come ulteriore elemento che rende effettiva la possibilità di tutela. In particolare, l’articolo in questione prevede nel suo sesto comma che tutti i provvedimenti giurisdizionali debbano essere motivati: “la motivazione consente di verificare che il dovere di fondare la decisione soltanto sulle norme che sono espressione della volontà popolare venga rispettato nei singoli casi”²⁹⁰.

Venendo ora alle tutele relative alla giurisdizione, esse, secondo Paladin, si possono raccogliere attorno a tre elementi cardine: le riserve di giurisdizione, il principio del giudice naturale, il diritto di difesa²⁹¹. Le prime sono il concreto manifestarsi del concetto che “l’indipendenza, l’imparzialità, la conseguente terzietà dei magistrati ordinari” offrano “maggiori garanzie nell’applicazione delle preve norme di legge”. È possibile procedere ad individuarle in relazione ai diritti di libertà fondamentali, agli articoli 13, secondo e terzo comma, in relazione alla libertà personale, 14 secondo comma, in merito al domicilio, 15 secondo comma, relativamente alla corrispondenza, 21 terzo e quarto comma, sulla libertà di stampa; rileva ancora una volta il porre in evidenza che il principio di legalità trovi riscontro ed espressione in molteplici ambiti, di cui il presente, relativo alle garanzie stabilite a tutela dei diritti, costituisce forse il più rappresentativo e unitario. Il principio del giudice naturale sancito dall’art. 25 primo comma esprime la fondamentale esigenza di certezza anche nel campo della disciplina giurisdizionale, così come si rivela essenziale anche nell’ambito legislativo, tanto da trovare immediatamente riscontro nel successivo secondo comma, che

²⁹⁰ BARTOLE S., BIN R., *op. cit.*, 1000.

²⁹¹ Cfr. PALADIN L., *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, 578.

riafferma la irretroattività della legge penale e rinforza quindi ad un tempo l'esigenza di legalità e di certezza. Vengono infine a completare il quadro delle garanzie costituzionali i fondamentali concetti del diritto ad agire e del diritto a difendersi, che "concorrono a formare un comune "diritto alla tutela giurisdizionale""²⁹².

A rinforzo del principio di legalità la Carta costituzionale pone in alcune materie una più severa disciplina attraverso la previsione di riserve di legge²⁹³, che richiedono uno specifico intervento del legislatore in determinati ambiti solo per delinearne gli aspetti salienti, configurando allora una riserva relativa, ovvero per disciplinarne l'intero assetto, realizzandosi in questo secondo caso una riserva assoluta. Le riserve di legge presenti in Costituzione sono numerose e spesso stabilite parallelamente alle riserve di giurisdizione, a testimonianza dell'intenzione di tutelare in misura più accentuata materie che spesso hanno un legame con il delicato ambito dei diritti e delle libertà fondamentali. Come riserva assoluta si può fare riferimento all'art. 13 Cost., che specifica in che modo sia possibile per lo Stato entrare nella sfera più personale del cittadino per privarlo della libertà personale. Ad una previsione di riserva relativa si riconnette l'art. 23 Cost., che pure riguardo a materie sensibili quali le "prestazioni personali e patrimoniali" va a stabilire il grado di necessità di intervento tramite legge dello Stato. Da rilevare come questo articolo racchiuda concetti che storicamente si possono considerare a fondamento della richiesta di garanzia nei confronti delle invasioni indebite della sfera personale dell'individuo da parte di chi detenga il potere. La riserva di legge va quindi a tradurre in norme costituzionali specifiche il concetto di legalità, potenziato dalla Costituzione²⁹⁴. Una parte della dottrina riterrebbe il principio della riserva di legge prevalente sulla stessa legalità; in particolare risulterebbe ridimensionata la

²⁹² Ivi, 581. L'Autore collega all'art. 24 comma primo, "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", l'art. 113 sulla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, in particolare i commi primo e secondo, di cui si veda sopra nel testo.

²⁹³ CARLASSARE L., *Legalità*, op. cit., 1; PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 573-574. Il Giurista individua il ruolo delle riserve nel "sottrarre le libertà fondamentali alle arbitrarie incisioni altrimenti effettuabili dal potere esecutivo" e ciò a significare che "il potere di comprimere le libertà medesime, disponendo dei loro limiti nella misura costituzionalmente consentita, può dirsi così attribuito al solo Parlamento". Egli prosegue quindi individuando le riserve "rinforzate", ove le leggi sono chiamate a disciplinare contenuti o scopi prescritti dalla Costituzione: "sono le riserve cui spetta alla legge determinare i "casi eccezionali di necessità ed urgenza", nei quali l'autorità di pubblica sicurezza può restringere la libertà personale; limitare la libertà di circolazione e soggiorno "per motivo di sanità o di sicurezza"; imporre obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, "al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali"". I riferimenti sono agli artt. 13 terzo comma, 16 primo comma, 44 primo comma Cost.

²⁹⁴ MODUGNO F., op. cit., 5. Si veda anche CARLASSARE L., *Legalità*, op. cit., 1, ove afferma che la riserva di legge, nata originariamente in relazione all'esigenza di contenere in una disciplina stringente le norme relative ad ambiti costituzionalmente sensibili in cui rilevano libertà garantite all'individuo, quale quella personale e la proprietà, assume per l'appunto il significato di tradurre a livello costituzionale queste esigenze di tutela, prevedendo garanzie differenziate.

