



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA TRE

SCUOLA DOTTORALE IN DIRITTO EUROPEO, STORIA E SISTEMI GIURIDICI  
DELL'EUROPA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO EUROPEO SU BASE STORICO  
COMPARATISTICA  
XXII° CICLO

**LO STATO DI DIRITTO.  
DIBATTITI TEORICI E ANALISI FUNZIONALE**

Giovanni Cogliandro

SUPERVISORI:

CHIAR.MO PROF. ELIGIO RESTA

CHIAR.MO PROF. VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

COORDINATORE:

CHIAR.MO PROF. PAOLO MARIA VECCHI

**A.A. 2008/09**

## Sommario

La problematica senza tempo dello stato di diritto .....	4
Dell'interpretazione e del riconoscimento .....	19
<i>Empsychon dikaion</i> .....	26
Potere e diritto .....	30
Prestigio e virtù del <i>rule of law</i> .....	35
Il dibattito della <i>jurisprudence</i> negli ultimi anni .....	45
Violenza e giustizia .....	52
Forma e critica del <i>rule of law</i> .....	60
Verso un paradigma dello stato di diritto .....	66
Morale e diritto: <i>Human flourishing e rule of law</i> .....	70
Temi da Dworkin.....	79
Raz: virtù e autorità .....	98
Kramer: <i>rule of law</i> , libertà e oggettività .....	106
Convenzioni e regole: problematiche dalla ricerca metafisica contemporanea .....	110
Waldron <i>et alii</i> : <i>concept and rule of law</i> .....	114
Marmor: limiti e interpretazione .....	120
Otto regole in discussione .....	123
La nozione di stato costituzionale di diritto come superamento del dibattito sulla legge codificata .....	129
La nozione di stato costituzionale di diritto e il dibattito sul neocostituzionalismo .....	129
Stato amministrativo e <i>rule of law</i> .....	139
<i>Rechtsstaat</i> e <i>rule of law</i> : a partire da Habermas .....	143
Sentenze della Corte Costituzionale.....	167
<i>Dissenting opinion</i> e <i>rule of law</i> : le corti plasmano sempre di più il diritto .....	173

<i>Constitutionalisation in progress: Unione europea, diritto internazionale e rule of law</i> .....	179
La nuova Corte Suprema del Regno Unito .....	179
Riflessioni sulla recente sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona.....	191
Ordine internazionale: Banca Mondiale, Fondo Monetario Internazionale, WTO e <i>rule of law</i> .	196
Conclusioni .....	208
Bibliografia .....	222

## Introduzione

### La problematica senza tempo dello stato di diritto

La mia conoscenza procede ad appianare la via, a raddrizzare il suo percorso; ecco, chiunque erra, nel campo della Legge, segua e proceda lungo il suo corso.  
L'impuro e lo stolto non vi passeranno; via santa la chiameranno.

Salomon ben Maimon (Maimonide), *La guida dei perplessi*, Prologo, Utet 2007

Nel dicembre 2006, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato una risoluzione intitolata '*The rule of law at the international and national levels*', secondo la quale la promozione della *rule of law* nel mondo è una delle priorità a livello internazionale. Questa impostazione è stata confermata dai Ministri degli Esteri in sede G8 in una dichiarazione congiunta<sup>1</sup>.

Due anni prima il Segretario Generale Kofi Annan così definiva il *rule of law*: «a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards»<sup>2</sup>. Da poco tempo anche un sito internet di alto profilo giuridico-scientifico internazionale ha dedicato una intera sezione alla tematica del *rule of law*<sup>3</sup>.

Il *rule of law*, è sempre stato e resta tuttora il sommo ideale giuridico. E' in atto nei primi anni del XXI secolo, e in particolare negli ultimi, qualcosa che può essere definito un vero e proprio federalismo concettuale: se fino allo scorso decennio si sottolineava la differenza tra le nozioni di *Rechtsstaat* o *État de droit*, oggi ha perso mordente la differenza tra le concettualizzazioni che in

---

<sup>1</sup> "The rule of law is among the core principles on which we build our partnership and our efforts to promote lasting peace, security, democracy and human rights as well as sustainable development worldwide" (incontro di Potsdam del 30 maggio 2007).

<sup>2</sup> UN doc. S/2004/616, 23 agosto 2004, par. 6. Sul tema, si veda J. Farrall, *United Nations Peacekeeping and the Rule of Law*, Centre for International Governance and Justice, Issues Paper 1, march 2007, e N. Quéniwet, *The United Nations' obligations in terms of rule of law in peacebuilding operations*, in *International peacekeeping*, 11 (2007), 203 ss.

<sup>3</sup> Si fa riferimento a *lexisnexis.com*, sito fondamentale per la ricerca di materiali giuridici americani e di lingua inglese che ha inaugurato una sezione gratuita dedicata alla connessione tra *rule of law* e le varie branche del diritto <http://law.lexisnexis.com/webcenters/RuleofLawResourceCenter/>

passato si ritenevano incompatibili. Le diverse concettualizzazioni vengono viste come le differenti traduzioni nazionali, come l'adeguamento del *rule of law* alle tradizioni giuridiche di riferimento.

Si tratterà quindi del *rule of law* come categorizzazione trascendente i singoli ordinamenti, in particolare perché come tale viene sempre più spesso trattato dagli organismi internazionali più rappresentativi e dai teorici più influenti. Da qui anche la scelta di trattarne declinandolo al maschile, per differenziarlo ancor di più dalla nozione ancipite che se aveva fino al recente passato. L'ideale giuridico di cui tratteremo si affianca e si sovrappone nella teoria ai tre ideali di una struttura politica quali possono essere configurati da parte di un legislatore accorto: la virtù dell'equità, della giustizia, e del *procedural due process*. L'equità fa riferimento alle procedure politiche e ai metodi di elezione dei funzionari che distribuiscono il potere politico in modo corretto, cioè che riconoscono a tutti i cittadini la stessa capacità di influire sulle decisioni che li riguardano in modo corretto. La giustizia riguarda le decisioni delle istituzioni politiche di modo che queste distribuiscono le risorse materiali e tutelino le libertà civili in modo tale da garantire un risultato moralmente difendibile. La teoria della giustizia, com'è noto, ha ricevuto, ad opera di Rawls, un impulso di rinnovamento teorico, in connessione con la virtù dell'equità e in chiave antiutilitaristica: tale connessione della giustizia con le altre virtù è stata, però, tentata solo da altre correnti di pensiero giuridico, cui si farà cenno nel corso della trattazione. Il principio di giustizia trova la sua connessione con la tematica aperta del *rule of law* nella elaborazione della virtù composita insita nel *procedural due process*. Quest'ultimo principio/virtù esige che le corti si servano di procedure di prova, scoperta e revisione che garantiscono un giusto grado di accuratezza. Il *due process* è, per quello che concerne la nostra analisi, una stadio intermedio tra l'ideale giuridico-politico del *rule of law* e le sue concrete applicazioni, *in primis* la dottrina sul *fair trial*, il giusto processo, in sede penale e civile.

Si evidenzia quanto risulta problematica l'applicazione del principio di legalità al sistema delle fonti: queste sono il portato di una storia spesso secolare, in cui hanno trovato un bilanciamento forze politiche e visioni comprensive dell'umanità tra di loro configgenti, che non possono essere azzerata senza infrangere il contenuto di equilibrio che la legge porta con sé, a meno di pensare a esperimenti rivoluzionari di instaurazione di un ordine completamente nuovo, su cui si tornerà per la loro influenza sul dibattito costituzionalistico implicato nella definizione contemporanea del *rule of law*. Il principio di legalità si mostra, nella dottrina e nella dogmatica, come il principio gemellato con il *rule of law*. Tale principio di legalità, nelle sue varie declinazioni, è stato di recente al centro del dibattito per le sue implicazioni nella giustizia internazionale: in particolare lo ha portato alla ribalta l'istituzione del primo tribunale penale internazionale che si vuole politicamente neutrale, cioè la Corte Penale Internazionale. Di particolare rilievo è lo sviluppo che vi è stato

relativamente al *Complementarity Regime*, cioè la dottrina che prescrive l'intervento della Corte solo se gli Stati, con il loro diritto interno, non sono in grado di fronteggiare la situazione di emergenza o non hanno l'intenzione di perseguire gli autori degli efferati crimini<sup>4</sup>.

E' concretamente il portato dell'eliminazione di qualsiasi fondamento teocratico alla base del diritto, frutto in particolare della conferenza di San Francisco del 1945, in cui si tracciarono le basi dell'ordine internazionale post-bellico sotto l'egida dell'ONU e in particolare nel *corpus* di 66 articoli che stabiliscono lo statuto della Corte internazionale di giustizia, allegato alla Carta delle Nazioni Unite. Esso è anche un ideale della politica internazionale del diritto: afferma Lord Bingham: "We live in a world and, to some extent, in a society, in which great differences exist - of race, of nationality, of religion, of wealth. No simple principle is going to transmute all these differences into universal harmony, but I do very strongly believe that observance of the rule of law is the best guarantee we can hope for of good governance at home and orderly and fair progress on the international level."<sup>5</sup> Il *rule of law* viene caricato del ruolo di colonna e fondamento (per riprendere un'espressione del filosofo russo P. Florenskij) della società. Come si vedrà questa concezione politico-ottativa (coniamo questa espressione dal modo verbale che esprime maggiormente il desiderio, l'aspirazione e, in misura minima, la realtà) del *rule of law* incontra vari problemi, in quanto nei costituenti, o sottoregole, che lo costituiscono è già insita la sua connessione e contrapposizione con il mondo reale.

La nozione di legge sovrana si è intrecciata come nucleo ideale del concetto di stato di diritto con i capisaldi dell'elaborazione giuridica da tempi immemorabili. Come afferma, con acuta sintesi, Dogliani: "secondo Bobbio, il principio di legalità, essendo una delle «idee cardini della teoria politica», è il principio generale di cui lo Stato di diritto (sia lo Stato legislativo sia lo Stato costituzionale) è una delle attuazioni. Nella sua accezione più pura, il principio indica un requisito che attiene all'esercizio del potere, non alla sua titolarità: mentre, infatti, si definisce legittimo il potere giuridicamente fondato (il cui contrario è il potere di fatto), si definisce legale il potere esercitato secondo le leggi (il cui contrario è il potere arbitrario)"<sup>6</sup>. Anche alcune sentenze recenti, specie ad opera della BVerfG in Germania, vanno nella direzione di intersecare nell'analisi e nella prassi la problematica dello stato di diritto con i meccanismi di auto legittimazione del potere nelle varie forme che ha assunto nella modernità. Un diritto arbitrario, a differenza di un diritto ingiusto,

---

<sup>4</sup> Al riguardo si veda in primo luogo il commentario di Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*. 2<sup>nd</sup> edition, Hart Publishing, 2008. Sul principio di legalità si veda Mauro Catenacci, *Legalità e tipicità del Reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè 2003.

<sup>5</sup> Il brano è tratto dall'intervista recentemente concessa per l'inaugurazione del *Bingham Centre for the Rule of Law* presso il *British Institute of International and Comparative Law* di Londra.

<sup>6</sup> M. Dogliani, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico* 1 2008, pp. 1-28.

è una contraddizione in termini. In questo senso i principi primi del *rule of law* sono iscritti nel nucleo centrale del concetto di diritto.

Cercando di percorrerne alcuni tratti teorici originari ci si può spingere sino alle antichità greche e al sorgere della filosofia e della rappresentazione teatrale. Sin dai tempi dei greci avevano un rilievo quasi cosmico il concetto di *nomon archein* di Aristotele e il *nomos basileus* di Pindaro<sup>7</sup>; anche nella codificazione tardo imperiale romana godeva di un prestigio non questionabile il brocardo «*lex est omnium regina*» del *Digesto* (1.3.2). La sovranità della legge è un enigma che dall'antichità torna a investire il nostro presente. Il conflitto fra legge pubblica e giustizia soggettiva è al centro dell'*Antigone* di Sofocle (442 a.C.). Sui fondamenti della legge si interrogano sin dal V sec. a.C. Antifonte e Senofonte, ma soprattutto tale indagine sarà approfondita nel I sec. a.C. da Cicerone. Erodoto nel V sec. a.C. mette in scena il dibattito sulle forme di costituzione, di lì a poco Platone mostrerà in Socrate un esempio di strenua fedeltà alle leggi. Nel I sec. d.C. Lucano con cosmica ironia rappresenta Cesare nell'atto di distruggere l'ordine giuridico della Repubblica; inoltre le origini delle leggi sin dal principio della storia umana sono rappresentate da Lucrezio e da Tacito. Le Leggi delle XII Tavole danno principio nel 451 a.C. all'attività legislativa romana. Il rapporto fra legge umana e legge divina, nonché fra lettera e spirito della legge, è centrale nell'Antico e del Nuovo Testamento, in particolare nei libri dell'Esodo e del Deuteronomio, nel Salmo 118 (il più lungo di tutti), sino alle visioni del profeta Isaia, e poi nel Vangelo di Matteo e soprattutto nelle Lettere di Paolo. Il nuovo stile di pensiero cristiano ha poi nel II secolo la sottomissione esplicita della validità della legge ai principi della giustizia nella teologia rigorista di Tertulliano.

Nella teoria della codificazione il problema della certezza del diritto trova risposta sia dal punto di vista della sua produzione che dal punto di vista della applicazione in una gerarchia delle fonti in cui al livello più alto si trova la volontà sovrana espressa come legge e solo in posizione subordinata l'interpretazione dei giudici, che, per dirlo con le parole di Montesquieu, altro non sono che «la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che della legge non possono moderare né la forza né il rigore»<sup>8</sup>.

Il concetto di *rule of law* è un ideale giuridico in senso forte, perché ha una funzione regolatrice in quanto è interno al concetto di diritto, ma anche perché è volto all'espansione e alla ridefinizione costante delle diverse forme di prassi giuridica e delle sue garanzie oltre i confini dello Stato. Nella recente elaborazione in tema di teoria generale del diritto si concorda infatti sull'assunto della

---

<sup>7</sup> Pindaro, *Frammenti*, n°169.

<sup>8</sup> C. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Torino 1973, LXI, cap. 6

centralità dei principi che stanno alla base del sistema costituzionale: da essi dipende sia l'individuazione del diritto di una determinata comunità, sia l'interpretazione della sua struttura politico-costituzionale. Nella forma pura di questo ideale la legge plasma l'amministrazione: il diritto si può spingere a plasmare e a verificare le forme di governo economico e sociale adeguandole a quanto prescritto, senza cedere alle pressioni che dalle istanze di parte provengono, mentre queste ultime si dovrebbero fermare alla dialettica parlamentare. Da questo paradosso si giunge poi alle conseguenze concrete di politica del diritto, e a livello internazionale alla prassi, supportata soprattutto dalla banca mondiale, di ritenere il rispetto dei principi del *rule of law* come un passo necessario nel cammino verso riforme politiche e sociali<sup>9</sup>. Ciò non significa che si tratti di un ideale politico, ma solo che la libertà giuridica, pur non essendo la pienezza della libertà sociale in tutti i suoi aspetti più rilevanti, ne è una componente necessaria.

Questo principio divenuto a volte un ideale regolativo ha avuto anche nel XIX secolo un correlato architettonico: "Equal Justice under Law" recita l'iscrizione apposta sul frontale dell'edificio della Corte Suprema degli Stati Uniti. Questo ideale ha quindi guidato l'elaborazione dei grandi teorici del diritto degli ultimi secoli, nelle diverse tradizioni giuridiche dell'occidente.

La tensione verso il compimento della costruzione del *rule of law*, costituisce uno degli aspetti fondamentali dell'auto-percezione della tradizione giuridica occidentale come modello avanzato e meritevole di esportazione. Storicamente, per esempio, nell'ambito dei paesi appartenenti a questa tradizione, un ruolo guida è sempre toccato a quei sistemi capaci di convincere gli altri di essere maggiormente avanzati, progrediti e civilizzati proprio dal punto di vista dell'implementazione di questo ideale. A partire dal secondo dopoguerra, per la prima volta, proprio in virtù della provata resistenza del *rule of law* di fronte alle involuzioni autoritarie che sul continente avevano messo in ginocchio lo Stato di diritto, si ha una epifania del *common law*, il modello degli Stati Uniti d'America, che, com'è noto, ha saputo conquistare autorità planetaria. Modelli e stilemi americani cominciano così a circolare, in virtù del notevole prestigio conquistato, nei cinque continenti, contribuendo non poco ad un certo stile di globalizzazione dei modi di pensare il diritto.

I concetti di *rule of law* nella tradizione legata al *common law* e la nozione di stato di diritto in quella di *civil law* costituiscono due variazioni su uno stesso tema di fondo: quello della superiorità morale o di una maggiore efficienza organizzativa di una società organizzata *sub legem* e non *sub hominem*, capace quindi di resistere alle tendenze abusive del potere costituito.

Con la caduta del Muro di Berlino si è inaugurata nel diritto una stagione di pensiero nella quale il *rule of law* sta configurandosi come la condizione necessaria per l'appartenenza di un modello

---

<sup>9</sup> Per una critica a questa convinzione cfr. G. Silverstein, *Globalization and the Rule of Law: "A Machine that Runs of Itself?"*, in «International Journal of Constitutional Law», 1 (3), 2003, pp. 427-45.



giuridico e politico alla famiglia dei sistemi civili. Lo stato di diritto è divenuto così una nozione giuridica globale, la cui superiorità intrinseca come modello di organizzazione politica non è stata più sottoposta a vaglio critico. Questo ha portato a uno slittamento semantico, per cui ciò che si configurava come un anelito, un fine cui tendere, è divenuta la descrizione di uno stato di fatto, di una forma di governo, quasi dei rapporti interni ad una forma di costituzione economica. A questo consegue che negli anni a noi più vicini, e segnatamente nel nuovo millennio, diversi tratti caratteristici di questo *rule of law*, che si configura come forma di governo, hanno subito trasformazioni notevoli. Da un lato, soprattutto negli Stati Uniti, sembrano essere riemersi tratti di squilibrio a favore del potere esecutivo tali da far pensare ad una maggior debolezza del modello rispetto alle aspettative, e comunque sufficienti a farne declinare visibilmente il prestigio in una parte significativa della cultura giuridica di diversi ordinamenti della periferia. D'altra parte, il *rule of law*, è stato diffuso come fosse una merce da esportare, e tale dinamica ha anche dei lucidi sostenitori<sup>10</sup>. In questo caso si può affermare con convinzione che *nomina sunt consequentia rerum* ma anche che, in un'ottica di programmazione politica, *res sunt consequentia nominum*, infelicitemente, per quanto concerne gli esiti funzionalmente riscontrabili. Il *rule of law* è stato senz'altro "esportato", ma a volte con le movenze di arroganza e di scarsa sensibilità per il substrato istituzionale, politico e anche culturale locale: tali movenze di arroganza sono tipiche della semiotica mercantile. Questo è avvenuto recentemente non di rado con metodi violenti, e tali metodi hanno incluso non soltanto la guerra, ma anche le condizioni imposte per l'accesso al credito internazionale. Tale strategia, voluta o meno, comincia a mostrare segni di debolezza come retorica di legittimazione dell'intervento occidentale nei paesi poveri ed in quelli emergenti. In particolare riesce sempre più difficile occultare il doppio standard utilizzato per i paesi ricchi e per quelli poveri. Questo doppio criterio si caratterizza per l'opposizione tra liberismo declamato e protezionismo nei fatti, tutela dei diritti umani contro il persistere della discriminazione sociale e razziale; da ciò consegue che i fenomeni di resistenza e di regressione del modello dominante non mancano. Infine, e questo concerne in maniera centrale gli scopi della nostra ricerca, anche nei paesi dell'Europa occidentale più soggetti all'egemonia culturale statunitense, stanno emergendo processi autoctoni di grande importanza in cui il modello americano, un tempo oggetto di ammirazione indiscriminata, pare collocarsi in posizione maggiormente ambigua. Mentre gran parte della cultura giuridica europea continua a giudicare l'esperienza di integrazione giuridica ed economica statunitense come una stella polare, altra parte non trascurabile di essa comincia a rendersi conto che il modello americano è, come ogni altro sistema istituzionale, un'esperienza

---

<sup>10</sup> Si pensi ad alcuni *think-tank*, termine poliseno e ormai diffuso anche in Italia, in particolare al gruppo di lavoro del Carnegie Endowment for International Peace che ha pubblicato l'interessante studio di Thomas Carothers, *Promoting the rule of law abroad: in search of knowledge*. Washington, D.C. 2006.

profondamente imbevuta di storicità, sicché, nel farne uso come modello di riferimento, occorre conoscerne le realtà operazionali che si nascondono dietro alle descrizioni di facciata.

Il significato di questo concetto può senza dubbio sembrare chiaro e ben compreso, ed è vero che il *rule of law* è stato periodicamente invocata dai giudici nelle loro pronunce<sup>11</sup>. Tuttavia non hanno spiegato cosa intendessero con questa espressione, e autori di grande rispetto hanno gettato dubbi sul suo significato e valore. Da questa ambiguità semantica e politica prende le mosse il nostro studio.

Variegate al riguardo sono le valutazioni della dottrina: nella prima raccolta di saggi di *jurisprudence* della scuola di Oxford, destinata a così grande fortuna Marsh<sup>12</sup> ne poteva declinare i vantaggi e lodarne le attuazioni. Già dopo pochi anni la nota critica di Joseph Raz ha rilevato la tendenza di usare il *rule of law* come una abbreviazione per descrivere gli effetti positivi di un qualsiasi dato sistema politico<sup>13</sup>. John Finnis ha descritto il *rule of law* come “il nome solitamente dato a quello stato degli affari in cui un ordinamento legale si trova legalmente in buone condizioni”<sup>14</sup>. Judith Shklar ha suggerito che l’espressione possa aver perso il proprio significato a causa di un abuso ideologico e di un generale uso eccessivo: “Potrebbe essere diventato un altro di quegli strumenti retorici di auto-compiacimento che ingraziano le pronunce pubbliche dei politici anglo-americani. E’ pertanto inutile sprecare sforzi intellettuali su questi passaggi delle chiacchiere della classe di governo”<sup>15</sup>. Non manca lo spazio per la schietta ironia: Jeremy Waldron, nonostante sia uno degli indagatori più caparbi del concetto del *rule of law*, nel commentare la criticata decisione della Corte suprema degli Stati Uniti in *Bush v. Gore*<sup>16</sup> (in cui peraltro il *rule of law* fu invocato da entrambe le parti), riconobbe che a parere di molti la pronuncia di quelle parole magiche non significasse altro che “viva la nostra parte!”<sup>17</sup>. Brian Tamanaha ha descritto il *rule of law* come una “nozione eccessivamente elusiva” che da adito ad una “rampante divergenza di comprensioni” ed è analoga alla nozione del Bene nel senso che “tutti sono in suo favore, ma ognuno ha convinzioni contrastanti su cosa sia”<sup>18</sup>. Come ci capiterà di notare a più riprese molti

---

<sup>11</sup> Possono essere citati molti esempi: se il sintagma non è ancora molto utilizzato in Italia, esso di certo è una presenza frequente nelle sentenze delle supreme corti inglesi: si vedano, per esempio, *R v Horseferry Road Magistrates’ Court, Ex p Bennett* [1994] 1 AC 42 a pp 62, 64 (Lord Griffiths), 67 (Lord Bridge), 75, 76, 77 (Lord Lowry); *A v Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 68, [2004] UKHL 56, par. 42 (Lord Bingham), 74 (Lord Nicholls).

<sup>12</sup> Norman S. Marsh, *The Rule of Law as a Supra-National Concept*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. G. Guest, Oxford University Press, London 1961, pp. 223 – 264.

<sup>13</sup> Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue” in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford, 1979), p 210.

<sup>14</sup> John Finnis, *Natural Law and natural rights* (Oxford, 1980), p 270.

<sup>15</sup> Judith Shklar, *Political Theory and The Rule of Law*, in Hutchinson and Monahan (eds), *The Rule of Law: Ideal or Ideology* (Toronto: Carswell, 1987), p 1.

<sup>16</sup> 531 US 98 (2000).

<sup>17</sup> Jeremy Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?* in R. Bellamy (ed), *The Rule of Law and the Separation of Powers* (Ashgate, 2005) p 119.

<sup>18</sup> Brian Tamanaha, *On the Rule of Law* (Cambridge, 2004), p 3.

giuristi sono recisamente critici della stessa nozione di *rule of law*. Salendo ad un livello di opzioni teorico-politiche sui può dar cenno della constatazione che l'opinione dello storico E. P. Thompson, secondo cui essa fu "un bene umano, non qualificato"<sup>19</sup> non è stata da molti accettata: la contestavano già gli esponenti dei *critical legal studies* (CLS)<sup>20</sup>; oggi Mattei la qualifica addirittura come una scusa per il nuovo e più spietato saccheggio dei paesi colonizzati<sup>21</sup>.

Se per i paesi degli altri continenti le politiche inerenti il *rule of law* sono in primo luogo la conseguenza o meno di scelte che connettono comunque la legge con i fattori dell'economia e lo sviluppo, per l'Occidente, e in particolare per l'Europa, grandi sono le aspettative in tema di uniformazione del diritto e di riequilibrio dei rapporti tra costituzione, principi e diritti fondamentali intesi come auto vincoli legislativi (secondo un'espressione di Pace<sup>22</sup>) e legislatore.

Nel 2005 il Parlamento britannico approvò una legge in cui si prevede che nulla che sia in essa contenuto possa incidere negativamente "sul principio costituzionale esistente del *rule of law*". Così, per la prima volta in Gran Bretagna, il principio ricevette un riconoscimento in forma legislativa, anche se il compito di definizione veniva lasciato ai giudici. Gli estensori della legge del 2005 non erano forse a conoscenza delle opinioni accademiche critiche che ho menzionato. Ma difficilmente non erano consapevoli del fatto che l'esposizione di Dicey sul *rule of law* aveva attirato molte controversie negli anni dopo il 1885, in particolare da parte dei sostenitori della bontà di quel sistema amministrativo-continentale che Dicey disprezzava senza forse conoscerlo abbastanza. Pertanto appare improbabile che il significato del "principio costituzionale esistente" fosse considerato talmente chiaro da non necessitare di una definizione.

E' forse più probabile che gli autori della legge inglese del 2005 riconobbero l'estrema difficoltà di formulare una definizione succinta ed accurata, adatta ad essere inserita in un provvedimento legislativo, e preferirono lasciare alle corti il compito di definizione se e quando la questione fosse stata sollevata<sup>23</sup>.

Questa problematica risulta particolarmente importante nell'attuale momento della cultura giuridica italiana. Apertasi all'influenza del modello statunitense a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, soprattutto ad opera dei privatisti, la cultura giuridica italiana attraversa un momento particolarmente travagliato, seppur fecondo, proprio perché si vuole auto percepire sempre di più

---

<sup>19</sup> *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act* (New York: Pantheon Books, 1975, p 266.

<sup>20</sup> Morton Horwitz, "The Rule of Law: An Unqualified Human Good?" 86 *Yale Law Jo* (1977), 561; *The Transformation of American Law: 1870-1960* (New York, Oxford University Press, 1992).

<sup>21</sup> Ugo Mattei, Laura Nader, *Plunder: When the Rule of Law Is Illegal*, Wiley-Blackwell 2008.

<sup>22</sup> Alessandro Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997; II ed., 2002;

<sup>23</sup> Nella *House of Lords* (HL Hansard 7 December 2004, cols 742-743) Lord Kingsland suggerì che la clauola (in una versione precedente leggermente diversa) non era giustiziabile. Trovo che questo sia impossibile da accettare. Un principio costituzionale che non possa essere legalmente applicato mi apparirebbe di poco valore.

come sistema appartenente ed integrato nel paradigma del *rule of law*. L'Italia e la sua cultura giuridica è molto presente nel dibattito complesso sul nuovo diritto privato europeo, negli ambiti specifici della codificazione e del cosiddetto *common core*; è inoltre punto di riferimento nello studio del medioevo, tornato alla ribalta visto l'accresciuto ruolo della *lex mercatoria*. E' impegnata a fondo in un dibattito costituzionale interno ed Europeo in cui proprio sulla natura del *rule of law* sembrano giocarsi importanti partite anche politiche; è protagonista nel proporre innovazioni istituzionali profonde, (*Alternative Dispute Resolution*) capaci di modificare nella struttura alcuni tratti classici del *rule of law*; viene poi coinvolta in posizione non secondaria nei progetti di riedificazione istituzionale dei paesi travagliati dalla guerra: si pensi ai casi di Rwanda e Jugoslavia, per i quali sono stati istituiti dei tribunali penali *ad hoc* e più di recente Iraq e Afghanistan. La cultura e la prassi giuridica italiana vivono profondamente le trasformazioni globali della nozione di *rule of law* e da qualche tempo su di esse si riflette pubblicamente nel nostro paese. Questo rileva in una analisi dello stato del dibattito recente ed attuale sulla nozione di *rule of law* che si vuole inserita nei suoi contesti di origine prima che in quelli in cui essa si vuole esportata, tanto nelle sue fasi espansive che in quelle regressive. Il *rule of law*, cifra caratterizzante l'intera tradizione giuridica occidentale, può essere osservato nella sua struttura e nella sua realtà operativa, in diversi contesti applicativi per comprenderne l'apporto culturale e le potenzialità nell'attuale fase di globalizzazione economica.

Ci si potrebbe poi anche interrogare sulla sua espansione oltre i confini della tradizione giuridica occidentale, riflettendo sull'esperienza coloniale. Questo alla luce della sempre più insistente opinione che non soltanto la globalizzazione si presenti sotto le spoglie giuridiche di un neo-medievalismo ma anche di un neo-colonialismo. Qualunque costruzione ed ideologia giuridica, per quanto attraente, non può mai essere esente da controllo critico in chiave storico-comparativa: essa si presenta in costante mutamento nel tempo e nello spazio e non può quindi essere concepita come univoca ed immutabile. Si può affermare con una certa tranquillità che il *comparative legal thought* è nato da poco<sup>24</sup>. Per quanto pertiene alla nostra ricerca, si tratta di muovere dalla considerazione delle recenti teorie del diritto per capire ciò che è peculiare riguardo al pensiero sul *rule of law* negli USA, nel Regno Unito e in altre nazione europee, come anche nella costruzione della ideologia del *rule of law* come un qualcosa di esportabile e di preliminare o di necessariamente congiunto con una politica moralizzata o addirittura con la democrazia..

Del 2009 è il primo numero di una rivista internazionale semestrale intitolata al *rule of law*<sup>25</sup>; tra gli editori troviamo personalità di spicco dell'accademia anglosassone come Peerenboom, Trubek,

---

<sup>24</sup> David Kennedy, W. W. Fischer III, *The canon of American Legal thought*, Princeton 2006, p 15.

<sup>25</sup> Hague Journal on the rule of law, HJRL Asser Press – Cambridge UP 2009 volume 1 issue 1.

Golub, Faundez. Nell'Editoriale che apre le pubblicazioni si ribadisce che il *rule of law* è un concetto profondamente contestato (*essenzialmente* contestato, direbbe Waldron e coloro i quali si richiamano al suo teorizzare). Tale concetto ha generato una vera e propria industria collegata a studi legali e politiche governative e non, con un *turnover* annuo di più di un miliardo di dollari. Questo è il bilancio di una industria che ha lo stesso Carothers tra i suoi ispiratori (e anche tra quelli della rivista). Carothers ha posto il problema della ricerca di una conoscenza specifica e necessaria alla diffusione internazionale del *rule of law*<sup>26</sup> in uno studio finanziato dal già menzionato *Carnegie Endowment*, una delle più influenti fondazioni statunitensi. Tale linea di pensiero viene ripresa sotto uno *Standpunkt* differente dalla scuola di diritto empirista di Stanford<sup>27</sup>, che ha prodotto una raccolta di studi finalizzata a tentare di superare la *common knowledge* al riguardo con una serie di studi prevalentemente sociologici. La questione è stabilire i principi di una vera e propria epistemologia del *rule of law*; lo stesso Carothers ha di recente contestato l'esistenza di un *sequencing claim*, cioè la presupposizione genetica che il *rule of law* deve precedere la democrazia. L'alternativa in cui ci si trova è se sia valida la tesi che lo stato di diritto rende possibile la democrazia, oppure la tesi e la sequenza opposta, cioè la necessità del *rule of law* come condizione di possibilità della democrazia. La terza ipotesi è la determinazione reciproca o l'interazione, coessenzialità genetica tra le due<sup>28</sup>. Vi è inoltre la cosiddetta *macrosequencing thesis*, termine ripreso dalla biologia e utilizzato negli studi della scuola dei *law and development studies*, di recente rinvigorita dal lavoro teorico di Santos, Trubek e Kennedy<sup>29</sup>: il dilemma è adesso se la crescita economica unita al *rule of law* debba precedere la democratizzazione oppure se sia auspicabile l'inverso. Questi approcci sociologici, economici e tassonomici, come si vedrà in seguito cercano di sostituirsi al problema dottrinale, cioè vogliono essere anteposti allo stabilire una cornice teorica di riferimento che renda giustizia dei nessi correnti tra *rule of law* e ideale morale, e se esso sia implicito e obbligante. In diritto si è discusso a lungo intorno al quesito se la norma debba plasmare il costume o assecondarlo. E' questa una alternativa che si pone il pensiero kantiano, anteponendo la trattazione sui principi del diritto a quella dei costumi. Il primo è però universale, i secondi sono propri di un popolo o di un territorio, mentre il *proprium* della legge è di essere universale o quanto meno universalizzabile. Questo principio di universalità almeno potenziale ha come suo correlato la connessione non-utopica del governo della legge alla pace, cioè

---

<sup>26</sup> Thomas Carothers, *Promoting the rule of law abroad: in search of knowledge*. Washington, D.C. Carnegie Endowment for International Peace, 2006

<sup>27</sup> Erik G. Jensen, Thomas C. Heller (edd.), *Beyond common knowledge: empirical approaches to the rule of law*, Stanford Law and Politics, Stanford 2003.

<sup>28</sup> Thomas Carothers, *How Democracies emerge: The 'Sequencing Fallacy' in 18:1 Journal of Democracy 2007.*

<sup>29</sup> David M. Trubek - Alvaro Santos, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press 2006.

la funzionalità del *rule of law* come base per reperire alternative arbitrali ai conflitti armati. Con le parole stesse di Kant: “E siccome in fatto di associazione di popoli della terra (più o meno stretta o larga che sia) si è progressivamente pervenuti a tal segno, che la violazione del diritto avvenuta in un *punto* della terra è avvertita in *tutti* i punti, così l’idea di un diritto cosmopolitico non è una rappresentazione fantastica di menti esaltate, ma il necessario coronamento del codice non scritto, così del diritto pubblico interno come del diritto internazionale, per la fondazione di un diritto pubblico in generale e quindi per l’attuazione della pace perpetua.”<sup>30</sup> Il coordinamento tra i vari diritti sta avvenendo in nome di un contenuto, di un codice in fieri, ma che trova la propria legittimazione in ideali universalizzati, analizzati nella loro pretesa di legittimità da teorici come Habermas che ne tratteggiano la nuova normatività come premessa per la loro legittimazione<sup>31</sup>.

La questione del come debba essere garantito il diritto statuito, se solo dalla forza o da sanzioni, da tribunali, da funzionari, da restrizioni economiche, appare forse secondaria rispetto a questa impresa degna del giudice Ercole auspicato da Dworkin. Per l’occasione ci sembra non privo di senso associarvi la ricerca del concetto aspirazionale-dottrinario del *rule of law*, una ricerca da condurre cercando di muoversi tra le sirene della teoria politica, le ninfe della *jurisprudence* e i ciclopi delle grandi organizzazioni internazionali come la Banca Mondiale e il FMI che pretendono di ispirare le loro *policies* al *rule of law* senza indicare il come questo possa avvenire.

Le proposte teoriche di Kant sono per Habermas, ancor più che per il Rawls de *Il diritto dei popoli*, alla base della moderna figura dello Stato-nazione e allo stesso tempo sono una estensione di tale modello al di là della ristretta cornice statale. Tale espansione sembra seguire il filo conduttore kantiano del cosmopolitismo, come mostra in primo luogo il riproporsi dell’alternativa, tematizzata da Kant nello scritto *Per la pace perpetua*, tra *Völkerbund* e *Völkerstaat* per quel che riguarda il futuro di organizzazioni sovranazionali quali Unione Europea ed ONU. Il cosmopolitismo kantiano non si limita però a questa alternativa, e di qui viene la sua fecondità per elaborare delle categorie fondanti una democrazia mondiale. Queste categorie potrebbero preludere alla creazione di uno *status* di cittadini del mondo che derivano la loro coesione normativa da una condivisa autocomprensione giuridico-morale<sup>32</sup>.

Il concetto di stato di diritto ha giocato un ruolo fondamentale nei mutamenti che il paradigma democratico-costituzionale ha conosciuto negli ultimi decenni del Novecento a seguito dei processi di integrazione sovranazionale e di globalizzazione.

---

<sup>30</sup> Immanuel Kant, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, in Id., *La pace, la ragione e la storia*, Il Mulino, Bologna 1985, p 117.

<sup>31</sup> Jürgen Habermas, *L’idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in *L’inclusione dell’Altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 177-215

<sup>32</sup> Jürgen Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2002, p 96.

L'auspicata ed attuata maggiore preminenza del giudiziario si è mostrata come un'esigenza di democratizzazione nei confronti dell'esecutivo, a livello nazionale, e come istanza promozionale dei diritti a livello sovranazionale, comunitario e mondiale.

Alcune sentenze degli ultimi anni delle Corti Europee e comunitarie e della Corte Suprema degli USA hanno reso più intricata la questione della determinazione di cosa sia lo stato di diritto. In particolare si segnalano tra le più recenti la declaratoria di incostituzionalità *Luftverkehrsgesetz* ad opera della BVerfGE tedesca, nonché tra le altre le note sentenze *Hamdan v. Rumsfeld* e *Roper v. Simmons* della Corte Suprema.

È importante confrontare l'esperienza degli USA con gli approcci europei al problema della definizione dello stato di diritto - *rule of law*; gran parte della cultura giuridica europea continua a giudicare l'esperienza di integrazione giuridica ed economica statunitense come una stella polare, altra parte comincia a rendersi conto che il modello americano è, come ogni altro sistema istituzionale, un'esperienza profondamente storicizzata. Sembrerà forse ironico, ma di questo si sono resi ben conto negli stessi USA la scuola del realismo giuridico nordamericano e la scuola sociologica. La riflessione sulla fecondità di una radicale applicazione del *rule of law* risulta particolarmente importante nell'attuale momento della cultura giuridica italiana. Questa si è aperta, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, all'influenza del modello statunitense, soprattutto ad opera dei privatisti, ed ora tale cultura giuridica attraversa un momento particolarmente travagliato, seppur fecondo, proprio nell'ottica della propria autopercezione come un sistema che si vuole sempre più appropinquare alla prassi dello stato di diritto. Questa problematica è presente nel dibattito sul nuovo diritto privato europeo; tuttavia soprattutto nel dibattito costituzionale interno ed europeo sulla natura del *rule of law* sembrano giocarsi le più importanti dispute politiche. Di fronte alla crisi del giusnaturalismo e del positivismo giuridico, il XX secolo ha assistito allo svilupparsi di nuove prospettive quali il diritto come decisione (e quindi come antitetica politica), come istituzione, come norma. Queste novità teoriche sono state lucidamente sistematizzate rispettivamente da Carl Schmitt, Santi Romano, Kelsen: accanto ad esse si è sviluppata, a partire dagli anni Trenta del Novecento, la composita famiglia del realismo giuridico prevalentemente di matrice nordamericana. Il realismo giuridico deve essere posto in connessione col sorgere della giurisprudenza sociologica e dell'affermarsi della già nata sociologia del diritto. In origine, coi suoi fondatori Comte e Spencer, la sociologia non s'era molto interessata del diritto: nel quadro della filosofia della storia positivista la fase "critica" (che viene dopo quella religiosa e prima di quella industriale) è quella dei metafisici e dei giuristi. Grazie a questi pensatori si ebbe una prima base teorica per la rivoluzione francese (infatti, tanto i giuristi quanto i metafisici criticano il pregiudizio,

l'impostura, la società divisa in ceti e le sue iniquità). La "fase critica", in definitiva, era intesa dai sociologi positivisti come categoria dell'intelletto astratto, una categoria utile alla scomposizione della società più che alla sua composizione. Sul finire dell'Ottocento muta radicalmente l'atteggiamento e il diritto comincia ad essere inteso come elemento di stabilizzazione, di cambiamento disciplinato (e non rivoluzionario) della società, di composizione della medesima. È esattamente in questa prospettiva che vede la luce la sociologia del diritto sollecitata da interessi politici: essa ha come sua prerogativa l'interessarsi al diritto non nella forma della sua validità, bensì nella forma della sua efficacia. La sociologia del diritto, infatti, affronta il fenomeno giuridico come fatto sociale e non nella sua normatività e coattività. In questa nuova stagione di pensiero nascono opere come *Comunità e società* (1887) di Ferdinand Tönnies, il quale dà molto peso al diritto, e gli scritti di Eugen Ehrlich e di Max Weber. Quest'ultimo dedica una sezione di *Economia e società* alla sociologia del diritto, inserendola nella più ampia problematica riguardante i motivi per i quali si siano prodotti sistemi giuridici formali e razionali in Occidente e non altrove (altrove regnano infatti la giustizia "materiale" e le decisioni discrezionali). L'indagine porta Weber a distinguere tra "sistemi continentali" di derivazione romanistica e "sistemi inglesi", nei quali si sviluppa un diritto che non è statutario, ma è giudiziario, cioè tale per cui il giudice ha un ruolo protagonista.

