

**IL CONSIGLIO D'EUROPA ALLA RICERCA DI UNA DEFINIZIONE DI "RULE OF LAW".
SUL RAPPORTO DELLA COMMISSIONE DI VENEZIA "ON THE RULE OF LAW" DEL 4 APRILE 2011**

1. I riferimenti convenzionali nell'ambito del Consiglio d'Europa: il Trattato di Londra del 1949 e la Convenzione di Roma del 1950. – 2. Il "rule of law" nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 3. Il ruolo dell'Assemblea parlamentare: la ris. n. 1594 del 23 novembre 2007. – 4. Il ruolo del Comitato dei ministri: lo studio approvato il 28 novembre 2008. – 5. Il ruolo della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto. – 5.1 Il rapporto preparatorio del 29 maggio 2009. – 5.2 Il rapporto intermedio del 24 settembre 2009. – 5.3 Il rapporto finale del 4 aprile 2011. – 6. Conclusioni.

In occasione della sua 86^a sessione plenaria del 25-26 marzo 2011, la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (CEDD), organo consultivo indipendente del Consiglio d'Europa (CdE) con sede a Venezia, ha adottato un rapporto dal titolo "On the rule of law"¹. Reso pubblico il successivo 4 aprile, questo si è proposto di

"find a consensual definition [...] together with an identification of the core elements of the rule of law [...] that [...] may contribute [...] to the practical implementation of this important principle through its interpretation and application vis-à-vis and in its [i.e. del CdE] member states"².

Il presente testo ha inteso analizzare tale documento contestualizzandolo nel più ampio divenire delle attività del CdE specificamente dedicate al tema di "rule of law" (RoL)³. Con finalità introduttive sono stati

¹ CDL-AD(2011)003rev, 4 aprile 2011, [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)003rev-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)003rev-e.pdf).

² *Ibid.*, parr. 3 e 70.

³ Il presente saggio non prende in considerazione lo sforzo definitorio di altre organizzazioni internazionali. Sul ruolo dell'ONU, cfr. i materiali di cui al portale "United Nations Rule of Law" (<http://www.unrol.org/>). Più in particolare, sul ruolo del Segretario Generale, cfr. "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies", UN doc. S/2004/616, 23 agosto 2004; sul ruolo dell'Assemblea Generale, cfr. GLENDON, "The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights" in *Northwestern Journal of International Human Rights*, n.2/2004, nonché la serie di risoluzioni dal titolo "Strengthening of the rule of law", adottate dal 1993 (A/RES/48/132, 20 dicembre 1993), e "The rule of law at the national and international levels", adottate dal 2006 (A/RES/61/39, 4 dicembre 2006) e la ris. n. 2005/32 della Commissione sui diritti umani "Democracy and the rule of law", E/2005/23, E/CN.4/2005/135, p. 125 ss.; sul ruolo del Consiglio di Sicurezza, cfr. CHESTERMAN, "«I'll Take Manhattan»: The International Rule of Law and the United Nations Security Council" in *Hague Journal on the Rule of Law*, n. 1/2009, pp. 67-73. Sul ruolo della Banca Mondiale, cfr. le sezioni/sottosezioni "Rule of Law and Development" e "Projects and Activities/Introduction to World Bank Law and Justice Reform Projects" in web.worldbank.org; sul ruolo del Fondo Monetario Internazionale, cfr., NGUGI, "Policing Neo-Liberal Reforms: the Rule of Law as an Enabling and Restrictive Discourse" in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, n. 26/2005, p. 513 ss. Sul ruolo dell'UE, in generale, cfr. WALKER, *The Rule of Law and the EU: Necessity's Mixed Virtue*, Edinburgh Europa Institute, Mitchell Working Paper Series, n. 4/2008. Per una definizione di "RoL" nell'ambito della cooperazione allo sviluppo UE, cfr. Commissione Europea, *Communication to the Council and Parliament on "Democratisation, the rule of law, respect for human rights and good governance: the challenges of the partnership between the European Union and the ACP States"*, 12 marzo 1998, COM(98)0146-C4-0390/98. Per una definizione operativa di "RoL" in ambito PESC (Politica Estera e di Sicurezza Comune), cfr. Consiglio dell'UE, Comitato per gli Aspetti Civili della Gestione delle Crisi (CIVCOM), *Comprehensive EU concept for missions in the field of Rule of Law in crisis management, including annexes*, doc. 14513/02, 19 novembre 2002; nonché SERRA, "L'azione esterna dell'Unione europea per la promozione dello Stato di diritto nel settore della giustizia penale: la missione EULEX in Kosovo" in CALIGIURI, CATALDI, NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 246-253. Sul ruolo dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, cfr. OECD/DAC, *Equal Access to Justice and the Rule of Law*, Parigi, 2005; ID., *Integrating Human Rights into Development*, Parigi, 2006. Sul ruolo

considerati i riferimenti al RoL contenuti nei trattati *fondamentali* del CdE (par. 1). Quindi, appurata la mancanza di una definizione convenzionale, si è guardato al ruolo svolto dai principali organi del CdE – la Corte europea dei diritti dell'uomo (CtEDU, par. 2), l'Assemblea parlamentare (AP, par. 3), il Comitato dei ministri (CM, par. 4) – per tradurre, nello svolgimento delle rispettive funzioni, i solenni riferimenti al RoL in più precisi contenuti. Da ultimo, si sono analizzati i lavori della CEDD (par. 5). Il metodo utilizzato è confortato dal dato cronologico che vede l'elaborazione della CEDD collocarsi a valle dei lavori – cui peraltro attinge ampiamente – degli altri organi del CdE, ivi inclusa la giurisprudenza della CtEDU.

1. I riferimenti convenzionali nell'ambito del Consiglio d'Europa: il Trattato di Londra del 1949 e la Convenzione di Roma del 1950

Il Trattato di Londra del 1949 che istituisce il CdE considera il RoL – “*prééminence du droit*” in francese, l'altra lingua ufficiale⁴ – come il fondamento, insieme alla libertà personale e politica, di una vera democrazia⁵; esso pone, inoltre, il rispetto del RoL, unitamente al riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, come condizione che gli Stati devono soddisfare ai fini dell'appartenenza all'organizzazione⁶. Il riferimento al RoL fungerebbe da raccordo logico-giuridico tra democrazia e libertà; intenderebbe, cioè, indicare la finalizzazione degli apparati pubblici dello Stato democratico alla garanzia dei diritti individuali in quanto “diritti pubblici”⁷.

Principale strumento convenzionale del CdE, la Convenzione di Roma del 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), apostrofa il RoL e la libertà come comuni eredità dei governi europei⁸. La CEDU costituirebbe di per sé uno strumento di RoL in quanto comporta, per gli Stati firmatari, limitazioni all'esercizio del loro potere sovrano funzionali alla tutela di beni giuridici essenziali pertinenti alla persona umana⁹.

A dispetto dei molteplici richiami al RoL, il sistema dei trattati “costituzionali”¹⁰ del CdE non offre, tuttavia, alcuna definizione del principio in parola.

2. Il “rule of law” nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo

L'eccedenza di contenuto assiologico, rispetto a quello precettivo, intrinseca alla locuzione “RoL” è stata in parte mitigata dalla CtEDU. Ancorché non direttamente giustiziabile, il principio di RoL ha, infatti, costituito,

dell'Organizzazione per la Cooperazione e la Sicurezza in Europa, cfr. i materiali accessibili attraverso <http://www.osce.org/odihr/66395> nonché la bibliografia ufficiale di cui a <http://www.osce.org/odihr/35970>.

⁴ Cfr. *infra*, note 5 e 6. Lo stesso rilievo vale per la CEDU (cfr. *infra*, nota 8).

⁵ Preambolo, secondo considerando (versione in inglese: “[r]eaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy”; versione in francese: “[i]nébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable”).

⁶ Art. 3, prima frase (versione in inglese: “[e]very member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms”; versione in francese: “[t]out membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales”).

⁷ Così BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 61, nonché ID., “Il preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo” in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1974, p. 441.

⁸ Preambolo, ultimo considerando (versione in inglese: “[b]eing resolved, as the Governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law to take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration”; versione in francese: “[r]ésolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle”).