rilevanza attribuita al concetto di legalità in quello che si è venuto formulando come suo significato sostanziale, per ammetterne e privilegiarne il significato formale anche e proprio in relazione alle riserve di legge: si cita Paladin, secondo il quale “risulterebbe difficile distinguere l’esigenza della legalità [in senso sostanziale] da quella sottesa alle riserve relative di legge (che quindi diverrebbero superflue o puramente confermative)”. Se il concetto di legalità è indicato dalla Corte costituzionale²⁹⁵ come principio generale dell’ordinamento, derogabile dal potere legislativo, “la legalità può dunque definirsi come un limite della funzione amministrativa e non come un limite della funzione legislativa dello Stato, salvo che l’attribuzione di un nudo potere discrezionale agli organi dell’esecutivo non violi altri precetti stabiliti dalla Costituzione, quali il principio generale d’eguaglianza ovvero il principio di imparzialità dell’amministrazione”²⁹⁶. D’altro canto Costantino Mortati osserva che il principio di legalità, che rientra nell’esigenza democratica, è fatto valere dalla Costituzione proprio attraverso il richiamo alla riserva di legge, nella cui sfera d’azione rientrano anche statuizioni nuove e più ampie rispetto a quelle tradizionali; “la riserva di legge si pone infatti come espressione di democraticità tanto per la derivazione popolare dell’organo da cui emanano le leggi quanto per la garanzia del rispetto dell’uguaglianza di trattamento che essa riesce ad attuare”²⁹⁷. Carlassare considera la riserva di legge come un potenziamento del concetto generale di “subordinazione alla legge” proprio dello Stato di diritto, utilizzato nella Carta costituzionale per rinforzare particolari discipline ed articolandosi nei due aspetti della riserva assoluta, ove dalla legge è disciplinato completamente un certo ambito, eliminando qualunque spazio per la discrezionalità dell’amministrazione, e della riserva relativa, ove, sempre per le materie identificate a livello costituzionale, sono stabiliti direttamente dalla legge determinati parametri, entro i quali deve svilupparsi compiutamente la disciplina anche da parte di altri organi²⁹⁸. Escludendo l’intervento di organi diversi dal legislatore, il principio della riserva di legge costituisce, in una sfera più ristretta che porta al contenimento della discrezionalità degli organi competenti ad agire, “un rafforzamento della legalità”²⁹⁹. Concordemente osserva Catelani che le materie cui viene applicata la riserva di legge si

²⁹⁵ Sent. 13/1962, citata da PALADIN L., *Diritto costituzionale*, op. cit., 174.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., 150 e 416.

²⁹⁸ CARLASSARE L., *Legalità*, op. cit., 1-3; anche per quanto riguarda la riserva di legge può sussistere il rischio di trovarsi svuotata di significato, se ad essere vigente sia esclusivamente una concezione formale della legalità. I due principi giungerebbero anzi a sovrapporsi ed annullarsi (Ivi, 4).

²⁹⁹ Ivi, 7.

possono collegare direttamente o appaiono comunque connesse alla sfera di disciplina delle libertà individuali, per cui la riserva di legge va a rappresentare una protezione da arbitrari interventi del potere esecutivo³⁰⁰.

Assieme agli articoli sopra citati e tra loro coordinati, per mezzo dei quali si è delineato il percorso che porta a rintracciare il principio di legalità nel testo costituzionale, ve ne sono altri, che vanno a rinforzare i richiami e le connessioni già individuate. È possibile così citare almeno nell'ambito dei rapporti economici l'art. 42, riguardante anche la proprietà privata³⁰¹. Tutta la prima parte della Costituzione, ove sono trattati i diritti e doveri dei cittadini, è intessuta di richiami analoghi: trattandosi di valori, la cui garanzia di espressione all'interno dell'ordinamento è assicurata dal loro inserimento nella Carta costituzionale, ed essendo l'ordinamento stesso orientato alla salvaguardia dei diritti democratici di ciascun cittadino in quanto partecipante della società organizzata, la legalità è lo strumento che permette in via eccezionale limitazioni a livello costituzionale a quegli stessi diritti, motivate da esigenze ben individuate e sempre all'interno dell'ambito dello Stato di diritto.

Dal percorso appena compiuto, che non procede ad entrare nel dettaglio specifico di ogni singola questione, per consentire di cogliere in una visione d'insieme la struttura che sta a fondamento di articoli e principi, portando all'evidenza il filo comune che li mantiene collegati, risulta la pluralità di riferimenti immediatamente riconducibili al principio di legalità, che alle volte sembra stagliarsi nettamente sullo sfondo delle disposizioni, altre risulta in interazione più sottile con altri principi fondanti. I Costituenti seppero provvedere a realizzare una fitta e solida rete di riferimenti nell'articolazione del testo e, secondo le parole di Piero Calamandrei, "tutti i controlli e i contrappesi che la Costituzione organizzò per rendere sempre più effettivo questo ritorno al principio della legalità, erano preordinati a risolversi in sostanza in una più perfetta e sicura tutela dei diritti individuali"³⁰².

A completamento della riflessione in corso e a mo' di conclusione della panoramica presentata, risulta possibile affermare che in generale le critiche di quanti contestano il principio di legalità sembrano non considerare, o, se pure lo facessero, non individuare in modo sistematico la portata del concetto, per cui l'ordinamento è un complesso di elementi

³⁰⁰ CATELANI A., *op. cit.*, 62-63.

³⁰¹ BERTOLISSI M., MENEGHELLI R., *op. cit.*, 339 ss.; in particolare gli Autori affermano che "il principio di legalità è ricavato, per via di astrazione, dalle norme della Costituzione" di cui si è sommariamente accennato nel testo, da ultimo nel breve elenco sopra riportato.

³⁰² CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, *op. cit.*, 540.

organizzato che può essere considerato allo stesso tempo nell'insieme e nel dettaglio, così da coglierne la coerenza e la potenzialità d'azione. Se pertanto non ne vengano accolti i contenuti o le correlazioni, la conseguenza non può che essere la rinuncia e l'uscita dal sistema di garanzie originato dal percorso di evoluzione del principio di legalità e quindi l'uscita dallo stesso sistema democratico. Giunti all'odierno livello di evoluzione delle garanzie tutelate dal principio di legalità, una rinuncia o un arretramento non sembra più configurabile nell'ordinamento italiano, che si trova ad essere fondato su valori democratici dal 1946, anno in cui è stato sancito il suo nucleo di principi di base, poi estrinsecato dai Padri Costituenti nella loro opera di estrapolazione dei temi fondanti il nuovo Stato democratico e della loro pratica traduzione in disposizioni costituzionali. Se lesioni macroscopiche oggi sembrano rivelarsi inverosimili, ad accumulare rilevanza appaiono essere quelle che si possono definire come microlesioni, meno appariscenti ma sottilmente destabilizzanti singoli aspetti e manifestazioni del concetto di legalità, anche nella sua correlazione con altri principi. In generale si possono individuare due ambiti in cui il principio di legalità negli anni si trova di fronte a fattori in evoluzione, cui questa sede è possibile solo un cenno di rinvio. Da un punto di vista esterno va considerata l'influenza dell'Unione Europea e del diritto comunitario, nonché sovranazionale in generale, con cui procedere a bilanciamenti, in accordo con i valori fondanti comuni agli Stati di diritto. Da un punto di vista interno si accenna ad elementi, quali la proliferazione legislativa, la rappresentatività parlamentare, i rapporti tra potere legislativo parlamentare e potere esecutivo, la funzione rivestita dalla magistratura. Si tratta di aspetti spesso già in evoluzione da decenni³⁰³, che continuano a presentarsi e che stimolano varie riflessioni ed interpretazioni; l'attualità di molte di esse conferma quanto il principio di legalità rivesta una funzione di cardine dell'intera struttura dell'ordinamento³⁰⁴.