La concezione anglosassone del *rule of law* deriva in buona parte da quella degli antichi, i quali distinguevano tra il "governo delle leggi" e il "governo degli uomini": Platone ad esempio optava nella *Repubblica* in un primo momento per la seconda forma, convinto che il re potesse essere un miglior governante rispetto all'astrattezza delle leggi, e questo perché al giusto legale va aggiunta l'umanissimo e difficile anelito all'equità. Lo stesso Platone tuttavia nei suoi ultimi scritti ripudia l'ideale del re filosofo per i *nomoi* che prima svalutava, in particolare con la redazione del dialogo sulle *Leggi*<sup>33</sup>. Anche Aristotele opta per il governo delle leggi, in maniera forse più uniforme di Platone: nei libri IV-VI della sua *Politica* e nella *Costituzione degli ateniesi* ci offre un saggio di comparazione giuridica del proprio tempo. Nei libri VII e VIII che concludono la *Politica* egli si diffonde invece su quali siano le caratteristiche di una costituzione ideale, quindi si ha un primo trattato sul governo della legge, condizione per la sussistenza di uno stato di diritto. Le leggi sono redatte da molti uomini, possono essere simbolizzate da una testa con tanti occhi e che dunque vede meglio rispetto al singolo governante. L'intera tradizione occidentale oscilla tra queste due

---

<sup>33</sup> Al riguardo si veda il denso saggio Glenn R. Morrow, *Plato and the Rule of Law*, in *The Philosophical Review*, Vol. 50, No. 2 (March 1941), pp. 105-126. Sulle ascendenze platoniche di uno dei gangli concettuali del problema si veda Ilaria Ramelli, *Il Basileus come nomos empsychos tra diritto naturale e diritto divino. Spunti platonici del concetto e sviluppi di età imperiale e tardo-antica*, Bibliopolis 2006.



posizioni: è da questa dialettica che in Francia e in Germania nasce la prima elaborazione continentale dello stato di diritto; tale espressione come si è già accennato viene resa in lingua inglese con *rule of law*, sintagma nel quale sono intrecciati il governo delle leggi e quello degli uomini distinti dagli Antichi. Nell'Europa moderna degli Stati assoluti l'esperienza della statualità porta a identificare il governo degli uomini col governo tirannico, con la conseguenza che quando si parla di stato di diritto ci si riferisce al governo delle leggi. Ma per gli Inglesi e, soprattutto, per gli Americani, i quali non hanno conosciuto il fenomeno dello Stato assoluto, il sintagma *rule of law* significa insieme il governo delle leggi e quello degli uomini. Così, negli anni '30 dell'Ottocento, Tocqueville nel suo scritto *La democrazia in America* si dice sorpreso dal ruolo centrale che in America giocano i giudici, ossia dal potere giudiziario nella vita politica. Secondo gli insegnamenti di Montesquieu, infatti, il potere giudiziario è neutro e nullo, nel senso che non è un potere politico, poiché il giudice (che è la "bocca della legge") deve semplicemente applicare le leggi promulgate dal monarca. Com'è noto, *Lo spirito delle leggi* di Montesquieu si regge sulla tripartizione tra la repubblica (fondata sulla virtù), il dispotismo (la cui forza è la paura) e la monarchia (la cui caratteristica gerarchica è l'onore). Ancora oggi, del resto, ci si scandalizza quando i giudici partecipano eccessivamente alla vita politica e lo si fa richiamandosi indebitamente a Montesquieu, il quale aveva sì detto che il potere giudiziario è nullo, ma lo aveva detto in riferimento alla monarchia e non alla democrazia. Se oggi si vuole criticare l'intromissione dei giudici nella vita politica è opportuno invece richiamare Tocqueville, il quale si dichiara stupito nel vedere il grande peso del potere politico dei giudici; è inevitabile che in una democrazia costituzionale i giudici siano i custodi della costituzione, secondo l'ideale di Kelsen<sup>34</sup>: il modello della corte costituzionale trae legittimità da questo assunto. Il *rule of law* della tradizione anglosassone si sostanzia dell'idea del governo delle leggi ma anche di quella del governo degli uomini, nella misura in cui i custodi delle leggi siano diversi uomini in carne e ossa (i giudici), mai un uomo solo o un corpo di governo secondo l'auspicio di Schmitt. Quello che abbiamo finora tracciato è il quadro entro il quale si sviluppa il realismo giuridico; dobbiamo subito precisare che quest'ultimo ha poco a che fare col realismo politico inaugurato da Tucidide, col quale ha in comune soltanto l'appello al principio realtà, con un'esplicita polemica verso un orientamento che concede troppo spazio alle finzioni e ai concetti astratti. Possiamo concretizzare tale genesi con riferimento al *rule of law* considerando i principi che la cultura anglosassone considera di *natural justice*, i quali hanno avuto oggi una significativa evoluzione nel *due process*<sup>35</sup>: essi costituiscono il nucleo originario del *rule of law* e

---

<sup>34</sup> Si veda in generale B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna 1999.

<sup>35</sup> Si veda al riguardo la genesi come viene ricostruita da Vassalli: "Mi sembra difficile negare che nell'era moderna la locuzione in discorso ripete le proprie origini soprattutto dal diritto anglosassone, prima inglese e poi americano, dove

riguardano un'istituzione tipica del diritto sin dagli albori della modernità. Le radici di tale principio sono già visibili nella *Magna Charta*, il documento che per primo, nel 1215, intervenne a restringere il potere del sovrano inglese di agire *legibus solutus*, e lo rese al contrario vincolato alla legge, che iniziò, almeno simbolicamente, a regnare. Nello stabilire il dovere del sovrano di procedere *by the law of the land*, traduzione del latino 'per legem terrae', la *Magna Charta* poneva il sovrano stesso, ovvero lo Stato, nella condizione di dover osservare le procedure legittime al fine di infliggere una qualunque sanzione nei confronti di un individuo. Le radici del principio di giustizia ivi contenute possono così scorgersi nel riferimento al requisito della legittimità - *lawfulness*, inteso appunto nel senso di un giudizio legittimamente pronunciato a seguito delle acconce procedure e nel rispetto delle leggi del regno. Quest'idea del procedimento legittimo o giusto (*fair*) venne poi trasfusa nelle prime costituzioni statali, rappresentando l'antecedente diretto del *due process of law* quale oggi si legge nella Costituzione degli Stati Uniti d'America.

L'istituzione giudiziaria appare essere ancor più essenziale al concetto di diritto di quella legislativa, tanto che è molto dubbio che si possa parlare dell'esistenza di un sistema giuridico qualora le istituzioni che applicano il diritto non si conformassero in qualche modo a ciò che in senso lato è tipico della funzione giudiziaria, cioè l'esigenza di applicare norme preesistenti. In un sistema di cerchi concentrici il *rule of law* contiene i principi del *due process*<sup>36</sup> ed anche il principio di legalità<sup>37</sup>. Gioverà riportare al riguardo alcune significative puntualizzazioni di Guastini: "laddove il principio di legalità vale nei confronti dei poteri esecutivo e giurisdizionale, abbiamo a che fare con uno stato diritto (senza ulteriori specificazioni); laddove il principio di legalità si estende anche al potere legislativo, abbiamo a che fare con uno stato costituzionale di diritto".<sup>38</sup> Questa distinzione avrà largo seguito, specialmente nelle recenti articolate teorie di Habermas e Ferrajoli, che vi si cimentano per conciliare una concezione uniforme, emanatista (nel senso di Plotino) del valore della legge con una che potremmo definire creazionista, in quanto solo un atto superiore come la promulgazione di una costituzione genera la legalità che a cascata poi infonde normatività alle singole leggi.

La riflessione giusfilosofica si è diffusa sui nessi tra principio di legalità e stato di diritto: tradizionalmente il principio di legalità è stato riferito specificamente al potere esecutivo. Ciò

---

l'espressione *due process*, o anche l'espressione *due process of law*, risale indietro nei secoli fino all'inizio del presente millennio e trova particolare sviluppo presso i giuristi del secolo XIV, mantenendosi peraltro come principio vivo ed operante fino ai nostri giorni". S. Vassalli, *Il giusto processo: la genesi e la storia*, in *Il giusto processo*, 2002, pp. 151-152.

<sup>36</sup> Al riguardo si consideri il nuovo 1° comma dell'art. 111 Cost. che stabilisce "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge".

<sup>37</sup> In generale si veda Federico Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli 2007.

<sup>38</sup> Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Digesto civile*, X, Torino 1993, 497, 498.

sottintende un modo di vedere risalente, secondo cui il problema della garanzia dei diritti nei confronti del legislativo e del giudiziario, semplicemente, non si pone. Nella cultura giuridica contemporanea si è affermata in maniera ormai quasi incontestata la tesi che i diritti dei cittadini traggano origine non dalla legge, ma dalla costituzione; si pone quindi il problema di garantire tali diritti conferiti dalla costituzione non solo nei confronti dell'esecutivo, ma, ed è questa una novità di spessore, anche nei confronti del legislatore. Da qui anche la genesi della riflessione sulle cause della rigidità delle costituzioni contemporanee e i controlli di legittimità costituzionale sulle leggi<sup>39</sup>. Inoltre si è sviluppata la concezione secondo cui la funzione giurisdizionale non è riducibile ad una mera applicazione della legge, ma involge invece ampi margini di discrezionalità, quanto meno amministrativa.

### **Dell'interpretazione e del riconoscimento**

Ai giuristi realisti da Roscoe Pound e dal giudice Holmes in poi interessa il diritto nella sua componente fattuale, muovendo da una analisi sociale degli effetti che una decisione avrà. Al realismo politico non interessano i governi quali dovrebbero essere, così al realismo giuridico non interessano le norme come dovrebbero essere, ma come sono. Parlare di efficacia vuol dire porre l'accento su un aspetto esterno del fenomeno giuridico, ossia sul fatto che ci siano la regolarità dell'osservanza delle norme e la sanzione dell'inosservanza. Così, una norma può essere molto efficace in quanto molto osservata, a tal punto che non è necessario la sanzione dell'inosservanza: ma possono esserci norme poco osservate proprio perché manca la sanzione suddetta. Un caso paradigmatico di bassa efficacia della norma è stato quello del finanziamento ai partiti politici nell'Italia degli anni '80, a causa della mancanza della sanzione e della necessaria tensione nell'opinione pubblica e quindi nel parlamento: quando si risvegliò l'attenzione della magistratura, ecco allora che la norma diventò immediatamente efficace, dimostrando la necessità della supplenza da parte del corpo giudiziario per sopperire all'inanità del legislatore e dell'esecutivo. Lo stesso discorso si potrebbe applicare alla forte limitazione dell'abuso della decretazione d'urgenza in Italia da parte del governo, avvenuta a seguito di alcune sentenze a lungo attese da parte della corte costituzionale.

Oltre all'aspetto esterno dell'efficacia, coincidente con l'osservanza della norma, v'è un aspetto interno: esso riguarda la motivazione all'osservanza, ossia che cosa concretamente spinga un

---

<sup>39</sup> Si rimanda a Alessandro Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1995; II ed., 1996.

soggetto a rispettare la norma e che cosa spinga un giudice a far sanzionare l'inosservanza della medesima. In questo sta la differenza morale già delineata nel libro IV del *De Civitate Dei* di Agostino, poi ripresa da Herbert Hart e di recente nel dibattito Kramer/Simmonds: il punto è stabilire quale sia la differenza tra l'organizzazione del potere di erogare sanzioni a tutela delle leggi e una banda di ladri che pure fa eseguire i propri ordini alle proprie vittime. Una qualche forma di analisi sociologica, descrittiva alla maniera di Hart o prescrittiva secondo il dettato agostiniano dovrebbero cercare di sciogliere questo antico dilemma. Al riguardo appare rilevante un cenno cursorio alle diverse modalità interpretative che si suddividono le premesse necessarie per l'elaborazione della norme e quindi la sua esecuzione.

Muovendo dalla mappa tracciata da Hart in alcuni lavori<sup>40</sup>, si possono distinguere tre tipi di teorie dell'interpretazione giuridica:

- 1- teorie formaliste, o cognitivistiche, o, metaforicamente, “nobili sogni”;
- 2- teorie scettiche, o realiste, o, metaforicamente, “incubi”;
- 3- teorie intermedie, metaforicamente assimilate, per contrasto rispetto alle teorie dei primi due tipi, allo stato di “veglia”<sup>41</sup>

Tale “veglia” viene derivata in particolare dagli scritti di Hart da alcuni esponenti della cosiddetta scuola genovese, come una terza via tra le accuse che egli manda alla scuola americana che si ostina (dal suo punto di vista) nella ricerca di un contenuto morale della legge e la propria teoria che ne deriva il significato da prassi sociali di ordine diverso. Tale posizione sembra confondere e sovrapporre la creazione del significato di una disposizione con la “scelta” del significato da attribuire a una disposizione in vista della sua utilizzazione a fini di scoperta e di decisione giudiziale. Le due operazioni, tuttavia, non sono necessariamente connesse, e si può avere la scelta di un significato anche laddove non vi sia stata creazione di quel significato: in questo si rimanda alle tesi di Dworkin riguardo la funzione non creativa del giudice, nonché alle molteplici implicazioni filosofiche che, a partire dal platonismo delle verità, sono connesse con il rapporto tra giudice e scoperta del *rule of law*. Le teorie intermedie riconducibili alla Veglia, sovrapponendo i due concetti, suggeriscono che vi sia scelta soltanto laddove vi è creazione; e che, pertanto, dove non vi sia stata creazione, non vi sia stata neppure scelta. Lo scetticismo genovese favorisce, sembra, un atteggiamento di “vigile insonnia”<sup>42</sup>. Il rilievo teorico di tale prospettiva per il nostro tentativo di indagine sul *rule of law* è che essa mette in luce le scelte e le responsabilità di ciascuno degli operatori giuridici, cioè nell'ordine legislatori, giudici e giuristi. Tale teoria indaga la loro

---

<sup>40</sup> Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961; Id., *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream* (1977), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123-144.

<sup>41</sup> Si veda al riguardo Pierluigi Chiassoni, *Osservatori positivistic e quinte colonne*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 65-85.

<sup>42</sup> Si veda al riguardo il denso articolo di Pierluigi Chiassoni, *L'ineluttabile scetticismo della “scuola genovese”*, in *Analisi e diritto* 2003, P. Comanducci, R. Guastini (eds.), pp. 22-76.

formazione, i loro presupposti ideologici e fattuali, i loro limiti, ricollegandosi in ciò alla prospettiva di Frank sui giudici<sup>43</sup>.

Santi Romano nel delineare i caratteri dell'istituzionalismo si basava sul potere di erogare sanzioni per riconoscere istituzioni non statuali quali fonti di norme. Dworkin accusa Hart di non averlo compreso nelle sue risposte contenute nel Poscritto a *Il Concetto di legge* pubblicato recentemente<sup>44</sup>: la sociologia descrittiva annunciata come scopo dell'indagine contenuta nella opera più famosa di Hart non sarebbe stata realizzata, rimanendo chiusa l'analisi nel concetto, senza passare a descrivere le norme sociali da cui si origina la legge. E' questo un campo aperto alla definizione degli scopi teoretici della comparazione giuridica: recentemente essa è stata finalizzata alla armonizzazione del diritto, specie in ambito commerciale o civilistico. L'idea che sta alla base di questa esigenza è la necessità di integrare la comparazione nella scorta teoretica richiesta dalla figura del giudice Ercole di Dworkin. Questa è l'idea che le *norme sociali* sono da indagare come retroterra legittimante nelle prassi una legge non sono niente di meno che le norme sociali più diffuse tra tutti gli stati oggi presenti nel mondo. Storicamente si è cercato di compiere un'indagine genealogica, indagando il costituirsi delle famiglie giuridiche (si pensi all'opera di Renè David) senza essere tentati di isolare i singoli formanti (secondo il metodo di Sacco e della sua scuola) dal sistema cui devono la propria genesi.

Questo aspetto della derivazione della legge da una prassi sociale ad essa precedente è stato largamente affrontato sul finire dell'Ottocento, anche grazie all'introduzione del concetto di *riconoscimento*: è stato detto che la motivazione all'osservanza della norma è stato infatti individuato in un processo di riconoscimento (o psicologicamente di interiorizzazione) della norma stessa. Secondo Dworkin, il concetto hartiano di norma di riconoscimento (e l'accettazione quale suo fondamento) è basato sulla riduzione dell'obbligo giuridico alla prassi in vigore, al fatto di "considerare la pratica sociale come una giustificazione" dei motivi per conformarsi a essa. Per il positivismo i doveri esistono quando esistono delle regole sociali che li stabiliscono e, a loro volta, le regole esistono quando vi sono le condizioni di consuetudine per esse: per questo l'esistenza della regola viene a dipendere da "una prassi già vigente". Il positivismo alla maniera di Hart riduce il problema della doverosità del diritto al semplice fatto dell'esistenza di pratiche sulla cui base è formulabile il "giudizio secondo cui una condotta conforme a tali pratiche è dovuta" (Dworkin 1982, 128-31). Questa riduzione del problema della validità a una dimensione empirica, che è poi classicamente quella della efficacia sociale, appare "incapace di cogliere adeguatamente il problema peculiare di ogni teoria della norma fondamentale, il passaggio dall'essere al dover essere" (Alexy 1997, 127).

---

<sup>43</sup> J. Frank, *Are Judges Human?* in *University of Pennsylvania Law Review* 1931, pp.17-53, 233-67.

<sup>44</sup> Si veda al riguardo la raccolta di J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*, Oxford U. P., Oxford 2001

Secondo Hart lo stato di *being obliged* è diverso da *having an obligation*<sup>45</sup>. Più in generale Hart riprende la teoria della legge come fatto sociale elaborata da Bentham e dal suo discepolo Austin, e lo esplicita sin dal principio del suo notissimo volume, che si connota come una sociologia descrittiva del diritto. Austin comincia la *Province*, manifesto del positivismo nella sequela di Bentham con queste parole programmatiche: “the matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors.”<sup>46</sup>

L’eredità humiana sarà valorizzata più dalla tradizione kantiana che da quella positivista, eppure il primo a sostenere la sovranità delle leggi convenute tra i filosofi della modernità fu proprio il filosofo scozzese.

La legge è una regola che un essere intelligente stabilisce per guidare un altro essere intelligente. Quindi vi sono norme stabilite dagli uomini – l’unica legge di natura di cui si può parlare è quella concordata tra i cittadini, il problema è stabilire *quando*, e quella applicata dai giudici, il problema è stabilire *come*. L’insieme dei dibattiti sul positivismo rientra sotto la rubrica stabilita da Alexy: «The conflict over legal positivism seems to be a conflict with no end, and that means it is a philosophical debate»<sup>47</sup>. Caratterizzare una teoria del diritto come filosofia significa ricondurla all’opzione nietzschiana per la quale in ultima analisi le scelte filosofiche sono sempre soggettive e mai giustificabili come oggettive, quasi una versione semplificata dell’antinomia del gusto kantiana, ma una sua versione pessimista, che opta per l’insolubilità.

Il giusnaturalismo è soggetto alle stesse tre interpretazioni di cui è passibile il giuspositivismo; entrambi gli stili teorici possono essere letti in tre modi: come teoria empirica, come dottrina normativa o come teoria analitica, a seconda del ruolo che vi giocano proposizioni empiriche, valutazioni normative o proposizioni analitiche.

I critici del positivismo più noti come Fuller e Dworkin, ma anche il giusnaturalista Finnis, non hanno mai negato la positività del diritto. Fuller, nella critica di Hart sviluppata in *The Morality of Law* sembra anzi disposto ad ammettere quasi ogni tesi empirica di Hart: egli tuttavia sceglie di negare che la filosofia del diritto possa risolversi in mere proposizioni empiriche, facendo a meno di dottrine normative. Ciò che sembra inconcepibile a Fuller, nella sua critica a Hart, è che i giuspositivisti pretendano di costruire un’intera teoria del diritto sottacendo il valore intorno a cui la costruiscono, cioè la fedeltà al diritto. Fuller va ancora più nel dettaglio di uno dei casi più incresciosi quando nella sua replica a Hart afferma come ciò che era inaccettabile nel regime nazista non fosse tanto il fatto che esso usasse il diritto per raggiungere fini odiosi, ma soprattutto che lo

---

<sup>45</sup> Hart, *The Concept of Law* p 82.

<sup>46</sup> *The Province of Jurisprudence determined*, (1832) ed. a cura di W. Rumble, Cambridge UP 1995, p 13.

<sup>47</sup> Cfr. R. Alexy, *A Defence of Radbruch’s Formula*, in D. Dyzenhaus, *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart, Oxford-Portland 1999, p. 23:

facesse violando sistematicamente alcuni principi basilari del *rule of law*, cioè praticasse aberrazioni e ingiustizie quali la retroattività delle leggi o la loro segretezza, oppure lo stravolgimento del ruolo dei giudici, tramite l'intimidazione dei giudici precostituiti o la costituzione di tribunali speciali composti da giudici che giuravano fedeltà al partito e non alla legge. A coronamento di tali infamie vi era la sovversione del principio primo del *rule of law* per cui il diritto esiste per impedire l'arbitrio.

Dworkin, in *Law's Empire* (1986), riconosce che il diritto corrisponde a grandi linee agli stessi fatti empirici di cui parla la teoria giuspositivista: considera però le proposizioni empiriche solo uno stadio pre-interpretativo della filosofia del diritto, destinato a essere superato in uno stadio interpretativo, cioè normativo nel senso peculiare alla sua teoria in costante evoluzione.

Finnis non ha mai negato la positività del diritto, né moderno né antico; egli accetta non solo le tesi empiriche del giuspositivismo, ma persino la tesi analitica della separabilità tra diritto e morale, quindi la scissione dell'antico *giusto*: rivendica però la tesi normativa giusnaturalista della connessione giustificativa fra gli stessi.

Nel suo recente testo, e precisamente nel capitolo in cui considera il *Poscritto* di Hart, Dworkin afferma<sup>48</sup> che il punto metodologico in comune tra lui e Hart è che “we both believe that we will understand legal practice and phenomena better if we undertake to study, not law in some particular manifestation, like the law of product liability in Scotland, but the very concept of law.” Come è noto Hart anelava ad una teoria descrittiva del diritto, in cui le valutazioni morali fossero lasciate da parte, assumevano invece centralità i fatti sociali e in primo luogo la attualità di una norma che consentisse di riconoscere come norme altri fatti sociali.

Questa teoria viene contestata da Dworkin, partendo dall'assunto che nel decidere i casi difficili i giudici devono sempre far uso del loro giudizio morale. Di qui la nozione politico-filosofica di *law as integrity* che ha costruito e raffinato nei due ultimi decenni. Possiamo ritenere che buona parte della *jurisprudence* contemporanea nel mondo occidentale sia incentrata sul prendere posizione riguardo al dibattito Hart-Dworkin, nelle varianti esercitate dall'opera di Raz e con l'influenza esercitata dalla teoria della giustizia (e della giustizia) di Rawls.

Il tema delle incertezze insite in buona parte delle decisioni giudiziarie che mettono in questione l'ipotesi di un governo dei giudici è risalente: tra le tante testimonianze si può far riferimento agli argomenti offerti da Leibniz<sup>49</sup>. Egli studiò diritto oltre che filosofia, e consacrò la sua tesi di

---

<sup>48</sup> R. Dworkin *Justice in Robes*, Harvard 2006, p 145.

<sup>49</sup> G. W. Leibniz, *Des cas perplexes en droit. Disputatio De Casibus Perplexis in Jure*, Texte latin édité, traduit et introduit par P. Boucher, Vrin 2009.

dottorato in diritto alla questione dei “casi perplessi”: questi sono i casi in cui le parti pongono argomenti che si contraddicono e si annullano a vicenda. Il Leibniz linguista fa valere le sue straordinarie competenze in termini di logica e di razionalità applicando al diritto (inteso come sistema giuridico, *systema iuris*) una concezione grammaticale della norma. Le norme devono presentarsi quale unione (attribuzione) di un predicato (diritto o dovere) ad un soggetto mediante una congiunzione. Questa struttura grammaticale delle norme rende possibile la costruzione di un sistema logicamente ordinato e matematicamente organizzato dei dati vigenti: in questo sistema si fissano le proposizioni-verità di partenza, cioè le categorie e i principi generali e da questi assiomi, attraverso deduzioni logiche concatenate, si possono ricavare (dimostrare) le norme a un livello sempre più particolareggiato, sino a giungere alla definizione delle regole di dettaglio. Ne risulterebbe secondo Leibniz un sistema giuridico sobrio, lineare, conciso, fatto di poche e chiare proposizioni generali, ma suscettibile di illimitati sviluppi logici in quanto potenzialmente provvisto della esatta soluzione di tutti i casi particolari. Esaminando i casi limite del giudizio il filosofo sonda le condizioni di validità del giudizio e del ragionamento giuridico in generale.

Non si possono trascurare le similitudini tra le ipotesi sistematiche di Leibniz e gli *hard cases* di Dworkin, che, ipotizzando una serie di necessarie integrazioni al diritto codificato da realizzare a seguito di casi particolarmente complessi mettono fine al dominio incontrastato del positivismo nella filosofia del diritto del novecento. Leibniz ha sotto gli occhi il diritto romano-germanico e ritiene che il diritto romano, diritto naturale e quindi di ragione per eccellenza, contenga i principi, ovvero quelle regole-madri dalle quali si possa discendere deduttivamente per arrivare al caso concreto. Dopo gli attacchi all'utilitarismo portati dalla teoria della giustizia di Rawls, il diritto come integrità dimostra come la necessità della possibilità di un contenuto morale per le norme non può essere impedito dall'appello hartiano alla teoria del diritto come una sociologia descrittiva dei concetti giuridici, rimuovendo il vero riferimento concreto cioè le diverse concezioni del bene all'opera nel ragionamento giuridico.

Nella teoria di Hart due sono i principi fondamentali della sua sociologia descrittiva della legge *in nuce*:

1 – la legge in uno stato (di diritto) può essere identificata seconda una norma di riconoscimento (*rule of recognition*) implicitamente accettata e applicata da funzionari statali (*officials*). Nella categoria degli *officials* rientrano com'è ovvio i giudici, ma anche tutti i membri che svolgono un ruolo nel processo esecutivo delle leggi. In stati a forte componente amministrativa si moltiplicano le categorie di funzionari che una legge o un atto normativo in genere va a influenzare, e che di



converso devono riconoscere un enunciato come normativo a diversi livelli. Da qui la rilevanza del tema del *rule of law* per l'evoluzione sovrastatale del diritto amministrativo, come notato anche in Italia dagli studiosi sensibili a questo tema<sup>50</sup>.

2- nelle situazioni in cui i criteri di legge preesistenti non sono in grado di risolvere un caso i giudici si trovano ad avere dei margini di discrezionalità ampi, quasi ad assumere il ruolo di legislatori.

Nella teoria di Dworkin i giudici tentano sempre di scoprire la legge, non di farla. La legge è da intendersi come l'insieme di principi che giustificano nel modo migliore i materiali giuridici (leggi, precedenti, regolamenti, procedure) ad essa preesistenti. Questo, ci sembra necessario aggiungere, non esclude la possibilità che tali materiali abbiano un contenuto moralmente o anche politicamente rilevante.

La concezione positivista del diritto come fatto sociale ha quale diretta conseguenza la tesi dell'indipendenza del diritto dalla morale, o *separation thesis*. Individuare il diritto significa separarlo dagli altri ambiti della vita sociale e in particolare dalla morale. L'idea del diritto quale contesto autonomo determina il dato per cui gli elementi non identificabili attraverso i criteri formali di appartenenza al sistema non possono essere considerati costitutivi del concetto di diritto. Secondo C. S. Nino la tesi caratterizzante del positivismo può essere riassunta nella formula per cui "a legal system in force in a certain society can be identified only by taking into account empirical facts, just as the judicial recognition of its standards, disregarding any consideration about its moral value or justice"<sup>51</sup>.

La dimensione giuridica non viene qualificata attraverso la dimensione della teoria della giustizia: per il positivismo, di conseguenza, non vi è, seppure con accenti diversi, nessuna connessione concettualmente necessaria tra diritto e morale. Questa posizione è stata mitigata da vari autori negli ultimi anni. La *separation thesis* può essere interpretata in modo diverso rispetto alla incorporazione di alcuni principi morali nel diritto positivo e nella costituzione. Hart pubblicò il saggio *Positivism and the Separation of Law and Morals* nello stesso anno (1958) in cui Isaiah Berlin pronunciò a Oxford la conferenza *Two Concepts of Liberty*<sup>52</sup>. In tale conferenza Berlin per la prima volta tematizzava l'opposizione fra monismo e pluralismo dei valori. Hart fa dipendere la scelta per la tesi giuspositivista della separabilità proprio da una previa opzione per il *value pluralism*.

---

<sup>50</sup> G. della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza 2003

<sup>51</sup> C. S. Nino, Dworkin and Legal Positivism, in *Mind* 1980, p. 520.

<sup>52</sup> I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958), trad. it. *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, Milano 1989.

## *Empsychon dikaion*

Il giuspositivismo non sostiene neppure che i concetti di diritto e di morale, nelle principali lingue dell'Occidente moderno, siano di fatto *separati*: che si diano due termini diversi, 'diritto' e 'morale', dove nel greco antico ve n'era uno solo, *dikaion*. Per Aristotele il diritto è qualcosa di mezzo tra il più e il meno<sup>53</sup>, cioè la giustizia è *dikaion* in quanto causa una equa divisione; per Tommaso D'Aquino invece il diritto è la cosa giusta in sé, *ipsam rem iustam*<sup>54</sup>: da qui il realismo giuridico tomistico, in cui il diritto corrisponde ad un quoddam aequale ovvero ad un certo mezzo, e la giustizia al quoddam medium.

I giuristi moderni si interrogano ancora la definizione, con timore a volte, considerato che *omnis definitio in iure periculosa est*, e da essa si denota l'orientamento filosofico e politico dell'autore. E ciò è reso ancor più difficile perchè, oltre che fenomeno storico, il diritto è una esigenza razionale, quindi è fatto e valore. La legge giuridica esprime ciò che deve essere, anche quando è violata, a differenza della legge fisica che, a certe condizioni, comunque si verifica e non può essere violata. Il giuspositivismo sostiene che i concetti di diritto e di morale siano comunque *separabili*: che anche un greco antico, cioè, avrebbe potuto distinguere diritto e morale, come fecero del resto i sofisti e Aristotele distinguendo *dikaion* per natura e *dikaion* per convenzione.

Le origini moderne di una esplicita separazione tra diritto e morale risalgono alla logica del volontarismo in Samuel Pufendorf e poi in Christian Thomasius: essi si cimentano nell'insegnamento del diritto naturale, una disciplina per l'epoca innovativa. Pufendorf insegna ad Heidelberg e nel 1672 pubblica il *De iure naturae et gentium*: come Spinoza, egli pensa che il mondo morale possa essere ricostruito *more geometrico*. Per Pufendorf la legge è un comando, una manifestazione autoritaria di volontà che impone una serie di doveri e si qualifica come imperativo giuridico in quanto supportato da una sanzione. Il diritto positivo viene identificato con la sfera degli obblighi imposti dal sovrano; di conseguenza, ciò che il sovrano non vieta o non prescrive tende a identificarsi come spazio di libertà, anche se Pufendorf muove da una concezione assolutistica del potere non lontana da quella di Hobbes. Christian Thomasius nei *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1795) applica gli schemi di Pufendorf individuando tre grandi categorie di norme naturali: l'*honestum*, sfera puramente morale del comportamento umano, regole di saggezza e di virtù che assicurano la pace interna e la perfezione interiore dell'uomo; il *decorum* atteggiamenti umani (carità, pietà, generosità verso il prossimo) che assicurano l'esistenza di rapporti di benevolenza e di simpatia reciproca tra gli uomini; lo *iustum*, norme munite di sanzione

---

<sup>53</sup> Etica Nicomachea, V,4,25- 30,1132 a

<sup>54</sup> Summa Theol. II -II,q.57,a.1,ad 1

e riferite ad azioni coercibili. Solo lo *iustum* riguarda la sfera giuridica del coercibile e solo su questo si può esercitare il controllo dello Stato<sup>55</sup>.

Recentemente a questo proposito è stata proposta da Coleman la distinzione tra *negative* e *positive positivism*<sup>56</sup>. Fra gli studiosi che più recentemente si sono occupati della definizione di giuspositivismo, Coleman è stato quello che si è avvicinato di più nel cogliere la dimensione concettuale di tale definizione. Egli parla di questa dimensione nei termini di un *negative positivism*, più precisamente di alcuni elementi minimali di partenza che devono essere poi integrati da altre tesi più contestabili, appartenenti al *positive positivism*<sup>57</sup>. Connesse a tali problematiche sono le odierne sofisticate discussioni sui vari possibili modi di intendere e di utilizzare il *convenzionalismo* nella costruzione delle teorie giuspositivistiche. Usiamo tale locuzione in termini volutamente generici, nel senso in cui “convenzionale” può essere contrapposto, in qualche senso, a “naturale”. Intesa in questo modo, tale locuzione mira a sottolineare la opposizione concettuale che esiste, nell’ottica di questa prima tesi, fra *giuspositivismo* e *giusnaturalismo* (o quantomeno con alcune forme di esso), e proprio nel senso che il giuspositivismo nega mentre il giusnaturalismo invece afferma una connessione essenziale fra diritto e natura. Tale connessione porta a postulare dei contenuti normativi necessari, universali e obbliganti per tutti all’interno del diritto positivo. Questa visione è stata fatta propria anche di recente dai teologi cattolici nella forma più ufficiale: la vaticana Commissione teologica internazionale ha redatto nel triennio 2006-08 un documento definitorio, del quale giova citare un passaggio decisivo al riguardo: “Il diritto positivo deve sforzarsi di attuare le esigenze del diritto naturale. Lo fa sia in forma di conclusione (il diritto naturale vieta l’omicidio, il diritto positivo proibisce l’aborto), sia in forma di determinazione (il diritto naturale prescrive di punire i colpevoli, il diritto penale positivo determina le pene da applicare per ogni categoria di delitti). In quanto derivino veramente dal diritto naturale e quindi dalla legge eterna, le leggi umane positive obbligano in coscienza. Nel caso contrario non obbligano. «Se la legge non è giusta, non è neppure una legge». Le leggi positive possono, anzi devono, cambiare per rimanere fedeli alla propria vocazione. Infatti, da una parte, esiste un progresso della ragione umana che, a poco a poco, prende meglio coscienza di ciò che è più adatto al bene della comunità e, d’altra parte, le condizioni storiche della vita delle società si modificano (in bene o in male) e le leggi vi si devono adattare. Così il legislatore deve determinare ciò che è

---

<sup>55</sup> Si veda G. Tarello, *Storia delle cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, in particolare le pp. 97-189.

<sup>56</sup> J. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, ed. by M. Cohen, Duckworth, London, 1984. Lo stesso Hart riconosce esplicitamente, per il sistema americano, la possibilità di inclusione di principi morali.

<sup>57</sup> J. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, cit., pp. 31-33.

giusto nel concreto delle situazioni storiche.”<sup>58</sup>. Questo testo si ricollega e riprende quanto più volte affermato dai due sommi teologi cattolici. Agostino, nel *De libero arbitrio*, scrive: “Infatti non mi sembra legge, quella che non è giusta”<sup>59</sup>; dopo otto secoli Tommaso d’Aquino, nella *Summa theologiae*, afferma «La legge umana ha ragione di legge in quanto è conforme alla retta ragione; a questo titolo, è manifesto che essa deriva dalla legge eterna. Ma, nella misura in cui si allontana dalla ragione, è dichiarata legge iniqua, quindi non ha più ragione di legge, ma è piuttosto una violenza<sup>60</sup>; e anche «Ogni legge posta dagli uomini non ha ragione di legge che nella misura in cui deriva dalla legge naturale. Se in qualche punto si allontana dalla legge naturale, allora non è più una legge, ma una corruzione della legge»<sup>61</sup>. Il parere dei due teologi più importanti del cattolicesimo è ripreso e confermato nel 2008 ancora in una società quasi del tutto secolarizzata, nella quale non tutti riconoscono il segno di questa legge eterna. Alla base vi è l’idea forte che la ricerca, la difesa e l’espressione del diritto naturale mediante la legge positiva ne garantiscono la legittimità. In maniera molto più esplicita che nella posizione di Finnis la stessa obbligatorietà del diritto viene qui fatta dipendere dalla forza divina della legge eterna, unica sorgente di legittimazione, criterio univoco e determinante, assolutamente non convenzionalistica.

Come è stato ben mostrato da Coleman, il giuspositivismo si caratterizza come una posizione squisitamente *convenzionalistica*<sup>62</sup>, nel senso generico qui adottato. Questo assunto vale anche se si ammette un di radicamento del diritto nella natura, legato al fatto che vi sono alcune caratteristiche fondamentali degli esseri umani: tali caratteristiche sono contingenti, ma anche talmente stabili da poter svolgere il ruolo, in un certo senso *trascendentale*, di “condizioni concettuali di possibilità del diritto”<sup>63</sup>. In tal senso il diritto svolge necessariamente, in quanto tale, una funzione di regolamentazione e di ordinamento della condotta umana, e dunque è naturalmente portato a realizzare, indipendentemente dai suoi contenuti specifici, degli obiettivi di coordinamento e di pacificazione della vita sociale che lo caricano inevitabilmente di determinati contenuti. Si aggiunga che questa tesi è una possibilità non un fatto: essa sostiene la *separabilità*, e non la *separazione* fra diritto e morale<sup>64</sup>, e dunque fa salvi tutti i numerosi e complessi tipi di rapporto che normalmente si danno fra diritto e morale, a maggior ragione negli stati di diritto costituzionali.

---

<sup>58</sup> “Alla ricerca di un’etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale” Commissione Teologica Internazionale, 2009, paragrafo 91

<sup>59</sup> *De libero arbitrio* I, V, 11 Corpus christianorum, series latina, 29, 217

<sup>60</sup> Ia-IIae, q. 93, a. 3, ad 2:

<sup>61</sup> Ia-IIae, q. 95, a. 2:

<sup>62</sup> Sul convenzionalismo come elemento centrale del giuspositivismo, cfr. J. Coleman, *Second Thoughts and First Impressions*, in *Analysing Law. New Essays in Legal Theory*, ed. by B. Bix, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 259.

<sup>63</sup> Si veda al riguardo V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, in particolare le pp. 23-24.

<sup>64</sup> La considerazione, piuttosto ovvia in verità, è comunque avanzata con particolare chiarezza e lucidità da M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism...*, cit., p. 114. Si veda anche M. Kramer, *Dogmas and Distortions: Legal Positivism defended. A Reply to David Dyzenhaus*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 2001

Kramer ha connesso nella sua recente opera<sup>65</sup> il tema metafisico dell'oggettività nel campo della filosofia morale e del diritto con il tema del *rule of law*, rivisitandone le otto caratteristiche elencate da Fuller, in una operazione diretta contro il riduzionismo descrittivo-sociologico di Hart. Già nella sua opera precedente Kramer affermava che accadere che un certo diritto positivo può benissimo raggiungere i suoi fini naturali, concernenti la preservazione dell'ordine e il coordinamento delle azioni sociali all'interno del suo territorio, portandoli a compimento attraverso la realizzazione di un sistema di assoluta e totale oppressione nei confronti dei consociati, meritevole come tale della più radicale condanna morale<sup>66</sup>.

Questa visione del *rule of law* è stata elaborata in contrapposizione alla visione dell'oggettività che prova a tratteggiare nei suoi scritti recenti Dworkin. Egli ha sviluppato nei confronti dell'oggettività un atteggiamento deflazionistico. Secondo la sua tesi non si può determinare l'oggettività dell'interpretazione, in quanto la correttezza o meno delle affermazioni in questo ambito di discorso dipende del tutto da argomenti interni alla pratica in questione e non anche da argomenti che in qualche modo sono da ricollegarsi ad una realtà esterna alla pratica. In altri termini, egli nel caso specifico delle pratiche interpretative considera l'oggettività e la verità come ridondanti. Dworkin si serve di questo argomento per criticare quella forma di scetticismo che egli definisce esterno o archimedeo. Lo scettico esterno sostiene che non si può affermare che l'enunciato 'la schiavitù è ingiusta' è vero dal momento che nell'universo non esiste qualcosa come l'ingiustizia della schiavitù. Secondo Dworkin, l'errore dello scetticismo esterno è quello di non comprendere che il gioco che si sta giocando non ha tra le sue regole quella della corrispondenza con la realtà; esso consiste piuttosto nel presentare i migliori argomenti possibili a sostegno delle proprie opinioni o credenze. Dunque, quando lo scetticismo esterno sostiene che le nostre convinzioni non sono reali, afferma una cosa vera ma anche ovvia e di nessuna utilità. Queste osservazioni di Dworkin sono tuttavia difficilmente conciliabili con la sua critica del convenzionalismo e con la sua tesi dell'unica risposta giusta. Per quanto pertiene il rapporto della sua visione con il positivismo inclusivo<sup>67</sup> e il realismo, a differenza di Coleman e Leiter, Dworkin ritiene che la sua concezione dell'oggettività sia applicabile anche al discorso morale<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2007

<sup>66</sup> M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law Without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 254-261.

<sup>67</sup> Le due ripartizioni semantiche nell'ambito positivismo giuridico indicate dalle espressioni 'positivismo giuridico esclusivo' e 'positivismo giuridico inclusivo' sono state introdotte da W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1994.

<sup>68</sup> Cfr. R. Dworkin, *My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More*, in W. J. T. Mitchell (ed. by), *The Politics of Interpretation*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1983; R. Dworkin, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, in "Philosophy & Public Affairs", 25, 1996; J. L. Coleman, *Truth and Objectivity in Law*, cit., in particolare pp. 48-61; N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, in particolare le pp. 160-162.