⁹ Una tale asserzione troverebbe conferma nella stessa giurisprudenza CEDU. Cfr. sent. 21 febbraio 1975, *Golder*, 4451/70, p.34; 8 giugno 1976, *Engel et al.*, 5100/71, p.69; 25 giugno 1996, *Amuur*, 19776/92, p.50. Sulla base di queste pronunce, il Segretariato del CM del CdE ha concluso che “it is not exaggerated to state that the ECHR and the Court are not only instruments for the protection of human rights but also tools for the protection of the rule of law and the collective enforcement of its requirements” (par. 34, corsivo aggiunto, del documento di cui a nota 51, commentato *infra*, par. 4). In quest'ottica, in ragione dei poteri conferitigli dall'art. 46 della CEDU (in tema di attuazione delle sentenze della CtEDU da parte degli Stati parte condannati), “the Council of Europe itself can be seen as a rule of law institution at European level” (par. 60, *ibid.*, corsivo aggiunto).

¹⁰ La CEDU è stata apostrofata dalla CtEDU “constitutional instrument of European public order” (sent. 23 marzo 1995, *Loizidou* (*preliminary objections*), 15318/89, p.75).

sia pure *en passant*, l'oggetto di significative precisazioni giurisprudenziali¹¹. Sulla base dei criteri ermeneutici individuati dall'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, la CtEDU si è servita, sin dalla sentenza *Golder* del 1975¹², dei richiami convenzionali al RoL come mezzo sussidiario – *testuale* nel caso della stessa CEDU e *contestuale* nel caso del Trattato di Londra del 1949 – di natura teleologica per l'interpretazione di singole disposizioni CEDU. Un'impostazione, questa, che ha indotto la Corte a riconoscere nel RoL un "fundamental principle"¹³ "from which the whole Convention draws its inspiration"¹⁴, "a concept inherent in all the Articles of the Convention"¹⁵.

In concreto, il principio è stato utilizzato per: 1) desumere diritti ed obblighi impliciti nel testo di talune disposizioni; 2) integrare il significato di certe garanzie; 3) bilanciare diritti individuali con interessi collettivi.

Con riferimento alla prima funzione, dall'art. 6, par. 1, sul diritto di ogni individuo ad un equo processo – di per sé considerato come principale proiezione soggettiva del principio di RoL¹⁶ – sono stati desunti: un diritto autonomo di accesso alle istanze giudiziarie nazionali¹⁷; l'obbligo per le autorità statali di dare effettiva esecuzione alle sentenze definitive¹⁸; il divieto di rimettere in discussione una questione sulla quale la competente corte nazionale si sia pronunciata in via definitiva¹⁹.

Con riferimento alla seconda funzione, il RoL è stato utilizzato come parametro per una lettura in senso sostanziale del principio di legalità²⁰ di cui agli artt. 8-11 che disciplinano la facoltà per gli Stati contraenti di stabilire *per legge* limitazioni al godimento di certi diritti²¹. Richiamandosi al RoL, la CtEDU ha, infatti, integrato e specificato il significato effettivo di "legge" al fine di evitare che il rimando ad essa fatto dalla CEDU si riducesse, a detrimento dei diritti oggetto di potenziale restrizione, ad un semplice vincolo formale (i.e. la legge in quanto puro e semplice *nomen juris*). La pragmatica preoccupazione di mediare tra ordinamenti di *civil law* e di *common law*²², ha spinto la CtEDU a non cristallizzare il principio di legalità nel concetto di riserva di legge parlamentare (c.d. "riserva di organo"), come è invece avvenuto per l'art. 6²³. I giudici di Strasburgo hanno, al contrario, inteso il principio di legalità come "riserva di fonte", a prescindere dall'istituzione da cui promana l'atto restrittivo. In concreto, la CtEDU ha richiesto che il provvedimento normativo restrittivo sia conforme a due requisiti – accessibilità e precisione – finalizzati a delimitare il potere discrezionale degli organi dell'esecutivo e a fornire adeguata protezione all'individuo contro interferenze arbitrarie nella sua sfera di libertà e diritti²⁴. Sempre con riferimento agli artt. 8-11 CEDU, la Corte è andata

¹¹ Sul tema, cfr. *amplius* WACHSMANN, "La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in *Le droit des organisations internationales - Recueil d'études à la mémoire de J. Schwob*, Bruxelles, 1997, pp. 241-285.

¹² "As stated in Article 31 para. 2 of the Vienna Convention, the preamble to a treaty [...] is generally very useful for the determination of the «object» and «purpose» of the instrument to be construed. [...] The Preamble does not include the rule of law in the object and purpose of the Convention, but [...] it would be a mistake to see in this reference [i.e. il riferimento a "rule of law" contenuto nel preambolo della CEDU] a merely 'more or less rhetorical reference', devoid of relevance for those interpreting the Convention. One reason why the signatory Governments decided to «take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration» was their profound belief in the rule of law. It seems both natural and in conformity with the principle of good faith (Article 31 para. 1 of the Vienna Convention) to bear in mind this widely proclaimed consideration when interpreting the terms of Article 6 para. 1 [...] according to their context and in the light of the object and purpose of the Convention" (sent., *Golder, cit.*, p.34).

¹³ Sent. 7 ottobre 1988, *Salabiaku*, 10519/83, p. 28.

¹⁴ Sent. 8 giugno 1976, *Engel et al., cit.*, p.69.

¹⁵ Sent. 25 giugno 1996, *Amuur, cit.*, p.50; 28 maggio 2002, *Strafford*, 46295/99, p.63.

¹⁶ Cfr., i.a., sent. 9 dicembre 1994, *Stran Greek Refineries and Stratis Andradsis*, 13427/87, p.46; 29 ottobre 1997, *Worm*, 22714/93, p.94.

¹⁷ Cfr. sent. 21 settembre 1994, *Fayed*, 17101/90, p.65; 27 agosto 1991, *Philis et al.*, 12750/87, p.59. Sempre in tema di tutela giurisdizionale, ma con riferimento alla garanzia incorporata nell'art. 5, par. 3 (i.e. l'obbligo di tradurre ogni persona sottoposta a detenzione preventiva al più presto dinanzi ad un giudice), la CtEDU ha precisato che il controllo giudiziario sui provvedimenti di carcerazione preventiva è diretta emanazione del principio di RoL (cfr. sent. 29 novembre 1988, *Brogan et al.*, 11209/84, p.58).

¹⁸ Cfr. sent. 19 marzo 1997, *Hornsby*, 18357/91, p.40.

¹⁹ Cfr. sent. 28 ottobre 1999, *Brumarescu*, 28342/95, p.61; 8 aprile 2004, *Assanidze*, 71503/01, pp. 91, 129-130.

²⁰ Sull'intima connessione logico-giuridica tra Stato di diritto e principio di legalità, cfr. *amplius* TREVES, "Considerazioni sullo stato di diritto" in *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960, II, p. 1589 ss.

²¹ Come è noto, tali articoli della CEDU consentono agli Stati parte di limitare l'esercizio di determinati diritti (i.e. il diritto al rispetto della vita privata e familiare, art. 8) o libertà (i.e. la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, art. 9, la libertà di espressione, art. 10, e la libertà di riunione e di associazione, art. 11) al fine di tutelare alcuni interessi pubblici statali ovvero i diritti di altri soggetti.

²² Sulla diversa connotazione del principio di legalità nelle diverse famiglie giuridiche, cfr. CARLASSARE, "Legalità (principio di)" in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVIII (1990), p. 2 ss.; interessanti rilievi sul tema sono svolti anche in FIANDACA, "Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale" in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1, 2007, pp. 78-80.

²³ Cfr., i.a., sent. 22 giugno 2000, *Coëme et al.*, 32492/96, p.98, ove la CtEDU ha affermato che la locuzione "tribunale [...] costituito per legge", di cui all'art. 6, va letto nel senso che l'organizzazione del sistema giudiziario in una società democratica non deve dipendere dalla discrezionalità dell'esecutivo ma deve, al contrario, essere disciplinata attraverso una legge promanante dall'organo parlamentare.

²⁴ Cfr., i.a., sent. 10 febbraio 2009, *lordachi et al.*, 25198/02, pp.37 e 94; 16 febbraio 2000, *Amann*, 27798/95, p.56; 2 agosto 1984, *Malone*, 8691/79, ove, in relazione all'art. 8, la CtEDU ha affermato "the phrase 'in accordance with the law' does not merely refer back

oltre le qualità, tutto sommato estrinseche, di accessibilità e precisione e, facendo ancora una volta leva sul principio di RoL, ha individuato dei limiti di natura più propriamente sostanziale alla prerogativa degli Stati parti di sottoporre a restrizione, *per legge*, taluni diritti CEDU: il divieto di discriminazione²⁵ e l'obbligo di predisporre meccanismi per un effettivo controllo giudiziario sulle misure restrittive²⁶.