³⁰³ Si veda ad esempio di Calamandrei l'ampio scritto sopra citato, ivi, 511 ss.

³⁰⁴ Tra la numerosa dottrina, cfr. in particolare SORRENTINO F., *op. cit.*, 6 ss. e 37-39, ove l'Autore tratta in particolare del principio di legalità in sede europea, considerando che “nella sua accezione sostanziale, è pacificamente incluso tra i principi fondamentali del diritto comunitario di cui la Corte assicura l'osservanza”; FERRAJOLI L., *Legalità*, in AA. VV., *La Costituzione...aperta a tutti*, Romatrepres, Roma, 2019, 24 ss.; FOIS S., *Legalità*, *op. cit.*, 471 ss.; per una più specifica analisi del contesto europeo cfr. HOFFMAN H., *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, in AA.VV., *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, FrancoAngeli, Milano, 2005, 236-237; in particolare sulla condizione dei cittadini di un sistema democratico, ZAGREBELSKY G., *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007, 133 ss.; sulla procedura di formazione delle leggi nel sistema italiano v. CRISAFULLI V., *Lezioni*, *op.cit.*, 60; sulla possibile rilevanza della prevalenza dell'esecutivo legato all'espressione della maggioranza parlamentare, v. CARLASSARE L., *Regolamenti*, *op. cit.*, 169.

3.3 Una controversa presenza: posizioni critiche

Come affermato nel precedente paragrafo, è pacifico che coloro che contestano la rilevanza e addirittura la sussistenza in Costituzione del principio di legalità hanno come prima e fondamentale freccia al loro arco la constatazione che, come già riportato, nel testo costituzionale non trovino menzione né la locuzione “principio di legalità” né il termine stesso “legalità”. Questa constatazione fornisce ad alcuni interpreti un argomento da essi ritenuto determinante, dal quale trarre la conseguenza che il principio in questione non rivesta una posizione tanto rilevante quanto gli venga attribuita, ovvero che non costituisca affatto un parametro di riferimento dirimente per la nostra carta fondamentale, che contemplerebbe come punti di riferimento altri concetti che non il principio di legalità.

Tra le visioni critiche nei confronti del ruolo del suddetto concetto nella Costituzione si dà conto in particolare della tesi di Fois, che racchiude una pluralità di contestazioni man mano svolte nelle loro argomentazioni³⁰⁵. Si può osservare come la critica mossa dal giurista si sviluppi su due livelli successivi: ad un primo livello più specifico egli si addentra in una disamina della possibilità di rintracciare elementi che consentano di identificare l'esistenza del principio di legalità anzitutto in leggi ordinarie; a seguire in principi generali dell'ordinamento ovvero in consuetudini, per passare quindi ad indagare nei principi impliciti nell'ordinamento, in particolare considerando la sovranità del Parlamento, lo Stato di diritto, la separazione dei poteri; infine arriva ad esaminare alcune specifiche norme costituzionali³⁰⁶. Anche in questa ultima parte, come già nelle precedenti, Fois procede dapprima a presentare le tesi a sostegno del reperimento del fondamento della legalità per mezzo di tali disposizioni e, a seguire, le argomentazioni che confuterebbero le tesi stesse e le priverebbero di contenuti determinanti per il fine prefissato. Di alcuni articoli della Carta costituzionale, dall'art. 76 all'art. 13, dal gruppo delle riserve di legge in materia di libertà individuali, all'art. 97 all'art. 113, di volta in volta da vari giuristi ritenuti elementi da cui ricavare il concetto di legalità,

³⁰⁵ Si rileva anche che l'Autore in uno scritto successivo sembra giungere ad esprimere una differente valutazione: “Proprio perciò [nell'assegnare ai valori della legalità e della certezza un ruolo centrale] il pensiero di Pigliaru assume una particolare e molto significativa attualità; infatti suona come presago ed anticipatore di quella (per me necessaria) resistenza critica nei confronti di tutti quei tentativi che, specialmente oggi, spesso si manifestano nel senso di svuotare il principio di legalità della sua importanza e significato, e addirittura nel senso di negare la valenza o di distorcerne il contenuto fino a lasciare ad esso solo l'apparenza di un nome, asserendo comunque la necessità di un suo superamento e compromettendo la sua naturale conseguenza quale è – come ho detto – quella della certezza del diritto.” (FOIS S., *Principio di legalità in Pigliaru, op. cit.*, 623-624).

³⁰⁶ FOIS S., *Legalità, op. cit.*, 400 ss.

egli contesta quelle che ritiene opinioni non dotate di sufficiente e risolutiva argomentazione a sostegno, ovvero inficiate da incongruenze o lacune nei passaggi logici che dovrebbero sostenerle³⁰⁷. Fois rileva il fatto che questi tentativi di dimostrazione, che egli ritiene inefficaci, facciano riferimento a più norme differenti “incapaci di offrire indicazioni armoniche e coerenti”³⁰⁸, e che da esse sia scaturita una pluralità di argomentazioni alle volte contrastanti. Da questa considerazione il giurista arguisce quindi che tali tentativi sarebbero sintomo rivelatore di incertezze, quanto all’aspetto dinamico della ricerca, e di ambiguità, quanto all’oggetto stesso dell’indagine; ambiguità ed incertezze che si rifletterebbero fatalmente nelle opinioni che su di esse si fondano³⁰⁹. Invece l’art. 101 ad una prima analisi parrebbe presentarsi per l’Autore sufficientemente definito e risolutivo, in particolare nel suo secondo comma³¹⁰. “Se è vero che ai giudici è affidato, come compito istituzionale, l’esercizio della funzione giurisdizionale”, e tale funzione costituisce lo strumento per far valere il rispetto dell’ordinamento giuridico, la legalità risulta essere il criterio in base al quale il giudice imposta la scelta di quale norma applicare nel caso singolo nell’esercizio della propria funzione e per lo scopo generale prefissato; specificando poi che la “subordinazione alla legge” si esprime appieno non solo nel momento statico che afferma l’indipendenza del giudice, ma proprio nella funzione dinamica del giudicare³¹¹. Fois, quindi, afferma che “semberebbe dunque possibile affermare l’esistenza di un principio di legalità, da un lato, sufficientemente consistente nel suo fondamento, delineato nei suoi contorni ed articolato nelle sue implicazioni; dall’altro lato, sufficientemente capace di imporsi nella concreta vita dell’ordinamento, in quanto strettamente connesso all’esercizio di quella funzione

³⁰⁷ Ivi, 417-437.