In relazione al metodo della scienza giuridica, si può affermare che in parallelo all'idea di chiusura e autonomia del sistema giuridico, il positivismo sviluppa la tesi della neutralità<sup>69</sup>, cioè l'esigenza della separazione tra discorsi descrittivi e discorsi valutativi in relazione al diritto, cui corrisponde quella parallela tra giudizi di fatto e giudizi di valore. Alla *plain fact view* corrisponde una concezione della conoscenza giuridica il cui compito è quello di descrivere neutralmente dei dati oggettivi e cioè qualcosa che appartiene a una dimensione della realtà che è autonoma e indipendente rispetto allo schema di descrizione adottato. Secondo una concezione descrittivistica, la conoscenza giuridica si risolve in asserzioni che descrivono oggettivamente qualche aspetto della realtà giuridica, in qualche modo indipendente dall'osservatore. In parallelo con la tesi della separazione tra diritto e morale, quella della neutralità comporta per lo studioso del diritto la distinzione tra ciò che il diritto è da ciò che dovrebbe essere, e il vincolo della avalutatività<sup>70</sup> quale elemento fondamentale del suo metodo di indagine. Il compito del giurista è perciò quello della descrizione della realtà giuridica a prescindere dalla rilevanza dei punti di vista valutativi e morali. In chiave metodologica, è cioè possibile distinguere tra discorso valutativo e discorso descrittivo: secondo la prospettiva hartiana il teorico del diritto analizza il diritto da un punto di vista esterno moderato nei termini di Raz<sup>71</sup>, che gli rendono possibile formulare proposizioni di diritto oggettive su ciò che è "riconosciuto" come diritto dagli operatori giuridici.

## Potere e diritto

Una teoria descrittiva del diritto vivente, e nello specifico un'analisi del *rule of law* come nozione centrale della teoria giuridico-politica, richiede una descrizione delle fondamenta teoriche della nozione di *rule of law* quali sono state fornite dalla giurisprudenza e dalla dottrina nei recenti dibattiti. Chiaramente questa comporta il tener conto della storia e dei valori implicati nelle varie tradizioni, ma non comporta il relativistico e pragmatico rimanere impantanati nelle dispute sugli *asian values* o sull'evitare il colonialismo dei valori occidentali. Il cosiddetto pensiero debole si è voluto cimentare con questioni di teoria del questioni di diritto, in Italia con Vattimo, negli USA con Fish e Rorty. Gli esiti sono alquanto scoraggianti, e l'esigenza di una teoria che non sia un mero resoconto delle differenti tradizioni è sempre più sentito. Anche Zolo, nel suo condannare a più

---

<sup>69</sup> Si veda al riguardo quanto afferma Habermas, *Fatti e Norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996, p 246 e sgg.

<sup>70</sup> Per Bobbio è la descrizione di ciò che il diritto è (giudizio di validità), a differenza di ciò che dovrebbe essere (giudizio di valore), ciò che caratterizza il positivismo giuridico e che stabilisce il suo (unico) legame con quello filosofico.

<sup>71</sup> J. Raz *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, p 153

riprese l'imperialismo dei diritti<sup>72</sup>, lascia perplessi con il suo contrapporsi alle teorie espansive dei diritti e del *rule of law* di matrice anglosassone senza proporre altro che una sconsolata analisi neoschmittiana di peculiare coloritura mediterranea. In una recente critica afferma che Ignatieff "disconosce che il linguaggio dei diritti e le rivendicazioni dei diritti oggi vanno molto al di là della sfera della semplice libertà di non essere impediti od oppressi"<sup>73</sup>. Zolo ma sostiene anche che il concetto stesso di tutela della libertà negativa è troppo occidentale per imporsi universalmente, in quanto trascurerebbe gli *asian values* e la cultura islamica: l'imperialismo dei diritti sarebbe quindi l'imposizione a tutte le culture di un modello occidentale. In realtà Ignatieff e altri pensatori a lui assimilabili ammettono la critica per cui il discorso dei diritti è individualistico; tuttavia dal punto di vista dei diritti universalizzabili solo una dottrina individualistica dei diritti *umani* tutela veramente i diritti *fondamentali*, perché può essere difficile esercitare i diritti individuali senza diritti collettivi, ma i diritti collettivi senza diritti individuali sfociano nella tirannia, come per altro ben dimostrato dalla storia nel XX. secolo. I diritti umani sono considerati come universali proprio perché affermano che tutti gli esseri umani necessitano di alcune specifiche *libertà negative* e non si spingono oltre nel definire in che cosa la loro libertà positiva debba consistere.

La protezione di alcune fondamentali libertà negative, come il non essere torturati, non implica necessariamente l'imposizione del modello neo-imperialistico occidentale: la storia prova che non esiste un nesso inevitabile fra una dottrina dei diritti dell'uomo e l'intero contesto della visione occidentale del mondo che oggi i processi di globalizzazione tendono a diffondere. Il *minimalist universalism* di Ignatieff presuppone un nucleo limitato ma proprio per questo 'duro' di diritti umani da difendere. Paulsson si spinge fino a suggerire il modello dell'arbitrato internazionale e della tutela internazionale in materia di investimenti per integrare le flebili tutele dei diritti dell'uomo che sino ad oggi si sono spesso mostrate inefficaci<sup>74</sup>.

L'essere il diritto un artefatto non vuol dire che sia essenzialmente legato al potere politico o alle funzioni di governo della società. La formazione sociale di regole giuridiche o di modi condivisi di fare le cose è già sufficientemente giustificata dall'esigenza di orientarsi nella vita sociale e di sviluppare nella misura del possibile i propri piani di vita. Il prevalere del principio della sovranità statale ha condotto ad intendere il *rule of law* come «governo della legge»<sup>75</sup>, ma ciò è riduttivo per molteplici profili.

---

<sup>72</sup> D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milano, Feltrinelli, 1995.

<sup>73</sup> D. Zolo, *Fondamentalismo umanitario*, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003, p 147.

<sup>74</sup> Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press 2005.

<sup>75</sup> Qui è appena il caso di richiamare alla mente la dottrina tedesca del *Rechtsstaat* e il carattere espansivo che la forma di legge ha ivi assunto.

Innanzitutto, la legge non è l'unica forma di prescrizione legale, sia perché un sistema giuridico contiene anche prescrizioni particolari, sia perché vi sono ancor oggi, e oggi più che mai, norme giuridiche che non sono prodotte dal potere legislativo, quali fra tutti i principi giuridici, che – com'è noto – nell'epoca attuale di costituzionalizzazione del diritto vanno assumendo un rilievo sempre maggiore. Inoltre il concetto di legge ha avuto un utilizzo molto più ampio della scienza giuridica, allargandosi costruttivisticamente a una esigenza di tassonomia del cosmo, esigenza che unitamente al chiarimento semantico del termine porta anche alla necessità di un chiarimento della terminologia utilizzata da altre scienze<sup>76</sup>. Si deve ritenere che il *rule of law* debba occuparsi di tutte le forme di normatività giuridica, perché tutte concorrono a guidare il comportamento sociale. Ma ognuna di esse deve essere trattata secondo la sua specie e sulla base delle minacce che possono provenire da essa alla libertà giuridica, cioè dall'uso arbitrario del potere che rende possibile. Oggi è probabilmente il caso di realizzare una specificazione semantica è caratterizzare il sintagma come *constitutional rule of law*, un termine cui tendere oltre che la descrizione di uno stato di fatto, termine che venga concepito come inclusivo dei metodi e dei principi interpretativi delle corti costituzionali, quali soprattutto il principio di ragionevolezza, costitutivo della tradizione giuridica di molti stati moderni. Tra i sostenitori di tale visione vi è Fallon, che giunge a teorizzare che il *rule of law* sia direttamente rivolto anche contro l'anarchia<sup>77</sup>.

Sulla sovranità della legge riflettono come si è accennato i principali pensatori dell'antichità classica, greci, latini e cristiani, che codificano e affrontano le antinomie che ancora oggi attraversano l'Occidente. La più classica del pensiero giuridico è quella tra legge positiva e diritto naturale: la legge si fonda sulla natura o su un patto fra gli uomini? Tale questione rileva per la comprensione della natura ancipite dell'ideale giuridico del *rule of law*. L'espressione *rule of law* può essere intesa sotto due profili interpretativi. In una prima accezione formalistica *rule of law* è lo Stato di diritto, ove tutti, regnanti compresi, sono soggetti al diritto. Sotto un'altra prospettiva, più sostanziale, l'espressione rimanda alla razionalità del diritto in quanto rivolto al bene comune, legge come espressione della ragione. Nel pensiero dei seguaci anglosassoni di Tommaso il concetto di *rule of law* si contrappone così nettamente al formalismo giuridico: il *rule of law* non può essere

---

<sup>76</sup> Si veda quanto viene affermato in un recente saggio su Kuhn: “Nell'ultima metà del Novecento si sono moltiplicati in tutto il mondo occidentale, come a seguito di un'esplosione, le riflessioni filosofiche e sociologiche a proposito dei nessi che intercorrono fra i rapporti sociali e lo sviluppo scientifico e in particolari sulla relazione tra il concetto di legge sociale e quello di legge di natura”. Rosanna Oliveri, *A partire da Thomas Kuhn. Viaggio nel concetto di legge, di natura e sociale*, Aracne 2008, p. 7.

<sup>77</sup> Cfr. R. Fallon, “*The Rule of Law*” as a Concept of Constitutional Discourse, in *Columbia Law Review*, 97, 1, 1997, pp. 1-53. Il *constitutional rule of law* resta pur sempre un modello formale e, quindi, non deve essere confuso con la *rights conception* di Dworkin e neppure con quella di T. R. S. Allan, seguace per molti aspetti del metodo dworkiniano, quale viene esposta nella sua opera *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford U. P., 2001. Entrambe sono concezioni sostanziali del *rule of law*.



ricondata meramente all'idea di stato di diritto. Nella concezione di Finnis<sup>78</sup> può essere identificata solamente in un buon sistema di governo, che si attua allorché si rispettino dei principi cardini da applicare poi concretamente nella legislazione e nell'applicazione della legge da parte dei giudici nel decidere le sentenze: qui si coglie l'affinità con Dworkin. Al contrario secondo i tomisti come Hittinger<sup>79</sup> il *rule of law* rimanda ad una struttura che trova il suo fondamento nella stessa struttura razionale del reale, che non può discostarsi dai principi primi della legge naturale: sembra questo un approccio che intenda conciliare il tomismo con la filosofia del diritto di matrice hegeliana.

Si impone una cesura tra legge e politica: la *polis* si regge sulla legge, ma chi sceglie la legge della *polis*? Nella indagine sui fondamenti filosofici del diritto siamo spinti a riproporci in maniera qualitativamente rimarchevole la domanda di venticinque secoli fa: "che cos'è la legge?": con la celebre allegoria kafkiana, legati in un'attesa lunga e vana, di fronte a quella porta aperta ma inaccessibile, a chiedere al guardiano di entrare nella legge.

Universale e individuale, assoluta e storica, inafferrabile e quotidiana. Così la legge; esposta a dilemmi e paradossi, e soprattutto alla domanda sul suo fondamento. Ritorna la genealogia alla questione di Pindaro (*Frammenti*, n°169): come può essere la "legge sovrana" (*nomos basileus*)<sup>80</sup>? Una evoluzione di tale concezione poetico-dottrinale si ha in Platone, che pone le premesse teoretiche della teoria, del sovrano come *nomos empsychos* legge incarnata, fonte del diritto positivo in quanto è legge esso stesso. Tale dottrina conoscerà poi una certa diffusione in età ellenistica, imperiale e tardo-antica, anche se solitamente viene attribuita agli stoici.

In Platone esiste uno stretto rapporto tra diritto naturale, diritto divino e diritto positivo: che il *nomos empsychos* sia espressione della legge di natura risulta dal principio platonico secondo cui natura è per l'uomo l'anima e principalmente la dimensione intellegibile e divina che è in essa. I governanti degni promulgano leggi positive che scaturiscono dalla loro anima divina: così può essere garantito il fondamento divino e naturale delle leggi positive. Non si dimentichi poi

---

<sup>78</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980: in questo suo testo egli dedica un breve capitolo al *rule of law*.

<sup>79</sup> Russell Hittinger, *Thomas Aquinas and the Rule of Law – Tommaso d'Aquino e la rule of law* (trad. it. e prefazione di F. Di Blasi, Rubbettino, Soveria Mannelli, Cosenza, 2007).

<sup>80</sup> L'opera di riferimento resta quella di Marcello Gigante *Nomos Basileus*, Bibliopolis 1993, una dettagliata analisi della nascita e delle interrelazioni tra diritto naturale, diritto divino e diritto positivo nel mondo greco. Il termine ha acquisito una certa risonanza con la recente pubblicazione della raccolta curata da I. Dionigi, *La legge sovrana. Nomos basileus*, Rizzoli 2006 (contiene interventi di Cacciari, Ravasi, Canfora ed altri). Sul tema si veda il testo di Ilaria Ramelli, *Il Basileus come nomos empsychos tra diritto naturale e diritto divino. Spunti platonici del concetto e sviluppi di età imperiale e tardo-antica*, Bibliopolis 2006. Ramelli si pone in ideale continuità con l'opera di Gigante prendendo le mosse proprio dal punto in cui questi aveva interrotto la sua indagine, ossia sulle concezioni platoniche del *nomos* e le sue connessioni con il divino e le teorie dell'anima.

l'ambivalente natura del diritto, che si intreccia con quella del *phàrmakon* che presiede a tutta l'elaborazione dei dialoghi incentrati sulla vicenda giudiziaria di Socrate<sup>81</sup>.

Ogni determinazione di ciò che non merita di vivere poggia sulla pretesa di definire (scientificamente o ideologicamente) l'umanità dell'uomo; senza questa pretesa garanzia, nessuno potrebbe mettere in opera le pratiche suddette. Anche i peggiori tiranni moderni hanno bisogno di ragioni e di concetti.

Venivano escogitati vari espedienti per resistere ai segni dei tempi, e ancor oggi il segreto è, come afferma Resta, l'emblema della limitazione della signoria della legge, quando viene percepita come una tirannia<sup>82</sup>. La legge è l'antidoto agli eccessi della democrazia, come avrebbe voluto esserlo per gli eccessi del dispotismo. La legge è l'antidoto agli uomini che si sentono superiori agli altri uomini e pensano di poter imporre una scelta politica che essi non condividono in nome di una conoscenza tecnica o politica superiore. Al riguardo è interessante notare una convergenza tra un pensatore antico come Platone e quanto afferma Kelsen: «Interamente nel suo spirito», cioè nello spirito della democrazia, «sono le parole che Platone, nella sua *Repubblica* (III, 9) fa dire a Socrate, in risposta alla domanda su come dovrebbe essere trattato, nello Stato ideale, un uomo dotato di qualità superiori, un genio, insomma: “Noi l'onoreremo come un essere degno d'adorazione, meraviglioso ed amabile; ma dopo avergli fatto notare che non c'è uomo di tal genere nel nostro Stato, e che non deve esserci, untogli il capo ed incoronatolo, lo scorteremo fino alla frontiera”»<sup>83</sup>. L'esclusione di chi ha caratteristiche sovrumane dalla *polis* umana è necessario per preservarne la sussistenza, come anche è necessario che venga perseguita la segretezza di ciò che ripugna alla maggioranza dei cittadini non per la sua sublimità ma per la sua bassezza, come l'esecuzione delle pene. Il rovesciamento evidenziato da Cordero tra la diade tra pubblicità delle pene e segretezza dei processi, sostituita nella contemporaneità dalla pubblicità dei processi e dalla vergogna della esibizione delle pene, è un significativo segnale di inversione della sociologia giuridica. Si trova qui una nuova *experientia crucis*: per uccidere un uomo si deve avere il permesso di uccidere; ma per averlo, si deve anzitutto poter negare a tale uomo (quello che comunemente si definisce «tal dei tali») il suo volto, dunque la sua umanità; e si riesce a far ciò definendo e comprendendo per concetti l'umanità, ossia fissandole dei limiti e scoprendo così chi non può pretendervi e quindi può

---

<sup>81</sup> Sul tema del *phàrmakon* si vedano i recenti volumi di Eligio Resta: *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2005, e *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari 2008. Nell'ultimo testo in particolare la tematica della natura ambivalente del farmaco viene considerata nella sua concreta dinamica processuale: “Nel momento in cui il gioco di vittima e carnefice, giudice e giudicato si ribalta nel luogo per eccellenza delle parole, che è il processo, il *pharmakòs* conserva la complicità rivale del procedimento giudiziario e dei suoi contenuti, la rappresenta e le dà corpo.” (p 115). Molteplici sono gli spunti delle tematiche connesse alla vita del diritto che rilevano per il discorso che tenteremo di impostare sulla nozione incarnata e temporalizzata di *rule of law*, ma qui ci sia consentito solo questa fugace menzione.

<sup>82</sup> Si veda al riguardo quanto afferma Resta in *Diritto vivente*, p 150.

<sup>83</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929], cap. VIII, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 120.

e deve morire. Qui, una proposizione metafisica in apparenza perfettamente neutra prende l'aspetto di una minaccia silenziosa: ogni determinazione è una negazione, o più esattamente (poiché si tratta della sola estensione) « ... figura non aliud quam determinatio, et determinatio negatio est». <sup>84</sup>

### **Prestigio e virtù del *rule of law***

Abbiamo fatto alcuni cenni a come il *rule of law* sia ormai di fatto un sintagma prestigioso e di sicuro rilievo nel contesto della discussione giuridica internazionale: esso non è contemplato oggi nel dibattito internazionale come un concetto che descrive uno stato di cose, ma come un processo che cerca di espandersi sempre di più, l'attività stessa della legge perennemente governante e imperativa. Non sorprende che la genealogia di questo termine, indagata in particolare negli ultimi anni in maniera esemplare da Heuschling<sup>85</sup>, presenti un intersecarsi di narrazioni tra Germania, Inghilterra, USA e Francia. Tra i suoi molti sinonimi possiamo limitarci a ricordare “supremacy of statute law”<sup>86</sup>, “Rechtsstaat”<sup>87</sup>, “Etat de droit” ma anche “Stato basato sul principio della supremazia delle leggi”, “prééminence des lois” (non “du droit”), « Rechtszustand », « Rechtsherrschaft », « empire des lois », « règne de la loi », « Loyaume » (come contrapposizione post-rivoluzionaria al ben noto *Royaume*), « government of laws », « empire of laws » et « rule of law ». Ispirata dalla terminologia propria degli antichi risalta poi il “*nomon archein*” di Aristotele, il « *nomos basileus* » di Pindaro, la « *lex est omnium regina* » del Digesto di Giustiniano (1.3.2).

Tra i sopraelencati termini *Rechtszustand* è quello utilizzato spesso da Kant, su cui torneremo a più riprese. Egli è con ogni probabilità il primo teorico del concetto di *Rechtsstaat* anche se non usa mai quest'ultima espressione: il termine *Rechtszustand* si ritrova in varie opere, ad esempio nella *Metafisica dei costumi*, e, in particolare, nella prima parte dedicata ai *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*. Il fondamentale intento di Kant in quest'opera della maturità è in primo luogo la presa di posizione nei confronti del nuovo diritto naturale di elaborazione tedesca. Si può

---

<sup>84</sup> Spinoza, *Epistula 50* a J. Jalles (ed. J. van Vloten et J.P.N. Land, La Haye, 1914, t.3, p. 172).

<sup>85</sup> Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, Paris 2002.

<sup>86</sup> Un testo di riferimento per la problematica del rapporto tra gli *statutes* e le corti è G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard 1982. Il tema di questo influente volume è come le corti devono interpretare gli *statutes* del passato in generale. Questo brillante autore è anche coautore di Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: A view from the Cathedral* in *Harvard Law Review* 1972, sui concetti controversi di proprietà e inalienabilità. Questo testo è uno scritto canonico, incluso in una recente raccolta dei testi più influenti della giurisprudenza americana: viene criticato da M. J. Radin (in un saggio del 1987) una autrice che ha scritto non per coincidenza anche sul *rule of law*. Radin contrappone una teoria dello *human flourishing*, termine che avrà un notevole confluente teleologico con la nozione che stiamo analizzando. Tale nozione deve includere nell'opinione di Radin una concezione ricca delle “three main, overlapping aspects of personhood: freedom, identity, and contextuality”.

<sup>87</sup> N. W. Barber, *The Rechtsstaat and the Rule of Law*, in *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 53, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 443-454

enfaticamente al riguardo l'importanza della nuova filosofia critica post-humana nella strutturazione della teoria del diritto. A ciò segue la ricezione delle tematiche proprie dei giacobini, criticandone l'eudaimonismo e l'empirismo. Dal punto di vista sistematico infine centrale si mostra la definizione di un nuovo dominio delle leggi pratiche.

Nel dibattito seguito al crollo del muro di Berlino la dottrina giuridica e le varie scuole di *jurisprudence* angloamericana hanno cercato di elaborare un concetto unitario di stato di diritto – *rule of law*, concetto da utilizzare nelle indagini giuridiche e filosofico-giuridiche, concetto che appare sempre più necessario come correlato funzionale di una politica organica dei rapporti intersoggettivi e soprattutto necessario a definire il rapporto tra Stato e cittadino, e più ancora richiesto dal proliferare di istituzione di *governance* sovranazionale negli ambiti economico, militare e giudiziario. L'analisi concettuale richiesta non può essere ingenua e deve tener conto del fondamentale portato della ricerca ermeneutica: non si danno giudizi o visioni del mondo che non siano dense di pre-giudizi (*Vor-urteilen* nella lingua di Gadamer). Lo studio approfondito dei concetti di *rule of law* ha dato luogo a un contrapporsi di visioni che, come si mostrerà, sono debitorie dei dibattiti precedenti. Tutti gli autori che si confrontano in questo dibattito sono condizionati dal loro background giuridico-concettuale: quelli più ideologicamente esposti a propendere verso un approccio socialista, come Ferrajoli, Nader, Mattei, Heuschling, Solum, Kennedy; il fronte opposto rappresentato da Carothers, Beatty, Allan, infine gli autori non politicamente così schierati come Kramer, Tamanha, Bingham, Finnis. Tutti sono condizionati da una teoria comprensiva del rapporto tra funzionari, giudici e cittadini.

A tal proposito è significativo considerare le opinioni di alcuni autori minori: non è nuovo ai giuristi l'utilizzo del metodo di analisi della letteratura minore, sviluppato con una consueta arguzia da Deleuze e Guattari già nel 1975 nel loro saggio filosofico su Kafka volto a illuminare le voci minori che illuminano la dottrina giuridica come anche la letteratura<sup>88</sup>. Nel costituirsi della terminologia fondamentale del diritto comunitario un ruolo non indifferente è stato giocato da avvocati, funzionari, politici e giornalisti: essi contribuiscono alla definizione di un lessico che i giuristi aspirano a sistematizzare, con quell'ambizione di *taxis* che Hayek, come vedremo, stigmatizzava. La comparazione giuridica nelle sue dottrine si è spesso incentrata sulla possibilità di realizzare una tassonomia degli ordinamenti o degli istituti: tale ambizione viene bilanciata con la chiara coscienza che questa è una operazione di ricognizione. Quando nel processo di unificazione del diritto europeo si tenta di offrire qualcosa di più di un *common frame of reference* si ha la chiara consapevolezza di quanto l'operazione sia fallace e avventata, tentando come affermava Dieter

---

<sup>88</sup> A questa metodologia fa cenno Giulio Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli 2007. Questo studio si presenta come innovativo per vari aspetti, non ultimo il rilievo dato alla letteratura minore nel costituirsi del lessico del diritto comunitario.

Grimm di fornire un qualcosa che certo non serviva ad alcunché, poiché una costituzione è richiesta da un *ethnos*, un popolo, che oggi non c'è. Un interessante tentativo è quello di realizzare degli atlanti, che facciano un ricognizione delle diverse entità geografiche del diritto: l'operazione è stata tentata in Italia per il diritto privato<sup>89</sup> e in Inghilterra per il diritto finanziario da uno dei suoi più celebri cultori<sup>90</sup>.

Tale metodo oggi sembra ben confermare le ipotesi del movimento di *Law and literature* che ha fatto scuola anche in Italia<sup>91</sup>.

Proprio in relazione al tema dello stato di diritto è stato tentato un confronto molto recente con le tetralogie politiche di Shakespeare<sup>92</sup>. In genere i giuristi di oggi sono molto attratti da *Measure by measure* e soprattutto dal *Mercante di Venezia*, e questo trova la sua ragione non banale nel fatto che i giuristi oggi hanno a che fare con i cedimenti del sistema e con i problemi di ingiustizia che da questi derivano.

La *Enriade* e in particolare il personaggio di Enrico V, insieme alla trilogia su Enrico VI, rappresentano tutta una teoria della giustizia e dello stato di diritto, una filosofia del diritto sviluppata da Shakespeare, uno schema da porre a confronto con il programma di Hobbes nel Leviatano, che è quello di concentrarsi “not merely about law's injustices, but about the context and limits within which the rule of law operates.”<sup>93</sup> Centrale nella possibile interpretazione giuridica delle tragedie storiche succitate è la nozione di *Integrity of law*. Questa tuttavia viene abbandonata a favore della politica di potenza, nella scena nel giardino nel *Riccardo II* e perdita dell'Eden nella prima tetralogia.

Lo Stato fallisce nella sua opera di conquista e, oggi come ieri, è rimesso a funzioni tipicamente non sovrane, quelle che il diritto amministrativo, nella sua parabola che lo riconsegna, oggi, al modo dell'auto-amministrazione, alla sempre maggiore indistinzione tra modelli di *civil law* e *common law*, alla pluralità delle morfologie amministrative, all'orizzontalità del servizio e della regolazione, non fa che confermare. A questo anelito va sempre tuttavia affiancato il monito di Hayek: “Per quanto accuratamente si possa meditare ogni singolo atto di legislazione prima della sua

---

<sup>89</sup> F. Galgano (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, con l'assistenza di Franco Ferrari e Gianmaria Ajani, 4° ed., Zanichelli, Bologna 2006.

<sup>90</sup> Philip Wood, *Maps of World Financial Law* (Sweet & Maxwell, 2008). In un dialogo personale con l'autore a Oxford ho potuto verificare che proprio lo sconforto relativo al difficile incontro pratico in vertenze sorte tra giurisdizioni di *civil law* e *common law* è stata la spinta che lo ha mosso a realizzare l'opera, con un intento eminentemente pratico e di sussidio, concentrandosi sul peso specifico delle singole legislazioni e tracciando una serie di mappe periodicamente aggiornate che rispecchiassero questo singolare *balancing*.

<sup>91</sup> Tra i saggi più originali in tal senso si veda l'articolo di Zeno-Zencovich e Rojas Elgueta, *Storie di scrittori falliti e di fallimenti letterari*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 2007, pp. 289-312. In esso la figura dell'ebreo Shylock, insieme alla vicenda dello scrittore Defoe servono a gettare luce sull'evoluzione della nozione di *Bankruptcy*.

<sup>92</sup> Eric Heinze, *Power Politics and the Rule of Law: Shakespeare's First Historical Tetralogy and Law's "Foundations"*, in OJLS 1 2009 pp. 139-168.

<sup>93</sup> Heinze, cit., p 168.

emanazione, non si è mai in grado di ridisegnare completamente il sistema giuridico come un tutto, o di risistemarlo interamente secondo un progetto coerente. La legislazione è necessariamente un processo continuo in cui ogni passo fatto provoca conseguenze impreviste che provocano a loro volta la possibilità o la necessità di altri passi da farsi.”<sup>94</sup> Il miraggio costruttivista si ripropone ciclicamente nella storia istituzionale europea e internazionale, e questo dà luogo a nuove teorie organizzative della società.

In tutti i casi in cui dottrina e giurisprudenza producono innovazioni normative che si inseriscono nel solco del “diritto preesistente” (naturalmente, per come esso risulta complessivamente dalla *migliore interpretazione* che se ne può fornire), il risultato della loro attività è *l’individuazione di principi* che sono, in qualche senso, *latenti*, perché, ad esempio, esprimono ragioni o scopi impliciti di singole norme o di gruppi di norme esplicite; oppure la *costruzione di nuovi principi*, i quali costituiscono comunque delle integrazioni, dei tentativi di colmare delle *lacune normative* che vengono posti in essere nel pieno rispetto dei criteri di coerenza e di congruenza rispetto al contenuto (così come è stato già interpretato) dei principi espliciti disponibili e rilevanti per il caso o la serie di casi oggetto di discussione. Per spiegare queste complesse operazioni interpretative, è illuminante l’analogia che Dworkin sviluppa fra l’interpretazione giudiziaria e la *chain novel*. In tutti e due i casi vi è una differenza rilevante, per gli scrittori che partecipano all’esperimento letterario, fra l’intenzione e l’atto di “continuare lo stesso romanzo”, sia pure scritto a più mani, e “iniziare un romanzo completamente nuovo”, rifiutandosi di proseguire la storia in modo coerente rispetto a quanto è raccontato nei capitoli precedenti; e, dall’altra parte (per i giudici-interpreti legati alla *catena del diritto*), fra “interpretare i casi difficili in coerenza con le interpretazioni precedenti”, relativamente a materie e casi analoghi, e “produrre decisioni totalmente incoerenti” rispetto al quadro di decisioni già prese su materie analoghe <sup>95</sup>. Tale tipo di considerazioni vale allo stesso modo per tutti i casi in cui questo complesso lavoro di interpretazione e di integrazione del diritto positivo ha che fare con contenuti morali. Dworkin costruisce la sua teoria a partire dalla distinzione tra regole e principi e *policies*. Il filosofo statunitense nega che il diritto sia costituito solamente da un insieme di regole e sottolinea che il diritto è composto da principi e da *policies*.

L’ideale dello stato di diritto secondo alcuni seguaci delle dottrine di Dworkin consiste nel trasformare il giudice nell’elaboratore di una teoria generale del diritto. Secondo il filosofo statunitense, ai giudici non deve essere riconosciuta una discrezionalità forte di fronte ad un caso in cui si pongano dei problemi d’interpretazione delle norme. Essi, in altre parole, non devono decidere la causa stabilendo quale sia dal loro punto di vista la soluzione migliore, creando retroattivamente

---

<sup>94</sup> Friedrich von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 1994, p. 85.

<sup>95</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1985, pp. 158-167.

dei diritti. Essi devono cercare di identificare esattamente i diritti preesistenti delle parti, e ciò implica, secondo Dworkin, solamente l'esercizio di una discrezionalità debole. I diritti, in tal senso, "devono esser presi sul serio". Dworkin, ovviamente, riconosce che la corretta decisione di un caso difficile è una questione estremamente complessa; egli, tuttavia, afferma che, almeno in linea di principio, una risposta giusta (*one right answer*) esista sempre.

Questa posizione razionalista implica che la ragione possa determinare interamente cosa l'uomo deve fare, e sembra presupposta da Dworkin quando afferma che nel diritto tutti i disaccordi sono di tipo speculativo e, perciò, c'è sempre una risposta giusta.

Questa è anche una declinazione, forse incosciente, del costruttivismo che Hayek denunciava a livello metafisico prima ancora che economico e giuridico. La preminenza del diritto spontaneo (in particolare il diritto privato, non a caso oggetto di studio privilegiato dei comparatisti) di Hayek, lungi dall'essere un anacronismo *à la* Blackstone, si sta velocemente affermando nel mondo globalizzato. Tuttavia anche la nozione anticonstruttivista proposta da Hayek ha non poche controindicazioni sul piano della politica del diritto, a livello nazionale ed internazionale. Accanto ai fenomeni di inflazione legislativa, si delineano in modo sempre più pressante fenomeni di attribuzione della potestà normativa dagli Stati ai mercati e alle corti giudiziarie. Ma si tratta di corti giudiziarie che esprimono un diritto nel cui processo di formazione giocano un ruolo fondamentale i mercanti del diritto, i *litigators*, le pressioni lobbistiche delle grandi multinazionali, le *law firms* internazionali, e in cui si assiste all'affermarsi del fenomeno del *forum shopping* e alla crescente privatizzazione del diritto pubblico<sup>96</sup>. In altri termini, come sostiene Portinaro, a contrassegnare la problematica dello Stato di diritto all'alba del XXI secolo non sono "i pericoli di sopruso e prevaricazione da parte degli apparati pubblici, ma le minacce provenienti dalle grandi concentrazioni di potere privato"<sup>97</sup>. In questo scenario, la difesa da parte di Hayek del modello di Stato di diritto fondato sul *common law* giurisdizionale perde la sua capacità descrittiva e normativa: ciò da cui la filosofia giuridica di Hayek sembra prescindere è il fenomeno della concentrazione dei poteri in una società di mercato lontana dalle armonicistiche idealizzazioni dei filosofi morali di buona scuola scozzese: non tribunali *super partes* o magistrati tenuti professionalmente alla verità e all'imparzialità ma grandi studi organizzati di avvocati, capaci di mobilitare gli opportuni supporti politici, e vere e proprie multinazionali del diritto commerciale, decidono nella realtà contemporanea le controversie giuridiche. I rischi per lo Stato di diritto non provengono più, come sosteneva Hayek, dall'interferenza del potere politico nel diritto privato, ma

---

<sup>96</sup> Si veda al riguardo il saggio di Yves Dezalay, *Marchands de droit: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris 1992 (trad. it., *I mercanti del diritto: le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Giuffrè, Milano 1997).

<sup>97</sup> P. P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in Costa, Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli 2003, p. 398.

da un vero e proprio sistema dualistico di giustizia, in cui a una giustizia su misura per i detentori del potere economico viene affiancandosi una ‘giustizia di massa per i consumatori ordinari. Verso questo si indirizzeranno le critiche dei CLS e i durissimi attacchi contro la nozione stessa di rule of law recentemente portati da Mattei e Nader<sup>98</sup>. Il rischio è quello di un passaggio, a livello nazionale ma soprattutto ad opera delle sempre più potenti entità sovranazionali, dall’ideale dello stato di diritto a quello di una legge che domina una *litigation society* “nella quale invariabilmente prevalgono gli interessi dei più potenti e le strategie più spregiudicate”<sup>99</sup>.

Hayek ha contribuito notevolmente ad accreditare l’idea che il *rule of law* sia un ideale politico, un bastione indispensabile della libertà personale minacciata dal *welfare state* e da un governo amministrativo. Questo ha condotto anche gli oppositori e i critici di tale ideale giuridico-politico a concentrarsi sulla sua dipendenza da una dottrina politica determinata piuttosto che di considerarlo connesso con il modo d’essere del diritto. Sarebbe quindi solo merito del liberalismo quello d’esigere che i precetti giuridici rispettino determinati requisiti per quanto riguarda la forma e l’applicazione piuttosto che essere nella natura del diritto o nelle sue finalità principali porre a suo modo e secondo le circostanze limiti all’arbitrio del potere.

La concezione politica del *rule of law* ha condotto a concentrare tutta l’attenzione della formula sulla produzione deliberata del diritto, cioè sul diritto politico. Quest’ultimo, secondo Hayek, è un’invenzione ancora più dirompente della polvere da sparo e deve essere addomesticata dalla concezione liberale della politica, unico antidoto al totalitarismo.

Nella visione di Mattei e Nader si rovescia il pericolo e anche l’avversario, ma permane l’intento politico: si tratta in prima istanza di disarticolare il nesso tra *rule of law* e democrazia per lasciare emergere quello tra *rule of law* e saccheggio (*plunder*). Per farlo occorre sovvertire una linea di ricostruzione storica, come quella dello storico dell’*establishment* Niall Ferguson. Egli che cerca di contrabbandare il *rule of law* come un positivo lascito dell’esperienza coloniale britannica: Mattei e Nader non nascondono che la sola apparente pertinenza di un discorso come quello avanzato da Ferguson possa dispiegarsi a partire dalla costitutiva ambiguità del *rule of law*: esso può essere un ideale copertura legittimante del più arrogante diritto di proprietà, ma può anche essere un legittimo ideale da conseguire con sforzi coordinati a livello internazionale, un ideale regolativo universalizzabile anche per i diritti umani. Un’aporìa concettuale che concerne anche quanti si dispongono alla critica e alla decostruzione, posti non meno degli apologeti di fronte all’interrogativo: si può uscire dal *rule of law*? Perché, se è vero che la costruzione del nesso pratico e discorsivo che la lega al saccheggio delle risorse dei paesi soggetti all’occidente ha sopportato un

---

<sup>98</sup> Ugo Mattei, Laura Nader, *Plunder: When the Rule of Law Is Illegal*, Wiley-Blackwell 2008.

<sup>99</sup> P. P. Portinaro, *Oltre* cit., p. 399.



impareggiabile sforzo egemonico – il rule of law è infatti il prodotto di una strategia che combina sapientemente forza bruta e retorica consensuale –, così ogni pensiero della controegemonia – parzialmente ospitato nell'ambiguità strutturale che innerva il dispositivo – esige esercizi di immaginazione politica e creatività strategica. Il diritto, stretto tra un uso oppressivo e un'opportunità di *empowerment*, si presta a invenzioni controegemoniche rivelando la natura ambigua e potenzialmente sovversiva della sua intrinseca natura di *pharmakon*<sup>100</sup>.

N. MacCormick propone<sup>101</sup> la tesi che il discorso giuridico rappresenti sempre un caso speciale del ragionamento morale. Scrive a tal proposito: "*reasoning is a special highly, institutionalized and formalized, type of moral reasoning.*"<sup>102</sup> Nel caso in cui si presentino dei disaccordi pratici la cui risoluzione richiede dei giudizi politici, la decisione che i giudici devono prendere non comporta il calpestare i diritti di una delle parti. Implica, invece, il fatto che ci si trovi in una situazione in cui sussistono diversi diritti *prima facie*; in questo senso, l'attività giurisdizionale che i giudici sono chiamati ad esercitare deve stabilire quale di questi diritti debba prevalere perché migliore.

In definitiva, anche se la ragione non permette di stabilire le premesse ultime del ragionamento il suo ruolo, tuttavia, non è limitato a consentire delle inferenze corrette a partire da premesse date, ma svolge il delicato compito di porre un ordine tra i principi del comportamento umano e, perciò, di rendere tali principi coerenti e congruenti tra loro.

Questa concezione della ragion pratica trova dei precisi riscontri nella teoria di MacCormick sul ragionamento giudiziale. MacCormick, infatti, introduce il concetto di disaccordo pratico per rendere conto di quella porzione del ragionamento pratico che sfugge completamente al dominio della ragione. Si tratta, in altre parole, dell'atto di fissazione delle premesse ultime del ragionamento che, secondo il filosofo illuminista Hume, avviene in base alle passioni calme degli uomini. Perciò, secondo questa prospettiva, sostenere che nel ragionamento giuridico ci sono dei disaccordi pratici, che i giudici non possono risolvere razionalmente ma solamente in base alle loro preferenze soggettive, significa aver raggiunto quello stadio ultimo del ragion pratica in cui le premesse vengono poste solamente in base alle passioni calme. Da questa prospettiva proviene la critica che MacCormick avanza nei confronti di Dworkin: il filosofo americano, razionalista liberale, crede che nel diritto sussistano solamente disaccordi speculativi e che per mezzo della ragion pratica sia sempre possibile motivare razionalmente, fin dalle premesse ultime del ragionamento, l'agire umano<sup>103</sup>. Tale tesi lo porterà a un intellettualismo giuridico le cui conseguenze sono una utopistica sopravvalutazione del ruolo dei giudici, e una parallela svalutazione della problematica morale di

---

<sup>100</sup> Sul tema del rapporto tra diritto e *pharmakon* si veda Eligio Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2005.

<sup>101</sup> N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978

<sup>102</sup> Ivi, p 272.

<sup>103</sup> Ivi, p.265.

chi non è in grado di sistematizzare le proprie credenze morali cui tuttavia non è intenzionato a rinunciare: la democrazia quindi ritorna ad essere un pericolo da limitare, secondo la schietta tradizione liberale.

La tesi che il discorso giuridico costituisca un caso particolare del discorso pratico generale è stata anche oggetto di approfondite analisi da parte di R. Alexy: egli definisce questa tesi la *Sonderfallthese*, ovvero la tesi del caso particolare: “Assume qui un significato centrale l'idea. Ciò che accomuna il discorso giuridico a quello pratico generale consiste nel fatto che entrambe le forme di discorso trattano della correttezza delle proposizioni normative. [...] Il discorso giuridico rappresenta un caso *particolare* perché l'argomentazione giuridica si svolge all'interno di una serie di condizioni limitative. Tra queste vanno annoverati in particolare il vincolo della legge, la dovuta considerazione dei precedenti, il riferimento alla dogmatica elaborata dalla scienza giuridica istituzionale, nonché i limiti posti dalle regole degli ordinamenti processuali.”<sup>104</sup>.

La teoria delle virtù del giudice elaborata da Solum<sup>105</sup> sembra una utile integrazione per una nozione dello stato di diritto che includa la possibilità di considerazioni morali, non imponga gerarchizzazioni sommerse e sia in fondo più rispettosa della umana creatività e dell'ordine dinamico della natura. Il problema della discrezionalità giudiziale muove dall'esigenza di assicurare ai consociati l'importante valore della certezza del diritto e, dall'altra, si scontra con la complessità dei sistemi giuridici contemporanei in base ai quali risulta comunque difficile fornire sempre un'unica risposta certa nei casi difficili.

Solum rivaluta due classiche nozioni della tradizione aristotelica: l'*epicheia* e la tanto influente dottrina dello *human flourishing*, ripresa oggi da vari autori come Taylor e Ignatieff in materia di diritti umani. Nella progettazione di una teoria della giustizia normativa, e più concretamente di una teoria politico-giuridica della giustizia, Rawls si preoccupa di individuare un elenco di poche libertà fondamentali, che devono essere ben definite, e riconducibili ad uno schema coerente; tali libertà hanno priorità sintattica rispetto a considerazioni di eguaglianza e giustizia sociale<sup>106</sup>. Nella teoria di Dworkin, risponde alla medesima esigenza di fondo la concezione dei diritti come *trumps* (carte vincenti) rispetto alla giustificazione di decisioni politiche che perseguono finalità

---

<sup>104</sup> Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998, p.17.