Infine, quanto alla terza funzione, il principio di RoL è stato utilizzato per chiarire la relazione esistente tra la nozione di "sicurezza nazionale", alla quale gli Stati tendono ad appellarsi per giustificare provvedimenti restrittivi della libertà CEDU (specie in materia di lotta al terrorismo internazionale), e il diritto di accesso al giudice²⁷.

3. Il ruolo dell'Assemblea parlamentare: la ris. n.1594 del 23 novembre 2007

Anche l'AP del CdE ha fornito un importante contributo per la definizione dei contenuti del principio di RoL. Il 23 novembre 2007, essa ha adottato la ris. n.1594 intitolata "The principle of the rule of law"²⁸, ove, dopo aver riconosciuto che la nozione di RoL costituisce, per gli Stati membri, "a common value and fundamental principle for greater unity"²⁹, ha denunciato che

"[d]espite a general commitment to this principle, the variability in terminology and understanding of the term, both within the Council of Europe and in its member states, has elicited confusion"³⁰.

In particolare, l'AP ha rilevato che

"the French expression *Etat de droit* (being perhaps the translation of the term *Rechtsstaat* known in the German legal tradition and in many others) has often been used but does not always reflect the English language notion of "rule of law" as adequately as the expression *prééminence du droit*, which is reflected in the French version of the Statute of the Council of Europe, in the preamble to the European Convention on Human Rights [...] and in the Strasbourg Court's case law"³¹.

Quindi, ha sottolineato la necessità di una riunificazione semantica

"that encompasses the principles of legality and of due process, which has the same basic elements, found in particular in the case law of the European Court of Human Rights, by whatever name this concept is now used in the Council of Europe"³².

La CEDD è stata, da ultimo, incaricata di assistere l'AP in una più approfondita riflessione sul tema, a partire dal punto fermo secondo cui

"the terms "rule of law" and *prééminence du droit* are substantive legal concepts which are synonymous, and which should be considered as such in all English and French language versions of documents issued by the Assembly as well as in the member states in their official translations"³³.

Un *Memorandum* esplicativo, datato 6 luglio 2007 e preparato dal relatore olandese Erik Jurgens (gruppo socialista), accompagnava la mozione di risoluzione poi approvata dall'AP³⁴. *A posteriori*, esso si presta ad

to domestic law but also relates to the quality of the 'law', requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention" (p.67); "it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference" (p.68). Di rilievo anche la sent. 24 aprile 1990, *Huvig*, 11105/84, ove la CtEDU ha precisato che "it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive – or to a judge – to be expressed in terms of unfettered power" (p.29, corsivo aggiunto).

²⁵ Cfr. sent. 31 luglio 2001, *Rafah Partisi et al.*, 41340/98, p.43, ove si individua nel divieto di discriminazione in base al credo religioso un limite sostanziale che la legge non deve superare laddove, nell'ambito di uno Stato democratico, persegue l'obiettivo, pur legittimo, di preservare il carattere secolare della società restringendo l'esercizio del diritto di riunione ed associazione (art. 11 CEDU).

²⁶ Cfr., con riferimento all'art. 8 CEDU, sent. 6 settembre 1978, *Klass et al.*, 5029/71, p.55; *Silver*, cit., p.90; *Malone*, cit., p.67.

²⁷ Cfr., i.a., sent. 6 dicembre 2006, *Liu*, 42086/05, ove la CtEDU, nell'ambito di un ricorso avente ad oggetto una presunta violazione dell'art. 8, ha affermato che "even where national security is at stake, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights must be subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and relevant evidence [...]. The individual must be able to challenge the executive's assertion that national security is at stake" (p.59).

²⁸ Cfr. <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1594.htm>.

²⁹ Par. 1.

³⁰ Par. 3.

³¹ *Ibid.*

³² Par. 5.

³³ Par. 6.1.

esser letto come un commentario, per così dire, “autentico” della ris. n. 1594. Stigmatizzando l’uso formalistico del principio di RoL da parte di certi Stati membri³⁵, il *Memorandum* invitava tutti gli organi del CdE a vincolarsi ad una medesima definizione sostanzialistica ove, superando la potenziale aporia semantica fra locuzioni *prima facie* contigue all’interno dell’ordinamento giuridico del CdE (“RoL” vs “*prééminance du droit*”) ovvero al suo esterno (“RoL” vs “*Etat de droit*”/“*Rechtsstaat*”), venissero enucleati almeno tre principali contenuti:

“all use of power must be derived from the law [and the] law [must be] equally applicable both to rulers and to citizens (the principle of legality and of equality before the law); [...] against decisions by authorities, made on the basis of the law, there should be a right of access to review by an independent judiciary ([...] “due process” [...]).³⁶

Il relatore Jurgens evidenziava poi i caratteri discretivi del RoL rispetto agli altri due principi fondamentali del CdE, ovverosia la democrazia pluralistica e diritti umani:

“[n]ext to the Rule of Law, democracy - as a distinct value - stresses that laws must, because they are the basis of all governmental power, of itself have the backing of the citizens. Human rights, on the other hand - being the other value distinct from Rule of Law - stresses that the contents of this law should also conform to basic standards of human rights”³⁷.

Allo stesso tempo, non mancava di osservare che “the three concepts [are] strongly interrelated”³⁸, riscontrando, in particolare, che

“the elements of Rule of Law have [...] been partially absorbed into certain human rights, such as that of Article 6 of the European Convention of Human Rights (fair trial)”³⁹.

Mostrando consapevolezza circa l’unità assiologica che sottende l’ordinamento pubblico europeo, il relatore raccomandava che il progetto di definizione di RoL – da prepararsi con l’assistenza della CEDD – fosse, prima dell’approvazione finale, discusso con l’UE⁴⁰.

In appendice al *Memorandum*, il relatore si concentrava, attraverso l’esercizio della comparazione fra le tre principali esperienze nazionali (tedesca, francese ed inglese) ed internazionali (CdE ed UE) in ambito regionale europeo, sulle “theoretical issues of a lexical nature” relative alla locuzione “RoL”⁴¹. Egli sosteneva che, se lasciate irrisolte, tali questioni sarebbero state

“likely to perpetuate a degree of confusion in positive-law terminology at a time when, with European countries increasingly working to harmonise their legal systems, it is essential for the common benchmarks fundamental to that process to mean the same thing for everyone”⁴².

Al termine della comparazione fra esperienze nazionali⁴³, pur consapevole che “*Etat de droit*” (come anche “*Rechtsstaat*”) non costituisce una fedele traduzione di “RoL”, “insofar as its semantic structure and

³⁴ Committee on Legal Affairs and Human Rights (Rapporteur Erik Jurgens), *The principle of the Rule of Law*, 6 luglio 2007, Doc. 11343: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc07/EDOC11343.htm>. Fra le mozioni in tema di RoL, ancorché non sfociate in una risoluzione dell’AP, si ricordano anche la n. 10180 del 6 maggio 2006 (*The principle of the rule of law*), la n. 12036 del 30 settembre 2009 (*Implementation of the fundamental principle of the rule of law*) e la n. 12313 del 23 giugno 2010 (*Rule of law: is it implemented in the right way?*).

³⁵ Il relatore si riferisce specialmente i Paesi dell’ex blocco socialista ove il concetto di primato delle leggi statali – “*pravovoe gosudarstvo*” nella traslitterazione dal russo – tenderebbe, per inerzia, a prescindere dal tema dei diritti fondamentali dell’uomo (cfr. spec. punti B.10, B.13, B.17).

³⁶ *Ibid.*, punto B.6.

³⁷ *Ibid.*, punto B.9. Con riferimento al nesso col principio democratico, è opportuno aprire una breve parentesi per riportare, sia pure *en passant*, due recenti prese di posizione dei giudici costituzionali in Germania ed in Italia. Il *Bundesverfassungsgericht* ha definito l’ordinamento tedesco utilizzando la formula “*imperio dello Stato di diritto* sulla base dell’autodeterminazione del popolo in libertà ed eguaglianza secondo la volontà della maggioranza del momento” (sentenza del 30 giugno 2009 sulla ratifica del trattato di Lisbona, punto 212, corsivo aggiunto, trad. italiana a cura di LUTHER, in www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/).