³⁰⁸ Ivi, 438.

³⁰⁹ In particolare, Fois contesta che “molto spesso le affermazioni relative all’esistenza della legalità tendono a risolversi in petizioni di principio in base alle quali viene data per scontata l’esistenza, e considerato univoco il significato, proprio di quei “valori” che invece dovrebbero essere oggetto di specifica dimostrazione sulla base del diritto positivo”: il riferimento è in particolare allo “Stato di diritto”. Ancora, emergerebbe l’incoerenza di coloro che, “pur aderendo alle comuni premesse metodologiche del “positivismo giuridico”, implicano nelle loro affermazioni veri e propri “giudizi di valore” ed “elementi finalistici” che contraddicono a quella “neutralità etica” che dovrebbe contraddistinguere il giurista “positivista”; ad essere contestata in particolare è l’accettazione acritica come diritto di tali giudizi di valore, “indipendentemente dall’accertamento del loro effettivo accoglimento, della loro corrispondenza all’effettiva realtà o comunque della loro effettiva capacità a diventare realtà effettiva” (FOIS S., *op. cit.*, 438-439 e in note nn.130 e 131).

³¹⁰ Vedasi §2 del presente capitolo per un approfondimento del contenuto dell’interpretazione di Fois.

³¹¹ FOIS S., *op. cit.*, 440-442. Il termine “legge” è da interpretarsi in senso strettamente tecnico, come atto prodotto dai competenti organi.

giurisdizionale che dovrebbe assicurare l'efficace e continuo rispetto dell'ordinamento stesso”³¹².

Tuttavia, all'esito apparentemente positivo della propria ricerca il Giurista stesso oppone una obiezione che sente dirimente: egli cioè individua una profonda “crisi del principio di legalità”³¹³, che determinerebbe l'impossibilità di rintracciare il fondamento del principio di legalità nella Costituzione, poiché tale concetto non trova un adeguato riscontro nell'ordinamento. L'argomentazione contesta anzitutto lo stesso tentativo di fondare la legalità sull'art. 101 e sull'ambito della giurisdizione. Tale tentativo si rivela non sufficientemente completo da reggere alla contestazione che considera la crisi della legalità come una conseguenza della messa in discussione del modello stesso così come presentato dall'art. 101: il giudice non si limiterebbe ad applicare il diritto, ma assumerebbe su di sé un potere “quasi-creativo”. Nell'accostarsi al diritto da applicare, il giudice compie un'operazione di interpretazione, i cui processi poggiano su basi meramente convenzionali e quindi sono costantemente frutto di scelte: non si delinea alcuna “subordinazione” alla legge, quanto piuttosto una continua attività creatrice³¹⁴. A questa prima obiezione se ne aggiunge una seconda, ad un livello più profondo di contestazione, poiché Fois affronta una riflessione che va ad enucleare “un altro aspetto della crisi stessa”³¹⁵. L'attività “creativa” del giudice non sarebbe da intendersi in senso puramente soggettivo, limitato alla singola persona del giudice ed al singolo caso che gli si presenti; essa risulterebbe “condizionata dall'accettazione di certi valori”, o meglio, prosegue Fois, dell'unico superstite tra essi, che abbia attraversato indenne la “crisi del valore dei valori”: il “criterio di effettività”³¹⁶. Questo concetto si porrebbe in netta opposizione al principio di legalità, e, in quanto dotato di “naturale forza espansiva”, prescinderebbe dall'assetto gerarchico delle disposizioni sulle fonti del diritto; la naturale conseguenza sarebbe quella per cui non risulterebbe plausibile ipotizzare alcuna

³¹² Così FOIS S., *op. cit.*, 469.

³¹³ “La crisi risulta anche e maggiormente confermata prima di tutto dalle gravi oscillazioni e dalle rilevanti incertezze dottrinali relative sia al significato ed alla portata del principio di legalità, sia al fondamento costituzionale o addirittura alla vigenza stessa di tale principio. In secondo luogo, e specialmente, la crisi risulta confermata dal fatto che tutta una serie di più o meno gravi violazioni della “legalità” [...] s'impongano con sempre maggiore ampiezza nella nostra concreta esperienza giuridica, e sempre più spesso e diffusamente vengano (con varie sfumature) ammesse, giustificate o addirittura auspicate dalla prevalente dottrina” (FOIS S., *op. cit.*, 469 ss.).

³¹⁴ Ivi, 471-472.

³¹⁵ Ivi, 473.

³¹⁶ Subito di seguito il Giurista sardo provvede a dare una definizione di tale criterio, che troverebbe consistenza quando il giudice “afferma come “diritto” o ciò che egli spera diventi effettivamente (di fatto) tale, o ciò che ritiene probabile diventi effettivamente tale, o (specialmente) ciò che sia comunque effettivamente tale (e cioè che abbia avuto la forza di imporsi di fatto come tale)” (FOIS S., *op. cit.*, 474).

coesistenza dei due concetti in un ordinamento³¹⁷. Portando il ragionamento alle sue radicali conseguenze, Fois sostiene che in un contesto così delineato verrebbe a cadere l'indispensabile "organica e coerente unità" dello stesso ordinamento: con la eliminazione del criterio gerarchico e del principio di legalità sotteso, il rischio che prenderebbe concretezza è quello "di pregiudicare la stessa descrivibilità del nostro "ordinamento" in termini di "ordinamento"³¹⁸. Egli da una parte osserva quanto sia impossibile di rinunciare a pensare in termini di legalità, soprattutto per un giurista; dall'altra ritiene palese l'inconsistenza della legalità, sopraffatta dall'effettività, il cui valore sempre più preponderante è sintomo del processo di "neutralizzazione della ragione e della scienza", che esercita il suo influsso anche sulla cultura e sulla cultura giuridica in particolare. Date queste premesse, non ne può derivare altro che "una conclusiva dichiarazione di impotenza"³¹⁹.