<sup>105</sup> Lawrence B. Solum, *Equity and the Rule of Law*, in Ian Shapiro, ed., *The Rule of Law: Nomos* vol. 36 (1994). Di questo autore, che è capace di coniugare istanze critiche a una ricca conoscenza della tradizione classica si vedano anche *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, 54 U. Chi. L. Rev. 462 (1987) e il recente *The Aretaic Turn in Constitutional Theory*, 70 Brook L. Rev. 475 (2005).

<sup>106</sup> J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 1993, pp. 209-215, e 441-446; si veda anche la discussione critica di H. L. A. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, in «University of Chicago Law Review», vol. 40, 1973, pp. 536-555.

collettive<sup>107</sup>. Tali diritti sono il correlato dei principi che guidano i diversi attori del diritto nella elaborazione degli atti normativi. La teoria dworkiniana del diritto come integrità è contraddistinta dall'auspicio che, alla fine, platonicamente da scoprire, vi sia un'armonia di fondo fra i diversi diritti, principi, valori e interessi costitutivi della dimensione sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Alla fine, i conti torneranno: è sufficiente capire che cosa, in fondo, i diversi diritti, principi, interessi richiedono, e la loro armonia segreta si renderà manifesta, come “a plausible theory of all the central political values - of democracy, liberty, and civil society as well as of equality - that shows each of these growing out of and reflected in all the others”<sup>108</sup>.

Questa è una delle problematiche inerenti lo statuto ancipite, giuridico-politico della *rule of law*, una nozione che possa dar conto del dibattito dottrinale e che tenga conto della funzione intrinsecamente politica che la nozione ha assunto, unitamente alla sua stretta connessione con le diverse sfere dell'agire collettivo degli uomini e con la sempre più complessa comprensione di questo quale si è sviluppata negli ultimi decenni. Non vi è uno standard di diritti umani universalmente riconosciuti tra le nazioni civilizzate. Uno stato può riconoscere, come alcuni hanno fatto<sup>109</sup>, che una pena è crudele e inusuale all'interno del significato della propria Costituzione, ma che ciononostante è autorizzata dalla stessa Costituzione come legale. I limiti dei diritti umani fondamentali non sono definiti con chiarezza: all'interno di uno stato c'è spazio per un accordo che definisca dove vanno tracciate le linee, e in ultima istanza le corti servono a tracciarle.

La caratterizzazione della nozione giuridica di *rule of law* va accompagnata dall'identificazione delle condizioni di razionalità del *rule of law* stesso. Una delle ipotesi fondamentali dalle quali muove la ricerca è appunto l'esigenza che il diritto presupponga l'esistenza stessa del concetto di *rule of law*. Per dar ragione di questo intreccio si terrà conto del portato delle teorizzazioni più rilevanti della nozione nell'ambito del costituzionalismo americano e anglosassone, quale quella originaria di J. Bryce (approfondita in Italia da Pace), Albert V. Dicey, e le sue problematizzazioni contemporanee, specie negli USA, in Bruce Ackerman (in particolare quest'autore si è occupato del ruolo dell'informazione e dei suoi rapporti con lo stato di diritto e con il diritto costituzionale), fino a far cenno a Cass Sunstein, alla scuola dei *Critical Legal Studies* (in particolare in Morton Horwitz, Duncan Kennedy e Mark Tushnet), nonché gli approcci empirici della scuola di Stanford ed il rinnovato interesse per tali concetti da parte di giuristi europei come Bingham, Böckenförde, Andenas e Heuschling e più specificamente italiani come Bobbio, Costa, Ferrajoli, Pinelli, Zolo.

---

<sup>107</sup> R. Dworkin, *Rights as Trumps* (1981), in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford U.P., Oxford, 1984, pp. 153-167, p. 153.

<sup>108</sup> R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000, pp. 4-5.

<sup>109</sup> *Matthew v State of Trinidad and Tobago* [2004] UKPC 33, [2005] 1 AC 433, para 36.

Di recente nel dibattito teorico italiano Santoro<sup>110</sup> e Pace<sup>111</sup> si sono concentrati sugli scritti teorici di Dicey, con interpretazioni e fini teorici differenti. Non è certo un caso che il pensiero di questo autore sia poi stato analizzato nel dettaglio da una legione di contributi che si concentrano negli anni di nostro interesse, cioè a partire dalla caduta del muro di Berlino.

---

<sup>110</sup> E. Santoro, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Giappichelli 2008.

<sup>111</sup> A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997; II ed. 2002

## Il dibattito della *jurisprudence* negli ultimi anni

La tematica dello stato di diritto, inteso come soggezione dei pubblici poteri al diritto, rimanda in ambito statale al principio di legalità, cioè alla soggezione dei poteri alla legge, e precisamente a leggi consistenti in norme generali ed astratte. Perciò tali norme non sono efficaci con qualunque diritto, ma, come afferma Ferrajoli, solo con un radicamento in un catalogo di diritti fondamentali, i quali consistono, per la loro forma universale, direttamente in norme tetiche poichè dispongono immediatamente diritti o doveri, e nei nostri ordinamenti danno luogo a norme costituzionali. Una posizione restrittiva in materia di tipi di diritti fondamentali, ma caratterizzata dall'ammissione della necessità del bilanciamento, sembra dettata da ragioni ideologiche, e priva di contatto con la cultura dei diritti dello Stato costituzionale di diritto. Negare la varietà dei tipi di diritti fondamentali sembra non troppo coerente se poi si concede che fra i diritti privilegiati quali i diritti di libertà e i diritti politici è comunque necessario operare un bilanciamento. Ciò che (può dare una qualche plausibilità teorica a una posizione restrittiva in materia di tipi di diritti fondamentali è l'ideale di un sistema di diritti componibili. In generale, se si ammette la necessità del bilanciamento, non si può escludere la varietà dei tipi di diritti fondamentali, e viceversa, se si ammette quest'ultima, non si può escludere la necessità del bilanciamento. Ferrajoli aderisce<sup>112</sup> alla teoria dell'interesse come giustificazione dei diritti soggettivi, una tesi sostenuta nella teoria del diritto contemporanea dai maggiori rappresentanti del positivismo giuridico, come Joseph Raz, Neil MacCormick, Jeremy Waldron, e Matthew Kramer<sup>113</sup>.

Per quanto concerne il livello statale, sempre più poroso e permeabile, specie in Europa, tre sembrano le problematiche più rilevanti:

- 1) le leggi di emergenza, sempre più delegate all'esecutivo e la loro controllabilità da parte degli eletti e degli elettori
- 2) la questione dell'indipendenza della magistratura e le sue diverse declinazioni
- 3) il controllo giurisdizionale delle leggi.

---

<sup>112</sup> cfr. *Principia iuris*, Laterza 2007, vol. 1, pp. 641-643.

<sup>113</sup> Per alcune recenti presentazioni della *Interest theory*, cfr. M. Kramer, *Rights without Trimmings*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford U.P., Oxford, 1998, pp. 7-111; B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 1-58

L'esperienza austriaca dello stato di diritto costituisce un caso di studio interessante, in quanto è storicamente il laboratorio in cui si costituzionalizza (come sottolinea a più riprese Resta) il primato dei diritti, avverso i poteri costituiti considerati con una sostanziale diffidenza strutturale.

Un problema a sé sembra poi rappresentato dalla disciplina dei poteri *extra ordinem*, come in Italia la grazia, discussa e analizzata (in particolare da G. U. Rescigno e M. Luciani<sup>114</sup>) dopo la recente sentenza 200/06 della Consulta.

A livello internazionale invece risulta primaria la necessità di confrontarsi con i principi superiori dello *ius cogens*, nozione ambigua ma spesso richiamata da sentenze e trattati, nonché dalla dottrina, ma della quale permane una ambigua descrizione. Rimane il dubbio se essa sia una riproposizione del diritto naturale, oppure un qualche anelito kelseniano.

Sembra poi che il conflitto semantico tra nozione di stato di diritto e *rule of law* in Italia assuma una esplicita connotazione ideale: la dinamica della cogenza della legge viene delegata tendenzialmente a provvedimenti legislativi, mentre l'esperienza d'oltreoceano spinge verso il rafforzamento delle corti (o l'avversione originalista verso lo strapotere dei giudici).

L'idea di base del nostro lavoro è quella di elaborare una teoria dei rapporti tra *rule of law* e diritto vivente, tesa ad esaminare come l'ideale morale del *rule of law* possa contribuire ad assicurare l'applicazione del diritto a livello internazionale e comunitario, almeno nelle aspirazioni dei suoi teorici (ma anche nelle ironie dei suoi critici). Si tratta di superare l'idea che vi sia un'alternativa tra ideale del *rule of law* e diritto concreto, chiarendo come il diritto fornisca le condizioni di un *rule of law* concreta, come essa realizzi i presupposti del funzionamento dei meccanismi di conoscenza sociale collegati al fenomeno del *rule of law* (come la formazione e poi l'eventuale perdita della fiducia in essa), come la fiducia nelle istituzioni giuridiche sia il presupposto del corretto funzionamento del diritto. L'analisi funzionale, e il problema dell'uso funzionale del concetto di stato di diritto, è stata per altro posta in vari contesti al centro del dibattito, con varie declinazioni e sfumature teoriche e aspirazionali. Tra i vari autori segnaliamo la recente raccolta curata da Palombella e Walker<sup>115</sup> che si propone di ricondurre ad una interpretazione contestuale la funzione stessa del termine "law". Fin dalla prima pagina dell'introduzione si afferma che "the secret of law's distinctiveness – such as it is – is to be found in its function. What is special to law has to do with the general role it plays in human affairs and its situation in the wider social and political order of things"<sup>116</sup>. Una delle tante declinazioni della fiducia nel diritto di impronta liberale, figlia del

---

<sup>114</sup> All'indirizzo [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) sono stati pubblicati i seguenti articoli: G. U. Rescigno, *La Corte sul potere di grazia ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo*; M. Luciani, *Sulla titolarità del potere di grazia del Presidente della Repubblica*.

<sup>115</sup> Gianluigi Palombella and Neil Walker (edd.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing 2009.

<sup>116</sup> Ivi, p. xi.

positivismo scettico nei riguardi della moralità dei singoli, è la necessità della derivazione delle norme e del loro principio legittimante da un fatto sociale, o risalendo ancor di più nella piramide da una funzione sociale quale viene assegnata all'interno di una struttura complessa quale quella del sistema degli stati costituzionali ad ampie competenze che costituiscono lo scenario contemporaneo. Si accenna solamente al retroterra complesso che ha questo tentativo di funzionalizzare il sommo ideale giuridico, pensato da subito come un rimedio contro gli eccessi di quel kantiano “legno storto dell'umanità”. Il tentativo di escogitare dei meccanismi per frenare gli istinti distruttivi del potere inizia prima della modernità, ma trova in Hobbes e nei giuristi che a lui si ispirarono o si contrapposero i primi teorici. Seguendo poi le ipotesi kantiane, intese come programmi giuridici finalizzati alla pace, si hanno le scuole di diritto di matrice tedesca, ispirate da Kant o dai suoi successori e oppositori, *in primis* Hegel. L'affermazione sul continente europeo del concetto di governo della legge sarebbe venuta dalla Prussia. Proprio dalla Germania provengono tre ripartizioni concettuali di rilievo: il *Verfassungsstaat* (stato costituzionale), il *Gesetzesstaat* (stato legale) e il *Rechtsstaat* (stato di diritto). Questo termine viene coniato nel 1798 da Placidus (1758-1815)<sup>117</sup> ma la sua creazione ha una genealogia che travalica i confini del Reno. I precedenti possono essere il « *droit gouvernement* »<sup>118</sup> di Jean Bodin (1529-1596) e il « *lawful government* » di John Locke (1632-1704)<sup>119</sup>. Nella Prussia, grazie ai contributi di Kant e Humboldt e a quelli del ‘movimento per la codificazione’, prese forma la teoria del *Rechtsstaat*. Il concetto di *Rechtsstaat* è, nell'interpretazione di molti, sostanzialmente analogo a quello anglosassone di *rule of law*, con la differenza che fine del primo era quello di controllare “un complesso apparato amministrativo invece che un monarca o un legislatore”.

La interpretazione formalistica dei termini *rule of law* e *Rechtsstaat* può dar luogo a molte ambiguità, come le oscillazioni ricorrenti tra i richiami alla *judicial review* piuttosto che al primato del Parlamento. Per questo motivo si preferisce applicare varie forme di contestualizzazione, per evitare l'antitesi tra concetti e loro contenuto.

Si pone quindi il problema di cercare alcune linee guida non solo di ordine genealogico, ma anche prospettico, per quanto riguarda gli sviluppi funzionali di una possibile definizione teorica: in questo agone si sono cimentati negli ultimi anni autori di riferimento del dibattito angloamericano quali Dworkin, Raz, Kramer, Waldron, Finnis, Endicott, Tamahana, Coleman, Allan, ma anche in Italia Ferrajoli, Santoro, Costa e Zolo. Le dottrine che si sono intrecciate e scontrate in questo agone

---

<sup>117</sup> Placidus, *Litteratur der Staatslehre. Ein Versuch*, Strasburgo 1798, p. 73.

<sup>118</sup> « La République est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine » (Six Livres de la République, Liv. 1, chap. 1). All'epoca il termine « *gouvernement* » non si limitava ad indicare l'esecutivo, ma designava il potere politico nella sua interezza, cioè lo Stato.

<sup>119</sup> J. Locke, *Two Treatises of Government*, a cura di P. Laslett, Cambridge UP 1994, Libro II, in particolare i capp. VIII e XVII.

sono figlie delle varianti molteplici del positivismo, del formalismo giuridico, ma anche dei diversi tentativi di descrivere le coordinate morali del diritto naturale. Esse compenetrano e coinvolgono la scienza del diritto comparato e la filosofia del diritto pubblico (ma anche privato). Vari sono stati poi i tentativi di una tassonomia comparativa (si pensi solo allo studio dettagliato di Heuschling<sup>120</sup>) delle accezioni diverse di questo concetto, ma anche di una tassonomia filosofico - giurisprudenziale (di recente i tentativi di Craig<sup>121</sup>).

Quali requisiti un sistema giuridico deve possedere per essere considerato rispettoso dello stato di diritto? L'identità della formula è difesa più dalla sua interna forza morale trainante che da una lista determinata di requisiti. Questi principi primi o originari del *rule of law*, dobbiamo constatare che essi sono tra i presupposti dello stesso concetto di diritto e di sistema giuridico. Se il diritto deve porsi come guida del comportamento di agenti razionali, capaci di scelte consapevoli e libere, allora anche il suo concetto dovrà avere inevitabilmente nel suo complesso un carattere normativo e non già meramente fattuale. Il diritto deve essere in grado di fornire ragioni per l'azione che possano entrare in competizione con le altre ragioni non giuridiche per agire nel processo di deliberazione. Il concetto di diritto dovrà render conto di questa funzione normativa. Come nota Finnis, il diritto come oggetto di studio fa parte di quelle cose in cui per rispondere al «che cosa?» bisogna prima rispondere al «perché?». Perché abbiamo bisogno di cose come le norme giuridiche, le istituzioni giuridiche o le pratiche giuridiche?<sup>122</sup>

Giova riportare a proposito un passo della recente riflessione costituzionalistica di Dogliani: “Questo profilo del principio di legalità, che oggi definiamo principio di preferenza di legge – ma che alle origini si presenta come il principio che potremmo definire dell’ultima parola al Parlamento (formula più diretta e realistica di quella della sovranità parlamentare) – ha poco a che fare con i significati che il principio di legalità trae dall’idea della isonomia, del «governo delle leggi». Anzi il principio in parola nasce proprio dalla cancellazione di quella forma «antica» di costituzione in cui il sovrano non era padrone del diritto; e pone, con la sua stessa nascita, la contraddizione costitutiva del moderno Stato di diritto: come assoggettare al diritto colui che si è posto nella posizione – alla quale il monarca assoluto non era riuscito ad accedere – di padrone del diritto (il Parlamento).

In modo solo apparentemente paradossale si può affermare dunque che la prima affermazione del principio di legalità, nella sua versione moderna, legislativa, è al tempo stesso il deragliamento dalla tradizione del costituzionalismo, perché l’onnipotenza parlamentare è il contrario del

---

<sup>120</sup> Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, Paris 2002.

<sup>121</sup> Paul P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an analytical Framework*, in *Public Law* 1997, 467-487.

<sup>122</sup> J. Finnis, *Law and What I Truly Should Decide*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, pp. 107-109.



costituzionalismo.”<sup>123</sup> Come ben sottolineato da Dogliani, la contraddizione è costitutiva del moderno Stato di diritto, che pur nasce per risolvere le antinomie pericolose della sovranità, tentando di sottoporre il potere esecutivo alla legge amministrativa, come il legislativo e il giudiziario al precedente (legale o di massima) e tutti e tre alla costituzione. Lo stato di diritto, il governo della legge, è il supremo tentativo di imbrigliare uno “stato infinitamente molesto”, secondo l’espressione di Jorge L. Borges<sup>124</sup>.

La tensione tuttavia non può essere risolta, e ritorna il cortocircuito derivante dalla pretesa di assoggettare al diritto il sovrano, addirittura ormai trasformato in padrone del diritto, perché nessun monarca assoluto era a ciò legittimato.

Il costituzionalismo è connesso strettamente all’ideale dello stato di diritto, oggetto precipuo del nostro scritto, ma essenzialmente connesso con l’ideale di legge superiore (come ben spiegato da Corwin<sup>125</sup>) e di costituzione come legge delle leggi. Questa nozione è fondante e peculiare dell’esperienza storico-costituzionale degli USA che si comprende come un ordinamento originario, di derivazione diretta dall’autoposizione della legge: questa trova la propria legittimità a seguito della volontà politica condivisa di dare un nuovo inizio ad una forma nuova di stato. Questa è la superiorità di una legge derivante da un potere costituente che si autopone come puro ed incondizionato, in quanto vincitore di una guerra. Connettendo Dogliani a Corwin si ha forse una più chiara idea della portata del rifiuto di Washington di essere incoronato re, scegliendo per sé una carica di minor prestigio in quanto non ereditaria ma di lungo avvenire. Per descrivere il rapporto tra sovrano e legge Albert Venn Dicey cita un passo di una decisione giudiziale del regno di Enrico VI (forse non una mera coincidenza che si tratti di uno dei sovrani cui si faceva prima cenno riguardo alla tetralogia di Shakespeare) : “La Legge è la più alta eredità attribuibile al re, perché tramite la legge tutti i suoi sudditi e lui stesso sono governati e se non ci fosse la legge non ci sarebbe alcuna eredità”<sup>126</sup>.

Il monarca è sottoposto alle consuetudini, alle convenzioni, agli strumenti del diritto naturale, che secondo Fichte consentivano e ancor di più imponevano al popolo di deporre il sovrano ingiusto, legittimando la rivoluzione e l’instaurazione di un nuovo principato<sup>127</sup>. La concezione lineare della storia, oggi prevalente, non può trascurare la possibilità della rivoluzione. Nella Francia post-rivoluzionaria il concetto di sovranità popolare determinò la convinzione che l’aver affidato tutto il

---

<sup>123</sup> M. Dogliani, Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima, in *Diritto pubblico* 1 2008, pp. 1-28, p 8

<sup>124</sup> J. L. Borges, *Otras inquisiciones*, Buenos Aires 1960; trad. it. *Altre inquisizioni*, Feltrinelli, Milano 1999, p. 41.

<sup>125</sup> Edward S. Corwin, *L’idea di «Legge superiore» e il diritto costituzionale americano*, Neri Pozza 1963 (ed. originale *The Higher law background of American constitutional law* 1957)

<sup>126</sup> *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ristampa della 8. ed. (1915), Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 107

<sup>127</sup> J. G. Fichte, *Contributo per rettificare il giudizio del pubblico sulla rivoluzione francese*, .

potere al popolo rendeva ormai inutili le garanzie contro gli abusi. Si pensò che l'avvento della democrazia, automaticamente, avrebbe impedito l'esercizio arbitrario del potere. L'elefantiasi dell'apparato burocratico non fece invece che accrescere il potere dello Stato; anzi, "la draconiana interpretazione della separazione dei poteri accettata in Francia servì a rafforzare i poteri dell'amministrazione [...] e pertanto rafforzare, più che limitare, il potere dello stato"<sup>128</sup>.

La primazia del diritto negli USA paradossalmente deriva da una rivoluzione, e la legittimità della rivoluzione in generale fu affermata non univocamente solo al principio del XIX secolo<sup>129</sup>.

Il presidente americano è vincolato da una carta di pochi articoli, ma al di là di questo testo il potere del suo esecutivo è di fatto assoluto e gli consente di essere l'unico garante della giuridicità del potere, avendo il diritto esclusivo anche di proporre i nove giudici supremi custodi della legge alla ratifica senatoriale. I giudici della Corte Suprema americana si fecero garanti del *rule of law* almeno dal 1803 in poi, cioè da quando il giudice Marshall, presidente della Corte, nella causa *Marbury vs. Madison* affermò che "fa senz'altro parte delle competenze e dei doveri degli organi giurisdizionali dichiarare che cosa sia vera e propria legge", anche contro il potere legislativo stesso.

La custodia del *rule of law* è quindi nel sistema politico più influente al mondo sempre sottoposta quindi ai rischi di uno strapotere del giudiziario piuttosto che dell'esecutivo, anche se le forme di tale potere sono sottoposte comunque a un controllo indiretto di natura politica. Gioverà forse a questo punto qualche cenno ulteriore sulla genesi di tale sintagma nella dottrina politica prima che giuridica.

Le prime occorrenze identificate del sintagma *rule of law* sono del XVI<sup>o</sup> et XVII<sup>o</sup> secolo, ma il suo uso resta solo episodico. Non compare nelle opere dei grandi teorici del XVII<sup>o</sup> secolo, che siano appartenenti all'area dei giusnaturalisti (Hobbes, Locke) o tra i fondatori della *common law* (Coke, Hale, Blackstone). Solo nel XIX<sup>o</sup> secolo e per l'influenza preponderante di Dicey, il termine *rule of law* assume la centralità nel discorso giuridico. Nel suo celebre saggio del 1885 Dicey stabilisce la rilevanza suprema della tematica del *rule of law*, collocandola nella posizione che mantiene tuttora nella discussione dopo 100 anni, nonostante le molte critiche. Tra le più note quella di Raz, Kelsen,

---

<sup>128</sup> F. A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London 1960; trad. it. *La società libera*, Vallecchi, Firenze 1969, p. 226.

<sup>129</sup> Rehberg pone per primo la *questio juris* relativamente alla rivoluzione: egli contesta il diritto che la comunità si è avocato di cambiare la propria costituzione, scindendo un patto secolare e legalmente sempiterno che la comunità stessa aveva stipulato con il suo re (si veda A. G. Rehberg, *Untersuchungen über die französische Revolution* Chr. Ritscher, Hannover & Osnabrück, 1793). Nello stesso schieramento, che negava la legittimità di quanto i francesi avevano fatto, possiamo includere altri due esponenti della cultura del tempo quali J. Möser e Stüve. Secondo il Rehberg si potevano compendiare i principi dei rivoluzionari nel motto "né Dio, né re", poiché la libertà di religione che veniva proclamata metteva in pericolo le basi stesse dello stato e il rispetto (*Achtung*) dovuto all'autorità.

Kunig, Marshall e Troper, quest'ultima incentrata sulle aporie e le ambiguità della nozione stessa di stato di diritto<sup>130</sup>.

Il diritto, che per secoli era stato pensato come il risultato di un lento processo di sedimentazione e stratificazione, di un'attività di 'scoperta', non di 'invenzione', da parte dei giudici, diviene il diritto del legislatore, l'espressione della volontà delle assemblee 'legislative', un sistema finito, chiuso, di norme codificate: il diritto positivo.

Una ricostruzione filosofica dello stato di diritto come concezione politicamente sostenibile che la renda preferibile al decisionismo politico *à la* Schmitt, ma anche nei confronti del moralismo autoritario, può avere come punto di partenza l'assunto che il diritto non ha il compito di promuovere la moralità, ma è giusto solo se è fondato su principi morali. La seconda formulazione dell'imperativo categorico del resto è quella che impone il rispetto per la dignità umana<sup>131</sup>. Il problema della giustizia del diritto è il tema classico dell'*epichèia*, tema impostato già dalla *Politica* di Aristotele e dalla riscoperta dell'etica delle virtù applicata alla sfera del giuridico da Taylor, e da un autore vicino ai *critical legal studies* (d'ora innanzi CLS) come Solum. Non si dimentichi poi la cursoria notazione che la virtù della giustizia, e la giustizia intesa come somma virtù del giuridico è la dorsale dei contributi di Rawls, sino al suo ultimo volume *The Law of the Peoples* (1999). Recentemente ha poi approfondito la tematica della giustizia dal punto di vista del diritto naturale rivisitato il denso saggio di Wolterstorff<sup>132</sup>. Egli sostiene sin dalla prefazione che "A theory of rights and of justice as grounded in rights." La legge di natura è stata utilizzata prima della filosofia individualistica del tardo medio evo nel diritto canonico, per fondare una teoria comprensiva dei diritti garantiti secondo un ordine che precede e condiziona ogni tassonomia decisa dagli uomini. Questa dinamica era in atto sin dalla storia di Israele quale narrata nella prima parte della Sacra Scrittura; d'altro canto non è possibile utilizzare la filosofia greca o romana come schema di partenza per una teoria dei diritti. Anche gli esempi sommi di Platone e Aristotele non forniscono che esemplificazioni funzionali, questo in particolare nel grande saggio comparatistico contenuto nel libro secondo della *Politica* di Aristotele.

Si confronti tra le altre questa ipotesi di approfondimento con la prospettiva elaborata in questi anni sulla scia di Rawls e della tradizione giusnaturalistica da Viola<sup>133</sup>, e sulla scia di Dicey da Santoro e

---

<sup>130</sup> Per un resoconto sintetico della considerazione della tematica nel dibattito costituzionale in corso in UK si veda l'autorevole contributo aggiornato regolarmente di Jeffrey Jowell, "The Rule of Law Today" in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds), *The Changing Constitution*, 5<sup>th</sup> ed, (Oxford, 2004), pp 20-21.

<sup>131</sup> Tra la sterminata bibliografia si vedano solo i recenti saggi di A. G. Conte e di Cattaneo in RIFD 1/2008, pp. 1-13

<sup>132</sup> N. Wolterstorff, *Justice. Rights and Wrongs*, Princeton 2008.

<sup>133</sup> F. Viola, *Rawls e il Rule of Law*, in «Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto», n. 4, a cura di A. Punzi, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 179-210; id., *The Rule of Law in Legal Pluralism*, in *Law and Legal Cultures in the 21<sup>st</sup> Century. Diversity and Unity*, ed. by T. Gizbert-Studnicki e J. Stelmach, Warszawa, Oficyna, 2007, pp. 105-131; id., Il «Rule of Law» e il concetto di diritto, in *Ragion Pratica* 30 2008, pp. 151-168.

altri: l'anelito a trovare una quarta modalità di ragionamento giuridico a fianco di quelle tre che Schmitt enucleava come irriducibili, non sia un'esigenza passeggera, ma un'esigenza che già nell'età delle rivoluzioni veniva sentita da Kant, il pensatore della critica per antonomasia.

Gli individui devono scegliere liberamente quali fini perseguire e come perseguirli; gli scontri ingiustificati tra i membri di una società vanno eliminati, ma rispettando la sfera privata di ciascun individuo. Da una teoria descrittiva del mercato, potremmo dire, Hayek passa a una teoria prescrittiva del diritto, esprimendo un giudizio su cosa sarebbe bene (e su cosa non sarebbe bene) regolare attraverso leggi. Lo stato di diritto non deve indicare agli individui quali fini debbano perseguire, bensì deve creare e mantenere le condizioni affinché essi possano esercitare la loro libertà.

## **Violenza e giustizia**

Scopo dello stato già secondo Kant è impedire che l'uomo divenga strumento di fini altrui. Siccome ognuno ripone la propria felicità nel conseguimento di fini diversi, non è possibile imporre a tutti i cittadini una nozione uniforme di felicità: in questo sta la diagnosi del fallimento dello stato eudaimonistico. Il compito dello stato è garantire il libero gioco delle volontà e delle libertà, regolando la competizione delle volontà e delle libertà, regolando la possibilità di realizzare gli appetiti dei cittadini<sup>134</sup>. Non sfugge la derivazione di questa diagnosi dalla teoria sul giudizio teleologico e dalla risoluzione dell'antinomia del gusto presentata in forma più completa nella *Critica del Giudizio*. Una tale nozione di stato riuscirà particolarmente gradita ad Hayek, mentre Kelsen disapprovava profondamente il fondamento della dottrina del diritto e della morale kantiana, che vedeva profondamente intriso del giusnaturalismo dal quale Kant non sarebbe riuscito a liberarsi<sup>135</sup>. In questo però Kelsen era influenzato dalla temperie neokantiana del suo tempo che vedeva nella dialettica trascendentale della prima critica un primo e incompiuto tentativo di dissoluzione del sistema del sapere fondato sulla metafisica dai moderni seguaci di Descartes e Leibniz. Ogni ordine sociale riposa su una ideologia, afferma Hayek: la sua stessa teoria è ideologica, nel senso che si propone di promuovere un valore, segnatamente la libertà che si esprime nella scelta e nel perseguimento dei fini che l'individuo ritiene degni di interesse. Proprio per questa sua natura, però, la teoria di Hayek non è teleologica, nel senso che non si propone di

---

<sup>134</sup> Sul contributo kantiano alla definizione dello stato di diritto come parte dell'ideale morale giuridico derivato dalla prospettiva trascendentale e base dell'approccio liberale si veda il recente saggio di Adolfo Fabbio, *Dalla società dello scambio all'etica della norma. Alle radici dell'etica kantiana*, Rubbettino 2008.

<sup>135</sup> Si veda ad esempio Hans Kelsen, *The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science*, in *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays by Hans Kelsen* (1971), p 137.

fissare fini valevoli per l'intero della società. Hayek critica Kelsen e la pretesa purezza della sua teoria, perché quando vuole legittimare la coercizione, non può che farlo in vista di valori<sup>136</sup>.

*Die Obergewalt des Gesetzes* è il termine che nel tedesco di Kant esprime il primato della legge, influenzato dal pensiero di Hume e di Smith, quindi dalla tradizione scozzese più che da Rousseau e da autori a lui strettamente coevi. La signoria della legge è una violenza superiore (*Obergewalt*) più violenta della violenza comune (*Gewalt*), che prevale su quest'ultima e si legittima in quanto espressione del desiderio di limitare la possibilità di darsi di una violenza qualunque da parte di uomini associati o singoli.

Se si tocca il tema del rapporto tra legge e violenza si deve far riferimento anche alle riflessioni devastanti di Benjamin sul tema dell'autorevolezza della legge<sup>137</sup>. Benjamin si propone di considerare a quali condizioni di possibilità la violenza è espressione legittima di una autorità; egli pone il problema se sia possibile una giustizia che non si legittimi esclusivamente attraverso l'utilizzo della forza di legge, che non debba necessariamente ricorrere alla violenza. La riduzione della giustizia a procedura o a volontà di una maggioranza corrisponde all'eliminazione del suo significato filosofico o all'antica posizione di Trasimaco criticata da Platone, secondo la quale il giusto è la volontà del più forte. Ritorna quindi un nesso problematico che ricorre in diverse tradizioni, e che sarà proprio della trattazione dei più importanti teorici del diritto anglosassoni a cominciare da Hart nel suo classico *The Concept of Law* e poi nella produzione di Rawls, Dworkin, Raz e Kramer dedicata ai rapporti tra funzionari dell'autorità e legge da eseguire. Benjamin procede escludendo tutti quei rapporti in cui la giustizia deve ricorrere alla violenza per affermarsi; prima di tutto, egli esclude il rapporto tra mezzi e fine, rapporto che caratterizza sia il diritto naturale che il diritto positivo (anche qui ritorna la falsa contrapposizione denunciata da Hayek e poi ribadita in recenti dibattiti oxoniensi): quello giustifica la violenza dei mezzi con la giustizia dei fini, questo garantisce la giustizia dei fini con la legittimità dei mezzi. Tuttavia, il diritto positivo ha escluso la violenza dal proprio sistema solo apparentemente: non può evitare che il singolo individuo si appelli al proprio diritto naturale di ricorrere a mezzi violenti in vista di scopi che il sistema giuridico non contempla. Con tale analisi, Benjamin vuole evidenziare che nessuna autorità di diritto positivo è in grado di escludere completamente la violenza: la violenza fa parte del diritto stesso in quanto suo gesto di fondazione e vi trova legittimazione al suo interno come violenza conservatrice del diritto medesimo. Il diritto ha bisogno della violenza per sussistere: la violenza che fonda il diritto non sparisce con la riconosciuta autorità del diritto positivo istituito, ma il diritto afferma la propria autorità ricorrendo alla violenza che ne garantisce la conservazione contro ogni violenza

---

<sup>136</sup> Sulla giustizia come ideale regolativo e come ideologia si rimanda: H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi, 2000

<sup>137</sup> Si fa riferimento in particolare al suo scritto *Zur Kritik der Gewalt* (1920-21).

potenzialmente fondatrice. La violenza fondatrice e quella conservatrice non si contrappongono, ma il loro *polemos* rappresenta il movimento stesso del diritto, che, fondandosi su una autorità derivata dalla violenza, deve costantemente ricorrere a questa per confermare la propria legittimità. Proprio l'inquietudine intrinseca al diritto, il suo essere una rappresentazione sempre in opera della giustizia è il fondamento stesso della democrazia.

Solo lo *stato di diritto democratico*, tra tutti i regimi nazionali cui l'evoluzione sociale pose capo, fu capace di risolvere i pressanti problemi strutturali della società moderna. E vi riuscì assai meglio di tutti gli altri regimi autoritari, semi-autoritari, semi-costituzionali a partire da un simultaneo accrescimento e diffusione di libertà egualitaria, collettiva e individuale. Tra i molti regimi costituzionali che si sperimentarono nel quadro della tradizione giuridica occidentale, solo la democrazia *moderna* riuscì simultaneamente a mantenere e conciliare gli acuti conflitti tra classi sociali, religioni, ideologie, interessi, autonome razionalità discorsive. Questa democrazia moderna non poggiava più sul dominio violento degli uni sugli altri, sulla sopraffazione di una maggioranza sulla minoranza, bensì su una forma peculiare e paradossale di dominio: quel dominio dei dominati che in realtà spezza il potere. Nelle rivoluzioni cruente, i conflitti di classe e i conflitti di valore si scontrano in maniera insanabile. Ma le costituzioni rendono possibile *istituzionalizzare* questi conflitti, in maniera tale da salvaguardarli nel loro antagonismo anche *dopo* la rivoluzione. In tal modo, viene conservata la loro produttività che mostra la produttività dell'antinomia cosicché, da quel momento, la lotta per ciò che è giusto può svilupparsi all'interno del diritto<sup>138</sup>.

Dalla prospettiva universalizzante kantiana della giustizia muoverà com'è noto la teoria rawlsiana<sup>139</sup>, che si pone come intermedia nei confronti dell'ideale ancora più universalizzante di una teoria del giusto (*rightness*). Anche nei moderni stati democratici di diritto può succedere che ci siano alcune infrazioni dei principi di giustizia. Rawls difende il concetto di disubbidienza civile. La disubbidienza civile naturalmente non è un atto di sovversione aggressiva, ma è un atto che è pubblico, che si richiama alla coscienza e che vuol rendere manifesta l'ingiustizia di alcune leggi. Somiglia in questo al diritto di disobbedire e di rovesciare il principe che agisca contro il diritto naturale rivendicato da Fichte nei suoi scritti sulla rivoluzione francese, scritti che evolveranno in una concezione peculiare del diritto naturale che sfugge alle critiche di Kelsen, in quanto i principi immutabili sono costruiti dalla ragione legislatrice, un po' come la teoria della teoria giuridica di Dworkin che sfugge all'accusa di giusnaturalismo pur essendo antipositivista. Egli cerca con vigore teorico un punto d'incontro tra politica e pratiche del diritto che non svilisca i diritti rendendoli

---

<sup>138</sup> Si veda su questo complesso tema filosofico Th. Kesselring, *Die Produktivität der Antinomie. Hegels Dialektik im Lichte der genetischen Erkenntnistheorie und der formalen Logik*, Frankfurt-M., Suhrkamp, 1984.

<sup>139</sup> J. Rawls, *A Theory of Justice*, Princeton 1971.

strumentali alle decisioni o alle procedure, ma li ponga al centro delle deliberazioni come intangibili estensioni degli individui stessi, prima ancora che dei cittadini. Per quanto deriva per la sovranità del diritto, e in particolare in riferimento alla prassi giudiziale, afferma nel suo ultimo volume che “a judicial decision is a political occasion”<sup>140</sup>: giudici e avvocati coinvolti nell’arena del caso in questione devono porsi il problema delle conseguenze pratiche di ogni decisione, che ha sempre una esistenza politica. Non si può svuotare la decisione giuridica delle sue conseguenze politiche, come si è visto nella lunga tradizione delle sentenze della Corte Suprema<sup>141</sup> statunitense, e come di recente si è visto a proposito della sequenza di decisioni giudiziarie in materia di fasi terminali della vita in Italia e in Europa.

Rawls afferma chiaramente che è immorale applicare alcune leggi però è anche dell’opinione che siccome la moralità deve costare qualche cosa, altrimenti non è molto credibile, è anche giusto che queste persone vengano punite; per chi pratica la disobbedienza civile dobbiamo avere il massimo rispetto; però è chiaro che poi deve accettare di pagare per la sua condotta, anche se lo scopo è di arrivare ad una abolizione di questa legge e poi magari anche all’abolizione delle pene per le persone che ad essa si sono opposte. Ma Rawls naturalmente, poiché vede il terribile pericolo che una disobbedienza civile generale possa portare all’anarchia, afferma la necessità di dimostrare la credibilità del proprio impegno attraverso dei sacrifici. Egli distingue dalla disobbedienza civile il fatto che ci si rifiuti di obbedire per ragioni di coscienza in quanto è solo passivo e non è una dimostrazione contro una qualsiasi legge per catturare l’attenzione pubblica; per esempio chi si rifiuta di ubbidire a ordini militari, perché è un pacifista. Anche qui Rawls è del parere che lo Stato deve dare dei margini per sviluppare un tale rifiuto di obbedienza per ragioni di coscienza. Varie sono le critiche che sono state rivolte all’ottimismo di questa visione<sup>142</sup>. Se noi accettiamo il principio di Rawls, che i compiti sociali dello Stato devono incominciare dalle persone che stanno peggio, allora l’assistenzialismo che si è sviluppato in molte parti dell’Occidente è immorale. Se riflettiamo sulla situazione internazionale e accettiamo che i principi di Rawls devono essere anche realizzati a un livello internazionale, è chiaro che persone che non sono vicine, ma muoiono di fame devono avere una preferenza nel trasferimento delle risorse. Questo problema non è stato elaborato da Rawls, ma da alcuni suoi allievi, e ancor oggi la scuola di *Law and development*, si occupa di questo. Alla base del principio di Rawls vi è la ricerca di qualcosa come uno stato sociale a livello internazionale anche se, come è facile prevedere, i più grandi ostacoli saranno posti da quelli che

---

<sup>140</sup> R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press (2006) , p 50.

<sup>141</sup> Si veda di recente la buona silloge curata con attenzione ai risvolti sociologici da Michael G. Trachtman, *The Supremes' Greatest Hits: The 37 Supreme Court Cases That Most Directly Affect Your Life*, Sterling Pub 2009.

<sup>142</sup> Tra gli ultimi si veda il saggio di Silvia Rodeschini, *La nozione di conflitto nella "Theory of Justice" di John Rawls. I sintomi di un universalismo acritico* in *Filosofia politica* 2, 2007, pp. 229-258.

hanno approfittato dello stato sociale a base nazionale. L'altra critica è stata mossa da esponenti del comunitarismo, che sostengono che Rawls è troppo individualista: egli appartiene alla famiglia del liberalismo; anche se è per lo stato sociale il suo punto di partenza è l'individuo razionale che cerca di massimizzare la propria felicità. I comunitaristi sostengono invece varie versioni della tesi che l'uomo possa essere felice solo se ha un'identità collettiva e non una identità individuale, se si identifica con un gruppo. Questa possibilità di identificazione con un gruppo e l'idea di un valore comunitario mancano completamente in Rawls.

La scienza politica dell'età delle rivoluzioni volle aristotelicamente sostituire un governo della legge sovrana, scolpita in nuove tavole dei diritti universalizzati, una legge e un diritto che avrebbero impedito per sempre il ristabilirsi delle monarchie e degli stati retti da uomini, illusione che suscita certo ironia facile agli albori del XXI secolo. Da questo plesso di dottrine e di aspirazioni nasce la fortuna che l'ideale dello stato di diritto ottiene nel suo traslarsi dagli stati nazionali al palcoscenico internazionale, dalle corti a giurisdizione limitata a quella ad aspirazioni universalistiche.

Per ricostruire il dibattito quale si è sviluppato negli ultimi anni sarà necessario fornire qualche cenno agli antecedenti teorici delle scuole e dei principali autori della *jurisprudence* che si trovano a dibattere sul significato del *rule of law*. Gli antecedenti più significativi sono da ritrovarsi nelle evoluzioni interne alla scuola prevalentemente americana del realismo, che nei suoi sviluppi si troverà a intersecare le linee di sviluppo del positivismo di matrice inglese e di recente anche kelseniano.