La Corte Costituzionale italiana ha sostanzialmente precisato che tale *autodeterminazione* non è affatto assoluta in quanto la sovranità, pur appartenendo al popolo, va comunque esercitata “*nelle forme e nei limiti della Costituzione*” (art. 1, secondo comma, Cost. italiana), fra i quali rientra il principio di eguaglianza davanti alla legge che impedisce al capo del governo, per quanto ampio possa essere il suo mandato popolare (indiretto in una repubblica parlamentare), di godere di uno status di intangibilità, se non persino di impunità, funzionale al sereno svolgimento delle sue funzioni (sentenza del 19 ottobre 2009, n. 262, sul c.d. “*Iodo Alfano*”, i.e. L. 124/2008).

³⁸ *Ibid.*, punto B.3.

³⁹ *Ibid.*, punto B.5.

⁴⁰ *Ibid.*, punto B.20 e 21.

⁴¹ Cfr. *Appendix I – Background paper – The expression “principle of the Rule of Law”*, terzo paragrafo.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Sulle differenze fra le esperienze nazionali si ritornerà *infra*, par. 5.2.

conceptual construction refer to the very idea of a State”⁴⁴, il deputato olandese affermava che esisterebbe comunque un consenso generale sull’equivalenza fra le diverse locuzioni nella misura in cui esse

“are essentially based on the idea of limiting power, via the threefold process of assigning the State a limited set of powers, making it subject to the sovereign people and protecting individual freedoms”⁴⁵.

D’altra parte, comparando le esperienze delle organizzazioni internazionali europee, egli metteva in risalto la distonia fra CdE ed UE: mentre, nell’ambito del primo, “RoL” ed “Etat de droit” non sono sinonimi (essendo l’espressione inglese tradotta con “prééminance du droit”)⁴⁶, nell’ambito della seconda, i due termini sono più disinvoltamente assunti come intercambiabili⁴⁷.

Il combinato disposto delle due comparazioni portava il relatore a concludere che, nell’ordine normativo europeo, il principio di “rule of law” sarebbe andato oltre, pur continuando ad inglobarla, la dimensione formale degli “institutional or procedural requirements, such as judicial review of the constitutionality of laws [...] (Etat de droit)”⁴⁸ e consisterebbe oggi in

“a substantive prescriptive concept which requires that the substance of the positive legal rules applied to individuals conform to a certain substantive ideal, defined, for instance, with reference to the concept of human rights”⁴⁹.

4. Il ruolo del Comitato dei ministri: lo studio approvato il 28 novembre 2008.

Anche il più importante organo politico statutario del CdE, il CM, ha sviluppato un autonomo filone di ricerca sul tema del RoL culminato nella decisione del 27 novembre 2008 che ha accolto⁵⁰ il rapporto “The Council of Europe and the Rule of Law - An overview” presentato il precedente 21 novembre dal suo Segretariato (SCM) su iniziativa dell’allora uscente presidenza svedese⁵¹. Il rapporto del SCM non si è prefisso come finalità una definizione di “RoL” quanto piuttosto la dimostrazione, per il tramite di una classificazione tipologica⁵², che tale principio permea gran parte delle attività del CdE. Secondo il SCM non ci sarebbe, infatti, alcun bisogno di sviluppare una definizione *in vitro* di “RoL” valida nell’ambito del CdE⁵³. Un’asserzione, questa, motivata con una coppia di argomenti. In primo luogo, per il SCM, l’interdipendenza fra il principio di RoL ed i principi di democrazia e diritti umani sarebbe tale che

“the three concepts, taken together, form a single fundamental objective for the Council of Europe [...]; [hence] an exercise of disentangling notions that are so closely intertwined and mutually

⁴⁴ *Memorandum Jurgens, cit.*, quarto paragrafo.

⁴⁵ *Ibid.*, par. I, lettera d).

⁴⁶ Il relatore conduceva una sommaria analisi della giurisprudenza della CtEDU (riportata per estratto nell’*Appendix II*, par. I.1-2) sostenendo che la formula “Etat de droit” – tradotta dalla stessa Corte con “State based on the rule of law”, “law-governed State”, “State subject to the rule of law” – tende ad essere utilizzata in maniera più retorica (per enfatizzare il ruolo della magistratura) che prescrittiva, senza mai essere riferita ad un valore *di per sé* fondamentale e decisivo per la soluzione della controversia sottoposta (vengono citate, i.a., le sent. 22 marzo 1995, *Prager e Oberschlick*, 15974/90, p.34; 27 gennaio 1997, *De Haes e Gijssels*, 19983/92, p.37); “prééminance du droit”, al contrario, costituisce “a fundamental, guiding principle, used by the judges to develop the European public order in the field of human rights”. Sulla giurisprudenza della CtEDU sul “rule of law”, cfr. *supra*, par. 2; per una lista completa delle decisioni nelle quali la CtEDU ha utilizzato l’espressione “RoL”, cfr. HOLOVATY, *The Rule of Law*, Kiev, 2006, pp. 1169-1220.

⁴⁷ Il relatore notava che, mentre nel sistema dei trattati UE si utilizza direttamente “Etat de droit”, nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (cfr., i.a., sent. della Corte di Giustizia dell’UE del 23 aprile 1986, *Parti écologiste Les Verts*, 294/83, p.23; 25 luglio 2002, *Union de los pequeños agricultores (UPA)*, C-50/00, p.38) si tende a prediligere “Communauté de droit” (“Community based on the rule of law”), locuzione che intende significare il salto del principio in questione dalla dimensione statale-nazionale a quella internazionale-comunitaria.

⁴⁸ *Appendix I, cit.*, ultimo paragrafo (“Conclusions”).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ 1042bis meeting of the Ministers’ Deputies, Decision, Item 1.2b, par. 1, [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2008\)1042bis/1.2b&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorIntemet=DBDCf2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2008)1042bis/1.2b&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorIntemet=DBDCf2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864).

⁵¹ CM(2008)170, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc07/EDOC11343.htm>.

⁵² Cfr., in particolare, la sezione IV del rapporto, ove, a scopo catalogatorio, le varie attività del CdE a favore del RoL sono state raggruppate in cinque aree: 1) promozione delle pre-condizioni per il RoL; 2) promozione del rispetto del RoL; 3) contrasto alle minacce al RoL; 4) attuazione degli obblighi connessi al rispetto del RoL; 5) rafforzamento del RoL sul piano internazionale. Nel rapporto si è, tuttavia, precisato che “rule of law is a principle, not a distinct area of activity for the Council of Europe” (par. 23, corsivo aggiunto), “a principle pertaining to the organisation and functioning of the state” (par. 24).

⁵³ Cfr. “Conclusion”, spec. par. 142.

supportive *might even be risky in terms of overlooking essential human rights and democratic requirements and aspects*⁵⁴.

In secondo luogo, il CdE disporrebbe, a detta del SCM, di un *acquis* tale da consentirgli di operare “pragmatically on a daily basis to promote and strengthen the rule of law”⁵⁵. In particolare, intendendo dar prova dell’esistenza di un elevato grado di consenso fra gli Stati membri, il SCM si è richiamato alla giurisprudenza CEDU⁵⁶. Questa sarebbe di per sé sufficiente ad enucleare le tre “key-components” (o “constitutive elements” o “sub-principles”) ⁵⁷ di una definizione *in vivo* del principio di RoL, definizione che non si limita ad elementi procedurali e di forma (“process and form”) ma si estende anche ad elementi di sostanza (“requirements regarding the *content* of the laws”)⁵⁸:

1) *un quadro organizzativo-istituzionale dello Stato (“Etat de droit”⁵⁹) all’interno del quale:*

- a) viga la separazione dei poteri, nonché meccanismi di reciproco controllo e bilanciamento (“checks and balances”), fra esecutivo, legislativo e magistratura;
- b) la magistratura sia la sola istanza titolata ad operare, al riparo da interferenze esterne da parte degli organi politici, come garante della giustizia, specie laddove delle condotte criminali siano state poste in essere dagli stessi agenti dell’esecutivo in violazione del diritto alla vita e del divieto di tortura *et similia*;
- c) la legge, specie quella penale cui si connettono diritti fondamentali, viga in maniera effettiva sull’intero territorio statale e sia attuata senza discriminazioni attraverso tutte le misure necessarie, ivi inclusa la diligente azione preventiva e repressiva della magistratura requirente;
- d) i tribunali siano sempre stabiliti per legge parlamentare al fine di fondarne, in una società democratica, la necessaria legittimazione a conoscere di casi individuali;
- e) le decisioni dei giudici amministrativi siano rispettate ed attuate dagli organi in cui si articola il potere esecutivo dello Stato⁶⁰.