Come sopra accennato, Fois nella propria disamina approfondisce più filoni di ricerca, indagando specifici ambiti all'interno di ognuno. Non essendovi spazio per approfondire ciascuno, il dubbio, che si può muovere in una visione complessiva all'approccio del Giurista, sorge e si sviluppa in relazione al suo metodo argomentativo, prima ancora che alla pluralità dei singoli aspetti che egli analizza. In relazione alla struttura della sua contestazione, quindi, come prima osservazione, si rileva che ad essere di volta in volta oggetto di approfondita analisi sia nella sua individualità un elemento, principio o disposizione, che sembra preso in considerazione in quanto entità singola ed indipendente, avulsa dal contesto del sistema in cui invece va inserita e di cui partecipa all'esistenza in quanto parte dell'insieme. Le obiezioni mosse al singolo elemento potrebbero anche assumere risvolti condivisibili o comunque costituire punti di riflessione; tuttavia, non si può non considerare come l'intero ordinamento sia un concetto complesso, allo stesso tempo unitario ed articolato. La pluralità di concetti e di strutture che lo costituiscono sono in relazione tra loro sia all'interno del medesimo ambito sia tra ambiti e livelli differenti. Una singola parte di questa struttura, considerata isolatamente, può apparire non pienamente delineata, può presentare tratti incerti o non immediatamente chiari, perché va ad acquisire contorni più precisi ed identificati nel momento in cui è osservata all'interno del meccanismo complessivo cui appartiene, nel contesto delle strutture con cui si relaziona e si coordina. Il diritto, l'intero ordinamento, sono

³¹⁷ Si veda per più ampia argomentazione FOIS S., *op. cit.*, 473-482.

³¹⁸ Ivi, 483-484.

³¹⁹ Ivi, 484-485

insiemi di elementi che esprimono relazioni, dal tassello più minuto, dai singoli termini, a crescere in modo esponenziale fino alla struttura più ampia. La considerazione appena svolta trova sostegno nelle parole di Costantino Mortati: nella sua presentazione in apertura al terzo volume della collana che raccoglie le opere di Piero Calamandrei egli osserva, in particolare in relazione alla Costituzione: “la vaghezza delle formulazioni, singolarmente prese, riusciva ad attenuarsi ed anzi ad essere trascesa, quando ne fossero state considerate le reciproche correlazioni, la loro composizione in un sistema nel quale ciascuna viene ad assumere la funzione di far vibrare una singola nota del motivo fondamentale che imprime alla costituzione la sua peculiare caratteristica, progressista e dinamica”³²⁰.

L’individuazione della rete di connessioni in cui sono immersi gli elementi dell’ordinamento assume ancor più consistenza quanto più oggetto di analisi sia proprio un principio fondamentale come il principio di legalità, che informa l’intero sistema statale organizzato e che, esprimendosi anche nei singoli settori, riveste anzitutto una funzione essenziale nel dare forma alla struttura di base dell’assetto costituzionale democratico.

Inoltre, i riferimenti che in più punti della visione di Fois emergono come richiami alla “crisi della legalità” e al criterio di effettività non sembra possano andare ad inficiare la solidità della struttura così come articolata nella Carta fondamentale; non si può non tener conto che da essa discendono scelte che determinano l’assunzione di alcune strutture e non di altre nell’ordinamento italiano. Le pur condivisibili segnalazioni in merito ad alcuni aspetti che possono dar luogo a contraddizioni o ad ambiguità del sistema, prime fra tutte la delega di potere legislativo tra Parlamento e Governo, non consentono comunque di ritenere perciò stesso eliminato il principio sottostante. Una eventuale difformità richiede una correzione, da valutare nelle modalità, nei confini, nei contenuti, non una resa ad un preteso nuovo assetto completamente opposto³²¹. L’ordinamento italiano è fondato su una scelta precisa, da cui è

³²⁰ Così MORTATI C., *Prefazione*, in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019, XXII. Si rileva come Mortati, in merito alla questione della presenza o meno della legalità nell’ordinamento, faccia rientrare il relativo principio nell’ambito dell’esigenza di democraticità dell’organizzazione degli uffici dell’amministrazione pubblica, e ritenga che sia fatto valere tramite le riserve di legge, poste “sia per la organizzazione dei pubblici uffici e sia per ogni specie di intervento dello stato nella sfera assegnata ai cittadini” (MORTATI C., *Istituzioni*, *op. cit.*, 464-416).

³²¹ In riferimento alle opinioni che evidenziano come il principio di legalità possa essere aggirato o apertamente violato, Carlassare rileva che si tratta di considerazione che non vale, purtroppo, per la sola legalità: molte sono le parti della Costituzione inattuata o frequentemente violate (basti pensare alla stessa libertà personale e alla riserva di legge in materia). Trattandosi però di una Costituzione rigida garantita, ciò che contrasta con i suoi principi va considerato violazione e come tale denunciato, non invece recepito e subito come mutazione irreversibile” (CARLASSARE L., *Legalità*, *op. cit.*, 4). Similmente, con riferimento alle opinioni di quanti negano la legalità sostanziale “in nome della centralità dell’esecutivo”, la Giurista individua il problema (e l’avvio della soluzione) nella “ricerca di nuove forme che integrino

sorta la carta fondamentale; di ciò si deve tener conto in ogni riflessione, nella consapevolezza che, anche perseguendo la “neutralità etica” del giurista, nel momento in cui si procede ad analizzare un ordinamento, come quello italiano, frutto di una ben precisa scelta, il riconoscerne principi e caratteri qualificanti non significa esprimere indebite ingerenze soggettive o ideologiche, quanto rinvenire le innegabili fondamenta del sistema stesso oggetto di indagine. Il momento in cui si presenta e descrive la effettività come un aspetto di un processo più vasto, non comporta necessariamente, come univoca possibilità, il momento della resa al criterio descritto; piuttosto, si sottolinea la necessità della consapevolezza che anche una “dichiarazione di impotenza”, al di là della condivisibilità o meno dell’argomentazione nel merito, è il risultato di una scelta e non un esito obbligato del ragionamento³²².