Il *Legal realism* si sviluppa eminentemente in area americana già a partire dalla fine dell'Ottocento: in particolare, un riferimento imprescindibile è Roscoe Pound (1870-1964), benché egli non impieghi ancora l'espressione "realismo giuridico". Egli distingue tra *law in action* e *law in books*: la prima corrisponde al diritto in azione, ossia al diritto come fatto, contrapposto a quello astratto delle dotte trattazioni dei libri. Pound articola bene un fenomeno americano assai diffuso a quel tempo: la rivolta contro il formalismo giuspositivistico, rivolta che negli Stati Uniti trova un ambiente particolarmente accogliente anche grazie al pragmatismo di James e di Dewey<sup>143</sup>. In una delle sue opere più importanti Pound afferma che "Il problema della legge è quello di evitare che esseri liberi interferiscano reciprocamente (...) tutti gli altri devono essere considerati come fini in sé"<sup>144</sup>. Questo era uno dei problemi del formalismo giuridico, che spesso di fatto finiva con limitare

---

<sup>143</sup> Si veda al riguardo la ricostruzione che viene fatta della genesi del realismo giuridico in Morton Horwitz, *The Transformation of American Law: 1870-1960*, Oxford University Press, New York 1992.

<sup>144</sup> R. Pound, *Law and Morals*, Chapel Hill 1926, p 97. Si veda su queste controversie N. E. H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, University Of Chicago Press; (1998).



l'altrui libertà senza un fondamento concreto a giustificare questa limitazione. Questa è anche una delle motivazioni che spingono a rifiutare il positivismo kelseniano e ad essere sospettosi nei riguardi nella concezione odierna della *rule of law as a law of rules* di Scalia, che inserisce il formalismo nell'ipostatizzazione della regola contro l'interpretazione moralmente orientata (Dworkin) o socialmente progressista (come ai tempi della corte Warren). Alle posizioni di Pound fa eco Oliver Wendell Holmes (1841-1935), il quale in una ricca serie di scritti ha reso popolare l'idea secondo la quale è inutile cercare una sofisticata definizione del diritto: secondo Holmes, diritto sono "le predizioni di ciò che i tribunali faranno". Un altro noto aforisma di Holmes è "la vita del diritto non è stata la logica, ma l'esperienza"<sup>145</sup>. Quello che Hayek apprezzava nella teoria di Holmes è la chiara esplicitazione di quella che potremmo definire la natura *orografica* della legge: essa non è mai il frutto di un sillogismo, o di un kantiano giudizio riflettente, volto a generalizzare a partire da un caso concreto e ad istituire una norma universale. La legge contiene in sé la propria capacità di essere obbedita, la propria *moral suasion*, il proprio prestigio dal suo contenere in sé la storia dello sviluppo di una nazione (o di una realtà sovra- o infra-nazionale) attraverso molti secoli.

Una figura particolarmente interessante per comprendere meglio la nozione di *rule of law* è tra i realisti quella di Jerome Frank (1889-1957). Egli radicalizza in un certo senso la posizione di Holmes asserendo che il diritto c'è solo dopo le decisioni delle corti; prima che tali decisioni vengano prese, ci sono soltanto congetture e filosofie (nel senso deteriore del termine). Questo per Frank significa anche che si può prevedere ben poco delle future decisioni delle corti (in opposizione a quanto credeva Holmes), giacché sono troppi i fattori contingenti che possono decidere sulla produzione del diritto<sup>146</sup>. In *Law and Modern Mind* (1949), la sua opera più famosa, Frank aveva tentato una definizione di diritto, affermando che per ogni situazione data il diritto è o diritto vero e proprio, cioè una decisione specifica già presa, o diritto probabile, vale a dire una congettura riguardo alla decisione futura concernente il caso specifico. Quindi, in sintesi, il diritto consta di concrete e specifiche decisioni passate e di congetture su concrete e specifiche decisioni future. L'ostinazione con la quale i giuristi continuano a definire il diritto si spiega, secondo Frank, con la volontà mistificatrice di presentare l'esperienza giuridica come certa: "Vi sono dozzine di diverse definizioni di questa parola e quasi tutte sono formulate in modo da far ritenere che il diritto sia sostanzialmente certo, definito e uniforme, quantunque le decisioni dei tribunali non lo siano. Escludendo dalle definizioni tutto ciò che è palesemente incerto e non uniforme, coloro i quali hanno definito il diritto sono riusciti a convincere loro stessi e con loro molti altri che gli elementi peculiari di incertezza sono senza significato, non essendo elementi del diritto così come definito. In

---

<sup>145</sup> O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881, p 7.

<sup>146</sup> Al riguardo si veda l'interessante J. Frank, *Are Judges Human?* in *University of Pennsylvania Law Review* 1931, pp.17-53, 233-67.

questo modo i *legal magicians* trovano appoggio in un diritto che è o può essere piuttosto stabile e rifiutano di tenere conto del fatto che l'esito delle cause è affidato al caso". Frank definisce<sup>147</sup> come *legal magic* il guardare la realtà non come essa è, ma attraverso la lente deformante delle proprie preferenze e dei propri ideali: sua funzione essenziale è occultare i fattori contingenti e determinanti incertezza nel diritto. I praticanti di quello che egli definisce il "moderno magismo" desiderano un sistema giuridico in cui ci siano relativamente pochi mutamenti. Essi vogliono credere che i loro desideri siano esauditi, così invece di dire 'questo è ciò che vorrei accadesse nelle corti' dicono 'questo è ciò che solitamente accade. La mistificazione raggiunge il suo acme spesso nella idealizzazione della figura del giudice. Il giudice tuttavia è esso stesso testimone, anzi seguendo Frank si può affermare che egli è "un testimone di un testimone". Platonicamente lo si può quindi considerare come un artista che imita una concretezza che è a sua volta imitazione della vera realtà, quindi è due volte inaffidabile e certo non ha possibilità di esigere l'oggettività per le sue valutazioni. La sua difettosa osservazione dei testimoni, dovuta a disattenzione o ad altri fattori, i suoi errori nel ricollegare quanto percepito, influenzano la sua determinazione dei fatti.

L'ambiguità del termine *diritto* deriva da una conoscenza volutamente parziale della realtà giuridica: solo la parte formale, normativa, è stabile e questa è stata ritenuta fondamentale; i fattori che pure intervengono, ma che sono caratterizzati da mutevolezza e contingenza, sono stati etichettati come irrilevanti. La critica di Frank al concetto di diritto investe anche il diritto soggettivo come una pretesa che ha già avuto successo o che presumibilmente avrà successo in quanto è altamente ipotizzabile che il suo titolare riuscirà a persuadere un giudice ad emettere un provvedimento a lui favorevole. Nella società primitiva gli individui combattevano per assicurarsi dei beni, nella società moderna tra i singoli e le loro istanze ci sono i tribunali, ma l'oggetto diretto e immediato del combattimento in tribunale è lo stesso, cioè far fare ad altri ciò che costituisce l'oggetto della pretesa.

Col realismo giuridico si perviene a concezione giudiziaria del diritto che si pone da punto di vista di quella che è stata detta la *società delle controversie*: i realisti giuridici hanno chiaramente visto una tendenza che si è concretizzata, nella misura in cui oggi il diritto è giudiziario ben più di quanto non lo fosse in tempi passati. In questi autori americani, è fortissima la polemica contro il "mito" della certezza del diritto, mito che era fondante per la coscienza giuridica europea tradizionale. Hermann Kantorowicz (1877-1940) ha acutamente messo in luce come il realismo giuridico abbia a che fare con insiemi di fatti e come per esso la giurisprudenza sia scienza non razionale, bensì empirica. Egli coniuga il sacro con la politica nel suo studio sulla sacra corporeità dei re, una corporeità immanente sempre rivestita di una immateriale e intangibile.

Nel nord Europa s'è sviluppata la cosiddetta "Scuola scandinava", in particolare a Uppsala in Norvegia: tra i suoi protagonisti, ricordiamo Axel Hägerström (1868-1939), Knut Olivecrona

---

<sup>147</sup> Nel capitolo IV di *Law and Modern Mind*, intitolato *Modern Legal Magic*.

(1817-1905) e Alf Ross (1899-1979); alle origini della scuola scandinava non sta il pragmatismo americano, bensì il neopositivismo logico e la filosofia analitica. Hart prenderà posizione sugli asserti interni elaborati da questa scuola, per darne una propria versione e differenziarsi da questa variante del positivismo.

Dworkin ha sviluppato la sua teoria del diritto come una critica serrata agli ideali del positivismo e del realismo: ha dedicato uno dei suoi primi articoli accademici<sup>148</sup> alla concezione della legge come un sistema di regole. Questa domanda prenderà diverse forme lungo le diverse fasi dell'evoluzione del suo pensiero: nei ben noti *hard cases* un giudice non deciderà secondo delle regole, ma secondo dei principi, cercando di garantire i *legal rights* degli individui che si trovano a influenzare. I diritti sono statuiti solo per legge, non sono naturali, ma sono sussistenti in quanto tali, formano il contenuto morale del diritto. N. McCormick ha definito Dworkin come un pre-benthamita, nel senso che non attribuisce valore diverso alle espressioni *legal fact* e *legal value*<sup>149</sup>. La lotta contro l'utilitarismo intrapresa da Rawls viene proseguita da Dworkin, contro l'ideale del welfare introdotta da un liberale diverso come Mill.

Secondo Finnis<sup>150</sup> qui è il cuore del fraintendimento riguardo il disaccordo tra Dworkin e i positivisti come Hart e Raz: la teoria di Dworkin è una teoria normativa del diritto, che offre una guida al giudice e al suo compito di giudicare; la loro è una teoria descrittiva, offerta agli storici per consentire una storia da scrivere che discrimini tra i diversi sistemi legali.

Una buona sintesi delle posizioni di Dworkin è l'affermazione che se fosse davvero istituita una *sovereign rule* dell'eguaglianza, questa renderebbe la libertà un concetto ancillare, aprendo la via a un totalitarismo immorale perché liberticida e autofinalizzato. Questo si può associare con la posizione dei più eminenti rappresentanti della scuola liberale, come Rawls e Hayek. Hayek nella sua opera *Il miraggio della giustizia sociale* (1976)<sup>151</sup> sin dall'introduzione dedica una particolare attenzione a Rawls, intravedendo la possibilità di un fraintendimento o di un uso strumentale della sua *Teoria della Giustizia* (1971) da poco data alle stampe. La *justice as fairness* infatti rischiava di essere considerata (come fece il teorico Daniel Bell tra altri) un supporto teorico al socialismo, e questo per alcune scelte terminologiche infelici di Rawls, come l'uso della nozione di "giustizia sociale" appunto. Tutto ciò va in controtendenza rispetto alla tendenza a includere sempre più diritti

---

<sup>148</sup> Dworkin, *The Model of rules*, in 35 Univ. Of Chicago Law Review (1967), 14-46.

<sup>149</sup> N. MacCormick, *Dworkin as a Pre-Benthamite*, 1978, riedito con il titolo *Taking the 'Rights Thesis' Seriously* in MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford 1982.

<sup>150</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980, p 21.

<sup>151</sup> L'opera è la seconda parte della trilogia intitolata *Legge, legislazione e libertà*, comprensiva summa del pensiero giuridico-metafisico dell'autore. Si vedano in particolare le pagine 185 e 306 della ed. italiana.

nel catalogo di ciò che va garantito da parte dello stato costituzionale di diritto (o dei diritti). Per Hayek scopo dello stato (e quindi fine dello stato di diritto, entrambi da scrivere in minuscolo) è l'amministrazione della giustizia tra gli uomini, mai l'amministrazione degli affari degli uomini. Il diritto amministrativo è per questi un abuso, ed in tale posizione egli si rifà e perfeziona comprensivamente quanto già teorizzato *in nuce* da Dicey. Resta comunque fondamentale la validità dei *caveat* che Dicey pronuncia nei confronti della discrezionalità. Più ampia e a maglie larghe è la discrezione, che sia conferita a un giudice o a un funzionario, maggiore è lo spazio per la soggettività e quindi per l'arbitrarietà, che è l'antitesi del *rule of law*.<sup>152</sup>

### **Forma e critica del *rule of law***

Non è senza ironia che uno degli articoli più citati riguardo alla *rule of law* in ambito angloamericano sia proprio il denso scritto di uno studioso di diritto amministrativo, Paul Craig, che ha analizzato le *Formal and Substantive Conceptions* del *rule of law* che contrappongono gli studiosi<sup>153</sup>. Egli prende posizione in favore dell'approccio sostanziale seguendo la teoria di Dworkin, e reputa perdente l'approccio positivista propugnato da Dicey e Raz e dai suoi emuli.

Tuttavia Craig si discosta dalle conclusioni di T. R. S. Allan, giuspubblicista di Cambridge che si ispira anch'egli alle teorie di Dworkin, e propende per una posizione simile a Jowell<sup>154</sup> e Laws. In particolare Jowell approfondisce i fondamenti della *judicial review*. I cittadini di una democrazia autorizzano i loro rappresentanti a fare leggi che si applicano a tutti; spetta all'esecutivo di rendere queste leggi efficaci, e nulla autorizza ordinariamente l'esecutivo ad agire in modo diverso dalla stretta osservanza di queste leggi (dico ordinariamente per riconoscere la sopravvivenza di un corpo di poteri eccezionali che si restringe progressivamente con il tempo). Il ruolo storico delle corti è stato certo di controllare gli eccessi del potere esecutivo, un ruolo che si è molto esteso negli ultimi anni per via della crescente complessità dell'azione di governo e la sempre maggior volontà del pubblico di sfidare le decisioni di governo. Il *judicial review* costituzionalmente declinato è in realtà una tecnica di superamento delle antinomie del sistema politico e istituzionale che di questi nodi conflittuali valuta, in luogo di un'improponibile costituzionalità formale, la convenzionalità. Le coordinate concettuali di queste convenzionalità sono dettate dalla stessa pluralità delle fonti che, a

---

<sup>152</sup> “Rimettere il mantenimento del diritto costituzionale nella regione della discrezionalità dei giudici è spostare le fondamenta della libertà dalla roccia alla sabbia.” Lord Shaw of Dunfermline in *Scott v Scott* [1913] AC 417, 477.

<sup>153</sup> Paul P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an analytical Framework*, Public Law 1997, 467-487.

<sup>154</sup> Jeffrey Jowell, “The Rule of Law Today” in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds), *The Changing Constitution*, 5<sup>th</sup> ed., (Oxford, 2004), pp 20-21.

seconda delle circostanze e dei punti di vista, sono tenute come *fundamental law* o come parte di essa: il legista medievale Henry de Bracton, teorizzatore della storica distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* e gli antichi *common lawyers* la individuavano nella *lex Angliae* o *the law of the land* i critici della sovranità parlamentare nell'*European Communities Act 1972* e infine diversi operatori del diritto, compreso alcuni giudici, nello *Human Rights Act 1998*.

Un interessante esperimento mentale in relazione agli approcci considerati da Craig nel suo testo sarebbe pensare a quali autori sarebbero inclusi negli schemi contrapposti di approccio formale e sostanziale al *rule of law* se l'articolo fosse scritto oggi. Si dovrebbero integrare i contributi di Marmor, Kramer, Simmonds, Bingham, ma anche i recenti contributi venuti dalla scuola di *law and development*, nonché i propugnatori di vera e propria una propaganda (nel senso etimologico del termine quando venne coniato come *de propaganda fide*) del *rule of law* come Carothers e la scuola di Stanford.

Duncan Kennedy in un suo saggio recente<sup>155</sup> introduce il vocabolario della linguistica (*langue* e *parole*) al confronto tra il sistema dominante di pensiero giuridico (*langue*), nel suo confrontarsi con le sue specifiche espressioni nazionali o regionali (*parole*).

Il diritto e il linguaggio sono simili perché sono nati senza uno scopo o un sistema di concetti di fine (*Zweckbegriffe* direbbe Kant) predefiniti, ma sono organicamente evolutivi, continuamente interpretabili e quindi orientabili secondo un contenuto che può derivare dalla morale politica della maggioranza democratica. Il problema è come impedire che questa maggioranza perverta questa fontale apertura del diritto verso miraggi di dominio e di imposizione della propria visione morale del mondo.

Nel 1976 Duncan Kennedy pubblica il suo *Form & Substance*<sup>156</sup>, testo fondante tutta una corrente di studi indirizzati contro il liberalismo e la *legal process theory*. All'epoca egli già aveva un manoscritto dedicato all'ascesa e alla caduta della *classic legal theory*<sup>157</sup>, in cui si focalizzava sulla possibilità "to shape legal rules to promote economic development", il tentativo di dar forma alla politica economica per il tramite della legge. Secondo Kennedy si possono tratteggiare tre epoche del pensiero giuridico sulla scorta di Llewellyn, 1800-70, 1850-1940 e 1900-oggi. Una simile

---

<sup>155</sup> Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds., (Cambridge, 2006); Versione precedente: *Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968*, 36 *Suffolk Univ. L. Rev.* 631 (2003)

<sup>156</sup> D. Kennedy, *Form & Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976)

<sup>157</sup> Così ne viene descritta la storia dallo stesso Kennedy: *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, unpublished manuscript, 1975; reformatted 1998, published with a new preface by the author, "Thirty Years Later" (Washington D.C.: Beard Books, 2006)

narrativa è presente in *We the people* di B. Ackerman. Kennedy indirizza i propri sforzi teorici contro l'idea che le sentenze devono considerare tra i fattori che le rendono auspicabili l'obiettivo sociale di ridurre gli sprechi, idea propria della scuola di Calabresi e Coase. Secondo Kennedy il risultato del risparmio dipende dall'originaria allocazione delle risorse. Riguardo alla concezione del diritto in quanto costituibile secondo l'ideale giuridico che andiamo indagando, Kennedy accusa la scuola del *legal process* (in particolare Fuller e Sacks) di non offrire una convincente descrizione della realtà. Tali autori partono dall'idea che sia un *core* di valori su cui la società si trova in accordo: i casi che ne fuoriescono devono essere lasciati ai legislatori (si veda per un paragone con la situazione italiana il caso di Eluana Englaro o la legge 40/2004). Kennedy sostiene che questo *core* non esiste, ma il sistema legale è un grande campo di battaglia tra individualismo e altruismo, in cui "no foot of ground is undisputed". Horwitz condivide la suddivisione delle tre ere nei principi secondo i quali è stata stabilita da Kennedy, divide nella sua opera ben nota sulla storia delle dottrine giuridiche americane<sup>158</sup> il pensiero sul diritto privato nelle due fasi di *instrumentalism* prima della guerra e *formalism* subito dopo.

Dal 1992 la *Foreword* che la *Harvard Law Review* dedica all'anno di attività della Corte suprema fu redatta da Sullivan<sup>159</sup>: dopo tale saggio riprese vigore negli Stati Uniti il dibattito sulla liceità di traslare valori soggettivi in leggi ad opera dei giudici, in particolare i nove *Justices* della Corte suprema. Il problema si situa all'incrocio tra due diverse sfere del potere: in primo luogo l'ambito del legislativo, che per taluni si situa fuori dall'ambito del giuridico in quanto sfera della produzione del diritto, nel delicato movimento politico-teorico di generalizzare le istanze delle diverse parti sociali in un testo che contenga delle regole universali (su questo si dovrà ritornare). Quindi a seguire l'ambito delle applicazioni delle leggi ai casi concreti, riproducendo i due movimenti analitico e sintetico enucleati tra gli altri da Kant nella sua *Critica del giudizio*. Alcuni autori sono scettici sulla capacità delle regole di contenere le scelte di valore, mentre credono che alcuni concetti comuni possano contenere le decisioni giudiziarie.

La prospettiva problematica si allarga sino all'inclusione della filosofia del linguaggio e le differenti teorie sociologiche del diritto: in particolare si può parlare di un vero e proprio *rules-versus-*

---

<sup>158</sup> Morton Horwitz, *The Transformation of American Law: 1870-1960*, Oxford University Press, New York 1992.

<sup>159</sup> Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term. Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 *Harvard Law Review* 22-123 (1992).

*standards debate*: in tale contesa vanno analizzate le differenti prospettive di M. J. Radin, Scalia, Schauer, Postema<sup>160</sup>.

Schauer a dedicato vari saggi importanti alle definizioni terminologiche giuridiche, in particolare alle *rules*, dedicando un testo al gioco delle regole. In questo testo leggiamo: “What is the rule of law, it can be said, if not the rule of rules? The phrase ‘the rule of law’ however, trades on an ambiguity in the meaning of the word ‘rule’. In the sense that we have rulers who rule their subjects, ‘rule’ bears its closest affinity with ‘reign’ or ‘control’ (...) And if ‘the rule of law’ designates only a system of organized authority, then systems could exist under the rule of law but still employ modes of decision-making that were not substantially rule-based.”<sup>161</sup> L’ambiguità fondante del concetto di rule of law è il confondere l’imperio con il controllo basato su regole di condotta: tale ambiguità consente di essere funzionalmente fruibile da volontà politiche opposte.

Secondo Endicott si può dare una definizione di quella che per Schauer è la *Ruleness*:, cioè la capacità di essere norma: “a rule’s capacity to demand different behaviour from the behaviour required by the rule’s justification.”<sup>162</sup>.

Si può muovere da questo saggio per considerare quali siano i problemi peculiari connessi con l’utilizzo del termine “*rule*”, ambiguità non implicate del concetto di “*Rechtstaat*” e dai concetti germani in altre lingue continentali, meno incentrati sulla dinamica dell’esecuzione di un comando dettato dalla legge, più incentrati sulla statica del sistema giuridico, dell’equilibrio e della reciproca determinazione e limitazione dei poteri come un qualcosa di programmato da una costituzione scritta. Il problema che emerge dalla trattazione della *ruleness* fatta da un costituzionalista come Schauer è proprio sullo sfondo: in ordinamenti a costituzione rigida e lunga, come l’Italia e la Germania, appaiono fondanti i problemi legati alla staticità del sistema, alla sua resistenza ad eccezioni sempre possibili. In un sistema basato sulla produzione di norme ad opere del giudiziario (o sulla definizione di diritti, secondo l’interpretazione di Dworkin), l’accento è posto sul potere della legge intesa come precedente di determinare un dinamica successiva. E’ forse questa una ambiguità necessaria nel sistema della *common law* (ed è facile comprendere che la *common law* completerà presto il suo dominio sul mondo).

Nella necessità di dover dare un chiarimento di che cosa renda una norma tale ci incontriamo con il problema della vaghezza, che viene così definita: “Vagueness should not be confused with

---

<sup>160</sup> Margaret Jane Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 Boston U.L. Review 1989, 781; A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175; Frederick Schauer, *Rules and the Rule of Law*, 14 Harv. J. L. & Pub. Policy 645 (1991); Gerald J. Postema, *Positivism, I Presume...Comments on Schauer's Rules and the Rule of Law*, 14 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 797 (1991)

<sup>161</sup> F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford 1991, p 167

<sup>162</sup> Timothy Endicott, *Vagueness in Law*, Clarendon Press, Oxford 2000, p 18

ambiguity. Ambiguity is, normally, a deficiency in law making. If the law prescribes that you ought to do j, but j can either mean x or y, then it is, indeed, not clear what is it that you should do. To be more precise, there are two types of ambiguity: one word can mean two different things, like 'bank', for example, which can either mean a financial institution or river bank. This is rarely a practical problem since we can normally disambiguate according to the context of the expression. More frequently in the legal context, we face ambiguities that derive from the fact that a certain concept-word has both a narrow and a wide meaning, and it is often difficult to determine which one is meant. For example, the word 'drug' can either mean, in its wider sense, any type of chemical substance that purports to have medical use, or it can mean, in the narrow colloquial sense, hallucinatory drugs. An nice example of such ambiguity in the legal context is the famous case of *Rector, Holy Trinity Church v. US*, 143 US 457 (1892)."<sup>163</sup> La tesi di Schauer è che anche ammettendo che il significato sia indipendente dal suo contesto immediato non si può giungere ad affermare che esso sia del tutto autonomo.

Kennedy nel suo saggio su Blackstone<sup>164</sup> sviluppa ancora il contrasto tra individualismo ed altruismo, giungendo ad accusare tutta la costruzione moderna del *common law* di essere in realtà solo la tutela di alcuni interessi e atteggiamenti, confluiti nella costruzione sociale borghese, come fece Menger<sup>165</sup> nei confronti ideale regolativo del buon padre di famiglia nella società tedesca del secolo scorso, quale era stata codificata dal diritto borghese. Questo attacco "da sinistra" nei confronti del *rule of law* è complementare nei confronti della mal considerazione che ne ebbe Kelsen e dell'ironia che vi faceva Schmitt e i suoi seguaci dopo di lui: mal tollerato appare tale primato dei tutori del diritto (in genere sono i giudici, ma non sempre e non solo) da parte dei sostenitori del primato della politica. In questo Kennedy ha una certa prossimità, paradossale, anche con Scalia, che rimanda ogni tipo di decisione di politica del diritto all'arena politica legislativa e a questa soltanto. Riducendo il governo della legge a una legge di regole, per parafrasare in una forma italiana l'espressione *rule of law as a law of rules*, volutamente mettendo tra parentesi quella che potrebbe essere l'intenzione originaria dei proponenti e dei sostenitori di questo sintagma.

La problematica metafisica del rapporto tra l'ordine del linguaggio e quello del diritto è stata richiamata da Hayek, in connessione con la sua concezione del diritto come sistema aperto per provvedere i mezzi per gli scopi più diversi, virtualmente per un numero illimitato di scopi. Il cosmo generativo del diritto non può per questo mai essere ridotto ad una tassonomia. La

---

<sup>163</sup> Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, cit., cap 2.

<sup>164</sup> Duncan Kennedy, 'The Structure of Blackstone's Commentaries' (1979) 28 *Buffalo Law Review* 205

<sup>165</sup> A. Menger, *Il Diritto civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un codice civile per l'Impero germanico* (1890) tr. it. di G. Oberosler, Bocca editore 1894.



concezione tassonomica del diritto è timida del positivismo *à la Raz*, considerato insufficiente da Dworkin anche nell'ultima sua opera *Justice in Robes*<sup>166</sup>. Dworkin distingue quattro concetti di diritto: dottrinale, sociologico, tassonomico e aspirazionale. La concezione aspirazionale del diritto è quella che dà ragione del *rule of law* come ideale di legalità. E' un concetto "*essentially contested*" come più volte ribadisce Waldron nei suoi recenti contributi<sup>167</sup>: egli costruisce il suo concetto di *rule of law* (ROL) in connessione con il vero e proprio concetto di legge (COL). La sua ricostruzione e proposta teorica si costituisce giocando sull'antecedenza del concetto di legge sul governo della legge, su cosa consenta cosa tra le due. Franco Viola sembra quasi prendere posizione dinanzi alle affermazioni di Waldron, anche se non esplicitamente<sup>168</sup>. Vi è una stretta connessione tra la possibilità di avere dei concetti e la loro funzionalità: è un ruolo che Andrei Marmor<sup>169</sup> analizza mostrando come la funzionalizzazione dei concetti giuridici non sia mai un ostacolo alla possibilità del contenuto morale degli stessi. Per quanto concerne uno degli elementi discriminanti tra diritto e morale, cioè la nozione di diritti, fondamentali o meno, cui già si faceva cenno, Marmor assume quella che definisce una concezione "newtoniana" dei diritti: è l'idea che ogni diritto si muova liberamente in uno spazio morale vuoto, fino a che non incontra il limite esterno derivante dalla collisione con un altro diritto. L'ambito giuridico di estensione delle immunità non è mai illimitato, ma è esattamente quello che risulta da un bilanciamento tra l'interesse che giustifica l'attribuzione di un'immunità e l'interesse che giustifica i diritti concorrenti. E' questa un'altra conseguenza della sua peculiare versione del positivismo, che include una considerazione del rapporto tra interpretazione e teoria legale: in questo la sua posizione è confrontabile con quella di Dworkin, anche se le sue conclusioni sono ben diverse, in rapporto al rapporto tra i giudici e la teoria del diritto.

La distanza e l'incomunicabilità fra giuspositivismo e giusnaturalismo sono assai diminuite negli ultimi decenni. Non vi è solo un ampio consenso sulla positività del diritto ma vi è anche una crescente comunanza di strumenti analitici. Almeno la corrente più importante del giusnaturalismo contemporaneo, la cosiddetta dottrina neoclassica del diritto naturale, rappresentata nel vasto mondo da Finnis, e in Italia dall'ermeneutica neo-tomista di Viola<sup>170</sup>, nonché, forse, dal

---

<sup>166</sup> Si veda quanto viene affermato nella Introduzione a *Justice in Robes*, cit., pp. 4-5.

<sup>167</sup> Si vedano in particolare il saggio giuridico-politico J. Waldron, "Is the Rule of Law an essentially Contested Concept (in Florida)?," 21 *Law and Philosophy* 137 (2002) e il testo più teoretico Jeremy Waldron, *The Concept and the Rule of Law* (September 24, 2008). *Georgia Law Review*, Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-50. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1273005>.

<sup>168</sup> F. Viola, *Il «Rule of Law» e il concetto di diritto*, in *Ragion Pratica* 30 2008, pp. 151-168.

<sup>169</sup> Andrei Marmor, *The Rule of Law and its Limits*, in *Law and Philosophy* 23: 1-43, 2004.

<sup>170</sup> F. Viola, *Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo*, in "Ragion pratica", 1, 1993, pp. 61-80.

giusnaturalismo di Celano<sup>171</sup>, si serve in gran parte degli stessi strumenti analitici impiegati dagli analisti giuspositivisti: sicché la discussione fra positivismo giuridico e giusnaturalismo, oggi, non è più quel dialogo fra sordi che è stata spesso in passato. Nessun positivista sosterebbe più, senza ulteriori precisazioni, l'esistenza di un obbligo morale di obbedire al diritto: proprio come nessun giusnaturalista, per converso, sosterebbe più, sempre senza ulteriori precisazioni, che il diritto ingiusto o immorale non sia realmente diritto.

In un tale quadro teorico rinnovato e reso più composito, si può tuttavia continuare ad individuare una concezione formalistica del *rule of law*: in essa la legalità è garantita se si fa in modo di obbligare gli *officials* a operare secondo prescrizioni generali prestabilite e previste dalle norme. E' quindi fondamentale che il concetto dottrinale e quello aspirazionale siano definiti correttamente, mentre si percepisce una certa irrilevanza di questa definizione in una concezione sociologica o tassonomica del concetto di legge.

Pound in un articolo del 1917 sulla *Harvard law review* stigmatizza il formalismo individualista del *Classic Law Theory* (CLT) romanizzante e incentrato sull'individuo mentre la *common law* è più organica, incentrata sulle relazioni (come marito-moglie, padrone-servo, padre-figlio) e quindi più reale e umana. Savigny formalisticamente deriva il diritto privato tutto da *right and will*, fornendo la base per il concettualismo che ancora gode di un certo prestigio presso i giudici e anche presso alcuni teorici, e che forse andrebbe indagato di più sulle proprie motivazioni.

In Palestina ai tempi del mandato britannico i giuristi influenzati da Ehrlich e da Savigny svilupparono una legge ebraica secolare, prima individualista e poi sociale, andata fuori moda quando lo stato ebraico nacque con una idea forte di politiche sociali<sup>172</sup>.

Tutte le nazioni scoprirono la stessa cosa quando si trovarono a confrontarsi con il problema del perché del diritto, cioè scoprirono la sua essenziale natura sociale. Secondo Kennedy questo si può spiegare con un confronto con la similitudine dell'ordine attuato dal sesso dominante.

### **Verso un paradigma dello stato di diritto**

L'idea di diritto come produzione sociale sembra un tentativo teorico strutturato di trovare una via di mezzo tra le scuole oggi prevalenti: tali tentativi di trovare una via media si moltiplicano,

---

<sup>171</sup> B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto* 2004, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 53-74.

<sup>172</sup> Si veda l'interessante contributo di Likhovski in *Am. Jour. Comp. Law* 1998.

propagando la ricerca di una concezione del rapporto tra concetto e contenuto del diritto che sia accettabile da studiosi di orientamento opposto e soprattutto dagli *officials* e in particolare dai giudici dei diversi livelli. Tale via media oscilla tra il neocostituzionalismo, le varie versioni di positivismo inclusivo, l'etica costituzionale condivisa, le concezioni dei diritti fondamentali, la rinuncia agli ideali erculei di Dworkin, i richiami al diritto come gioco arbitrale di Hart. Vi è anche chi auspica un ritorno allo stile politico-giuridico di Dicey e a al pre-positivismo di Austin<sup>173</sup> in un certo senso. Negli anni più recenti di si è tornato a discutere di diritto dei popoli a seguito dell'ultima opera di Rawls: sempre muovendo da Rawls Viola<sup>174</sup> ha elaborato una ricostruzione interpretativa del diritto e del *rule of law*. Con le dovute differenze vi si trova a convenire Santoro<sup>175</sup>, determinando uno degli assi della riflessione italiana sul tema dello stato di diritto. Aggiungeremmo che anche la produzione di Bryce potrebbe giocare un ruolo, seguendo le intuizioni costituzionali di Pace contro il formalismo raffinato e sistematico di Ferrajoli. Bryce<sup>176</sup> utilizzava, per designare il suo ideale di impero, le formule “*international power*” e “*European Commonwealth*”<sup>177</sup>. Alcuni anni dopo, Bryce definirà *American Commonwealth* gli Stati Uniti d'America. Secondo E. J. Evans<sup>178</sup> è solo dopo la pace di Westfalia, con la dieta del 1653-54 che vennero deliberati nuovi organismi costituzionali, che segnavano un'impero diviso. In senso analogo, Bryce<sup>179</sup> ha rilevato che il Sacro romano impero aveva una costituzione flessibile, mentre le federazioni, inclusa quella germanica del 1876, richiedono costituzioni rigide. In Europa manca ancora il potere costituente Burke esalta lo stratificarsi della *common law* contro al preteso totalitarismo della volontà politica che vuole legiferare sull'intero della comunità statale. La tradizione si mostra più rispettosa e meditata della pretesa democratica e del totalitarismo parlamentare. Si veda al riguardo quanto affermano in più luoghi autori controversi come Schmitt e De Maistre, simili in questo allo scetticismo di Kelsen e di Kramer.

Lo Stato, seguendo la lezione di Schmitt, è nella modernità lo spazio indispensabile per la pacificazione di una comunità, quell'ambito del “politico” che permette la gestione dei conflitti senza che questi sfocino in una lotta (come succede invece con lo spazio esterno dei nemici). Per adempiere questa funzione lo stato si è separato dalla società, e la sua separazione e dialettica con la

---

<sup>173</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, trad. it. a cura di M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 1995

<sup>174</sup> F. Viola, *Rawls e il Rule of Law*, in «Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto», n. 4, a cura di A. Punzi, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 179-210.

<sup>175</sup> E. Santoro, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Giappichelli 2008.

<sup>176</sup> James Bryce è stato autore di opere fondamentali come *The American Commonwealth* (1888), *Studies in History and Jurisprudence* (1901) e *Modern Democracies* (1921).

<sup>177</sup> *The Holy Roman Empire*, London, MacMillan, 1873, p. 120 e 394

<sup>178</sup> E.J. Evans, *The Making of the Habsburg Monarchy. An Interpretation*, 1979, tr. it. *Felix Austria. L'ascesa della monarchia asburgica*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 357.

<sup>179</sup> J. Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions* (1901), tr. it., *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 52,

società è necessaria ad evitare il totalitarismo, brillantemente definito da Böckenförde<sup>180</sup> come l'identificazione del politico con la società, e a difendere i diritti degli individui. Ma allo stesso tempo il fatto che la società non possa organizzarsi da sola attorno a questa funzione pacificatrice rende a sua volta necessario lo Stato.

Nel secondo dopoguerra Schmitt ricorda come si pensasse al diritto come una possibile rifondazione dopo la catastrofe europea<sup>181</sup>. A differenza degli USA con il loro eccezionalismo e dell'eccezione insulare dell'Inghilterra, alla cultura europea continentale è connaturato l'universalismo. Questo lo notava già il maestro di Schmitt, Weber.

Il diritto europeo è figlio del *common law* e del diritto romano, nonché delle ambizioni umanitariste dei codici rivoluzionari, che forse però si mostrano sempre più come una parentesi, pur bisecolare, che come la regola. Il diritto vivente è diventato non a caso un lemma ricorrente nel diritto e nella sua filosofia, e si mostra sempre più come una ragione a favore delle ricostruzioni schmittiane<sup>182</sup>.

In particolare è proprio della modernità di Rousseau e concretamente della storia costituzionale statunitense il porre la validità normativa e l'autorità politica della legge nel suo essere frutto della volontà popolare. Contro la *Stufenbautheorie*, la dottrina kelseniana dei livelli di legislazione che risalgono fino alla fonte primaria, nella modernità onnipoliticizzante solo la legge democratica è da ultimo politicamente legittimata, non la legge dedotta. L'idea di governo della legge subisce una modifica fondamentale: perché vi sia il governo della legge e non quello volubile degli uomini non è più sufficiente che i diritti fondamentali dei cittadini siano sottratti all'arbitrio del potere legislativo per il tramite di una costituzione quale che sia, ma devono essere visti come derivanti dalla volontà popolare rinnovantesi nei parlamenti. *Nihil sub sole novi*: la libertà secondo Montesquieu è in primo luogo l'assenza di timore, la contezza dell'incatenamento del potere panico e diffuso in una gerarchia ordinata, evoluzione ed addomesticamento del potere del Leviathan.

Il fulcro dello stato di diritto è l'imperativo che coinvolge tutti gli organi che esercitano un pubblico potere: tali organi sono tenuti ad agire conformemente alla legge: tale legge viene intesa, ovviamente, come diritto oggettivo, e dunque nel divieto dell'esercizio non discrezionale, ma arbitrario del potere, qualora si intenda per esercizio arbitrario un atto compiuto in base ad un

---

<sup>180</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di Geminello Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.

<sup>181</sup> *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-44) fu una conferenza pronunciata da Schmitt in molti paesi alleati del nazismo sul finire della seconda guerra mondiale. Come è stato notato si tratta di un contributo alquanto anomalo, in tali momenti drammatici, e anche per via della peculiare condizione di Schmitt, spesso analizzata da giornali e riviste ben più approfonditamente dei nessi interni alla sua opera. Sin dal 1936 egli era di fatto un isolato, che passò ad interessarsi di diritto internazionale in luogo del diritto pubblico, con paradossale somiglianza al suo ex amico Kelsen.

<sup>182</sup> E. Resta, *Il diritto vivente*, 2008

giudizio esclusivamente personale della situazione. Tale imperativo è universale e categorico, quasi una concretizzazione giuridica del ben noto imperativo kantiano. Non è un caso che nella ricostruzione genealogica operata da Heuschling si muova dalla teorizzazione dello stato di diritto da parte di Placidus. Essa avviene non casualmente in una temperie kantiana, e in tale temperie si rivolge alla nascente sistematizzazione del diritto civile frutto della rivoluzione e dell'emancipazione dello stato nazione dalle entità che avevano una pretesa sovranazionale. Il costituirsi di tali stati però da subito spingeva Kant a considerarli come uno stadio transeunte sul cammino di quella *Cosmopolis* che Toulmin ottimisticamente vedeva realizzarsi negli anni 80 del secolo scorso. Tale movimento del mondo che si voleva cosmopolizzato si ripropone oggi in quella che potremmo definire per vari aspetti una seconda temperie aspirazionale kantiana, è tale è in particolare quella che ci troviamo a vivere negli ultimi due decenni in maniera accelerata.

Habermas mette in luce, contro una prospettiva *realmente* moraleggiante, proprio la qualità *giuridica* e non *puramente* morale del progetto cosmopolitico kantiano. Tra le diverse proposte tese alla costruzione di un *ethos* per i rapporti internazionali, in effetti, il progetto neokantiano sostenuto da Habermas si situa a metà tra i due poli ai quali viene di volta in volta opposto, facendo valere da un lato, attraverso la sua proposta di una pace *legale* (la *peace through law* di Hans Kelsen, a cui Habermas si richiama esplicitamente ed implicitamente), l'idea del diritto come portatore di libertà contro la prospettiva neo-hobbesiana di Schmitt più di recente dei marxisti come Mattei e degli scettici come Dyzenhaus. D'altro lato Habermas, pur garantendo questa stessa libertà, enfatizza la necessità di andare oltre la prospettiva di una pace unilateralmente imposta a partire da una convinzione morale. Ciò può essere fatto, a parere di Habermas, solo attraverso un consapevole recupero della proposta kantiana, che si caratterizza per la tendenza al superamento del tradizionale *ius gentium* in direzione di una costituzionalizzazione di quella vera e propria "condizione cosmopolitica", quasi un nuovo stadio dell'umanità in una apocalissi secolare individuata e preconizzata da Kant in *Per la pace perpetua*. Di tale esigenza di costituzionalizzazione si darà conto in seguito, discutendo alcune delle implicazioni necessarie e configgenti dell'interazione tra costituzionalismi e teoria dello stato di diritto. I costituzionalismi nascono infatti come sforzo di limitare i poteri bilanciandoli, mentre la supremazia del diritto si configura sempre come primazia del legislatore o del potere giudiziario a seconda del contesto o del momento storico.

Riprendendo le critiche di Hart ad Austin, Viola rielabora la concezione di diritto necessariamente connessa all'ideale regolativo dello stato di diritto: "Definire, ad esempio, il diritto come quell'insieme dei comandi del sovrano che ricevono un'obbedienza abituale (Austin) vuoi dire eliminare dal suo concetto la pretesa di fornire ragioni per l'azione. Anche gli schiavi obbediscono

ai comandi dei padroni e di solito lo fanno in modo abituale.”<sup>183</sup> La libertà giuridica è solo un aspetto della libertà umana e consiste nell'essere soggetti solo alle norme giuridiche ufficiali e non già all'arbitrio dei pubblici funzionari.