2) *il primato della legge da realizzarsi attraverso:*

- a) il principio di legalità, inteso come aderenza alle previsioni della legge nazionale (integrata dalla giurisprudenza della rispettiva corte suprema) in tutti i casi in cui la CEDU faccia rinvio alla riserva di legge nazionale, specie nella materia penale *de libertate*, ove tre sotto-principi devono essere rispettati affinché l’individuo sia protetto da accuse, condanne e punizioni arbitrarie: *nullum crimen, nulla poena sine lege* e divieto di analogia *in malam partem*;
- b) il principio di certezza del diritto, inteso come:
 - i) accessibilità (i.e. concreta conoscibilità da parte dei destinatari) e precisione (i.e. prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie condotte e limitazione dell’ambito di discrezionalità lasciato alle autorità statali nel giudicare tali condotte) della legge;

⁵⁴ Par. 28, corsivo aggiunto. Sono state citate, in particolare, le garanzie associate alla nozione di equo processo (“fair trial”) in quanto contenuti che rendono inscindibile il nesso fra RoL e diritti umani (cfr. par. 26); inoltre, si è evidenziato come il diritto di elettorato (attivo e passivo) costituisce il *trait d’union* fra RoL e democrazia, atteso che solo la legge dell’organo nazionale *elettivo* (i.e. l’organo parlamentare) può legittimamente stabilire dei tribunali (cfr. par. 41); infine, l’eguaglianza ed il divieto di discriminazione sono stati individuati come *insieme intersezione* fra tutti e tre principi (cfr. ancora par. 26).

⁵⁵ Cfr. par. 29.

⁵⁶ Il SCM si è richiamato anche al suo stesso ruolo citando, a titolo di esempio, un passaggio del *Libro Bianco sul Dialogo Interculturale* (Strasburgo, 7 maggio 2008, 118^a sessione ministeriale): “[t]he fundamental standards of the rule of law in democratic societies [...] ensure a clear separation of powers, legal certainty and equality of all before the law. They stop public authorities taking arbitrary and discriminatory decisions, and ensure that individuals whose rights are violated can seek redress from the courts” (par. 30).

⁵⁷ Cfr. par. 35.

⁵⁸ Cfr. par. 32, corsivo nell’originale. Al par. 33, il SCM ha più esplicitamente riconosciuto l’esistenza di un “common core of rule of law requirements that apply in Europe across different national traditions and contexts”; più avanti ha aggiunto che il “*rapprochement* between different legal systems and greater coherence between them on essential points [...] facilitates co-operation between states in the justice field and it gives rise to common legal standards – which themselves reflect rule of law principles – thus building a common European legal space” (par. 61).

⁵⁹ Al par. 37, il SCM ha rimarcato che la CtEDU usa riferirsi a tale “institutional framework and organisation of the state” utilizzando la formula “Etat de droit” (“State based on the rule of law”). Con evidenza, l’opinione del SCM si è distanziata da quella espressa dal deputato Jurgens nella misura in cui ha riconosciuto una precisa semantica all’espressione “Etat de droit”, considerata parte integrante della definizione di “RoL” (cfr. *supra*, nota 46).

⁶⁰ Per i puntuali riferimenti giurisprudenziali, cfr. parr. 38-42.

- ii) rispetto ed attuazione coercitiva delle *res judicata*, specie nel caso di pronunce definitive che ordinano il rilascio di una persona sottoposta a detenzione;
 - iii) coerenza di orientamento nella giurisprudenza di una stessa corte suprema;
 - iv) rigidità dei limiti temporali per l'impugnazione in appello ovvero per la prescrizione dei reati;
- c) il principio di eguaglianza di fronte alla legge, inteso come divieto di ogni discriminazione nel godimento dei diritti CEDU⁶¹;

3) *il processo nelle dovute forme di legge ("due process [of law]"), ovvero sia:*

- a) il controllo giurisdizionale sull'esecutivo laddove le sue condotte pregiudichino il godimento dei diritti CEDU, specie il diritto alla libertà personale;
- b) il diritto di accesso al giudice per far valere la presunta violazione di un diritto CEDU;
- c) il diritto ad un processo equo ("fair trial") che garantisca la presunzione d'innocenza e sia espletato in tempi ragionevoli⁶².
- d) il diritto ad un rimedio effettivo in esito all'accertata violazione di un diritto CEDU;

5. Il ruolo della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto

La riflessione della CEDD sul tema del RoL si iscrive nel solco del mandato conferitole dall'AP con la ris. n. 1594/2007⁶³ e può, più in generale, essere ricondotta alla previsione del suo statuto istitutivo che la chiama a dare priorità, fra l'altro, a studi riguardanti

"the constitutional, legislative and administrative principles and techniques which serve the efficiency of democratic institutions and their strengthening, as well as the principle of the rule of law"⁶⁴.

Il rapporto CEDD "On the rule of law" del 4 aprile 2011 (par. 5.3) rappresenta solo il punto di arrivo di un processo di riflessione passato attraverso almeno due principali passaggi⁶⁵ di cui occorre preliminarmente dare conto (parr. 5.1 e 5.2).

5.1 Il rapporto preparatorio del 29 maggio 2009

Il 29 maggio 2009, la CEDD ha licenziato un documento a firma del prof. Martin Loughlin dal titolo "The rule of law in European jurisprudence"⁶⁶. Il rapporto Loughlin si è proposto di rispondere alle seguenti domande:

"[i]s the rule of law an essential [...] principle - or even the overarching meta-principle - of modern constitutionalism? Or is this phrase nothing more than a rhetorical formulation that has no specific practical consequences?".

Così impostata, l'indagine sui contenuti del RoL ha offerto al relatore *pro tempore* l'occasione per verificare "the force of the claim that [RoL] is a foundational element of [public law]". La risposta cui il rapporto è pervenuto è negativa e si fonda su due principali argomentazioni. In primo luogo, il RoL – inteso come *governo della legge* in contrapposizione al *governo degli uomini* – rimarrebbe pur sempre un'ambizione astratta, data la natura irriducibilmente umana della legge sia sul piano genetico che su quello attuativo. In secondo luogo, per quanto "RoL" sia un'espressione ormai entrata nell'uso comune, essa corrisponderebbe ad un mero *slogan* sotteso da un'inestricabile molteplicità di significati. A questa seconda tesi il prof.

⁶¹ Per i puntuali riferimenti giurisprudenziali, cfr. parr. 44-47.

⁶² Per i puntuali riferimenti giurisprudenziali, cfr. parr. 48-52.

⁶³ Cfr. *supra*, par. 3.

⁶⁴ Cfr. risoluzione del CM del CdE n. 2002(3), febbraio 2002, art. 1, par. 2, a).

⁶⁵ Pur rappresentando il primo studio della CEDD specificamente dedicato al RoL, il rapporto Loughlin è stato preceduto da un cospicuo numero di lavori (rapporti, atti di conferenze e seminari etc.) che, in via generale ed astratta ovvero con riferimento a specifici contesti nazionali, hanno affrontato problematiche attinenti alla concreta applicazione del principio in parola in uno Stato democratico. *Amplius* cfr. http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Search_ef.asp?L=E&Text=rule+of+law&S=0&C=0&Search=Title+Search. Fra questi lavori merita una menzione speciale la relazione del prof. Frithjof Ehm "The Rule of Law: Concept, Guiding Principle and Framework" (CDL-UDT(2010)22, 6 dicembre 2010, [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-UDT\(2010\)022-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-UDT(2010)022-e.pdf)), presentata nell'ambito del programma di formazione giuridica per funzionari pubblici della CEDD (Campus "Universities for Democracy" (UNIDEM) di Trieste). Nello specifico, la relazione del prof. Ehm fa parte degli atti del seminario "Administrative Discretion and the Rule of Law", Trieste, 12-15 aprile 2010 (per il quale, cfr. http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Seminar_ef.asp?L=E&SID=240). A tale scritto, che si cimenta in una concettualizzazione ad ampio spettro del principio di RoL, attingerà ampiamente, pur dimenticando di citarlo, il rapporto finale della CEDD (cfr. *infra*, par. 5.3).