Obiezioni analoghe a quelle ora presentate possono essere mosse anche alla tesi che Bertolissi esprime in relazione al concetto di legalità. Muovendo da una concezione istituzionalistica³²³, considera sì il principio di legalità come insito nel concetto di Stato di diritto, ma inserito in una visione dell’ordinamento giuridico da intendersi come “società organizzata mediante un sistema di potere politico istituzionalizzato e mediante un sistema di norme”³²⁴. Nello sviluppare tale visione, il giurista pone il problema se il principio di legalità vada “salvaguardato sempre e comunque” ovvero “solo nella normalità dei casi, quando non esistono circostanze particolari ed eccezionali, in cui la sua salvaguardia possa compromettere la stabilità della società organizzata”. La soluzione che egli propone, coerentemente con la tesi iniziale, è che “in caso di insanabile contrasto tra il fine (stabilità) e il mezzo (legalità

la rappresentanza parlamentare, semmai *insufficiente* ad esprimere le istanze del gruppo sociale, non certo esigenza superata” (Ivi, 4-5).

³²² Così, quindi, anche in merito alle affermazioni per cui “si riconosce, infatti, sempre più indipendentemente dalle premesse metodologiche con le quali si affronta il problema, che il giudice di fatto crea il diritto nonostante la supremazia della legge, e si sottolinea che tale creazione è una realtà entro qualsiasi sistema”, nonché al “carattere meramente “convenzionale” dei presupposti in base ai quali si procede ad un’interpretazione e ricostruzione, più o meno sistematica del cosiddetto “diritto”-, così come anche sulla pluralità delle “logiche” o dei “metodi”, riguardanti l’applicazione e lo sviluppo di tali presupposti”, ed infine “sul fatto che anche la scelta tra i “metodi” interpretativi è una scelta tra “ideologie”” (FOIS S., *Legalità, op. cit.*, 471-472; si precisa che le citazioni dell’Autore sono riferite a BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972).

³²³ L’Autore si ispira alla dottrina di Santi Romano, declinando però il concetto di istituzione in una personale definizione di “società politica formata da un sistema di potere politico istituzionalizzato e da una società civile; il sistema di potere politico istituzionalizzato si serve anche di un sistema di norme per attuare il fine comune della stabilità generale della società politica” (BERTOLISSI M., MENEGHELLI R., *op. cit.*, 376).

³²⁴ Ivi, 343.

normativa) ciò che deve essere sacrificato è il mezzo, mai il fine”³²⁵. Più oltre, in riferimento all’art. 101 comma 2 Cost., egli riprende il concetto dal punto di vista della giurisdizione: “Come la legge è parte di una realtà più vasta che si chiama società organizzata, così l’attività del giudicare fa parte di questa medesima realtà ed è soggetta, oltre che alla legge, anche a questa realtà. Ed è, per questo, che il giudice può dirsi soggetto, oltre che alla legge, anche alle esigenze fondamentali di stabilità della società organizzata”³²⁶. Al di là di un possibile confronto in merito alla scelta dell’uso di alcuni termini piuttosto che di altri, l’obiezione di fondo che sembra potersi muovere riguarda il fondamento di tale tesi. La volontà di porre la stabilità come fine dell’ordinamento eventualmente anche a discapito della legalità, porta a considerare come anche tale visione appartenga ad una teorizzazione; che cioè si tratti non di una impersonale, scientifica ed oggettiva osservazione, quanto di una interpretazione. Con ciò appare dimostrato che si potrebbe opporre ai fautori di questa come di simili argomentazioni la contestazione che essi adottano quel medesimo criterio, che contestano a quanti ritengono il principio di legalità un caposaldo dell’ordinamento.

Non si tratta di pure questioni terminologiche, poiché, come riportano studi di analisi del linguaggio, anche nel campo giuridico, la connessione tra i termini utilizzati, la loro interpretazione e la rappresentazione della realtà esterna sono inscindibilmente connessi. Molte discussioni muovono da premesse per così dire implicite, che forniscono la trama, non immediatamente percepibile ma indispensabile, poiché senza di questa il ragionamento che si sviluppa in seguito non avrebbe possibilità di essere condotto. A diverse premesse non possono che corrispondere esiti argomentativi differenti.

Rispetto alle tesi fino ad ora riportate si pone in una posizione interlocutoria il lavoro di Merz: indicativa a tal proposito è la sua definizione del principio di legalità come di una “proposizione indecisa”³²⁷. Prima però di procedere ad una analisi del significato di tale espressione è opportuno sottolineare il fatto che nelle considerazioni in merito al principio di legalità il Giurista trentino faccia precedere all’analisi dei contenuti della Costituzione e dell’ordinamento italiano una premessa metodologica generale che consente di individuare la cornice entro cui poi il ragionamento va sviluppandosi. Tale cornice sembra essere in

³²⁵ Ivi, 344-345; più oltre, ribadendo il concetto, è affermato che “non c’è legalità al mondo che possa imporsi alla stabilità generale; che abbia il diritto di compromettere la stabilità generale” (Ivi, 395).

³²⁶ Ivi, 348.

³²⁷ MERZ S., *op. cit.*, 1401 ss.

connessione a quanto poco sopra accennato in merito all'analisi dei presupposti del ragionamento scientifico e giuridico in particolare: "è infatti opinione corrente che scientificità e convenzionalità si implicano vicendevolmente nel senso che il linguaggio scientifico trova al suo fondamento le "proposizioni primitive" del sistema, non ulteriormente investigabili nella loro validità ed accettate elettivamente in forza d'una ideologia"³²⁸.