Il problema della limitazione del potere si delinea come fondante di ogni costituzionalismo, in modo speciale nelle sue teorie più sviluppate.

Il noto teorema di Böckenförde afferma che le moderne società liberali e democratiche vivono di presupposti (etici) che non sono in grado di garantire e alimentare da sole e per questo la religione non può che “tornare in pubblico”, trasmettendo valori e motivazioni al vissuto quotidiano, al “patriottismo” nel quale Hegel riconosceva il sentimento politico fondamentale<sup>184</sup>.

“Il diritto tutela la possibilità dell'agire morale nella vita sociale. Senza questo presupposto il diritto stesso perde la sua specificità rispetto agli altri metodi di controllo sociale.”<sup>185</sup> Nella più recente letteratura sul tema dello stato di diritto Santoro<sup>186</sup> nota che Raz sembra somigliare in questo a Kant: la tutela dell'autonomia come facoltà di scegliere è diversa dalla tutela delle scelte compiute dopo averne avuto la possibilità.

### **Morale e diritto: *Human flourishing e rule of law***

Il filosofo Lon Fuller propose negli anni cinquanta la nozione di una legge plasmante, inclusiva di una moralità efficace che dà forma al diritto in modo da consentire agli individui di progettare la propria vita secondo i loro fini. Reagiva alla concezione positivista dei giudici della corte suprema Oliver Wendell Holmes e Learned Hand: essi ritenevano che il diritto non fosse altro che la previsione di ciò che le corti decideranno. Da una critica rispettosa a Learned Hand prese il via la originale teorizzazione di Dworkin, che poi lo portò ad opporre alle teorie semantiche del diritto (cioè alle diverse versioni del positivismo), al convenzionalismo e al pragmatismo, la sua concezione del diritto come integrità. Crediamo che le due versioni della teoria del diritto proposte

---

<sup>183</sup> Francesco Viola, Il «Rule of Law» e il concetto di diritto, in *Ragion Pratica* 30 2008. pp. 151-168, p 153

<sup>184</sup> Un recente volume di G. Zagrebelsky ha richiamato ancora una volta l'attenzione sul problema dei rapporti tra Stato e Chiesa; questo rapporto si basa sempre sul problema del regresso giustificativo e del suo termine. In particolare, lo Stato, e quindi il diritto, si giustifica da solo? Afferma al riguardo *Civiltà Cattolica* che la norma giuridica sconnessa dal suo rapporto dialettico con la morale si riduce a una «norma a una dimensione», ossia all'onnipotenza del potere e a nuove forme di totalitarismo: è pertanto indispensabile un dialogo tra le istituzioni civili e quelle portatrici di riflessione etica, *in primis* le Chiese cristiane. Soltanto nell'ascolto reciproco il bene della persona, che tutti proclamano primario, sarà adeguatamente onorato. Si veda al riguardo: Ottavio De Bertolis S.I., *Etica, religione e diritto secondo G. Zagrebelsky*, in *La Civiltà Cattolica* 2009 IV quaderno 3823 pp. 54-63.

<sup>185</sup> *Ibidem*

<sup>186</sup> Santoro 2008, p 106

da Fuller e Dworkin<sup>187</sup> abbiano una radice comune in questo loro opporsi ad una concezione previsionale del diritto, che poi divenne anche caratteristica della pretesa ma tematizzazione del calcolo sociale operata dalla scuola di Coase, Calabresi e Posner. Secondo la teoria di Posner<sup>188</sup> il pragmatismo giuridico richiede che il giurista e il giudice in particolare sia informato a una razionalità strumentale, una razionalità che riesca a ordinare i mezzi al fine. In altri termini, il giudice deve emettere le sentenze seguendo criteri di efficienza (economica) e ragionevolezza e deve assumere, nei confronti dei problemi giuridici, un atteggiamento che tenga conto che, come sostenne O. W. Holmes, la vita del diritto non è la logica, ma l'esperienza (per Posner 'logica' equivale a 'formalismo', mentre invece 'esperienza' sta per 'pratica'). La critica che Posner muove a Hayek è di essere un 'formalista': quando il giudice rileva una lacuna nell'ordinamento giuridico questi, secondo Hayek (letto da Posner), deve colmarla mediante l'implementazione della consuetudine, tenendo un ruolo puramente passivo. È il giudice a dover decidere quali sono le consuetudini da implementare, e quali di esse debbano implementate, secondo criteri di imparzialità che prescindano dagli effetti di essa. Tuttavia, sostiene Posner, "quando Hayek scrive contro la produzione normativa da parte del potere legislativo o dei giudici, ogni percezione delle esternalità o di altre fonti di malfunzionamento del mercato è preclusa"<sup>189</sup>, come accade nel caso dell'inquinamento o della formazione di monopoli.

Uno snodo fondamentale della possibilità di relazionarsi con il concetto di *rule of law* è quello dei rapporti tra il suddetto *rule of law* e il concetto di giustizia. Intorno a questo tema ruota il dibattito tra Hart e Fuller, ma esso non può essere adeguatamente affrontato se prima non si chiariscono i rapporti del *rule of law* con il concetto di diritto così come abbiamo cercato di fare. In realtà tra Hart e Fuller il vero nodo del dissenso riguarda proprio il concetto di diritto. Si legga lo stesso Hart: "First, in the absence of an expressed constitutional or legal provision, it could not follow from the mere fact that a rule violated standards of morality that it was not a rule of law; and, conversely, it could not follow from the mere fact that a rule was morally desirable that it was a rule of law."<sup>190</sup>

Il dissenso tra il giurista inglese e quello Americano riguarda non solo la nozione diritto, ma la stessa nozione di regola in generale, che per Hart è l'unica versione del termine *rule* realmente rilevante dal punto di vista giuridico. Non è un caso che l'inclusione della moralità tra i contenuti possibili delle norme porti Fuller invece a cercare di delineare le otto caratteristiche che il *rule of law* come ideale deve possedere.

---

<sup>187</sup> Sulla contrapposizione di Fuller e Dworkin al positivismo si veda il contributo di A. Schiavello, *La crisi del positivismo giuridico: l' "anti-giuspositivismo" di Lon Fuller e Ronald Dworkin*, Introduzione a A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005.

<sup>188</sup> Richard A. Posner *Law, Pragmatism and Democracy* Harvard University Press, Cambridge (MA) 2003.

<sup>189</sup> Ivi, p. 278.

<sup>190</sup> H. L. A. Hart, *Positivism and the separation of Law and Morals*, Harvard L. R. 71, 1958, pp. 593-629, p. 599

Seguendo la concezione di Fuller si può connettere una nozione forte di legge e giustizia con le teorie morali che sono incentrate sulla nozione di *human flourishing*. La fioritura umana come soggettivazione dell'idea di progresso e sua interpolazione con la dottrina della evoluzione psichica è uno dei punti di dibattito della filosofia contemporanea, dai comunitaristi a filosofi politici di altro orientamento. Tale concezione è stata di recente rivisitata da Taylor, certo influenzato nella sua analisi da Hegel, il cui sistema ha preso come punto di partenza per sviluppare una teoria della evoluzione storicista della nozione di soggettività e di recente un corposo saggio sulla genesi del fenomeno della secolarizzazione<sup>191</sup>.

Il problema, riteniamo, non è se la legge debba relazionarsi ad una morale o esprimerla, ma *come* vi si debba relazionare ed eventualmente come la debba esprimere. Quindi si potrebbe giungere al problema politico di fondo, cioè a quale teoria politica di giustizia e quindi in ultima analisi quale morale la legge debba esprimere.

Il positivismo giuridico sostiene, come è noto, che l'individuazione del diritto dipende da determinati fatti sociali (*social thesis*). Si possono individuare tre versioni del giuspositivismo che propongono tre interpretazioni diverse di questa tesi. La prima versione, può essere denominata, seguendo la *analytical jurisprudence* contemporanea, positivismo giuridico esclusivo. Essa prospetta un'interpretazione particolarmente rigorosa e stringente della *social thesis*, in base alla quale il valore morale di una norma non può in nessun caso essere considerato un criterio per l'identificazione del diritto. Più precisamente, Joseph Raz, principale rappresentante di questa versione del giuspositivismo, accoglie una concezione della identificazione del diritto, da lui chiamata *sources thesis*, secondo la quale una teoria del diritto è accettabile solo se i criteri da essa proposti per identificare il contenuto del diritto e per determinare la sua esistenza riposano esclusivamente su fatti relativi al comportamento umano suscettibili di essere descritti in modo avalutativo e solo se, inoltre, i suddetti criteri vengono applicati senza bisogno di ricorrere ad un argomento morale.

Le restanti due versioni del giuspositivismo post-hartiano sono accomunate dalla convinzione che la corretta interpretazione della *social thesis* richiede una distinzione concettuale tra due livelli di discorso. Il primo livello riguarda l'individuazione dei criteri per l'identificazione del diritto: quali siano i criteri per l'identificazione del diritto dipende, effettivamente, da fatti sociali suscettibili di essere descritti in modo avalutativo. Il secondo livello impone che si compia una riflessione sul contenuto dei criteri di riconoscimento. Per entrambe le versioni del positivismo giuridico che si contrappongono al positivismo giuridico esclusivo, è possibile, non necessario, come sostiene il giusnaturalismo, che, di fatto, alcuni di questi criteri di identificazione – che sono criteri di

---

<sup>191</sup> Charles Taylor, *A Secular Age*, Harvard University Press, 2007.



identificazione soltanto perché convenzionalmente accettati – consistano nel soddisfacimento di certe esigenze morali. Le due versioni in questione del positivismo giuridico si distinguono per il diverso grado di radicalità nel sostenere questa interpretazione della *social thesis*.

I requisiti che Lon Fuller considera requisiti morali del diritto per Raz divengono funzionali. Nel suo ben noto contributo viene sviluppata una nozione qualitativa e formale della nozione, cioè il *rule of law* nella sua concezione sta al diritto come la qualità di essere affilata ad una lama. Da Fuller la nozione di un *rule of law* plasmante, dotata di una coloritura efficace che informi il diritto in modo da consentire agli individui di progettare la propria vita. In questo senso si può connettere una nozione forte di *rule of law* con le teorie morali che sono incentrate sulla nozione di *human flourishing*. Tale concezione è stata di recente rivisitata da Taylor, un filosofo profondamente influenzato da Hegel, il cui sistema ha preso come punto di partenza per sviluppare una teoria della soggettività e di recente un corposo saggio sulla secolarizzazione. La secolarizzazione di certe dottrine teologiche è la base spesso taciuta di molti dibattiti della *jurisprudence* contemporanea, che come già sia è accennato in alcuni sensi (secondo quanto afferma Hayek, forse seguendo in questo Wittgenstein) sono fondati su antichi equivoci semantici, come quello che contrappone giuspositivismo a giusnaturalismo.

Se la morale giuridica è neutrale verso una classe di questioni etiche non può però essere neutrale nei confronti di una concezione dell'uomo, nei confronti della scelta di una antropologia. Questo tra l'altro introduce i dibattiti su fine e inizio vita come parte del substrato etico-antropologico di una concezione del *rule of law* che non può in realtà mai essere avulsa dalla teorizzazione morale se non con una opzione formalistica che ha mostrato i suoi limiti anche nei suoi più eminenti portabandiera. Questo ha aperto la strada all'ermeneutica dworkiniana e alla semidivinizzazione erculeo del giudice, trasformato da bocca della legge a titano paralegislatore. Questo però finisce con il trasformare il decisore in elaboratore di nozioni morali condivisibili, un ruolo sempre più politico del giudicante che viene così a trovarsi delegato tanto di scelte politiche che di discernere la moralità che orienta la maggior parte dei membri di una società. Di qui il passo all'elezione dei magistrati, intesi come custodi del diritto, il passo sembra essere breve, e forse non auspicabile.

Nella mentalità del positivismo giuridico, secondo cui il diritto è totalmente svincolato dalla morale, la legge non ha nessuna funzione pedagogica, non veicola principi morali ma manifesta soltanto la volontà del legislatore.

Non esiste la società neutrale, la società che nelle sue leggi non si ispira a una dottrina o a una morale. Hanno rilevato alcuni autori non sospetti come i teorici della scuola di Francoforte che

tutti gli Stati in realtà si ispirano a un complesso di principi: l'Europa medievale al Cristianesimo, l'Unione Sovietica al marxismo, la Francia giacobina all'illuminismo e così via. La società relativista, che si vanta di non avere alcun principio, in verità si ispira anch'essa a un principio: quello secondo cui non esiste una morale superiore allo Stato, e dunque morale per definizione è tutto ciò che lo Stato comanda. L'ideale del pluralismo ideologico e del relativismo non sopprime soltanto la verità, ma anche la libertà: se al di sopra dello Stato non c'è una morale, non ci sono limiti al potere dello Stato. Il problema, dunque, non è se la legge debba esprimere una morale, ma quale morale la legge debba esprimere. È lecito allora, anzi doveroso, battersi perché la legge non abbia a contenere un complesso di errori giuridici pronti a trasformarsi in orrori storici, ma esprima la verità naturale e cristiana.

Di recente un pronunciamento di Benedetto XVI ha portato ad una certa sorpresa da parte di molti giuristi e studiosi di scienza politica: l'affermazione forte dell'esigenza di una Autorità per il governo dell'economia mondiale, regolata dal diritto e da tutti riconosciuta, che possa godere di potere effettivo per garantire a ciascuno la sicurezza, l'osservanza della giustizia, il rispetto dei diritti<sup>192</sup>. L'ormai irreversibile crisi degli Stati nazionali, la frammentazione dei pubblici poteri e il nuovo rapporto tra società e diritto che ne è scaturito, la sussistenza di un articolato insieme di norme e regole e nel contempo di intersezioni fra diversi ordinamenti giuridici nazionali ed ultranazionali ove è assente qualsiasi forma di regolamentazione, spinge sempre più le sempre più ricorrenti riunioni tra i governanti verso il rafforzamento (anche politico) di una costituzione giuridico-istituzionale del mercato globale, favorendo il bilanciamento fra il libero mercato e valori non economici il cui rispetto si mostra sempre più essenziale per uno sviluppo equilibrato degli scambi e delle regolazioni in ambito sovranazionale. Nell'impossibilità odierna di immaginare la creazione di un vero e proprio Stato globale, e anche la rischiosità che un simile evento comporterebbe, un passo importante e forse più efficace sarebbe quello di riflettere sulla possibilità di dar vita ad una vera e propria costituzione economica globale a cui dovrebbero ancorarsi i *global legal standard*, una costituzione programmatica capace di porre, nel rispetto della libertà dei singoli,

---

<sup>192</sup> “Di fronte all'inarrestabile crescita dell'interdipendenza mondiale, è fortemente sentita, anche in presenza di una recessione altrettanto mondiale, l'urgenza della riforma sia dell'Organizzazione delle Nazioni Unite che dell'architettura economica e finanziaria internazionale, affinché si possa dare reale concretezza al concetto di famiglia di Nazioni. Sentita è pure l'urgenza di trovare forme innovative per attuare il principio di responsabilità di proteggere [146] e per attribuire anche alle Nazioni più povere una voce efficace nelle decisioni comuni. Ciò appare necessario proprio in vista di un ordinamento politico, giuridico ed economico che incrementi ed orienti la collaborazione internazionale verso lo sviluppo solidale di tutti i popoli. Per il governo dell'economia mondiale; per risanare le economie colpite dalla crisi, per prevenire peggioramenti della stessa e conseguenti maggiori squilibri; per realizzare un opportuno disarmo integrale, la sicurezza alimentare e la pace; per garantire la salvaguardia dell'ambiente e per regolamentare i flussi migratori, urge la presenza di una vera Autorità politica mondiale, quale è stata già tratteggiata dal mio Predecessore, il Beato Giovanni XXIII. Una simile Autorità dovrà essere regolata dal diritto, attenersi in modo coerente ai principi di sussidiarietà e di solidarietà, essere ordinata alla realizzazione del bene comune [147], impegnarsi nella realizzazione di un autentico sviluppo umano integrale ispirato ai valori della carità nella verità.” Benedetto XVI - *Caritas in Veritate* (2009), Cap. V, n. 67

poche e semplici regole a presidio degli interessi generali e del mercato stesso e di impedire che la concorrenza tra ordinamenti dia luogo ad una corsa al ribasso capace di stravolgere qualsiasi valore e tutela della persona. In questo la comunità europea, oggi unione, sembrerebbe quasi un macroesperimento che sta procedendo lentamente ma con grande e sorprendente successo. In questo nuovo contesto giuridico-istituzionale gli Stati nazionali (e, nel nostro caso, l'Europa) sarebbero chiamati ad intervenire in chiave sussidiaria e conforme al mercato con l'unico fine di assicurare quella tutela della dimensione integrale della persona che tanto nelle economie chiuse quanto nella globalizzazione è mancata.

L'aspirazione verso una grande autorità mondiale è un *refrain* che viene sempre più spesso ripetuto, la si intende come una entità che efficacemente garantirebbe anche nella prospettiva giusnaturalista il rispetto dei diritti, o, se si vuole utilizzare un lessico più attuale anche se controverso, delle *capabilities* (Nussbaum)<sup>193</sup>. Generalmente le teorie sul contratto sociale fanno assegnamento sull'assunto che la cooperazione è portata avanti dagli individui per garantirsi un mutuo vantaggio. Secondo la Nussbaum, le teorie derivanti da queste posizioni incontrano grandi difficoltà nel trattare argomenti come la giustizia di base e la libertà sostanziale in situazioni che presentano grandi asimmetrie tra le parti sociali. Inoltre, l'approccio procedurale in fatto di giustizia che queste dottrine propongono, fallisce in casi in cui la simmetria non esiste in fatto di vantaggi tra i membri, ovvero sulle frontiere della giustizia, in particolare sulla giustizia internazionale. Lo stesso Rawls riconosce la sua insoddisfazione per la propria teoria in questi campi, e la Nussbaum aggiunge che il tentativo di espanderla nel campo delle relazioni internazionali è alla fine insoddisfacente, in quanto non riesce a perseguire gli elementi fondamentali trattati in *A Theory of Justice*, abbandonando invece gli assunti fondamentali tra le parti contraenti il contratto primigenio. Tale approccio non può infatti spiegare la giustizia in casi in cui mancano delle parti libere, eguali ed indipendenti, poste in una situazione originale in cui tutti hanno qualcosa su cui negoziare. Ne conclude dunque che la sola prospettiva procedurale non può fornire un'adeguata teoria della giustizia. Gli esperimenti per dare una teoria e una prassi più simile alla giustizia hanno costituito la storia delle relazioni internazionali del XX secolo, sia in ambito pacifista che di regolamentazione economica. Questa traslazione in termini che tradizionalmente si sono sempre ritenuti giusnaturalistici del capolavoro del positivismo giuridico di Kelsen a livello internazionale

---

<sup>193</sup> Il *capability approach* è una visione che cerca di determinare quali principi di base, e conseguentemente quali adeguate misure, possano dare luogo a una vita umana dignitosa. Tali principi sono ritrovati in dieci capacità personali, ovvero reali opportunità basate su circostanze sociali e personali: la giustizia richiede la ricerca, da parte di tutti i cittadini, di una soglia minima di questi dieci principi. Recentemente Nussbaum ha ulteriormente sviluppato l'idea della soglia minima, nel suo *Foreword* all'attività della Corte suprema nel 2006: *Constitution and Capability: 'Perception' against Lofty Formalism* 121 Harv. L. Rev. 4 (2007)

colpisce<sup>194</sup>, quasi che si stia ponendo infine termine a un dissidio che iniziò con la separazione tra *ius naturalis* e *ius positivus*. Come afferma Hayek<sup>195</sup> vi è una lunghissima tradizione linguistica e concettuale<sup>196</sup> che rimonta all'opera di Aulo Gellio. Egli traduce per la prima volta i termini greci *physei* e *thesei* con *naturalis* e *positivus*. Da qui gli scolastici andarono sviluppando una utilissima distinzione tra ciò che è prodotto dell'azione ma non della progettazione umana. L'azione non progettata rientra nell'ambito del naturale, interrompendone però la monolitica separazione dal resto. L'impianto teorico hayekiano in economia e in materia di teoria del diritto è costruito attorno all'idea di evoluzione spontanea: tale idea attraversa la riflessione di Hayek sull'origine e sullo sviluppo dello Stato, delle istituzioni, del diritto e del mercato (ma anche della cultura e del linguaggio). Si tratta di un paradigma diametralmente alternativo rispetto al paradigma che Hayek ha definito 'costruttivistico' e che si identifica grossomodo con una concezione positivista e volontarista delle istituzioni sociali, come ad esempio è il contrattualismo come ipotesi sull'origine dello Stato). La critica a quest'ultimo modello interpretativo della realtà e la difesa del modello alternativo, evolucionista e spontaneista, caratterizza tutte le fasi della riflessione hayekiana.

L'idea di un *cosmos* opposto a un *chaos* è un portato della teologia che fa sì che non tutto sia considerato casuale e quindi, come affermava Samek Ludovici<sup>197</sup>, manipolabile perché casuale. Aggiungiamo che la taxis ridimensionata da von Hayek nella sua opera più ampia è la pretesa di ordinare ciò che si presume caotico, cioè l'insieme delle azioni prevedibili nel loro compiersi in una società. Così Jellinek aveva ragione a parlare di *Normative Kraft des Faktischen*. Alla stessa maniera il realista Holmes ironeggiava ed era insieme serio nel ritenere in *The Path of the Law* che "La legge non è altro che la predizione di ciò che faranno i tribunali". Il diritto è prevedere le decisioni giudiziarie, cercando di configurarle come un *cosmos* non preordinato e neanche casuale, ma armonicamente e spontaneamente costituentesi. Come Santoro elogia il realismo e la saggezza di Dicey nel preconizzare un stato dei diritti a fronte delle improbabili gerarchie di fonti in ambito nazionale e internazionale, così Hayek partendo da una genealogia grammaticale ha dato ragione di alcuni concetti che forse necessitano di ulteriori approfondimenti prima di prendere posizione dottrinale nei loro confronti o peggio di abdicare alla determinazione dei concetti giuridici ad opera di scienza sociali diverse dallo studio dei fatti giuridici stessi in quanto tali: non studio meramente

---

<sup>194</sup> Come è noto l'istituzione di Corti costituzionali, in Austria, e poi in un numero sempre crescente di paesi fu il portato del positivismo a livello intrastatale, un portato che ha riformulato la stessa relazione tra diritto e politica.

<sup>195</sup> Friedrich von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, a cura di Angelo Petroni e Stefano Monti Bragadin, traduzione di Pier Giuseppe Monateri, Il saggiatore 1994, p 30.

<sup>196</sup> Negli anni '50 del secolo scorso anche Schmitt si concentrò sull'influenza della grammatica sul diritto, come in Italia Pugliatti, anche in questo mostrando una singolare convergenza tra decisionismo (primato del politico sul giuridico) e positivismo (primato del giuridico sul politico).

<sup>197</sup> Emanuele Samek Ludovici, *Metamorfosi della gnosi - Quadri della dissoluzione contemporanea*, Edizioni Ares 1978.

dogmatico ma insieme politico, con una realistica inclusione delle scelte politiche non soppiantate da decisioni economiche o ermeneutiche o paradigmi postmoderni, meri palliativi che hanno dimostrato negli ultimi anni la loro inanità.

In Germania, secondo Hayek, iniziò il declino dell'idea e lo stravolgimento del senso di espressioni quali 'governo della legge' o *Rechtsstaat*. Benché i prodromi di questo fenomeno si trovino già nelle teorie di Hobbes, Bentham e Austin, nello storicismo, ma anche nel *movimento del libero diritto* e nella *Interessenjurisprudenz*, secondo Hayek il principale artefice della distruzione del liberalismo classico e del concetto del governo della legge fu Hans Kelsen. Il positivismo giuridico si era già affermato grazie agli sforzi di Bergbohm, ma la sua fortuna è dovuta alla formulazione che ne fece Kelsen elaborando la *Reine Rechtslehre* su basi filosofiche sistematiche di ascendenza kantiana ma con esiti opposti. Il nucleo essenziale della teoria giuridica positivista è dato dal capovolgimento del fondamentale problema della legittimità: per secoli si erano cercate giustificazioni morali, giuridiche o metagiuridiche, per il potere. Tra queste risalta il concetto di *rule of law*, con le sue implicazioni di universalizzazione morale di un sistema legale. Con le teorie positivistiche si va facendo strada la tesi che il potere effettivo è di per sé legittimo. Questo avviene secondo Hayek mediante il ricorso a principi metagiuridici: la legge è ciò che piace al principe. Il diritto è quello posto dal legislatore, che promana dalla volontà umana dominante, indifferentemente singola o presunta come collettiva. L'esistenza di una norma positiva è sinonimo, per Kelsen, della sua validità, e un'autorità di fatto costituita è il governo legittimo: in questo modo il positivismo kelseniano è diventato il supporto ideologico del socialismo, ma anche dei poteri illimitati della democrazia. Dobbiamo constatare che i principi del *rule of law* sono tra i presupposti dello stesso concetto di diritto e di sistema giuridico. Se il diritto deve porsi come guida del comportamento di agenti razionali, capaci di scelte consapevoli e libere, allora anche il suo concetto dovrà avere inevitabilmente nel suo complesso un carattere normativo e non già meramente fattuale. Il diritto deve essere in grado di fornire ragioni per l'azione che possano entrare in competizione con le altre ragioni non giuridiche per agire nel processo di deliberazione. Il concetto di diritto dovrà quindi render conto di questa funzione normativa, riprendendo la circolarità di Waldron o quella di Raz. Kelsen esprime la sua critica al *Rechtsstaat* portando al parossismo tale circolarità, identificandolo con un pleonasma strumentalizzabile, in un passo noto che giova citare in originale: "Ist der Staat als eine Rechtsordnung erkannt, ist jeder Staat ein Rechts-Staat, stellt dieses Wort einen Pleonasmus dar. Tatsächlich wird es aber zur Bezeichnung eines besonderen Staatstypus verwendet, nämlich jenes, der den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit entspricht. "Rechtsstaat" in diesem spezifischen Sinne ist eine relativ zentralisierte Rechtsordnung, derzufolge

Rechtssprechung und Verwaltung durch Gesetze, das ist generelle Rechtsnormen gebunden sind, die von einem vom Volk gewählten Parlament mit oder ohne Mitwirkung eines an der Spitze der Regierung stehenden Staatsoberhauptes beschlossen werden, die Mitglieder der Regierung für ihre Akte verantwortlich, die Gerichte unabhängig und gewisse Freiheitsrechte der Bürger, insbesondere Glaubens- und Gewissensfreiheit und Freiheit der Meinungsäußerung gewährleistet sind.<sup>198</sup>

L'identificazione dello stato con un ordine giuridico presta il fianco a numerose critiche. La nozione kelseniana è una costruzione di stato di diritto inteso come uno stato che si esaurisce nel solo diritto. Esso nell'uso comune ha un intento morale nella promozione della democrazia o della sicurezza dell'applicazione delle norme o nella tutela delle libertà. Il problema è che secondo Kelsen la tutela ultima è la legge fondamentale, a sua volta decisa da una maggioranza che ha deciso di autolimitarsi votando una costituzione. Se però, come mostrato da pace, tale maggioranza decide di assumere i rischi di porsi come potere costituente, si avrà un movimento rivoluzionario, giustificato secondo i precetti di Fichte o meno, ma che senza dubbio ribalterà la norma fondamentale stessa, e non vi saranno tutele morale esterne, visto che l'ultimo a legittimare una teoria morale naturale del diritto è stato lo stesso Fichte nel suo *Diritto naturale* del 1796.

E' evidente la differenza tra questi due concetti di *Rechtsstaat*. Secondo Hayek il positivismo giuridico è un'espressione della fallacia costruttivistica, in quanto afferma che l'ordinamento giuridico può essere modificato a piacimento del legislatore, utilizzando la coercizione senza limiti, per perseguire qualsiasi fine particolare. Contro un diritto interamente creato dal legislatore, la cui legittimità poggia sulla *Grundnorm*, Hayek evoca una teoria del diritto e dello Stato secondo la quale il legislatore conferisce validità ad un diritto che non ha creato, e che si fonda su principi metagiuridici, primo fra tutti la libertà. Con una fondamentale conseguenza: tutte le volte che il legislatore vorrà modificare l'ordinamento giuridico egli "non potrà emanare le norme che preferisce, ma sarà vincolato dai requisiti di quella parte del sistema che gli è dato. In altri termini, l'intero complesso di norme di fatto osservate in una società determina quale norma particolare sia razionale applicare o si dovrebbe applicare"<sup>199</sup>.

La teoria sviluppata da Hayek verrà criticata, insieme a quella di Dicey, da Raz<sup>200</sup>: questi si pone, per molteplici aspetti al di là dell'ovvia appartenenza al partito poliedrico del positivismo, come il più acuto prosecutore del progetto kelseniano, anche se amplia la sua analisi a più aspetti della politica e all'intera morale pubblica sostituendo la più estesa nozione di autorità a quella di *Grundnorm*, e sviluppando una *service conception* di questa stessa autorità cui si potrà solo fare

---

<sup>198</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. edizione Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960, pp. 314-5.

<sup>199</sup> F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 1986, p. 248.

<sup>200</sup> Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, pp. 210-32

cenno. La teoria di Hayek è centrale per una comprensione prospettica del concetto di stato di diritto<sup>201</sup> che sia permeata dalle scienze sociali ma senza asservirsi a queste come preteso da Posner o senza sviluppare una dottrina ermeneutica, una teoria metagiuridica dei principi, delle regole e dei diritti come Dworkin.

Raz verrà poi criticato da Viola<sup>202</sup> che riprenderà a sua volta alcune tesi di Fuller. Nel noto dibattito con Fuller, Hart ha sostenuto che una norma giuridica retroattiva, radicalmente incerta e priva di generalità, cioè priva dei requisiti tradizionali del *rule of law*, è tanto valida quanto una norma rispettosa di essi. Sarebbe, però, molto difficile sostenere che tutto un sistema giuridico possa essere costituito da norme siffatte, o così malfatte, poiché in tal caso tutto il diritto nel suo complesso sarebbe privo della sua funzione di guida della condotta umana e di limite dell'arbitrio del potere. In realtà tali norme possono esistere solo a condizione che il sistema giuridico ne contempli altre la cui validità riposa non solo sulle fonti, ma anche sul loro merito formale. Il criterio di validità riguarda il sistema giuridico nel suo insieme, ma esso è composto di parti eterogenee e da differenti tipi di norme<sup>203</sup>. Per vari aspetti il ricorso a principi metagiuridici nella tutela dei diritti verrà, come vedremo, ripreso da Dworkin.

### **Temî da Dworkin**

Uno dei cardini della teoria giuridica di Dworkin è il tema della *judicial review* della attività politica: la sua tesi è che i principi che guidano i giudici sono radicati in una concezione morale o filosofica, concezione che può essere scelta tra molte.

Dworkin immagina un giudice di capacità superiori alla media, Ercole, che sia in grado di ricostruire, di fronte ad ogni caso giudiziario, i diritti istituzionali delle parti, interpretando correttamente la legislazione ed i precedenti giudiziari. In tal modo Ercole potrà elaborare uno schema coerente di principi che gli consentirà di risolvere ogni caso giudiziario che dovesse, eventualmente, essere chiamato a decidere. Ercole non decide sulla base delle proprie opinioni personali, né si limita a scegliere arbitrariamente una tra le varie posizioni diffuse nella società; egli, invece, identifica i diritti delle parti attraverso un'attenta ricerca dei presupposti *morali* presenti nell'ordinamento giuridico.

---

<sup>201</sup> R. Westmoreland, *Hayek: the Rule of Law or the Law of Rules?*, in «Law and Philosophy», 17, 1998, pp.77-109.

<sup>202</sup> F. Viola, *Il «Rule of Law» e il concetto di diritto*, in *Ragion Pratica* 30 2008, pp. 151-168

<sup>203</sup> Cfr. F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 20045, pp. 332-366.

Proprio come le leggi, anche le decisioni giudiziarie - scrive Dworkin - sono “creature sia della storia che della morale: ciò che un individuo ha diritto di avere in una società civile dipende sia dalle consuetudini che dalla giustizia delle istituzioni politiche”<sup>204</sup>. Il problema della razionalità giurisdizionale dipende da come l’applicazione di un diritto formatosi in maniera contingente possa essere internamente intrapresa in maniera compatibile ed esternamente motivata in maniera razionale, sì da garantire simultaneamente certezza giuridica e giustizia.

Il lavoro di interpretazione e di integrazione del diritto positivo ha quindi a che fare con contenuti morali: sostenere ciò tuttavia vuole anche dire mettere radicalmente in questione l’idea secondo cui, in tale tipo di operazioni, questi contenuti possano essere sbrigativamente etichettati, una volta per tutte, come *interni* o *esterni* rispetto al diritto positivo. In questi casi i giudici e i giuristi si trovano a compiere concettualmente continui passaggi dall’esterno verso l’interno dell’ambito del diritto: per interpretare i contenuti valutativi già presenti nel diritto positivo, per portare alla luce quelli impliciti e per costruirne di nuovi essi hanno bisogno di far leva su materiali giuridici preesistenti (i contenuti morali di principi espliciti, nella migliore interpretazione disponibile), e anche di far riferimento a concezioni esterne al diritto contenute in valori morali abbastanza condivisi da servire ad orientare *al meglio* i processi di interpretazione e di costruzione degli stessi contenuti morali in questione. Dworkin propone al riguardo una analogia fra interpretazione giuridica e interpretazione artistica. In entrambi i casi (nell’interpretazione della pratica giuridica e in quella dell’opera d’arte), l’interpretazione tira necessariamente in ballo la questione della individuazione costruttiva dei valori (giuridici ed estetici) cui fanno riferimento i due fenomeni culturali (la pratica giuridica e il prodotto artistico); e in entrambi i casi questo lavoro interpretativo richiede, per gli studiosi, la elaborazione di quelle che lui chiama *normative theories*, e dunque di concezioni che forniscono una ricostruzione, valutativa e quindi compromessa, del valore o dei valori fondamentali cui le pratiche si ispirano<sup>205</sup>.

I magistrati sono dei pubblici ufficiali di una ben precisa istituzione, lo Stato; essi perciò devono svolgere la loro attività decisoria non come dei semplici arbitri, ma considerando i diritti istituzionali che spettano ai cittadini come originariamente derivati non solo dal loro essere membri dell’istituzione, ma perché ancora più originariamente si possono dare fondazioni di tali diritti in maniera che esula dal riparto di competenze che alla magistratura in quanto ordine attribuisce la sua discrezionalità. In tal senso quella di Dworkin è giustificatamente considerata una teoria liberale comprensiva dei diritti. Scrive al riguardo Dworkin: "Ogni adeguata teoria distinguerà fra i diritti retrostanti, che sono diritti che forniscono una giustificazione alle decisioni politiche da parte della società in astratto, e i diritti istituzionali che forniscono una giustificazione per una decisione da

---

<sup>204</sup> Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p 179.

<sup>205</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, pp. 149-162.



parte di qualche specifica istituzione politica<sup>206</sup>. E' questo uno dei cardini del conflitto tra il potere politico congiunto esecutivo/legislativo e l'ordine giudiziario, una ulteriore riprova della opportunità di superare la tripartizione ormai solo formale dei poteri. Il tentativo erculeo è quello di operare una sorta di basilare bilanciamento, un tentativo di attutire le dinamiche di scontro politico in un'aula giudiziaria, in cui i magistrati sono rivestiti della toga di neutralità e dovrebbero assumere la funzione di sacri mediatori: forse è questo uno dei fondamenti dello scetticismo verso il concetto di *rule of law*, che troppo spesso viene interpretato come una istanza di neutralizzazione del diritto e della politica a favore dei giudici o dei funzionari. Già il parlamento nasce però con questo compito, di trasferire la violenza dello scontro armato tra fazioni in una arena di scontro dialettico, sostituendo la violenza fisica con la violenza dello scontro politico, rivestito di immunità "parlamentare" proprio perché è lecito, anzi forse doveroso, usare violenza verbale per anestetzare la potenziale violenza fisica insita nella dialettica politica<sup>207</sup>. Mario Tronti<sup>208</sup> di recente ha tuttavia contestato la tesi di chi vuole far credere che viviamo in una società pacificata, che ha superato le contrapposizioni di un tempo: questo significherebbe assumere acriticamente la tesi dell'intreccio indissolubile tra uguaglianza e libertà, non concedendo nulla all'idea che la democrazia parlamentare rappresenti, comunque, "la fine della storia" e nulla di superiore, di più alto, sia possibile da immaginare<sup>209</sup>. Afferma Tronti nel saggio che dà il titolo al suo ultimo scritto: "Tra il tuo pensiero e il tuo mondo, in mezzo, c'è il tuo tempo. Con questa contingenza devi fare i conti. Spesso è un terreno nemico. Devi attraversarlo, senza farti né eliminare né imprigionare. Se ne esci libero e vivo, è un miracolo. Il miracolo dell'esistenza sovrana."<sup>210</sup> E' l'idea che a nostro avviso va applicato a un retto pensiero del diritto e del suo ideale, la ferma intenzione di considerare la moralità ad esso insita ma senza intenderla come assolutamente condizionante la sua giuridicità. La decisione giuridica è esemplare in questo: essa, come il lavoro parlamentare, risente dei terribili assalti degli interessi, che vengono nominati, e che vanno temperati. Per raggiungere questo obiettivo, nella legislazione e nel giudizio si devono attraversare le contingenze per portare all'esistenza la norma, la massima della sentenza, la sovranità della legge sulle istanze di parte. Tale

---

<sup>206</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Mass.1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, pag.187.

<sup>207</sup> Sulla permanenza del conflitto nella democrazia moderna si vedano H. J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard Univ. Press, Cambridge (MA) 1983, trad. it. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna 1988; Ch. Mouffe, *The Democratic Paradox*, Verso, London-New York 2000.

<sup>208</sup> M. Tronti, *Non si può accettare*, Ediesse 2009.

<sup>209</sup> Questo potrebbe essere il rischio che porta anche a una concezione ideologica del *rule of law*, cui forse non è immune la teoria di Ferrajoli e di altre versioni del positivismo.

<sup>210</sup> M. Tronti, *op. cit.*, p 16

sovranità non è presupposta, non esiste, ma è immaginata<sup>211</sup> e solo alla fine del conflitto realizzata. Il desiderio di immaginare un avvenire gravido di possibili nuove figure porta con sé la riserva escatologica di impronta cristiana, ma anche il retaggio delle figure mitologiche e tragiche che giuristi e filosofi amano utilizzare, anche nella modernità a partire da Hegel, per interpretare il presente e discernere il futuro.

Il giudice Ercole descritto da Dworkin si trova a poter dirimere casi paragonabili ad Antigone, l'esempio sommo di tragicità del diritto, in cui ordini morali configgenti si trovano a cozzare. Da qui ci si trova ad affrontare il nodo politica/giurisdizione con il tema della *judicial review of legislation*, centrale per la definizione dei concetti di *rule of law*. Tale nozione ha avuto dei fieri critici<sup>212</sup>: nella pratica delle corti e nel dibattito teorico e dottrinale sono stati elaborati vari espedienti per limitare l'ambito e l'incidenza effettiva del conflitto tra diritti: uno di tali espedienti è la distinzione tra la illegittima violazione di un diritto da una parte, e la sua regolamentazione dall'altra: se un diritto è regolamentato per assicurare un margine di esercizio ad un altro diritto, questa situazione si assume essere diversa da un conflitto; anzi, si realizza così la compatibilità tra diritti apparentemente in conflitto. Tale compatibilità comunque non può mai essere meramente stabilita dai giudici, di qualunque livello essi siano. In questo caso ci sembra comprensibile la vigorosa affermazione di Scalia: nel suo dissenso in *Roper v. Simmons*: "To allow lower courts to behave as we do, "updating" the Eighth Amendment as needed, destroys stability and makes our case law an unreliable basis for the designing of laws by citizens and their representatives, and for action by public officials. The result will be to crown arbitrariness with chaos."<sup>213</sup> L'*horror vacui* di Scalia è la possibilità di svelare la nudità degli arcani del potere nella sua forma giudicante, di assertività della giustizia. Di qui a nostro avviso l'estrema serietà delle sue prese di posizione, troppo spesso attaccate senza comprenderne le implicazioni, così come il metodo originalista di interpretazione della costituzione che pure da qualche anno in Italia riscuote nuovo interesse. Scalia vuole, in maniera paradossalmente simile a Tronti, mantenere al politico i suoi diritti sull'ordine giudiziario, fosse anche apicale come la Corte Suprema o le corti costituzionali europee. Delegare alle corti il compito di dare ordine (la *taxis* aborrita da Hayek?) o peggio moralità alla legislazione è un abbaglio e una contraddizione, perché il risultato sarebbe una giurisdizione arbitrariamente

---

<sup>211</sup> Su questo toro di pensiero non possiamo nascondere la profonda influenza del pensiero di M. M. Olivetti, in particolare la sua idea dell'essenza dell'essere umano come "immaginata": « La tesi di questo saggio è che non esiste un'essenza dell'essere umano. Tale essenza è immaginata, e senza siffatta immaginazione l'essere e l'umano non si coapparterrebbero. Così si dice, in un certo senso la fine dell'etica. Tuttavia così si dice anche che l'etica, e non l'ontologia, è la filosofia prima, anzi anteriore.» M. M. Olivetti, *Analoga del soggetto*, Laterza, Bari, 1992, Prefazione, p. VII.