⁶⁶ CDL-DEM(2009)006, [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-DEM\(2009\)006-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-DEM(2009)006-e.asp). Graficamente il documento si presenta come una lunga *tirade* (senza numeri di pagina o di paragrafo), ragione per cui, nel riportarne degli estratti, non si potrà fare riferimento alla loro precisa collocazione.

Loughlin è giunto dopo aver condotto una comparazione fra la declinazione inglese di RoL e quelle che, in prima approssimazione, egli ha considerato come le corrispondenti formulazioni continentali, ovvero il “Rechtsstaat” germanico e l’“Etat de droit” (o “Stato di diritto” o “Estado de derecho”) dell’Europa latina⁶⁷. La prima, e più immediata, differenza che il relatore ha individuato fra la nozione inglese e quelle continentali è di natura linguistica e riguarda il soggetto di cui “law” è predicato: “rule” nel primo caso, “State” nel secondo. Da questa macroscopica diversità di *significanti* – “rule of law” Vs “state of law” –

discenderebbe una diversità di *significati* tale che “such expressions cannot be assumed to be direct equivalents”. Nel Regno Unito, infatti, “RoL” (lett. “governo della legge”) designa la funzione di “check and balance” nei confronti della sovranità del Parlamento svolta, a livello diffuso, dalle corti ordinarie attraverso l’attuazione dei principi costituzionali affermatasi per via giurisprudenziale (*common law*). Si tratterebbe, quindi, di una “rule of the common law”. Nella tradizione europeo-continentale, invece, ferme restando le differenze fra modello germanico e modello *latino*, di cui si dirà fra breve, “Etat de droit” indica “a common conceptual paradox”: lo Stato è ad un tempo la fonte e il soggetto (nel senso che deve sottostarvi) del diritto. Rispetto a questo paradosso, secondo la ricostruzione del relatore, due diverse soluzioni sarebbero state prospettate in ambito continentale a partire dalla rivoluzione francese. Da un lato, i teorici prussiani del *Rechtsstaat* hanno proposto un modello di Stato ove il potere legislativo è in permanenza potere costituente con la conseguenza che qualunque atto di portata generale ed astratta l’organo parlamentare ritualmente approvi diviene legge suprema cui l’intero apparato amministrativo, ivi inclusa la magistratura, deve conformarsi⁶⁸. Dall’altro lato, l’*Etat de droit* si è configurata, per i teorici francesi, come uno Stato ove lo stesso potere legislativo è tenuto a rispettare le norme supreme raccolte nella *legge delle leggi* – la Costituzione – posta a fondamento dell’organizzazione politica. Questa conterrebbe non solo regole strumentali recanti procedure per l’adozione di leggi ordinarie ma anche principi sostanziali che pongono dei limiti a ciò che le leggi possono decidere.

Pur consapevole dell’esistenza di “different [...] practices and constitutional traditions”, il prof. Loughlin ha ritenuto comunque possibile individuare degli elementi comuni alle declinazioni inglese, germanica e “latina”. In primo luogo, il principio di sovranità, elemento fondamentale dello Stato moderno, ne sarebbe il comune presupposto d’intelligibilità. In secondo luogo, le tre formulazioni risponderebbero ad una comune aspirazione ideologica di stampo liberale: tutte intendono potere e libertà come categorie antagoniste. È proprio all’interno del paradigma liberale che il prof. Loughlin ha individuato quella che a suo avviso sarebbe l’unica declinazione giuridica possibile di “RoL”, ovvero “rule by law” (lett. “governo attraverso la legge”). Per “rule by law” egli ha inteso un apparato istituzionale che, sulla base di procedure prestabilite a livello costituzionale, ha la facoltà di produrre leggi (“the state as a nomocracy”) rispondenti a requisiti puramente formali: generalità, pubblicità, non retroattività, chiarezza e comprensibilità del comando, coerenza, stabilità nel tempo, attuabilità. Lo stesso relatore si è detto consapevole che una tale definizione formalista fa del *rule of law* un contenitore indifferente al suo contenuto, atteso che persino un regime autoritario ha – paradossalmente – un sistema normativo informato a regole supreme. L’inutilità pratica (rispetto alla finalità di proteggere la libertà individuale dal potere pubblico) dell’unica definizione giuridica possibile ha condotto Loughlin a due conclusioni:

“the rule of law cannot be conceived as amounting to a foundational concept in public law; the rule of law is better understood as being an aspect of the political theory of constitutionalism [that] seeks to elaborate the conditions of legitimate political rule”.

5.2 Il rapporto intermedio del 24 settembre 2009

Che il rapporto Loughlin abbia aperto nel più controverso dei modi possibili lo studio della CEDD sul RoL è confermato dal “Preliminary draft outline of the report on the Rule of law and the Rechtsstaat”, un breve documento che la stessa CEDD ha approvato il 24 settembre 2009 onde fissare i principali nodi concettuali che il rapporto finale avrebbe dovuto sviluppare⁶⁹. L’*Outline*, che di fatto costituisce un rapporto intermedio,

⁶⁷ A tale tema il prof. Loughlin aveva già dedicato il capitolo XI del suo volume *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, titolo che aiuta a comprendere meglio il significato dell’aggettivo “foundational” nel rapporto qui in commento.

⁶⁸ Ponendosi su una posizione ancor più radicale di quella del prof. Loughlin, il celebre giurista tedesco Schmitt aveva considerato insuperabile la questione semantica connessa al vocabolo tedesco “Rechtsstaat” (lett. “Stato di diritto”), che, a suo dire, assumerebbe tanti e diversi significati quanti ne ha il generico termine “Recht”, e rimanderebbe a tanti e diversi scenari quante sono le potenziali configurazioni politico-giuridiche implicite nella parola “Staat” (cfr. SCHMITT “Legalità e legittimità”, 1932, riedito in IDEM, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972).

⁶⁹ CDL-JD(2009)004, [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-JD\(2009\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-JD(2009)004-e.asp).

ha sconfessato le principali conclusioni del prof. Loughlin dando alla ricerca un indirizzo più in linea con l'impostazione dei documenti-chiave dell'AP e del SCM⁷⁰.

Laddove il prof. Loughlin aveva svuotato il RoL di valore giuridico costituzionale declassandolo a metro politico per la misurazione della legittimità di un governo, l'*Outline* ha, invece, affermato che il principio "[i]s clearly part of positive law, has to be defined not opposed"⁷¹ in quanto è incontestabile che esso è "part of constitutional culture everywhere in Europe"⁷². Affermando che è possibile identificare "a common core of the notion [of RoL] at European level"⁷³, l'*Outline* ha, inoltre, richiesto che nel rapporto finale si mettesse in risalto che un "substantive understanding prevails"⁷⁴. L'assunto di base è che i principali elementi della definizione formalista⁷⁵ fanno certamente parte del RoL, sebbene non ne esauriscano il significato complessivo. Ad avviso della CEDD, restano, infatti, decisivi ai fini della definizione europea di "RoL" alcuni elementi sostanziali, ovverosia il principio di legalità (declinato, in campo penale, come *nullum crimen, nulla poena sine lege*), il principio di separazione dei poteri (ivi incluso il corollario dell'indipendenza ed autonomia della magistratura) e il "link with democracy and human rights", concetti "partly overlapping and interdependent"⁷⁶ con il RoL. Con riferimento ai diritti umani, l'*Outline* ha riconosciuto che "certain fundamental rights are clearly part of the rule of law"⁷⁷, come, ad esempio, i diritti civili riconducibili all'equo processo.

Infine, il prof. Loughlin aveva intitolato il suo rapporto "The rule of law in European jurisprudence" ma, a ben vedere, egli aveva inteso "jurisprudence" in senso stretto, cioè come teoria e filosofia del diritto e non in senso lato come sinonimo di "case-law". Egli si era, pertanto, limitato ad una ricostruzione dottrinale del concetto, peraltro focalizzata su una specifica fase della storia europea⁷⁸. Nessun riferimento era stato fatto, come invece ha poi richiesto il successivo *Outline*, agli strumenti fondamentali dell'ordine pubblico europeo né alla giurisprudenza delle corti sovranazionali europee, ivi inclusa la CtEDU.