Considerando quindi la questione dell'esistenza del principio di legalità e del suo fondamento, Merz individua due principali correnti dottrinali: una prima procede dalle fonti legislative ed in particolare dalla Costituzione; una seconda alle fonti legislative unisce la prassi e giunge a ridimensionare o negare addirittura la presenza della legalità in quanto soppiantata dalla effettività. Le due posizioni, prescrittivistica o giuridico-formale l'una, descrittivistica o realistica l'altra, "divergono radicalmente giacché si rifanno a premesse opposte e tuttavia disponibili e convenzionali". Ma i concetti stessi di effettività e di legalità sono parametri convenzionali ed "il loro contrasto non si rivela insanabile ed irriducibile, ma solo virtuale"³²⁹. Verrebbe quindi ad assumere dei contorni più definiti il senso in cui Merz considera il principio di legalità una proposizione indecisa: ciò sarebbe riconducibile ad un dubbio metodologico di fondo, causato dalla lacuna originaria della assenza nella Carta costituzionale di una disposizione relativa al principio in esame, in particolare in relazione alla potestà regolamentare governativa. Da ciò deriverebbe la possibilità di attribuire alla legalità più significati e ciò la renderebbe per l'appunto, al di fuori della certezza offerta dal punto fermo delle riserve di legge, una proposizione "indecisa", poiché aperta a più soluzioni. Secondo l'Autore la soluzione della prospettata antinomia, che arriva a coinvolgere gli ulteriori principi di certezza del diritto e di chiusura o meno dell'ordinamento, esula dalla competenza del giudice e spetta piuttosto al legislatore³³⁰.

³²⁸ Ivi, 1356.

³²⁹ Ivi, 1357.

³³⁰ Ivi, 1401-1402. Per l'analisi del tema delle antinomie, vedasi BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, op. cit., 209 ss.

CONCLUSIONI

Dall'analisi fin qui condotta è possibile giungere a concludere che il principio di legalità è confermato nella sua esistenza fondamentale per tre ordini di ragioni. In primo luogo, perché è una struttura essenziale per individuare un ordinamento come appartenente alla categoria dello Stato di diritto; lungi dal rappresentare una formula desueta, dimostra invece la capacità di svilupparsi e di accogliere forme sempre più alte di tutele dei diritti. Pur potendo presentare una certa varietà di forme specifiche, se un ordinamento vuole definirsi Stato di diritto è al principio di legalità sostanziale che deve fare riferimento e quindi alla subordinazione dei poteri alla legge e alle garanzie che tutelano i diritti dei cittadini. La realizzazione dello Stato di diritto è intimamente correlata alla presenza del principio di legalità nel suo senso più pieno, risultante da un plurisecolare percorso che numerosi Giuristi ed in particolare la figura di Piero Calamandrei hanno contribuito a costruire, a rendere chiaro ed a rinforzare. In secondo luogo, per l'ordinamento italiano nello specifico è la Costituzione ad offrire riscontro della sua presenza, poiché sia dalla sua genesi, sia da singoli articoli, sia a maggior ragione dalla osservazione dell'intero corpo delle disposizioni emerge come il principio in questione informi tutti gli ambiti del sistema statale, tanto dal punto di vista organizzativo quanto dal punto di vista del rapporto tra Stato e cittadini e delle tutele di questi ultimi. In terzo luogo, si rileva come le ipotesi alternative, che considerano in modo attenuato o addirittura negano la presenza del principio come dato fondamentale dell'ordinamento, portino ad esiti che si pongono al di fuori del perimetro del moderno concetto di Stato di diritto. Ove sia negato o non riconosciuto il valore della legalità, non solo i rapporti tra poteri ma anche i rapporti tra autorità e cittadini e tra gli stessi individui non possono che subire deformazioni; l'eredità di garanzie a tutela delle libertà viene a sfaldarsi, con la conseguenza di un ritorno a concezioni arcaiche del diritto e della struttura sociale.

Il principio di legalità è un mezzo, non un fine: è lo strumento che, come evolutosi nei due ultimi secoli, consente di tutelare i singoli nel godimento dei loro diritti e nell'esplicazione della loro personalità, nonché di garantire che tali diritti fondamentali siano rispettati. In sostanza, esso costituisce la struttura che fonda l'esistenza dell'ordinamento modernamente inteso. Si riscontrano criticità, che rischiano per diverse strade di rendere meno saldi e garantiti i diritti stessi, più permeabili certi rapporti soprattutto di fronte all'incalzare di eventi

interni ed internazionali in rapida evoluzione e a strumenti relativamente nuovi e agili rispetto alle strutture consolidate tradizionali: come annota Calamandrei ne *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, è necessario acquisire e conservare la “tormentosa ma stimolante consapevolezza che il diritto è perpetuamente in pericolo”. Il principio di legalità può essere considerato come lo strumento che consente di dispiegare le tutele necessarie a preservare, unitamente a questa concezione del diritto, anche i valori che essa racchiude e a garantire solidità alle conquiste entrate da secoli nel patrimonio dei cittadini.

BIBLIOGRAFIA

- AMBROSINI G., introduzione, *Costituzione italiana*, Einaudi, Torino, 1975
- ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, a cura di MAZZARELLI C., Rusconi, Milano, 1994
- BARILE P., *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- BALDASSARRE A., *Libertà (I)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, 21-23.
- BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 2003
- BERTOLISSI M., MENEGHELLI R., *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino, 1996
- BESTERMAN T., *Voltaire*, Feltrinelli, Milano, 1971
- BOBBIO N., *Il pensiero politico*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, Torino, 1996
- CALAMANDREI P., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019
- CALAMANDREI P., *Chiarezza nella Costituzione*, estratto del Discorso alla Camera dei deputati del 4 marzo 1947, a cura della Tipografia della Camera dei Deputati, 1947, in *Opere giuridiche*, vol. X, *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019
- CALAMANDREI P., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019
- CALAMANDREI P., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019
- CALAMANDREI P., avvertenza e premessa, *Dei delitti e delle pene*, in *Opere giuridiche*, vol. X, *Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019
- CALAMANDREI P., *Disegno preliminare di costituzione mondiale: presentazione ai lettori italiani*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *Discorso sulla Costituzione agli studenti di Milano del 26 gennaio 1955*, dal sito www.professionegiustizia.it/documenti/guide/piero_calamandrei_e_la_costituzione, del 6 aprile 2018, a cura della Redazione

CALAMANDREI P., *Giuseppe Chiovenda*, in *Opere giuridiche, vol. X, Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *Giuseppe Chiovenda (5 novembre 1937 – 5 novembre 1947)*, in *Opere giuridiche, vol. X, Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *Intervento all'Assemblea costituente 4 marzo 1947 seduta pomeridiana*, dal sito www.professionegiustizia.it/documenti/guide/piero_calamandrei_e_la_costituzione/3_e/4/, del 6 aprile 2018, a cura della Redazione

CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *La convocazione dell'Assemblea costituente europea*, in *Opere giuridiche, vol. III, Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Opere giuridiche, vol. III, Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *La Costituzione si è mossa*, in *Opere giuridiche, vol. III, Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *La crisi della giustizia*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Opere giuridiche, vol. III, Diritto e processo costituzionale*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *La relatività del concetto d'azione*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Laterza, Roma - Bari, 2021

CALAMANDREI P., *Oralità nel processo*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019

CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019

- CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in *Opere giuridiche, vol. I, Problemi generali del diritto e del processo*, Romatrepres, Roma, 2019
- CALAMANDREI P., *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Opere giuridiche, vol. X, Problemi vari e ricordi di giuristi, Arringhe e discorsi di politica legislativa*, Romatrepres, Roma, 2019
- CAPPELLETTI M., *La “politica del diritto” di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- CARDUCCI M., *La Costituzione di Weimar (1919)*, in CERRINA FERONI G., FROSINI T. E., TORRE A. (a cura di), *Codice delle Costituzioni, vol. I*, Giappichelli, Torino, 2009
- CARETTI P., *Piero Calamandrei e il problema della Costituente*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica, vol. XVIII*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padova, 1966
- CASONATO C., *La costituzione degli Stati Uniti d'America (1789)*, in *Codice delle Costituzioni, vol. I*, a cura di CERRINA FERONI G., FROSINI T. E., TORRE A., Giappichelli, Torino, 2009
- CATELANI A., *Principio di legalità e Stato di diritto*, Aracne editrice, Roma, 2020
- CAVALLA F., *La verità dimenticata. La verità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, CEDAM, Padova, 1996
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982
- CERRINA FERONI G., FROSINI T.E., TORRE A., a cura di, *Codice delle Costituzioni, vol. I*, Giappichelli, Torino, 2009
- COLOMBO A., *Alla testa del “Ponte”*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- COLOMBO G., *Il peso della libertà*, in DOSTOËVSKIJ F., *Il grande inquisitore*, trad. it. di Vitale S., Salani, Milano, 2021
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM – WKI, Milano, 2020
- DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, BUR, Milano, 2018
- FALCON G., *Istituzioni di diritto pubblico*, WKI, Milano, 2021
- FERRAJOLI L., *Legalità*, in AA. VV., *La Costituzione...aperta a tutti*, Romatrepres, Roma, 2019

- FIORAVANTI M., *L'attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale*, relazione al convegno *La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo, 28-29 ottobre 2005, reperibile nel sito astrid-online.it, per esteso astrid-online.it/static/upload/protected/Fior/Fioravanti-ruolo-cultura-cost_28_10_.pdf
- FIORAVANTI M., *Stato e costituzione*, in AA. VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005
- FOIS S., *Calamandrei ed i problemi della Costituzione*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 2010
- FOIS S., *Principi e regole normative nell'opera di Vezio Crisafulli*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 2010
- FOIS S., *Principio di legalità in Pigliaru*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 2010
- GALANTE GARRONE A., *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- GIANNINI M. S., *La formazione culturale di Calamandrei*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- GRASSO G., *La sentenza n.1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Osservatorio costituzionale*, rivista quadrimestrale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Fasc. 1/2017, 2 gennaio 2017, reperibile nel sito www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/giorgio-grasso/la-sentenza-n-1-del-1956-sessant-anni-dopo
- GROSSI P., *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Il dominio e le cose*, Giuffrè, Milano, 1992
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, vol. IX*, UTET, Torino, 1994
- HOFFMAN H., *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, in AA.VV., *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, FrancoAngeli, Milano, 2005
- JORI M., PINTORE A., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995
- KANT I., *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, in KANT I., *Stato di diritto e società civile*, a cura di MERKER N., Editori Riuniti, Roma, 1982
- KANT I., *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?*, in *Stato di diritto e società civile*, a cura di MERKER N., Editori Riuniti, Roma, 1982
- KELSEN H., *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2013

- LEONDINI G., *Le associazioni tra autonomia privata e controlli pubblici: prospettive di riforma e principi costituzionali*, CEDAM, Padova, 2005
- MERZ S., *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubblico*, Giuffrè, Milano, 1976
- MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1958
- PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1998
- PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965
- PIAIA G., *Marsilio da Padova*, voce in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Filosofia*, nel sito www.treccani.it/enciclopedia/Marsilio-da-Padova, 2012
- PINTORE A., *Stato di diritto*, nel sito www.bibliotecaiberale.it/glossario/s/stato-di-diritto/
- PLATONE, *Critone*, a cura di SASSI M. M., BUR, Milano, 1994
- PORTINARO P.P., *Legalità, principio di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1996
- PUGLIESE G., *Piero Calamandrei giurista storico*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- RICCI E. F., *Calamandrei e la dottrina processualcivile del suo tempo*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990
- RUFFINI F., *Diritti di libertà*, La Nuova Italia, Firenze, 1975
- RUPERTO C., *La legalità costituzionale*, Discorso letto nella Sala della Provincia Autonoma di Bolzano il 17 novembre 2001, nel sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti all'indirizzo associazioneideicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/speciali/ruperto/index.html
- SCARSELLI G., *Francesco Carnelutti: il giurista, l'avvocato, l'uomo*, relazione pubblicata nel sito *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, Pacini Giuridica, 24 febbraio 2021; www.judicium.it/francesco_carnelutti-giurista-lavvocato-luomo/
- Sent. Cass. Sez. Un. civ. del 3 maggio 2019 n.11747, dal sito della Corte di Cassazione www.italgiure.giustizia.it/sncass/
- Sent. C. Cost. 1/1956, reperibile nel sito web della Corte costituzionale all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.ob?anno=1956&numero=1
- Sent. 17 febbraio 1969 n. 15, in *Giur. Cost.*, 1969

SOFOCLE, *Antigone*, Garzanti, Milano, 1993

SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2001

TROCKER N., *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *22 saggi su un grande Maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990

ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, EGES, Torino, 1984

ZAGREBELSKY G., *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007

ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge*, Einaudi, Milano, 2009

ZAGREBELSKY G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005

ZANUSO F., *Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in AA. VV., *Cultura moderna e interpretazione classica*, CEDAM, Padova, 1997