<sup>212</sup> J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford U.P., Oxford, 1999; J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

<sup>213</sup> *ROPER V. SIMMONS* (03-633) 543 U.S. 551 (2005).

estesa a tentare di arginare il caos della legislazione e l'imprevedibilità dell'amministrazione, cioè dell'esecutivo. Spesso si afferma in generale che i giudici hanno il dovere di rendere giustizia in accordo con la legge vigente. Questo punto di vista è supportato da varie versioni del *legal reasoning* utilizzato dai giudici stessi. In molti sono tuttavia convinti che l'indeterminatezza della legge è una inevitabile e importante fonte della discrezione giudiziale. Diviene quindi problematica, e pone in questione la legittimità stessa dell'ideale dello stato di diritto, la pretesa dell'esistenza di un dovere dei giudici di far giustizia in accordo con la legge preesistente.

Il problema invece è meno inquietante se si raffronta la tensione tra giudiziario ed esecutivo. Ci sono nazioni al mondo in cui tutte le decisioni giudiziarie sono ben viste dal governo, ma questi non sono luoghi dove si desidererebbe vivere. Questa tensione esiste anche in tempi di pace, ma è maggiore in periodi di minacce aperte alla sicurezza nazionale, quando i governi per proteggere il pubblico si spingono ai limiti di quelli che credono essere i loro poteri legali, e bisogna che il compito dei giudici di richiedere che il governo non eccede i suoi limiti va effettuato, se l'ideale dello stato di diritto può essere perseguito. Questa è un'area che suscita inquietudini, e la storia suggerisce che in tempi di crisi i governi tendono a reagire eccessivamente e le corti non servono da guardiani efficaci.<sup>214</sup> Possiamo dare ulteriori coordinate a questa tensione irrisolta: essa è caratteristica della possibilità della legge di governare, sia nel senso dinamico del *ruling* anglosassone o nel senso gerarchico-statico-predittivo propria degli ordinamenti formalmente più costituzionalizzati che hanno rinnovato proprio con la costituzione il modello del *Rechtsstaat*, e gli hanno impresso nuove potenzialità a livello statale e internazionale, come notato da Habermas, Ferrajoli e Guastini.

Il ben noto saggio di Wechsler traccia un nuovo paradigma in teoria del diritto, esprimendosi<sup>215</sup> contro Learned Hand (maestro di Dworkin). Egli è scettico sull'attivismo della corte Warren e sulla sua intenzione di legiferare. Learned Hand, come Holmes prima di lui e le varie varianti del positivismo giuridico ritenevano essere la legge un prodotto causato da fatti sociali, e in questa maniera influirono sugli effettivi mutamenti in senso progressista della società e delle sue regole. Prima la corte stipulava una nuova norma di diritto, poi il parlamento vi si adeguava. Il giudice Brandeis giunge a teorizzare nel suo dissenso in *New State Ice co. v. Liebmann* la possibilità auspicabile di alcuni stati laboratorio in cui sperimentare nuove forme di leggi, senza porre a rischio l'intera unione federale. Egli afferma: "It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and

---

<sup>214</sup> Si veda al riguardo Lord Bingham, "Personal Freedom and the Dilemma of Democracies" (2003) 52 *ICLQ* 841.

<sup>215</sup> H. Wechsler, *Toward Neutral principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review* 1959. È uno dei due articoli più citati di sempre nelle riviste giuridiche nordamericane (assieme al celebre articolo di Coase che nel 1960 diede il via alla scuola di diritto ed economia).

economic experiments without risk to the rest of the country”<sup>216</sup>. Si capirà alla luce degli avvenimenti di quei decenni in Unione sovietica e in Germania quanto fosse necessario limitare i rischi derivanti per le nazioni da questi esperimenti politici o giuridici. Hayek negli anni settanta ancora riflettendo sul concetto di *rule of law* non smetteva di mettere in guardia contro i mostri generati dal miraggio di realizzare forme innovative di giustizia sociale o economica.

Il presupposto di base delle considerazioni critiche di Dworkin è una delle assunzioni di fondo del positivismo giuridico, la possibilità di individuazione oggettiva e universalmente valida dei caratteri del diritto. Per il positivismo questo assunto si traduce nella distinzione ontologica tra ciò che è diritto e ciò che *non* è diritto, tentando di stabilire una tassonomia, permettendo cioè di porre, nei termini di Joseph Raz, dei "limiti del diritto": secondo questo modo di vedere è possibile considerare il diritto come "insieme finito e individuabile in modo abbastanza univoco" attraverso "a criterion of identity which sets necessary and sufficient conditions"<sup>217</sup>. Come è stato notato, si può in generale dire che le teorie del diritto del Novecento, da Kelsen a Raz sono caratterizzate dall'importanza attribuita al criterio di identità cioè che ricorrono, secondo un'altra ricostruzione, a una regola fondamentale (o regola di riconoscimento) che ci consente di decidere quali norme appartengano al diritto vigente e che contemporaneamente rende anche possibile compiere attribuzioni univoche, a livello interpretativo<sup>218</sup>.

Nella ricostruzione sviluppata in *Law's Empire*, il positivismo è caratterizzato da quella che Dworkin chiama la *plain fact view*, sintagma che potremmo rendere in italiano con “prospettiva del dato di fatto”: essa consiste in una precisa immagine del diritto che viene visto come "un dato oggettivo". Rispetto a questo dato si specifica, come vedremo, sia il compito conoscitivo della teoria del diritto che diviene principalmente quello della sua descrizione, sia quello dell'interpretazione che viene identificato con quello dell'attribuzione di significato a questo dato.

La *plain fact view* è caratterizzata da una precisa tesi, assunzione che il diritto dipende da semplici questioni di fatto storiche, è un derivato dei rapporti di forza o più genericamente dell'esito delle controversie politiche quali si sono determinate fino al momento presente. E' evidente l'incongruità di un richiamo a contenuti morale di un tale esito. Si può quindi in generale affermare riguardo alla famiglia di teorie giuridiche positiviste, come è stato messo in evidenza da Robert Alexy, che si tratta di concetti di diritto "ispirati primariamente alla statuizione": ne sono un esempio sia la concezione austriaca del diritto come comando sanzionato, sia la costruzione hartiana del diritto

---

<sup>216</sup> 285 U.S. 262,311 (1932).

<sup>217</sup> J. Raz, *Legal Rights*, Oxford J Legal Studies 1984 4: 1-21. Si veda al riguardo anche quanto si afferma nel saggio di Leora Batnitzky, *A Seamless Web - John Finnis and Joseph Raz on Practical Reason and the Obligation to Obey the Law*, 15 Oxford J. Legal Stud. 153 (1995).

<sup>218</sup> Si veda al riguardo J. Habermas, *Fatti e Norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996, p 240.

quale “sistema di regole identificabili sulla base di una regola cognitiva o di riconoscimento”<sup>219</sup>. La teoria di Alexy può essere fatta rientrare in quell’ambito di autori ispirati da Dworkin che in Europa è andato a collocarsi nella galassia composta del neo-costituzionalismo, di cui si dirà in seguito per quanto rileva nei confronti della tematica del superamento eventuale dello stato di diritto ad opera dello stato costituzionale dei diritti (nella versione di Portinaro<sup>220</sup>). L’esistenza e la configurazione del diritto sono riducibili a una serie di decisioni giuridiche, legislative o giudiziali, che possono essere facilmente individuabili facendo riferimento ai testi nei quali queste decisioni sono contenute (codici o raccolta di precedenti). La concezione oggettualistica e oggettivistica del diritto lo concepisce come insieme di norme, esistenti in quanto poste dal legislatore o dai giudici nei sistemi di *common law*, cioè come regole formulate costitutivamente dai soggetti individuati dalla norma di riconoscimento. Il diritto viene così visto come dato, la cui esistenza e la cui configurazione è qualcosa di derivabile dalla osservazione delle decisioni giuridiche, siano queste legislative o giudiziali, e facendo riferimento ai testi nei quali queste decisioni sono contenute.

Rispetto alla *plain fact view* Dworkin pone sinteticamente due questioni: da un lato, viene posto il problema del fondamento di questa concezione, dall’altro lato, vengono analizzate le sue conseguenze in relazione ai diversi aspetti del fenomeno giuridico.

Dal primo punto di vista, Dworkin specifica che ciò avviene attraverso quelle che è possibile chiamare teorie *semantiche* del diritto. Queste sostengono che «quando usiamo una qualsiasi parola, seguiamo determinate regole: queste regole stabiliscono i criteri che identificano il significato della parola stessa». Sono poi le regole che «ci consentono di utilizzare la parola 'diritto'» che «lo rapportano a un dato di fatto storico»<sup>221</sup>. Si tratta perciò di teorie *semantiche* in quanto risolvono il problema dell’identificazione del diritto facendo principalmente riferimento alle regole che determinano, in chiave linguistica, la costruzione del significato di una nozione o di un concetto.

Il suo risalire nella fondazione a un nucleo che sfugga a ogni prassi sociale determinabile, prima ancora che ad ogni potere o ordine costituzionalmente normato ha degli interessanti risvolti per alcuni dibattiti che frequentemente si riaccendono in tema di rule of law e convinzioni dei cittadini. Ci limitiamo ad accennare al rapporto tra diritti e religione. Dworkin sostiene che non c’è bisogno di un fondamento religioso per l’idea di diritti umani e che i fedeli di ogni religione dovrebbero ammettere che i principi della moralità politica, incluso quello che protegge la libertà di culto, hanno una giustificazione indipendente dalla religione. Da questo punto di vista, si coglie

---

<sup>219</sup>R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino 1997, pp. 14-6. Alexy aggiunge che il nucleo sostanziale della regola di riconoscimento hartiana si riassume, in riferimento al sistema inglese, "nella formula la volontà del parlamento è legge".

<sup>220</sup> Ad esempio si veda P. P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in Costa, Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto* cit.

<sup>221</sup> Dworkin 1989, 35

immediatamente la distanza tra il pensatore liberale statunitense e l'attuale pontefice. Benedetto XVI rivendica l'autorità divina per giustificare l'esistenza di diritti che precedono quelli stabiliti dalla legge positiva e limitano il potere dei legislatori. La posizione ufficiale della Chiesa cattolica, esposta anche nei discorsi dei pontefici all'ONU, delinea un modello dei rapporti tra religione e diritti che Dworkin respinge come incompatibile con il liberalismo. Egli sostiene che il diritto di libertà religiosa concepito in questo modo non presupporrebbe alcun diritto più generale da cui esso discende. Non presupporrebbe un diritto generale a decidere nelle materie che sono di importanza etica fondamentale per ciascuno di noi: il diritto di sottoporsi a un aborto, per esempio, o di praticare l'omosessualità senza incorrere in una sanzione, di impegnarsi nella ricerca sulle cellule staminali, o di por fine alla propria vita quando si è nello stadio terminale di una malattia e si soffre per via di questa condizione. Per Dworkin, una società tollerante non può accettare un resoconto così ristretto del fondamento della libertà religiosa. Dal punto di vista liberale, la giustificazione normativa della libertà religiosa si trova in un principio fondamentale che non dipende dalla religione stessa e genera una concezione più generosa delle sfere di valore in cui gli individui devono essere lasciati liberi di scegliere per sé stessi. Una società tollerante non confessionale deve trattare la libertà religiosa come un caso di un più generale diritto di libertà non solo religiosa ma etica. La tesi di Dworkin in tal caso non è particolarmente nuova, ma affonda le proprie radici in una tradizione illuminista che, senza negare necessariamente il fondamento razionale delle credenze religiose, cerca di mostrare che esse sono irrilevanti dal punto di vista morale. Anzi, che la moralità pone vincoli a ciò che possiamo accettare come doveroso, anche nel caso in cui la fonte del dovere sia la volontà divina. Non è difficile immaginare che questa tesi possa essere accolta da certi credenti, soprattutto protestanti. Meno probabile che venga presa in considerazione dalla Chiesa Cattolica. Forse, come sostiene il brillante teorico conservatore Roger Scruton, questo è il limite più grave di buona parte del liberalismo accademico contemporaneo: parla solo a chi ne condivide le premesse. In questo somiglia a molte teorie che pretendono in base alla loro formalizzazione di avere valore universale, mentre invece sono espressione di una ben precisa posizione politica. Nietzsche stesso più volte ricordava come la scelta filosofica forse è riducibile a questione di gusto. Il liberalismo contemporaneo poi ha un'altra peculiarità nel suo frequente mostrarsi privo di ironia e quindi incapace di perdonare: perdono e ironia sono spesso connessi nella tradizione filosofica e culturale inglese, si pensi solo a Chesterton, oltre che a quanto al riguardo afferma Scruton<sup>222</sup>. Le ragioni dei liberali sono inerti per chi ha una concezione realistica dei dilemmi politici. Descrivendo

---

<sup>222</sup> Afferma Scruton che l'ironia è legata al perdono, inteso nel suo senso abissalmente sacro. Il perdono e l'ironia sono alla base della nostra civiltà. Sono ciò di cui dobbiamo essere più orgogliosi e il mezzo principale per disarmare i nostri nemici. Un esempio è il giudizio di Cristo nel caso della donna adultera: "Chi è senza peccato, scagli la prima pietra". In altre parole: "Non fatemi ridere; non avete mai voluto fare quello che ha fatto lei, o forse l'avete già commesso nel vostro cuore?" Si veda al riguardo il testo on line: [http://www.city-journal.org/2009/19\\_1\\_the-west.html](http://www.city-journal.org/2009/19_1_the-west.html)

le scelte dei credenti come se avessero luogo in un'atmosfera rarefatta, lontana dalla vita quotidiana, i liberali come Dworkin risultano alieni per chi vive intensamente la propria esperienza religiosa. Per queste persone un diritto che sia solo umano evidentemente non è abbastanza.

La teoria di Dworkin, nelle varie forme che ha assunto nei decenni, si è interrogata sulla connessione concettuale fra realismo etico e oggettivismo etico. Su questo punto si è sviluppato, in tempi recenti, un acceso dibattito, che ha preso le mosse da alcune critiche mosse dal primo Dworkin al giuspositivismo hartiano e dalle susseguenti risposte fornite da Hart nel *Poscritto* progettato per una nuova edizione di *The Concept of Law*.

Una ipotesi sulla differenza fra giuspositivismo e giusnaturalismo è il fulcro del tentativo compiuto da Hart nel *Postscript* di considerare la propria teoria del diritto, in quanto conoscitiva e generale, *compatibile* con una dottrina del diritto normativa quale quella di Dworkin<sup>223</sup>. Fra teoria giuspositivista e dottrina giusnaturalista, in effetti, sembra esservi proprio una irriducibile differenza di scopi. Li esamineremo a partire dalle categorie modali, che da Kant sono classificate secondo lo schema Possibile – reale – necessario nella nota tavole delle 12 categorie della *Critica della ragion pura*, nella *Logica trascendentale*, in particolare nella *Analitica dei principi*, che indaga i concetti puri che sono fondamento della conoscenza intellettuale, ed i principi dell'intelletto puro. L'intelletto per Kant è facoltà del giudicare, dunque si ricava la funzione logica dell'intelletto, ovvero le categorie a priori del pensiero, a partire dalla tavola dei giudizi. In particolare il giudizio si distingue dal punto di vista modale, in giudizio problematico, assertorio ed apodittico. Scrive Kant: “La modalità dei giudizi è una loro funzione tutta particolare, che ha questo carattere distintivo: che non contribuisce per niente al contenuto del giudizio (giacché oltre la quantità, la qualità e la relazione, non c'è più altro che formi il contenuto del giudizio), ma tocca solo il valore della copula rispetto al pensiero in generale. Giudizi problematici sono quelli in cui l'affermare o il negare, si ammette come semplicemente possibile (arbitrario); assertori, quelli in cui si considera come reale (vero); apodittici quelli in cui si riguarda come necessario.”<sup>224</sup>

Per Kant le tre funzioni della modalità sono altrettanti momenti del pensiero in generale, modi di esercitare la funzione del pensare. In particolare Kant chiarisce che la proposizione problematica è quella che “esprime solo una possibilità logica (che non è punto oggettiva”; “la proposizione assertoria enuncia la realtà logica o verità”; “la proposizione apodittica pensa il giudizio assertorio determinato secondo queste leggi dell'intelletto stesso e, per conseguenza, come affermatore a priori;

---

<sup>223</sup> Si veda al riguardo Aldo Schiavello, *Internal point of view: Dworkin a confronto con Hart*, in *Analisi e diritto* 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica, 1998, pp. 177-198.

<sup>224</sup> *Critica della ragion pura*, trad. di G. Gentile e G. Lombardo Radice, rivista da V. Mathieu; Roma – Bari, Laterza 1981, p. 110.

ed esprime in tal modo una necessità logica <sup>225</sup>. E' chiaro come la possibilità sia nettamente distinta dall'esistenza; la possibilità è la possibilità logica che nulla dice dell'esistenza di fatto.

La teoria giuspositivista, sin dalla versione che ne ha sviluppato Kelsen, vuole conoscere esclusivamente il proprio oggetto: il diritto com'è, separato dal suo contenuto morale, del quale eventualmente può solo accettare la possibilità (nelle recenti versioni inclusive del positivismo). Il contenuto morale si trova quindi ad essere moralmente caratterizzato sempre e solo come possibile, ma certo non reale, e mai necessario. La dottrina giusnaturalista invece muove da questo altro estremo, assumendo la necessità del contenuto morale. In tal modo essa è facilmente riconducibile alla posizione apodittica, in quanto considera il giudizio sulla giuridicità di un contenuto come determinabile dall'intelletto stesso a priori esprimendo in tal modo una necessità del suo contenuto morale. Secondo le varie versioni di tale dottrina in ultima istanza non si può fare a meno di assumere che, per essere autenticamente diritto, il diritto debba almeno approssimarsi a ciò che deve essere. In tal modo finisce con il coniugare conoscenza e valutazione.

Contro la pretesa del positivismo si lancia l'acume della *semantic sting* di Dworkin, introducendo l'accusa di circolarità del dibattito che non può essere rigettata con leggerezza come è stato fatto da molti teorici. Egli non considera la questione dal punto di vista modale come abbiamo cercato di proporre, tuttavia di fatto considera arbitraria la pretesa del giusnaturalismo nella sua formulazione classica. Dworkin forse potrebbe essere incluso nello schema che cerchiamo di sviluppare nella posizione mediana della realtà dei diritti non apodittici nella loro genealogia, ma neanche solo possibili, bensì scopribili nella loro realtà derivante da concetti di fatto condivisi, ma non determinati storicamente in maniera univoca, né universalmente validi.

Il carattere programmaticamente conoscitivo del giuspositivismo e programmaticamente normativo del giusnaturalismo, comunque, è abbastanza evidente da rendere assai forte la tentazione di conciliare le due posizioni: questo sembra proporre Hart nel *Postscript*, ma di certo questo ha proposto, per lungo tempo, Carlos Nino<sup>226</sup>.

Dworkin attacca il giuspositivismo hartiano sin dai saggi raccolti in *Taking Rights Seriously*<sup>227</sup>. Questa teoria, poiché riconosce che i giudici possano (in taluni sistemi giuridici) utilizzare criteri etici nella indentificazione dell'esistenza e del contenuto di alcune norme giuridiche, è necessariamente portata ad impegnarsi a favore del *realismo morale*, secondo cui è perfettamente appropriato parlare di *fatti morali oggettivi* che corrispondano alle affermazioni giudiziali in questione. In sostanza, a detta di Dworkin, se si ammette che certe proposizioni giuridiche che

---

<sup>225</sup> Ivi, p. 111

<sup>226</sup> C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires 1980. Trad. it. *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino 1996.

<sup>227</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1982, pp. 349 ss.



facciano riferimento a criteri morali per accertare la validità di certe norme siano vere, proprio nello stesso modo in cui lo sono altre proposizioni sulla validità che adottano altri tipi di criteri, allora si dovrà pure ammettere che esistano dei *fatti oggettivi* cui esse corrispondano; e, dal momento che il primo tipo di proposizioni ha un contenuto morale, allora vi devono essere per forza dei *fatti morali oggettivi*. Si potrebbe dire, parafrasando Dworkin, che quest'ultimo attribuisce al positivismo hartiano una concezione di oggettività etica (e forse di oggettività in generale) per la quale le garanzie delle affermazioni morali sono costituite dalla loro corrispondenza con fatti oggettivi, esterni a quelle pratiche discorsive. Il giuspositivismo, insomma, sarebbe necessariamente costretto ad impegnarsi per un *realismo morale di tipo metafisico*: cosa che peraltro, aggiunge Dworkin, è ben difficilmente sostenibile per tale concezione. Insomma, conclude Dworkin, delle due l'una: o il giuspositivismo decide di impegnarsi a favore di una concezione ontologica molto discutibile, che risulterebbe incompatibile con le concezioni filosofiche ed epistemologiche altrimenti presupposte da quasi tutti i suoi sostenitori (per i quali, tra le altre cose, lo *status* oggettivo dei discorsi sulla validità giuridica dovrebbe essere indipendente dall'adesione ad una teoria epistemologica così controversa); ovvero, nei limiti in cui il giuspositivismo, invece, qualifichi tali tesi epistemologiche come false o "senza senso", esso sarebbe allora costretto ad ammettere che buona parte delle affermazioni giuridiche contenenti il riferimento a contenuti morali, ad esempio all'interno del sistema giuridico americano, sarebbero di fatto confinate nella sfera della "discrezionalità giudiziale", poiché non si potrebbe presumere il loro riferimento ad un diritto preesistente<sup>228</sup>.

Purtroppo, la risposta fornita da Hart nel suo *Postscript*<sup>229</sup> rimane sostanzialmente prigioniera dell'impostazione data da Dworkin alla questione; e questo nonostante lo stesso Dworkin, come è noto, non abbia poi mantenuto tale argomento nei suoi scritti successivi, e proprio per il fatto di aver sostanzialmente cambiato idea sui temi dell'*oggettivismo etico* e della *verità morale*, abbandonando così una impostazione di tipo realistico<sup>230</sup>. Hart sembra ritenere, infatti, che una posizione oggettivistica, con riferimento ai discorsi sulla validità che adottano criteri morali di verifica della stessa validità, abbia per davvero bisogno di fondarsi su di una qualche concezione, filosoficamente controversa, improntata al realismo etico. Stando così le cose, altrettanto controversa rimarrebbe, sempre secondo Hart, la tesi incorporazionistica, legata com'è alla plausibilità di quella posizione filosofica; la prima, cioè, potrebbe essere adottata soltanto se si

---

<sup>228</sup> Per una ricostruzione di queste tesi di Dworkin, e della discussione fra Hart e Dworkin in generale, si veda M. Kramer, *Also Among the Prophets: Some Rejoinders to Ronald Dworkin's Attacks on Legal Positivism*, 12 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 53-82 (1999), e M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law Without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

<sup>229</sup> H. L. A. Hart, *Postscript*, cit., pp. 253-254.

<sup>230</sup> Si veda, a titolo di esempio, quanto egli dice in R. Dworkin, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, in "Philosophy and Public Affairs", 25, 2, 1996, pp. 87-139.

adottasse anche la seconda. Tutto ciò implica che, nel caso che quest'ultima posizione non fosse sostenibile, allora si dovrebbe riconoscere che il rinvio a contenuti morali non ha alcuna garanzia di oggettività; non rimarrebbe che sostenere allora, in alternativa, che in questi casi i giudici fanno appello alla loro migliore comprensione della moralità, intesa come una *best practice*<sup>231</sup> peculiare al loro ruolo, e dunque svolgono una attività interpretativa dai contenuti discrezionali.

Autori di orientamenti differenti sono intervenuti nel dibattito<sup>232</sup>: si rileva come in fondo questa vera capitolazione di Hart nei confronti di Dworkin sia del tutto inopportuna; ma la ragione principale di questo giudizio non consiste nel fatto che lo stesso Dworkin abbia poi cambiato idea, facendo mancare il terreno del confronto; e nemmeno, quantomeno come ragione sufficiente, nel fatto che il giuspositivismo non sia comunque necessariamente vincolato ad adottare una prospettiva epistemologica del genere; la ragione principale consiste nel fatto che Hart cade nell'errore di accettare l'impostazione generale che Dworkin dà alla discussione, finendo per condividere, come del resto molti altri giuspositivisti contemporanei, una concezione del tutto inadeguata dell'oggettività (sia in generale, che in relazione al diritto), concezione che ne interpreta il concetto in chiave di *realismo metafisico*. È proprio la presenza di questo collegamento fra *oggettivismo* e *realismo* che fa scattare in Hart quella che potremmo chiamare la “sindrome dell'oggettivista deluso”<sup>233</sup>, secondo la quale il rifugio nella tesi della discrezionalità giudiziale (che Hart considera come un esito possibile della sua posizione) rappresenta una diretta conseguenza dell'accettazione, quantomeno implicita, di una concezione *troppo forte* di oggettività, concezione che egli ritiene non possa avere attuazione pratica, perlomeno nel contesto di discorso giuridico.

Qui, come si può vedere, sono pienamente in funzione, anche se soltanto per via implicita, le premesse epistemologiche realistiche e le premesse semantiche descrittivistiche che hanno contribuito a determinare uno stile *dicotomico*, proprio dei discorsi *sul* e *nel* diritto che è proprio di buona parte delle teorie giuridiche contemporanee, e che produce delle distinzioni tra descrizione e valutazione, o, per quanto compete al lavoro dei giudici, alla dicotomia tra scoperta e creazione del diritto: tali opposizioni e dicotomie sembrano ricordare i dogmi dell'empirismo criticati e superati da Quine e poi da Davidson, muovendo dall'opposizione tra analisi e sintesi. L'alternativa fra

---

<sup>231</sup> La *best practice* è un'idea manageriale che asserisce l'esistenza di una tecnica, un metodo, un processo o un'attività, che sono più efficaci nel raggiungere un particolare risultato, di qualunque altra tecnica, metodo, processo, ecc. Si afferma che con i processi adeguati, i giusti controlli e le corrette analisi, il risultato voluto può essere ottenuto evitando problemi e complicazioni imprevedute. L'prima formulazione teorica di tale criterio si ebbe in Frederick Taylor, *The Principles of Scientific Management*, Harper & Brothers Publishers, New York 1911.

<sup>232</sup> Si vedano, ad esempio, K. E. Himma, *Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms*, in “Legal Theory”, 5, 1999, pp. 415-434 e M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, cit., pp. 153-154.

<sup>233</sup> In un senso molto simile, anche se in relazione ad un contesto epistemologico più generale, Putnam, nel caratterizzare la frustrazione di chi aveva riposto le sue aspettative nel realismo metafisico, aspettative poi rimaste deluse, usa l'espressione *disappointed metaphysical realist impulse* (H. Putnam, *Words and Life*, ed. by J. Conant, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1995, pp. 299-300).

discorsi di tipo *oggettivo* e discorsi di tipo *soggettivo*, e dunque a carattere *discrezionale*, sulla validità delle norme e sui loro contenuti è frutto dello stesso tipo di logica dicotomica. Sembra, insomma, che l'unica via d'uscita nei confronti di un insostenibile oggettivismo sia quella di virare verso esiti di tipo relativistico, quali sono quelli che attribuiscono ai giudici, in questo ambito di attività, poteri decisionali di tipo discrezionale.

Bisogna perciò reagire e superare la capitolazione di Hart nei confronti del suo avversario; a questo scopo, però, non può bastare limitarsi a sostenere, come fanno tra gli altri Kramer e Moreso<sup>234</sup>, che non è per nulla necessario per il giuspositivismo adottare una qualche forma di realismo morale a sostegno dell'oggettività dei discorsi giuridici. In realtà, mettere in evidenza che oggi sono disponibili concezioni diverse dell'oggettività, più *deboli* e comunque alternative rispetto a quelle che si fondano sul realismo morale, è una condizione necessaria, ma non sufficiente per una trattazione adeguata della questione.

Il rischio di una impostazione *minimalista* di questo tipo è che le varie concezioni vengano messe sullo stesso piano. L'errore fondamentale delle posizioni qui criticate, in ambito epistemologico generale e sotto il peculiare visuale della teoria del diritto, risiede nel contrapporre, in via mutuamente esclusiva, un oggettivismo *forte* ad un relativismo altrettanto *forte*, e ritenere quindi che l'unica alternativa al primo sia il secondo. Questo tipo di contrapposizione può essere riproposta in sede di teoria dell'interpretazione giuridica, che è la sottodisciplina della teoria del diritto che deve sopportare il peso di trovare una configurazione accettabile dell'oggettività in sede di discorsi giuridici. In questo ambito la contrapposizione in questione si traduce in quella fra *discorsi interpretativi oggettivi*, che hanno la funzione di scoprire contenuti semantici preesistenti, e *discorsi interpretativi soggettivi*, che hanno la funzione di creare nuovi contenuti, e che dunque lasciano campo libero alla discrezionalità giudiziale; quanto detto si applica pienamente ai casi in cui i contenuti in questione sono contenuti a carattere morale.

Una questione alquanto spinosa è quella che concerne il rapporto con i contenuti morali di natura religiosa, specie quando vanno a incrociarsi con tematiche connesse ai diritti umani, o, più specificamente nell'ambito degli stati costituzionali di diritto che si presumono all'opera nello scenario politico contemporaneo, diritti fondamentali. Dworkin<sup>235</sup> ritiene che, al di là delle divergenze su temi come i diritti umani, il ruolo della religione nella vita pubblica e la giustizia sociale, le parti politiche contrapposte possano condividere alcuni principi fondamentali. Per

---

<sup>234</sup> M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, cit., pp. 153-154, e J. J. Moreso, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001. Si veda anche J. J. Moreso, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2005, pp. 225-243.

<sup>235</sup> Ronald Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), Feltrinelli, Milano 2007.

sostenere tale visione, Dworkin fa appello alle nostre intuizioni sulla giustizia e sulla responsabilità, e propone due principi: il *principio del valore intrinseco* (secondo cui ogni vita umana ha un suo particolare valore oggettivo)<sup>236</sup> e il *principio della responsabilità personale* (secondo cui ogni persona è responsabile del successo della propria vita, responsabilità che include il giudicare e scegliere che tipo di vita condurre per realizzarsi. Un individuo non deve consentire a nessun altro di dettare a lui i suoi valori personali o di imporglieli senza il suo consenso)<sup>237</sup>. In quest'ultima considerazione si coglie uno dei punti critici del pensiero di Dworkin. Resta infatti nebuloso, nella sua esposizione, quali siano i nessi tra *influenza*, subordinazione e consenso.<sup>238</sup> Se restasse non deciso questo punto, non si capisce come si potrebbe risolvere il problema che Dworkin pone, nelle sue molteplici sfaccettature: ad esempio, il senso del ricorso ai due principi sopra menzionati, condivisi in quanto posti in un terreno comune, per decidere in modo condiviso una questione rispetto alla quale i due gruppi contrapposti hanno visioni diverse e tutto sommato inconciliabili. Lo stesso Dworkin accenna ai due sensi di *liberty* (libertà come uso dei diritti per la responsabilità etica personale) con cui possono essere affrontati temi come l'aborto o i matrimoni tra omosessuali. In questo caso, una presa di posizione religiosa, una *fides*, può sottrarre all'ambito di negoziabilità la questione, per principio. Dovremo riuscire ad ammettere che c'è molto di *indecidibile* in termini di consenso, e che dunque ci si deve attrezzare a prendere decisioni su un terreno conflittuale. Dworkin suggerisce che si possono trovare dei punti in comune *argomentando* in base ai due principi che egli pone all'inizio del suo libro. È dubbio che ciò possa accadere, e che l'argomentazione possa davvero *risolvere* il conflitto. Se si ammettesse che questi conflitti sono irrisolvibili, ci si dovrebbe concentrare su come *far evolvere* il modo con cui gli antagonisti stanno nel conflitto, pensando tanto a ciò che si comunica quanto a come lo si comunica.

Dworkin, distinguendo una concezione maggioritaria-procedurale della democrazia da una concezione partecipativa (in cui la moralità politica è centrale), osserva che se vogliamo essere una democrazia partecipativa, il degrado del nostro dibattito politico diventa un grave difetto, perché l'attenzione e il rispetto reciproco sono l'essenza della partecipazione<sup>239</sup>.

Da Dworkin e Habermas, fatte le dovute differenze, si sviluppa l'idea recente che la corte è il luogo in cui viene garantito uno spazio di espressione ai diritti dell'individuo a fronte di una sfera politica sempre più ermetica alle istanze di questi. Zagrebelsky afferma nel documento di intenti della

---

<sup>236</sup> R. Dworkin, *La democrazia possibile*, cit., p. 28.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> A pp. 35 sgg., l'autore nota che ci sono molti modi in cui gli altri possono influenzarci, ma spesso questi modi «non comportano subordinazione e che quindi non sono condannabili dal principio della dignità».

<sup>239</sup> *Ivi*, p.135.

*Biennale della Democrazia*<sup>240</sup>: “Come, anzi più di ogni altra forma di governo, la democrazia è sempre imperfetta rispetto ai suoi ideali ed è sempre esposta all’involutione oligarchica, al rovesciamento demagogico delle parti e alla copertura di altre “-crazie”. In tutti questi casi, le forme della democrazia, cioè le sue procedure, vengono svuotate e rese disponibili a favore di sostanze, cioè di poteri, non democratici.” Ferrajoli e Zagrebelski, seppur in maniera diversa, ritengono che il potere giudiziario deve essere il tutore della democrazia all’interno del nuovo paradigma dello stato costituzionale di diritto, tuttavia la diffidenza si fa sempre più diffusa, a livello internazionale per l’inefficacia delle corti recenti e nuove se non in materia economica, a livello nazionale (non solo in Italia, ma anche nei più eminenti tra le nazioni rette dalla common law) per la sempre più marcata inefficienza e incoerente imprevedibilità della magistratura, anche nelle corti di rango più elevato. Dalle pagine di Dworkin e Habermas si continua a sviluppare, forse con una giusta pervicacia, l’idea che la corte è il luogo in cui viene garantito uno spazio di espressione ai diritti dell’individuo a fronte di una sfera politica sempre più ermetica alle istanze di questi e, aggiungiamo noi, dinanzi alla vulnerabilità dei parlamenti, oggi come in passato.

Tuttavia quello che mette soprattutto in evidenza Dworkin in *Taking Rights Seriously*, a livello interpretativo, è l’incapacità del positivismo di dare conto della effettiva pratica giudiziaria: egli sottolinea l’esistenza di alcuni criteri giuridici uniformi utilizzati dai giudici, da lui identificati come principi, che sono convenuti ma vanno al di là del diritto statuito, pur non essendo ricondotti a una origine naturale, già data. Questo conferma l’interpretazione della teoria dworkiniana come un terzo genere non inseribile né nel positivismo, né nel giusnaturalismo, e lo ha fatto bersaglio di critiche da parte di studiosi da tutto il mondo, rendendolo l’autore più citato nei dibattiti di teoria giuridica degli ultimi tre decenni.

La corte di diritto internazionale secondo gli studiosi di diritto internazionale (Benvenuti) è un evento episodico, non sistematico, ed è spesso destinata ad incontrare difficoltà che vanno dagli ostacoli propri del conflitto tra legislazioni diverse, fino alla messa in questione della stessa legittimità della corte, come è stato per Norimberga. Questo si vede anche nella recente gemmazione di corti *ad hoc* quale rimedio ai mali della guerra e dei genocidi (Serbia e Rwanda sopra tutti). La corte non può essere il platonico *phàrmakon* (nel senso più volte descritto da Resta) se non contenendo il veleno della propria lenta dissoluzione come antidoto al disordine crescente. Questo disordine è la frammentazione che già Treves analizzava negli anni cinquanta tentando di giustificarlo alla luce della sua teoria del diritto.

---

<sup>240</sup> Manifestazione che avrà luogo a Torino ogni due anni, la cui prima edizione si è svolta dal 22 al 26 aprile 2009.

Merita sempre una menzione riguardo la situazione delle corti la ben nota posizione di Ely<sup>241</sup>, che ha posto il problema della fiducia come base della legalità democratica. Niente di nuovo rispetto a quanto affermava polemicamente Carl Schmitt, contrapponendo lo stato di diritto (*Rechtsstaat*) alla democrazia instabile e sempre imprevedibile nei suoi sviluppi legislativi. Vi sono di contro gli strenui sostenitori della consustanzialità tra democrazia e stato di diritto, come rilevato di recente da Heuschling<sup>242</sup> a livello storico sistematico. Uno dei fulcri della determinazione concettuale della nozione di stato di diritto è la determinazione reciproca tra i due ambiti semantici aspiranti all'universalità, spesso considerati intercambiabili nella discussione giuridica internazionale: questi due grandi ambiti di aspirazioni ancora *in itinere* sono lo stesso stato di diritto e i diritti umani. Si può ritenere che l'uno sia inconcepibile senza il rispetto degli altri, o che solo lo stato di diritto consenta la tutela dei diritti umani, oppure connettere i diritti alla costituzione e quest'ultima intenderla come la forma migliore di stato di diritto in quanto consente il superamento della possibilità di leggi ingiuste perché in violazione di una metanorma imprescindibile. Di qui la necessità, anche a livello dell'Unione europea, di dotarsi di ulteriori cataloghi di diritti che diventano il sostituto del contenuto morale possibile del diritto. La tesi di Ignatieff è invece di contro che la Dichiarazione universale dei diritti umani rappresentò un ritorno da parte della tradizione europea al diritto naturale. Essa fu firmata a Parigi il 10 dicembre 1948, e la sua redazione fu promossa dalle Nazioni Unite perché avesse applicazione in tutti gli stati membri. Ignatieff inizia la sua disamina con il necessario confronto della ragione giuridica con l'abominio nazista: "l'abominio era potuto accadere allorchè allo stato tedesco fu attribuita una sovranità illimitata, allorchè ai cittadini di quello stato vennero a mancare i fondamenti normativi per disobbedire ad ordini legittimi ma immorali"<sup>243</sup>. La sentenza del filosofo americano non sembra essere appellabile: vi deve essere un discrimine normativo che renda comprensibile il contenuto morale delle norme, e sulla base di questo si può persino giungere a negare l'obbedienza alle norme stesse, come Fichte riteneva fosse necessario disobbedire al sovrano ingiusto. La Dichiarazione è il punto di arrivo di un dibattito filosofico sui diritti umani e frutto di una elaborazione centenaria, che arriva fino alla Dichiarazione d'Indipendenza statunitense (4 luglio 1776), il *Bill of Rights*, e soprattutto la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, i cui elementi di fondo (i diritti civili e politici originariamente attribuiti all'individuo) sono confluiti in larga misura in questa carta. Molto rilevanti sono anche i quattordici punti del presidente Woodrow Wilson (1918) e i pilastri delle *Quattro Libertà* enunciati da Franklin Delano Roosevelt nella Carta atlantica del 1941.

---

<sup>241</sup> J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard UP 1980.

<sup>242</sup> Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, Paris 2002.

<sup>243</sup> M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003, p 9

Il realismo angloamericano ha guidato questa marcia secondo alternanti ideali politici, da Wilson a Roosevelt sino agli attuali teorici del *new world order*. Le teorie esposte da Kelsen ne *La Pace attraverso il diritto* (1944) sono state strumento, non guida, di questo processo di evoluzione della nozione di stato di diritto e di diritti umani, che è confluito nel grande cantiere del positivismo.

Le varie versioni del positivismo possono essere raggruppate nell'insieme delle teorie *semantiche* del diritto. Nella concezione di Dworkin queste sono accomunate dalla caratteristica connessione tra teoria linguistica e ricorsività del riferimento: quando usiamo una qualsiasi parola, seguiamo determinate regole: queste regole stabiliscono i criteri che identificano il significato della parola stessa. Sono poi le regole che «ci consentono di utilizzare la parola 'diritto'» che «lo rapportano a un dato di fatto storico»<sup>244</sup>. Si tratta perciò di teorie semantiche in quanto risolvono il problema dell'identificazione del diritto facendo principalmente riferimento alle regole che determinano, in chiave linguistica, la costruzione del significato di una nozione o di un concetto.

Il diritto insiste sul fatto che la forza deve essere utilizzata o negata nella misura in cui ne consentono o richiedono l'uso i diritti e le responsabilità individuali derivanti da decisioni politiche precedenti riguardanti le circostanze che giustificano l'intervento della forza collettiva. Lo slittamento della giurisdizione al livello meta normativo operata nelle corti costituzionali e a livello spaziale per il tramite del moltiplicarsi di corti internazionali è un altro indice di mutamento che non può essere compreso per mezzo degli strumenti del positivismo quale che sia.

Le diverse concezioni del diritto possono essere classificate partendo da tre questioni poste dal concetto di diritto, che possono essere così formulate: in primo luogo, il presunto legame tra diritto e coercizione è giustificato? In che cosa consiste la finalità di pretendere che la forza pubblica intervenga soltanto conformemente ai diritti e alle responsabilità che 'derivano da' decisioni politiche precedenti? In secondo luogo, se questa finalità esiste, è possibile conoscerne le caratteristiche? In terzo luogo, quale interpretazione e quale nozione di consistenza con le decisioni precedenti è più appropriata? A queste tre questioni vengono date risposte diverse che corrispondono a tre diverse concezioni del diritto: il convenzionalismo, il pragmatismo, il diritto come integrità.

1 - Per il *convenzionalismo*, l'uso e i limiti della coercizione sono giustificati da decisioni politiche precedenti; la finalità di questo vincolo si esaurisce nella prevedibilità e nell'equità procedurale imposta da tale obbligo; i diritti concreti sono tali solo se le decisioni precedenti li prevedono

---

<sup>244</sup> Dworkin *L'impero del diritto*, Milano 1989, 35.

esplicitamente. Nel caso in cui tale previsione non sia presente, sia cioè esaurita la forza della convenzione, i giudici individuano, ai fini della loro decisione, un fondamento di quest'ultima che sia completamente proteso verso il futuro.

2 - Per il *pragmatismo*, che viene considerato una concezione scettica del diritto, non vale il legame tra decisione precedente e uso e vincolo della coercizione; la finalità e l'interpretazione del diritto sono legati al dato che dovere dei giudici è quello di prendere qualsiasi decisione che a loro sembri migliore per il futuro della comunità, negando in questo modo l'esistenza di diritti giuridici che preesistono rispetto alla pratica.