5.3 Il rapporto finale del 4 aprile 2011

Il rapporto del 4 aprile 2011 conclude formalmente lo studio commissionato alla CEDD dall'AP nel novembre 2007⁷⁹. Si tratta di un documento relativamente breve e schematico che non brilla per profondità analitica ed apparato bibliografico. Un "difetto", questo, tutto sommato giustificabile alla luce del fatto che il rapporto si propone più che altro come una sintesi dei più corposi lavori svolti nell'ambito dell'AP e, soprattutto, del CM⁸⁰, a cui apertamente ed ampiamente attinge. Il rapporto Loughlin è richiamato marginalmente e solo per prendere nettamente le distanze – come richiesto dall'*Outline* – dalla sua radicale conclusione circa l'inutilità del RoL come principio fondamentale del diritto pubblico europeo⁸¹.

Ai fini della riconciliazione semantica fra "RoL", "Etat de droit" e "Rechtsstaat", il rapporto ripercorre rapidamente la storia ideale dei tre concetti⁸²; quindi si concentra sulla loro storia fattuale, passandone in rassegna i concreti sviluppi nel diritto positivo internazionale⁸³ e costituzionale⁸⁴ a livello regionale europeo. Un elemento di originalità rispetto ai precedenti documenti è riscontrabile nel riferimento, invero alquanto

⁷⁰ Cfr. *supra*, parr. 3 e 4.

⁷¹ *Ibid.*, par. II.4, sesto punto.

⁷² *Ibid.*, par. IV, quarto punto.

⁷³ *Ibid.*, par. III.1, quarto punto.

⁷⁴ *Ibid.*, par. II.2, quinto punto.

⁷⁵ I.e. "[l]aws have to comply with certain requirements - (general), equal, intelligible, accessible, foreseeable (...) [l]egitimate expectations must be adhered to... [l]aws must be implemented equally".

⁷⁶ *Draft Outline, cit.*, par. III.1, primo punto.

⁷⁷ *Ibid.*, par. III.2, settimo punto. Con riferimento alla democrazia, invece, la CEDD non ne ha menzionato espressamente il fondamento, cioè a dire i diritti politici; tuttavia, per logica, questi ultimi potrebbero, ad avviso di chi scrive, ritenersi implicitamente inclusi fra i contenuti del RoL in ragione del ricordato "link" col principio democratico.

⁷⁸ Il prof. Loughlin aveva condotto una disamina in chiave comparata del concetto di RoL in cui risultava predominante la dimensione sincronica. La sua analisi si riferiva, infatti, alla sola temperie storico-culturale – l'Ottocento liberale – in cui iniziarono a farsi strada le due direttrici di sviluppo del concetto: la storia del RoL in quanto idea e la storia del RoL in quanto concreta realizzazione istituzionale ("storia interna" Vs "storia esterna" nel linguaggio di BARATTA, "Stato di diritto" in NEGRI (a cura di), *Scienze politiche*, Milano, 1970, p. 513).

⁷⁹ Cfr. *supra*, par. 3.

⁸⁰ Cfr. *supra*, rispettivamente par. 3 e par. 4.

⁸¹ Par. 34.

⁸² CDL-AD(2011)003rev, *cit.*, parr. 7-16.

⁸³ *Ibid.*, parr. 17-29.

⁸⁴ *Ibid.*, parr. 30-33.

stringato, alle costituzioni dei Paesi del CdE in cui figura la locuzione “RoL”⁸⁵. Al riguardo, viene notato che il richiamo è una costante nelle costituzioni dei Paesi sorti dall'ex blocco socialista (Albania, Armenia, Bielorussia Bosnia-Erzegovina, Croazia, Repubblica Ceca, Estonia, Georgia, Moldova, Montenero, Romania, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Ungheria) mentre diventa più raro in quelle delle “old democracies” (Andorra, Finlandia, Germania, Malta, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia)⁸⁶. In quasi tutti i casi si tratta comunque – osserva la CEDD – di generici riferimenti, per lo più contenuti nei preamboli, che solo attraverso l'interpretazione delle corti supreme hanno talvolta conosciuto un qualche concreto sviluppo⁸⁷.

Ma il vero valore aggiunto del rapporto finale è da individuarsi nell'elaborazione di una “definizione [...] of a nature that allows of practical application”⁸⁸. Una “checklist” – di seguito riportata – è, infatti, allegata al rapporto⁸⁹. Essa è strutturata in sei principali sezioni, una per ciascun sotto-principio del RoL, sotto cui trova a sua volta posto un numero variabile di domande che fungono da parametri concreti per la conduzione di un “audit” sullo stato di salute del RoL in singoli Stati.

Checklist for evaluating the state of the rule of law in single states

1. Legality (supremacy of the law)

- a) Does the State act on the basis of, and in accordance with the law?
- b) Is the process for enacting law transparent, accountable and democratic?
- c) Is the exercise of power authorised by law?
- d) To what extent is the law applied and enforced?
- e) To what extent does the government operate without using law?
- f) To what extent does the government use incidental measures instead of general rules?
- g) Are there exception clauses in the law of the State, allowing for special measures?
- h) Are there internal rules ensuring that the state abides by international law?
- i) Does the *nulla poena sine lege* system apply?

2. Legal certainty

- a) Are all the laws published?
- b) If there is any unwritten law, is it accessible?
- c) Are there limits to the legal discretion granted to the executive?
- d) Are there many exception clauses in the laws?
- e) Are the laws written in an intelligible language?
- f) Is retroactivity of laws prohibited?
- g) Is there a duty to maintain the law?
- h) Are final judgments by domestic courts called into question?
- i) Is the case-law of the courts coherent?
- j) Is legislation generally implementable and implemented?
- k) Are laws foreseeable as to their effects?
- l) Is legislative evaluation practiced on a regular basis?

3. Prohibition of arbitrariness

- a) Are there specific rules prohibiting arbitrariness?
- b) Are there limits to discretionary power?
- c) Is there a system of full publicity of government information?
- d) Are reasons required for decisions?

4. Access to Justice before independent and impartial courts

- a) Is the judiciary independent?
- b) Is the department of public prosecution to some degree autonomous from the state

⁸⁵ *Ibid.*, par. 32.

⁸⁶ Tuttavia, non si dà conto della complessità linguistica legata alla traduzione di “RoL” nelle varie lingue in cui le costituzioni europee sono scritte.

⁸⁷ Tuttavia, non si dà conto di alcuna giurisprudenza nazionale né si rinvia a fonti bibliografiche che abbiano coperto questo ambito di ricerca. Il *Memorandum Juergens*, cit. *supra*, si era limitato ad un rapido riferimento al *Grundgesetz* ed alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (cfr. Appendix I, par. 1, lett. a), 1-3).

⁸⁸ CDL-AD(2011)003rev, cit., Par. 3.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 15-16.

- apparatus? Does it act on the basis of the law and not of political expediency?
- c) Are single judges subject to political influence or manipulation?
 - d) Is the judiciary impartial? What provisions ensure its impartiality on a case-by-case basis?
 - e) Do citizens have effective access to the judiciary, also for judicial review of governmental action?
 - f) Does the judiciary have sufficient remedial powers?
 - g) Is there a recognised, organised and independent legal profession?
 - h) Are judgments implemented?
 - i) Is respect of *res iudicata* ensured?
- 5. Respect for human rights**
Are the following rights guaranteed (in practice)?
- a) The right of access to justice: Do citizens have effective access to the judiciary?
 - b) The right to a legally competent judge
 - c) The right to be heard
 - d) *Ne bis in idem*
 - e) Non-retroactivity of measures
 - f) The right to an effective remedy
 - g) The presumption of innocence
 - h) The right to a fair trial
- 6. Non-discrimination and equality before the law**
- a) Are the laws applied generally and without discrimination?
 - b) Are there laws that discriminate against certain individuals or groups?
 - c) Are laws interpreted in a discriminatory way?
 - d) Are there individuals or groups with special legal privileges?

La sezione quarta del rapporto funge da commentario alle domande di cui alla “lista di controllo”. In essa si riporta quanto già discusso nei documenti-chiave dell’AP e del CM. Non mancano, tuttavia, spunti originali, di cui va qui data menzione: il rispetto del diritto internazionale come componente del sotto-principio di legalità⁹⁰; il riferimento alla stabilità legislativa ed al legittimo affidamento⁹¹ ed alla valutazione *ex ante* dell’attuabilità dei progetti di legge⁹² come componenti del sotto-principio della certezza giuridica; l’obbligo di motivare le sentenze come componente del sotto-principio del divieto di arbitarietà⁹³; l’esistenza di una professione legale riconosciuta, organizzata ed indipendente⁹⁴ come componente del sotto-principio dell’accesso alla giustizia; la libertà di espressione ed il divieto di tortura *et similia* come garanzie essenziali ai diritti fondamentali più da presso connessi al RoL, ovverosia quelli ricadenti sotto il concetto-ombrello di “fair trial”⁹⁵; l’eguaglianza formale come sotto-principio del RoL che non deve tuttavia escludere il principio di eguaglianza sostanziale⁹⁶.

Infine, un’altra significativa innovazione del rapporto finale è da rintracciarsi nella evidenziazione di quella che può, in prima approssimazione, essere definita come “la dimensione sovranazionale del RoL”. I processi di globalizzazione e “deregulation” in atto avrebbero comportato – a detta della CEDD – una progressiva ritrazione dello Stato da spazi tradizionalmente di sua pertinenza ove adesso nuovi attori, per lo più di natura internazionale (e.g. l’UE), transnazionale (i.a. imprese multinazionali) ed ibrida (e.g. partenariati pubblico-privato) entrano in potenziale conflitto con la sovranità statale e, soprattutto, con i loro cittadini. Alla luce di questi sviluppi, ecco per la CEDD profilarsi all’orizzonte una sfida per il futuro:

⁹⁰ Cfr. par. 43 del rapporto che commenta il punto 1.h) della “checklist”.

⁹¹ Cfr. par. 48 del rapporto che commenta il punto 2.g) della “checklist”.

⁹² Cfr. par. 51 del rapporto che commenta i punti 2.j), k) della “checklist”.

⁹³ Cfr. par. 57 del rapporto che commenta il punto 3.d) della “checklist”.

⁹⁴ Cfr. par. 56 del rapporto che commenta il punto 4.g) della “checklist”.

⁹⁵ Cfr. par. 61 del rapporto che commenta l’intera sezione 5 della “checklist”.

⁹⁶ La frase “provided that it [i.e. l’eguaglianza formale] allows for unequal treatment to the extent necessary to achieve substantive equality” (cfr. par. 3 del rapporto che commenta l’intera sezione 6 della “checklist”) costituirebbe un chiaro elemento di apertura del RoL allo “Stato sociale di diritto”.

“how the achievements of the rule of law can be preserved and further developed under circumstances where individuals are increasingly influenced by and linked to new modes of governance”⁹⁷.

In risposta a questa sfida, la CEDD auspica che il principio di RoL trascenda la relazione Stato-individuo e copra anche attori transnazionali, internazionali ed ibridi il cui potere compete con quello statale.

6. Conclusioni

Il presente saggio ha, anzitutto, messo in rilievo l'assenza, nella giurisprudenza CEDU, di una definizione organica e sistematica di “RoL”. La Corte di Strasburgo ha, infatti, fatto uso del riferimento al RoL contenuto nel preambolo della CEDU e del Trattato di Londra del 1949 come canone interpretativo per l'approfondimento e l'allargamento del livello di tutela associato a specifici diritti convenzionali. Un tale criterio teleologico ha portato la CtEDU a soffermarsi selettivamente su aspetti particolari del RoL considerati rilevanti per la risoluzione di casi concreti ad essa di volta in volta sottoposti. La Commissione di Venezia, d'altra parte, su impulso dell'AP ed attingendo ad uno studio del SCM, si è preoccupata di elaborare una definizione “a tutto tondo” suscettibile di essere applicata *anche* con la finalità “politica” di misurare concretamente il livello di aderenza di ciascuno Stato membro al principio di RoL. In questo senso va letta la “checklist” del rapporto finale, distillato operativo di oltre tre anni di ricerca.

Ai recenti studi sul tema del RoL svolti nell'ambito del CdE va, più in generale, riconosciuto il merito di aver rilanciato il dibattito sul significato di “RoL” in una prospettiva giuridica europea⁹⁸. Una prospettiva che, pur consapevole delle stratificazioni storiche e delle specificità nazionali, è stata, nel complesso, capace di cogliere i principali tratti invarianti delle diverse esperienze domestiche evidenziando, da ultimo, che il principio del RoL costituisce il nucleo strutturale comune degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri del CdE.

Una critica va, tuttavia, mossa alla riflessione dottrinale svolta nell'ambito del CdE: uno studio propriamente “europeo” avrebbe dovuto inseguire con maggiore rigore metodologico lo sfuggente concetto di RoL *nel tempo* come *nello spazio*.

Rispetto alla variabile temporale, l'evoluzione del concetto avrebbe potuto essere tratteggiata tipizzando due principali fasi “storiche” (grossomodo corrispondenti al *Rechtsstaat* e all'*Etat de droit* di cui ha dato conto il prof. Loughlin): lo Stato *legislativo* di diritto e lo Stato *costituzionale* di diritto, del quale ultimo lo Stato *democratico* di diritto⁹⁹ e lo Stato *sociale* di diritto¹⁰⁰ costituirebbero delle specificazioni. Un tale processo di ideal-tipizzazione avrebbe dovuto essere accompagnato da almeno due *caveat*: 1) i sopraelencati passaggi “storici” non costituiscono fasi di una progressione lineare quanto piuttosto tipologie astratte funzionali a rendere comprensibile una tendenza evolutiva di fondo; 2) ciascuna formulazione incorpora i principali aspetti delle precedenti cosicché il concetto di RoL può essere studiato sondando le successive stratificazioni, *ivi incluso il contributo di istanze sovranazionali regionali* (i.e. sistemi CEDU ed UE), in cui si è cristallizzato il divenire del patrimonio costituzionale europeo.

Rispetto alla variabile spaziale, guardando alle due principali famiglie di RoL ad oggi esistenti – quella anglo-sassone e quella europeo-continentale – sarebbe stato opportuno mostrare che il caso anglo-sassone costituisce una “founding exception”¹⁰¹ nel senso che, per le sue peculiarità, rimane sì un *unicum* ma, al tempo stesso, per l'attrazione esercitata, si situa all'origine del modello europeo-continentale.

⁹⁷ Par. 66.

⁹⁸ Come rilevato da MARGIOTTA, “Quale stato di diritto?” in *Teoria Politica*, n. 2, 2001, pp. 20-24, il dibattito sul RoL soffre ad oggi di un duplice limite: negli studi comparatistici, la dimensione filosofica resta preponderante su quella giuridica, mentre il rigore dell'analisi giuridica si associa per lo più a studi che fanno esclusivo riferimento a specifiche esperienze nazionali. Fra la vasta letteratura sul tema, cfr. BINGHAM, *The Rule of Law*, Londra, 2010; BIONDO, PINO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Teoria, problemi e prospettive*, monografica di *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 4/2004; HOLOVATY, *op. cit.*, (spec. voll. I e II); SILVESTRI, “Lo Stato di diritto nel XXI secolo” in *Rivista AIC*, n. 2/2011, accessibile *on line*: http://www.astrid-online.it/I-nuovi-pr/Studi-ric/Silvestri_AIC_2_2011.pdf; TAMANAHA, *On the Rule of law*, Cambridge, 2004; ZOLO, “The Rule of Law: A Critical Reappraisal” in COSTA, ZOLO (a cura di), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht, 2007, pp. 3-72; JOWELL, “The Rule of Law and its underlying Values” in ID., OLIVER (a cura di), *The Changing Constitution*, Oxford, 2011.

⁹⁹ Sullo Stato democratico di diritto, cfr., fra gli altri, ROSENFELD, “Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale” in *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 4/2004, cit., pp. 117-152.

¹⁰⁰ Sullo Stato sociale di diritto, cfr., fra gli altri, DICHIOTTI, “Stato di diritto e diritti sociali” in *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 4/2004, cit., pp. 49-79.

¹⁰¹ ZOLO, *cit.*, p. 28 ss.

Un'impostazione metodologica di questo tipo avrebbe offerto il duplice vantaggio di aprire la definizione di RoL – ancora troppo, se non esclusivamente ancorata ai diritti c.d. “di prima generazione”, specie quelli civili – alla “dimensione sociale”, e di individuare una “linea di filiazione” ideale sulla base della quale giustificare in maniera filosoficamente più forte l'operazione di “reductio ad unum” dei valori comuni alle diverse famiglie europee di RoL.