3 - Il *diritto come integrità* delineato da Dworkin accetta la prima risposta del convenzionalismo, ma si differenzia rispetto alla seconda: esso sostiene che “gli obblighi imposti dal diritto siano vantaggiosi per la società non soltanto nella dimensione della loro prevedibilità o equità procedurale ... ma perché garantiscono un certo grado di eguaglianza fra i cittadini, che rende più autentica la loro comunità e giustifica moralmente l'esercizio del potere da parte sua”. In relazione al terzo aspetto, essa sostiene "che i diritti e le responsabilità derivano da decisioni precedenti e, di conseguenza, hanno valore giuridico non soltanto quando sono espliciti in queste decisioni, ma anche quando sono conseguenti ai principi di moralità personale e politica che le decisioni esplicite presuppongono come loro giustificazione"<sup>245</sup>.

Le diverse concezioni forniscono una risposta alla questione relativa a quali sono le basi del diritto; in parallelo, esse sviluppano, delineando sia la finalità e i valori del diritto, sia l'individuazione dei diritti che vengono concretamente riconosciuti, una precisa teoria dei valori di riferimento della comunità politica: esse cioè sviluppano una teoria politica del diritto, cioè dei valori e dei fondamenti della comunità sociale. Questa distinzione corrisponde a quella tra basi e forza del diritto: le concezioni quando delineano il diritto di una determinata comunità presuppongono una risposta alla questione parallela dei motivi della obbedienza al diritto, cioè della giustificazione generale del mandato coercitivo del diritto. Naturalmente, il problema della forza in circostanze normali non emerge direttamente: esso si presenta in relazione alle basi controverse del diritto, cioè quelle che giustificano la coercizione nelle differenti circostanze eccezionali in relazione ai disaccordi teoretici soprattutto a livello di applicazione giudiziaria. Per Dworkin una teoria generale del diritto offre quindi una soluzione a un insieme complesso di equazioni simultanee: per essere completa essa può solo essere una teoria politica del diritto, cioè una teoria che rivolge la sua attenzione sia alle basi sia alla forza del diritto. Per Dworkin, il convenzionalismo e il pragmatismo

---

<sup>245</sup> R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano 1989, pp. 93-94



forniscono delle risposte insoddisfacenti: la risposta migliore è quella offerta dall'idea del diritto come integrità.

Il convenzionalismo può essere caratterizzato come la versione interpretativa della *plain fact view* e della concezione *semantica* del positivismo. In analogia con questa, il diritto viene visto come un insieme di documenti (leggi, precedenti giudiziari) che contengono le decisioni delle autorità che statuiscono il diritto. Per questa corrente, nei casi di lacuna viene, invece, affermata la discrezionalità forte del giudice e la natura extra-conoscitiva dell'interpretazione<sup>246</sup>.

Più in generale, in merito alla problematica della discrezionalità giudiziale, Dworkin ritiene sin dalle sue prime opere che ai giudici non debba essere riconosciuta una *discrezionalità forte* di fronte ad un caso in cui si pongano dei problemi d'interpretazione delle norme. Essi non devono decidere la causa stabilendo quale sia dal loro punto di vista la soluzione migliore, non devono quindi creare retroattivamente dei diritti. I giudici devono invece cercare di identificare con la maggior precisione possibile i diritti preesistenti delle parti. Ciò implica, nella teoria di Dworkin, solamente l'esercizio di una *discrezionalità debole*. I diritti, insomma, devono esser presi sul serio<sup>247</sup>.

Il pragmatismo è una concezione che sintetizza diversi approcci al diritto e alla moralità politica<sup>248</sup>. E' caratterizzato dalla tesi della libertà del giudice che deve decidere i diversi casi avendo quale punto di riferimento le esigenze della comunità: per questo può trascurare i diritti degli individui e riassorbirli, in chiave utilitaristica, nelle necessità politiche della comunità.

Il pragmatismo pone il problema del rapporto della decisione giuridica con quella dei valori politici: essa è infatti, secondo Dworkin la concezione più forte di cui si possono mostrare i limiti solo attraverso il ricorso alla filosofia politica. Tale ricorso viene sviluppato in una duplice direzione: da un lato, attraverso l'analisi dei valori politici di una comunità, mettendo in evidenza che, tra questi, l'integrità ha un ruolo autonomo; dall'altro, in relazione al problema della legittimità dell'ordine giuridico, cioè dei motivi della obbedienza, sottolineando che l'integrità rappresenta il fondamento necessario di tale obbligo.

---

<sup>246</sup> Dworkin distingue tra una versione rigida, cui sono principalmente rivolte queste critiche, e una flessibile del convenzionalismo. Questa seconda versione, che viene vista come una forma non sviluppata dell'idea di diritto come "integrità", è riferita a quelle versioni del positivismo sostenute dalla recente generazione di filosofi del diritto (principalmente J. Coleman, E. P. Soper, D. Lyons) per i quali il diritto di una comunità comprende tutto ciò che si situa all'interno dell'estensione implicita di questa convenzioni.

<sup>247</sup> Aldo Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli 1997.

<sup>248</sup> Esso appare una sintesi di tre approcci: realismo americano, *Law and Economics* e utilitarismo classico.

L'obbedienza al diritto, quindi l'accettazione politica del *rule of law* è fondabile a partire dall'idea di una eguale considerazione e rispetto tra i membri della comunità. Questa idea di eguaglianza è costruibile solo in relazione a comunità che pongono alla loro base una serie di principi di equità e giustizia che stabiliscono i diritti e le responsabilità dei cittadini. Il fondamento dell'obbligo comunitario è perciò un'idea della comunità basata sull'assunto che ogni individuo abbia lo stesso valore degli altri. Dall'idea di eguaglianza alla luce dei principi quale fondamento della "forza" del diritto, deriva l'esigenza della sua integrità: essa esprime, primariamente, l'esigenza della "coerenza" tra i principi sia nelle decisioni legislative, sia in quelle giudiziarie. L'idea del diritto come integrità è così la sintesi della costruzione dworkiniana.

La conseguenza di questa ricostruzione è senz'altro della complessificazione strutturale del diritto. A partire da *Taking Rights Seriously*, Dworkin pone in evidenza come il diritto contemporaneo sia composto non solo di regole ma anche di principi. La distinzione tra regole e principi è, senza dubbio, uno degli aspetti dell'opera di Dworkin più noti e più discussi. Se inizialmente essa viene utilizzata per segnalare l'utilizzo da parte dei giudici di *standard* giuridici non limitati alle regole espressamente formulate, in *Law's Empire* il loro ruolo diventa ancora più pervasivo. Ciò corrisponde a un approfondimento del loro ruolo nel pensiero dworkiniano: i principi da *standard* principalmente giurisprudenziali diventano il fondamento della comunità politica e della esigenza di integrità.

### **Raz: virtù e autorità**

Raz è forse il più influente teorico del positivismo giuridico contemporaneo<sup>249</sup>. La sua teoria del diritto ha seguita una evoluzione che lo ha portato ad ampliare la ricerca sulle *social norms* iniziata dal suo maestro Hart fino ad includere ampie tematiche proprie della filosofia morale e della filosofia politica. Centrale nella sua teoria rimane il confronto con l'ideale giuridico morale, segnato da saggi critici che hanno avuto un impatto notevole sul dibattito degli ultimi tre decenni.

Egli risale dalle regole singole al concetto generale di *rule of law*, e compie questa analisi critica in una serie di saggi che iniziano negli anni '70 con un noto contributo critico dell'ideale giuridico. Il

---

<sup>249</sup> Per una conferma della ulteriore vivacità del dibattito accademico sulle sue tesi, si vedano le raccolte di studi editate solo negli ultimi anni: L. H. Meyer, S. L. Paulson, T. Pogge (eds.), *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003; R. Jay Wallace, P. Pettit, S. Scheffler (eds.), *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Clarendon, 2004, pp. 429; Symposium on Joseph Raz, The Myth of Instrumental Rationality, in «Journal of Ethics & Social Philosophy», December 2005.

*rule of law* viene da lui considerato come un mero attributo, una semplice virtù di un sistema basato sul diritto come ogni ordinamento durevole tra gli uomini. Una delle affermazioni più note è la seguente: “un sistema giuridico non democratico, basato sulla negazione dei diritti umani, su una povertà diffusa, su segregazione razziale, ineguaglianze di sesso e persecuzione razziale potrebbe in linea di principio essere conforme ai requisiti del *rule of law* meglio di ciascuno dei sistemi giuridici delle più illuminate democrazie occidentali.”<sup>250</sup>

Per Raz il *rule of law* è una virtù del sistema giuridico, cioè indica il suo stato di buona salute o di buon funzionamento. Questa tesi implica tre prospettive distinte, ma collegate.

- 1- la formula del *rule of law* si applica ad un sistema giuridico già esistente e già definito come tale sulla base di altri criteri (quali, ad esempio, quelli legati alla teoria delle fonti e della validità giuridica).
- 2- essa si presenta come un *ideale politico*, riguardante il dover essere di un sistema giuridico e non già la sua descrizione concettuale.
- 3- questo ideale deve distinguersi da una teoria della giustizia in quanto ha un carattere puramente formale. viene ribadita la posizione di Hart sulla compatibilità del *rule of law* con la più grande ingiustizia.

Volendo cercare la sintesi più efficace del pensiero di Raz sulla connessione tra legge e governo della legge la si potrebbe trovare in questa affermazione. Due sono i possibili significati del sintagma *rule of law*: «(1) that people should be ruled by the law and obey to it, and (2) that the law should be such that people will be able to be guided by it»<sup>251</sup>. La legge deve governare i soggetti, e i soggetti devono essere in grado di essere da essa guidati. Questi gli estremi della determinazione reciproca tra norma e soggetti: le motivazioni, il fondamento politico di obbedienza, ad esempio alla legge delle leggi, cioè alla costituzione in quanto condivisa carta comune di un popolo (à la Habermas) non rivestono interesse per Raz e non contribuiscono ad arricchire la sua teoria: se Dworkin può essere definito pre-Benthamita, Raz può essere fieramente (e di certo consciamente) pre-Kelseniano, in quanto vuole costruire la sua teoria su una rigorosa separazione tra politica e diritto, prima ancora che tra morale e diritto.

La teoria di Raz può essere definita come "plain fact view": essa è la teoria del positivismo esclusivista, cioè che non ammette altra genealogia del diritto che quella derivante dal suo essere un

---

<sup>250</sup> J. Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, in *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press) 1979; p 211.

<sup>251</sup> J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, cit., p. 213.

mero fatto sociale, senza determinabile contenuto morale se non esterno. Tale visione implica, come verrà meglio specificato da Raz in saggi seguenti, una "sources based theory"<sup>252</sup> che identifichi il diritto secondo i criteri formali della validità delle fonti e della loro gerarchia. In aggiunta a questo ha l'importante caratteristica di prescindere dal contenuto e dai motivi della obbedienza. Posizioni derivate o simili a quella di Raz, cioè il positivismo esclusivista, tendono a escludere qualunque forme di incorporazione della moralità dentro le norme giuridiche. L'assunzione metafisica di fondo che le caratterizza è quindi molto esigente: non si discute della possibilità o meno dell'inclusione di elementi morali nella statuizione di una norma o come fondamento del *rule of law* come principio. Invece si asserisce la necessaria impossibilità di questa inclusione. Di questo si sono ben resi conto Kramer e Coleman: tale posizione è difficilmente sostenibile, come ha fatto notare Dworkin questo mette addirittura in crisi lo stesso modello positivista, che forse ha concluso la sua funzione storica. L'analisi funzionale del concetto di *rule of law* può essere esteso fino alla *forma mentis* necessaria a concepire il governo della legge come un modello ideale rispetto al governo degli uomini che si presumono migliori. Ritenere che una famiglia di teorie giuridiche sia analizzabile comparativamente apre una interessante serie di questioni sistematiche relative alla funzione e alle ideologie sottostanti le diverse forme di positivismo tutt'oggi dominanti nell'occidente europeo e per certi versi in crisi negli USA.

Joseph Raz ha teorizzato insomma che una legittima autorità politica implica un diritto a governare, a delineare i confini del diritto vigente e a eseguirlo. Un partito politico può avere il diritto di governare se ha il potere di cambiare la situazione dei soggetti, imponendo l'obbligazione di conformarsi alle direttive del governo al potere. Questa può essere definita come autorità politica legittima se ha il potere normativo come un autorità *de facto*<sup>253</sup>. E' questa la cosiddetta *service conception of authority* che afferma come l'autorità politica deve essere esercitata al servizio di chi si prefigge di governare, come argine all'arbitrio del potere che si autocrea. Nella sua teoria troviamo tre tesi che cercano di determinare i criteri per tale concezione di autorità come servizio, la *dependence thesis*, la *normal justification thesis*, e infine la *preemptive thesis*. Sembra che sia condivisibile l'affermazione che un regime può produrre qualcosa che si possa definire legge solo se ha una *de facto authority* (cioè il regime possiede un esteso potere normativo sui soggetti). Tuttavia Raz non fornisce prove sufficienti per supportare la giustificazione che offre per la propria teoria dell'autorità legittima, cioè fornitrice di legalità, riteniamo perché manchi di una articolata teoria della costituzione, propria del grande scolarca del positivismo del XX. secolo, quel Kelsen che vedeva nella diade Costituzione/Corte costituzionale il nuovo supremo meccanismo del potere

---

<sup>252</sup> J. Raz, *Authority, Law and Morality* in *The Monist* 1985, pp. 1-20.

<sup>253</sup> Ivi, p. 6.

costituito. Se tale teoria per vari aspetti riserva delle critiche e appare datata, tuttavia il suo alveo non sembra così facilmente rimuovibile, visto che anche il paese in cui Raz si trova ad operare da decenni ha fatto la scelta, almeno simbolica, di dotarsi di una Corte suprema il cui intento politico sembra quello di essere una vera e propria corte costituzionale: questo forse porterà per la prima volta a una corte costituzionale che precede temporalmente e influirà sul documento scritto politicamente condiviso che poi dovrà utilizzare come testo di riferimento.

Altri approcci si sono sviluppati che cercano però di far uso di alcuni schemi di pensiero di derivazione raziana, anche per criticarli. Nino aderisce al giuspositivismo metodologico sul piano conoscitivo e al giusnaturalismo sul piano normativo. Il più chiaro tentativo di indicare questa via d'uscita alla discussione fra giuspositivismo e giusnaturalismo, come s'è detto, è stato compiuto da Hart nel *Postscript*: replicando a Dworkin, ha cercato di configurare le rispettive posizioni come compatibili. Com'egli scrive, «non è ovvio perché vi dovrebbe o potrebbe essere qualche conflitto significativo tra imprese così diverse come la teoria del diritto rispettivamente mia e di Dworkin»<sup>254</sup>. Come ha osservato Raz questo tentativo è fallito, almeno ove a confrontarsi siano Hart e Dworkin: la dottrina di quest'ultimo, infatti, conserva pretese conoscitive che la rendono incompatibile con la teoria di Hart. Forse, però, lo stesso tentativo potrebbe riproporsi configurando la teoria giuspositivista come meramente conoscitiva, e la dottrina giusnaturalista come puramente normativa.

Caratteristica della riflessione di Raz è la centralità dei concetti di autorità e valore. L'intento di Raz è quello di riconciliare la credenza nel carattere universale del valore con una corretta comprensione della reale diversità dei valori. L'idea di fondo di Raz è che occorre prendere coscienza del fatto che la tesi comunemente accettata, secondo cui i valori sono universali, non è in grado di dare ragione dei nostri attaccamenti, cioè di quei legami che danno senso alla nostra vita. Raz distingue allora tra «senso personale» e «senso impersonale» del valore. Il primo dipende strettamente dai nostri legami, dalle relazioni che instauriamo con gli oggetti che *noi* riteniamo meritare il nostro attaccamento. Il senso impersonale è, invece, il valore che l'oggetto possiede indipendentemente dal fatto di essere significativo per un determinato soggetto. Questo pone Raz direttamente in contrapposizione alla teoria della normatività proposta da Christine Korsgaard<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> Cfr. H. L. A. Hart, *Postscript*, in Id., *The Concept of Law* (1961), Clarendon, Oxford, 1994, p. 241

<sup>255</sup> Si veda C. M. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, edited with an introduction by O. O'Neill, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1996. Per un parallelo nella contrapposizione teorica si veda J. Raz, *The Practice of Value*, with commentaries by C.M. Korsgaard, R. Pippin, B. Williams, edited and introduced by R.J. Wallace, Oxford, Clarendon, 2003

L'attrattiva politica del positivismo giuridico negli ultimi anni non è stata enfatizzata dal progressismo democratico, ma dal suo opposto gemellare costituito dal conservatorismo maggioritario. I giudici di orientamento più liberale hanno fatto appello alla moralità per giustificare la tutela dei diritti individuali<sup>256</sup>. Si veda al riguardo l'esempio della sentenza della Corte Suprema *Erie v. Thompson* (304 U.S. 64) pronunciata nel 1938 all'apice della spinta propulsiva del positivismo, e al tempo stesso nel fiorire del realismo nordamericano nelle sue linee portanti. Il giudice Brandeis, chiamato a dirimere una controversia tra stati, affermò con forza, citando tra le autorità di riferimento il giudice Holmes, che "Law in the sense in which courts speak of it today does not exist without some definite authority behind it." Non si può far riferimento a un qualche iperuranio concetto di legge nel decidere una controversia sorta tra stati, ma far riferimento a una norma dichiarata da almeno una delle autorità di uno degli stati coinvolti: è necessario che l'autorità sia definita perché l'autorità medesima possa essere attribuita al testo legislativo vincolante. Da qui la concezione di autorità come servizio proposta da Raz può porta a sollevare alcune perplessità per la sua patente artificiosità.

Uno dei problemi connessi alla involuzione della teoria positivista del diritto, se si volessero utilizzare degli schemi sociologici come fanno i sostenitori della stessa, è il fatto che i docenti e i filosofi impegnati in queste diatribe limitano la loro esperienza a corsi di filosofia del diritto, senza tentare di impegnare le proprie teorie sul piano sistematico dell'approccio ad una disciplina quale quella civilistica, o, come nel caso che più ci riguarda, quella comparatistica in generale. Il positivismo non riesce a venir fuori dal suo coinvolgimento politico, fatto che riguardava già il primo dei teorici di tale dottrina, quel Bentham che lo aveva inteso come propulsore di riforme della tradizione secolare inglese, riforme che in primo luogo imponevano uno sforzo di codificazione. Gli araldi di un vacuo nichilismo giuridico, non possono non tenere conto di questa circostanza, come anche i più rigorosi teorici della necessità di una "sources thesis" intesa in senso forte.

Afferma Raz riguardo alla connessione tra morale e ideale giuridico: "I do not regard the rule of law as a universal moral imperative."<sup>257</sup> Raz sostiene una concezione minimale dell'universalità del valore, secondo la quale i valori sono universali in virtù della loro intelligibilità, cioè della possibilità di essere compresi da tutti. In questo senso, l'universalità è un carattere proprio di tutti i valori. La dipendenza sociale non esclude l'universalità del valore, ma è una necessaria condizione

---

<sup>256</sup> Per una dettagliata presa di posizione alla luce del diritto come integrità e per una generale riflessione sulle recenti versioni sofisticate del positivismo, inclusivo ed esclusivo, proposte rispettivamente da Coleman e da Raz negli ultimi anni, si veda il saggio di Dworkin, *Thirty Years On*, in 115 *Harvard Law Review* (2002), ora in *Justice in Robes*, pp. 187-222, in particolare le pp. 212-sgg.

<sup>257</sup> Joseph Raz, *The Politics of the Rule of Law*, cit. 1995, p 354.

della sua intelligibilità. Infatti, la dipendenza dal contesto sociale è indispensabile per poter spiegare in che modo conosciamo il valore. Possiamo al riguardo condurre un paragone chiarificante con la teoria del diritto del maestro di Raz. Parafrasando Hart si può infatti affermare che il diritto positivo esiste, da un punto di vista normativo, soltanto nei limiti in cui esso viene accettato e usato collettivamente dai membri di una comunità di riferimento. L'esistenza stessa del diritto positivo è, secondo questo approccio, il frutto collettivo di una *pratica sociale*, e non già di singole decisioni puntiformi poste in essere da alcuni soggetti particolari<sup>258</sup>. Questa affermazione non prende in considerazione le complicazioni connesse con la natura sistemica del diritto, che pone il problema delle condizioni di esistenza della norma di riconoscimento e del suo contenuto. Come è noto la dottrina del diritto come pratica sociale avrà un largo influsso sulla teoria del diritto del XX secolo.

Secondo Raz, bisogna ammettere che c'è un elemento di pura contingenza nei valori di cui si può dare ragione solo facendo appello alla spiegazione storica, alla quale manca però il carattere della necessità e dell'universalità. Può darsi che tutto ciò rimetta in discussione una volta di più il concetto di universalità e di intelligibilità del valore. Tuttavia, sembra dirci Raz, questa è l'unica strada che possiamo percorrere. Dal punto di vista di un approccio che guarda al diritto come una *pratica sociale*, la teoria della interpretazione del diritto non può essere scissa dalla teoria del diritto, per la semplice ragione che i processi interpretativi e applicativi sono anche elementi costitutivi per l'esistenza – normativa – del diritto positivo, e dunque rientrano anch'essi nell'orbita della teoria del diritto complessivamente considerata.

La tesi della «dipendenza sociale del valore», d'altronde, è fondamentale per argomentare sul valore della società multiculturale<sup>259</sup>, nozione di cui Raz rimane uno dei principali teorici del dibattito contemporaneo. La concezione del bilanciamento, e in generale della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto, è solidale con una forma radicale di pluralismo etico. Le ragioni d'azione e, dunque, i diritti, i principi, sono molteplici, confliggenti, indeterminati. Il mondo delle ragioni d'azione, e degli ideali sociali e politici è plurale, popolato da una molteplicità di ideali che inevitabilmente entrano in conflitto gli uni con gli altri. Nulla garantisce che questi valori indichino, concordemente, un'unica direzione alle nostre scelte e alle nostre azioni. Al contrario gran parte delle scelte umane sono scelte tragiche, in situazioni nelle quali non si può far altro che sacrificare, in tutto o in parte, alcuni valori, in vista della promozione di altri.

---

<sup>258</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, ed. by P. Bulloch and J. Raz, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 68-70, 105-108.

<sup>259</sup> Celebre è il suo Multiculturalism: a Liberal Perspective, «Dissent», 1, 1994, pp. 67-79, una versione del quale compare in J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon, Oxford, 1994, pp. 170-191. Si veda anche J. Raz, *Multiculturalism*, in «Ratio Juris», 3, 1998, pp. 193-205.

In tal senso assume un rilievo centrale la trattazione che del pensiero di Raz svolge un altro dei principali studiosi delle questioni del multiculturalismo come Will Kymlicka: egli inquadra l'opera di Raz a partire dalla sua tematizzazione di un diritto di uscita (*exit*) che ha il fine precipuo di proteggere l'individuo dal suo gruppo di appartenenza qualora quest'ultimo si riveli opprimente. La previsione di un diritto di fuoriuscita<sup>260</sup> ribadisce il primato dell'individuo sulla comunità nella teoria di Raz: in tal senso, il bene della comunità non è un valore in sé, ma è strumentale al valore del benessere e della fioritura (quello *human flourishing* cui occorre fare riferimento in una concezione articolatamente politica dell'ideale giuridico del *rule of law*) dell'individuo. Raz enuclea una serie di possibili politiche multiculturali, incentrate sul fulcro del suddetto diritto di uscita e frutto di una concezione della comunità originale nel contesto del dibattito tra liberali e comunitaristi, che appaiono molto vicine per contenuto e sensibilità alle proposte di Kymlicka stesso<sup>261</sup>.

Riconducendo ai suoi principi la nozione di valore nella teoria di Raz, si può affermare che sua è l'idea comune secondo la quale le persone hanno valore in se stesse perché sono in grado di valutare. La dimostrazione della verità di questa concezione si articola in tre parti: a) la prima si basa sul riconoscimento della dipendenza reciproca di beni intrinseci (buoni per qualcuno) e beni incondizionatamente buoni (buoni in se stessi); b) nella seconda parte si dimostra che il bene di chi valuta non è importante semplicemente perché è un bene per qualcuno o per qualcosa d'altro; c) nella terza parte Raz cerca di spiegare perché ricoprire il ruolo di ciò che è dotato di valore in se stesso, nelle relazioni di valore, fa delle persone un valore in se stesse, sia quando sono impegnate per il valore, sia quando non lo sono. La conclusione dell'intero ragionamento è che ha valore in se stesso chi può relazionarsi con il valore in modo appropriato<sup>262</sup>.

Come ha mostrato Raz<sup>263</sup> la dottrina giusnaturalista contiene, e non può non contenere, anche un nucleo conoscitivo contrastante con la teoria giuspositivista: il giusnaturalismo ritiene che il diritto non possa non essere, almeno in qualche misura, ciò che deve essere. L'espressione 'non possa non essere', d'altra parte, suggerisce che anche nella filosofia del diritto giusnaturalista agli ingredienti

---

<sup>260</sup> Tale diritto di *exit* sembra ricordare il tormentato *Uscita di sicurezza*, una raccolta di scritti autobiografici che Ignazio Silone pubblicò nel 1965, in piena Guerra Fredda. Gli episodi narrati sono accomunati dal senso di sottile distinzione, tra i concetti di legalità e giustizia, e da quel sentimento nei confronti di chi è colpevole, che però non cessa di essere un essere umano, che i cattolici chiamano «carità». L'insofferenza di Silone ad accettare acriticamente imposizioni dall'alto non tardarono a provocare dei problemi nei suoi rapporti con la dirigenza, specialmente quando gli ordini contraddittori venivano da Mosca, quando il capo era Stalin.

<sup>261</sup> Si veda al riguardo W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale* (1995), Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 63-80.

<sup>262</sup> Raz, fautore della tesi dell'incommensurabilità dei valori, privilegia il *pluralismo dei valori*. Si veda al riguardo J. Raz, *Value Incommensurability: Some Preliminaries*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 86, 1986, pp. 117-134.

<sup>263</sup> Cfr. J. Raz, *Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison*, in "Legal Theory", 1998, specie pp. 273-282



empirico e normativo s'intrecci un ingrediente analitico: che anche il giusnaturalismo, cioè, sia passibile di una terza interpretazione, come teoria analitica. Si può citare al riguardo un passo di commento di Raz al Poscritto di Hart: "The shifting kaleidoscope of explanations, which is the history of philosophy, has that character, at least in part, because of the shifting interests of its public. It is important to emphasize that there is nothing in the relativity of good explanations to their public to threaten the non-relativity of truth"<sup>264</sup>.

Secondo Raz il significato che oggetti, situazioni, obiettivi, assumono per una persona dipendono e sono condizionati dal loro valore impersonale. Affinché questi oggetti, situazioni, obiettivi diventino realmente significativi per la nostra vita, occorre però appropriarsene. Queste appropriazioni di valore sono quelle che Raz chiama *attachments*. Ciò che conferisce unicità all'oggetto dello *attachment* non è qualcosa che appartiene all'oggetto stesso, ma è piuttosto il significato che viene conferito dal soggetto all'oggetto mediante l'assunzione di responsabilità nei confronti di esso e quindi, in ultima istanza, dai doveri che con esso contraiamo. Ecco perché Raz parla, ponendosi in controtendenza rispetto alla prevalente impostazione liberale, di priorità dei doveri sui diritti: attraverso l'assunzione di responsabilità, i doveri caratterizzano l'identità del soggetto ben più dei diritti<sup>265</sup>.

E' per via di questa impostazione originale, che muove dalle problematiche imposte dalla svolta filosofica di Hart e con Raz giunge sin ai fondamenti dell'etica che Finnis può descrivere la loro posizione affermando: "The noticeably greater explanatory power of later descriptive analysis of law, such as those of H. L. A. Hart and Joseph Raz, is to be attributed to their fairly decisive break with the naive methodologies of Bentham, Austin, and Kelsen."<sup>266</sup>

Tentando di prendere posizione sulla teoria di Raz in maniera generale, la separazione tra validità e praticabilità del diritto non è del tutto convincente. Il diritto esiste in quanto è praticabile e in quanto è effettivamente praticato, altrimenti o è mero *flatus vocis* o è un meccanismo di potere di tipo deterministico che non lascia nessuno spazio alla libertà, come in una descrizione fisico-causale. Il sottile gioco delle categorie morali come si continuerà a vedere non è scevro di implicazioni nel determinare la necessità di una metafisica di riferimento per l'analisi del diritto: questo perché non può essere analizzata la sfera ontologica delle norme senza connettervi una rigorosa analisi della

---

<sup>264</sup> Hart's *Postscript*, cit., p 11.

<sup>265</sup> Di Raz si veda però anche il recente studio sullo statuto dei diritti: Diritti senza fondamento, «Ragion pratica», 2, 2007, pp. 449 ss. Per una disamina della concezione raziana, nel più ampio contesto del dibattito anglosassone, si veda B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1-58.

<sup>266</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press 1980, p. 6.

propria concezione di libertà, di individui e delle diverse forme di esistenza, assolute o condizionate, oppure in termini più generali (le categorie modali nella trattazione kantiana solo generalissime) reali, solo possibili o necessarie. Una norma giuridica che prescrivesse ciò che accade necessariamente o ciò che è impossibile attuare propriamente *non esiste* in quanto *norma*, anche se è in regola con i criteri di validità fattuale. La normatività è strettamente connessa alla praticabilità, quindi con la possibilità, il più ampio dei concetti generali.

### **Kramer: *rule of law*, libertà e oggettività**

I fatti che condizionano la norma non possono essere privati della possibilità di incorporare una qualche forma di moralità, non come condizione necessaria per la propria legalità, ma quantomeno come una possibilità non escludibile a priori.

La rimozione della possibilità di un contenuto morale per i concetti delle norme di diritto va distinta dalla negazione della necessità di un contenuto morale delle norme. La prima posizione è molto più esigente dal punto di vista metafisico e concettuale della seconda. Anche i teorici del diritto naturale, primo fra tutti John Finnis (in Italia ha ispirato vari autori più o meno fedeli), non prescrivono assolutamente la necessità di un contenuto morale. La possibilità di questo contenuto viene ormai accettata anche da alcuni esponenti del positivismo inclusivo alla maniera di Coleman e di Kramer, suscitando tuttavia non pochi problemi di coerenza, che hanno proprio nella questione del *rule of law* una delle questioni centrali.

Vi è una vera e propria diffidenza nei confronti di una possibile intrinseca moralità del *rule of law* espressa attualmente di Kramer. Un segno tangibile di tutta una serie di difficoltà di ordine metafisico, inerenti alla oggettiva legalità delle norme, divengono un sinonimo del passaggio dalla singola norma di diritto (*a rule of law*) al *rule of law* come ideale giuridico. Il recente contributo di Kramer<sup>267</sup> riapre una questione che in realtà non ha fatto altro che dilatarsi, dopo i contributi di Hart, per tramite della teoria della giustizia di Rawls e della teoria del diritto come integrità di Dworkin. Le connessioni che vi vengono istituite tra il diritto e l'interpretazione del reale per gradi di oggettivazione sono contestabili ma feconde e riflette la prospettiva originale, positivista ma dialogante, dell'autore, che riesce a coniugare le questioni poste da Fuller con una prospettiva ampia sul tema del rapporto tra *rule of law* e diversi scenari politici, dal più illuminato a quello più oppressivo, fino a scindere la moralità dai possibili contenuti del concetto di *rule of law*, con una originale prospettiva su una questione posta da vari autori tedeschi inglesi e francesi.

---

<sup>267</sup> M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2007.

Si può distinguere tra una versione rigida del convenzionalismo, cui sono principalmente rivolte le critiche, e una flessibile. Questa seconda versione viene vista dai seguaci di Dworkin come una forma non sviluppata dell'idea di diritto come integrità: essa è riferita a quelle versioni del positivismo sostenute da una recente generazione di filosofi del diritto, per i quali il diritto di una comunità comprende tutto ciò che si situa all'interno dell'estensione implicita di queste convenzioni. Il convenzionalismo può essere caratterizzato come la versione interpretativa della *plain fact view* e della concezione semantica del positivismo. In analogia con questa, il diritto viene visto come un insieme di documenti, come le leggi e precedenti giudiziari, che contengono le decisioni delle autorità che statuiscono il diritto. Per questa corrente, nei casi di lacuna viene, invece, affermata la discrezionalità forte del giudice e la natura extra-conoscitiva dell'interpretazione.

Da questa concezione semantica deriva poi la discussione delle teorie giuspositiviste svoltasi recentemente sotto l'etichetta dworkiniana del *semantic sting*, e che sfocia nel dubbio se la teoria del diritto si occupi del diritto o del significato della parola 'diritto': in tal modo si è spinta la teoria del diritto a occuparsi del problema di ascendenza, financo platonica, della definizione di una cosa, senza previamente identificarla per mezzo di una parola. Seguendo Lon Fuller, le definizioni giuspositiviste di "ciò che il diritto veramente è" non sono delle semplici immagini di qualche dato di esperienza, ma sono ri-definizioni di termini come 'diritto', ri-definizioni pregiudiziali all'identificazione di un certo settore dell'esperienza come diritto.

Positivismo e diritto naturale, positivismo inclusivo ed esclusivo (nelle versioni diverse di Coleman e Marmor) si sono interrogati ancora e in maniera sempre più intensa negli ultimi anni nell'intento di riuscire a definire il concetto di *rule of law*. In particolare, a quanto emerge dal più recente dibattito, la nozione stessa di "positivismo giuridico" viene messa in crisi nell'incontro con la nozione di *rule of law*. Le intersezioni o l'assoluta estraneità che può intercorrere tra diritto e morale rendono particolarmente dubbia la posizione di chi sostiene in maniera più risoluta una delle due posizioni.

L'*inclusive positivism* e l'*exclusive positivism* rappresentano due versioni del giuspositivismo, e in particolare del giuspositivismo di matrice hartiana. Per specificare meglio questo discorso tali due versioni rappresentano, più precisamente, due differenti concezioni di uno stesso concetto, per l'appunto il concetto di giuspositivismo.

L'analisi comparativa dell'*inclusive positivism* e dell'*exclusive positivism*, considerate come concezioni opposte del concetto di positivismo giuridico sembrano mostrare che il positivismo inclusivo è un programma di ricerca più promettente e fecondo rispetto al positivismo esclusivo. Questo perché riesce a render conto in modo più adeguato e interessante dei rapporti fra diritto e morale, nel modo peculiare e composito in cui essi oggi si intrecciano e si contrappongono in

maniera come si vedrà spesso stridente, negli stati di diritto costituzionali dei paesi occidentali (che rappresentano il campo di riferimento privilegiato della mia analisi); più specificamente, è la particolare fluidità di tali rapporti che il positivismo inclusivo sembra essere maggiormente in grado di spiegare.

Il positivismo giuridico inclusivo conosce un peculiare tornante nella versione sviluppata da Kramer<sup>268</sup>. La sua posizione sembra influenzata dalla necessità di oggettivare in un qualche modo il contenuto morale delle norme, una oggettivazione che può sorgere da un incontro successivo tra moralità e legge, non in una presupposta convergenza tra queste. La conformità di una norma a valori o principi morali può rappresentare, da una prospettiva giuspositivista, una condizione necessaria di validità giuridica. Condizione necessaria non nel senso che la conformità alla morale sia necessariamente una condizione di validità giuridica (il che contraddirebbe la tesi di fondo positivismo giuridico) ma che, qualora una norma di riconoscimento incorpori tra i criteri di validità la conformità a valori morali, tale conformità può rappresentare, da una prospettiva giuspositivista, una tra le condizioni di validità e non l'unica condizione di validità. L'*incorporazionismo* difende una tesi più forte, vale a dire che una norma di riconoscimento che preveda come criterio necessario e sufficiente di individuazione del diritto la correttezza morale è compatibile, a livello concettuale, con il positivismo giuridico. In breve, secondo l'*incorporazionismo*, una norma di riconoscimento (convenzionale) che stabilisse, ad esempio, che le controversie giudiziali debbono essere decise secondo giustizia sarebbe, da una prospettiva giuspositivista, perfettamente ammissibile. Mettendo tra parentesi la scarsa plausibilità dell'*incorporazionismo*, nonché le eccessive ed artificiali rigidità del positivismo giuridico esclusivo, il pregio principale del positivismo giuridico inclusivo di Kramer è, come si diceva, quello di riprendere la lezione di Hart che si caratterizza per lo sforzo di ricercare sempre una sintesi convincente tra posizioni configgenti. Per fare soltanto un esempio, la teoria hartiana dell'interpretazione è una via di mezzo tra formalismo interpretativo e scetticismo normativo, che Hart definisce come «le Scilla e Cariddi della teoria del diritto: esse sono delle grandi esagerazioni, salutari quando si correggono reciprocamente, e la verità sta in mezzo a loro»<sup>11</sup>. Così, il positivismo giuridico inclusivo può essere considerato l'opportuna sintesi tra positivismo giuridico esclusivo, da un lato, e incorporazionismo, dall'altro. Connessa con tale problematica è la questione, sottolineata da Kramer, dell'ingresso dei principi morali nella fondazione della legge in quanto tale.

Per il professore di Cambridge si danno infatti due diverse forme di teoria positivista del diritto: prescrittiva e descrittiva; secondo la prima, propria ad esempio di Hart, l'iniziatore della *jurisprudence* anglosassone contemporanea, non vi deve essere alcun giudizio morale implicato

---

<sup>268</sup> M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, CUP 2007.

nella formazione del giudicato o dell'attività legislativa. Secondo la versione descrittiva del positivismo, propria di Kramer stesso, ma anche di autori come Jules Coleman, non si può invece escludere che nel giudizio vi sia una interazione tra istanza puramente sistematico- legale e giudizi di valore, quindi morali.

I diritti nella teoria di Kramer<sup>269</sup> non hanno alcun primato, né logico né assiologico: i diritti sono definiti nei termini dei doveri correlativi, ma vale anche la reciproca; in base alla tesi della correlatività tra diritti e doveri deriva che ogni diritto è correlativo a un dovere, ma anche che ogni dovere è correlativo a un diritto: questo porta ad avere attenzione a come diritti e doveri vengono inseriti e bilanciati nelle carte costituzionali. Anche in Italia la carta costituzionale, non certo troppo risalente, porta alcune tracce evidenti della irrisolta tensione tra giuspositivismo e giusnaturalismo: basti pensare alla formulazione dell'art. 2 secondo cui "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale." Quel "riconosce" in luogo di "stabilisce" o "determina" ci dice che il giusnaturalismo non è stato rimosso, con buona pace dei partigiani del positivismo prescrittivo e esclusivo, ma che ha avuto e ha ancora ampia cittadinanza nel nostro ordinamento e lascia spazio a interpretazioni interessanti, anche per il futuro. In Inghilterra e negli USA, a differenza che in Italia e in altri paesi di *civil law*, non si è mai archiviata la questione del diritto naturale tra cimeli e ricordi, in nome della novità costituzionale, intesa quale Genesi novella di una nuova sorgività delle *fonti* del diritto. Mentre in Italia sembra ormai obsoleto farsi tentare da strade dialogiche o intermedie come quelle di Dworkin o di Kramer, nel mondo anglofono si affronta il tema della possibilità del contenuto morale degli atti normativi, o del *set* di principi che i giudici non possono non considerare quando si pongono alla ricerca della teoria giuridica che deve informare i loro pronunciamenti. Il *rule of law* non è sinonimo di democrazia, ma neanche di buon governo: anche gli "evil regimes" nella teoria di Kramer avrebbero tutta una serie di motivi pratici e di interna coerenza per doversi adeguare all'ideale giuridico, in virtù della sua efficienza. Tuttavia sembra che questo argomento non convinca molti altri: per congelare la popolazione nella rigida obbedienza sarebbe comunque più semplice operare al di fuori dei principi del *rule of law*, anziché rallentare la macchina dell'esecutivo o della decretazione

---

<sup>269</sup> Si veda al riguardo M. Kramer, *Rights without Trimmings*, in M. Kramer, N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights*, Clarendon, Oxford, 1998, specie pp. 22-40. Il termine *Trimmings* sembra avere una certa affinità con l'approccio teorico-retorico di Kramer, che lo utilizza ancora in *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings* (1999). In quest'ultimo volume viene sostenuta e difesa la tesi del positivismo giuridico secondo la quale diritto e morale sono recisamente separabili. Questa tesi viene difesa essenzialmente passando in rassegna e criticando le prese di posizioni di alcuni autori che sostengono, con argomenti differenti, che, in qualche modo, è corretto sostenere che diritto e morale sono indissolubilmente connessi. E' il metodo di risposta sistematica ai critici che va sempre più diffondendosi nella tradizione della teoria del diritto, se si pensa ai confronti dettagliati con i critici che hanno intavolato Dworkin, Raz, e, in Italia, Ferrajoli più di altri.

legislativa per sottomettersi al controllo di una qualche forma di parlamento o di una qualche corte costituzionale, o amministrativa.

Generalizzando la categoria del possibile in rapporto alla possibilità di includere un contenuto morale nel diritto, si potrebbe concepire una moralità interna di una qualunque azione umana, e come abbiamo visto molteplici sono le implicazioni delle indagini sui contenuti concettuali. Nel connettere tali istanze teoriche tra loro si è sviluppato a Cambridge un intenso dibattito negli ultimi anni, che ha avuto persino momenti di scadimento nella polemica, di "bombast and invective", come afferma ancora nel 2005 lo stesso Kramer in uno dei saggi di tale polemica intitolato significativamente "Big Bad Wolf"<sup>270</sup>. I contendenti sono lo stesso Kramer e Nigel Simmonds e l'oggetto è il valore morale del *rule of law* come costituito seguendo gli otto principi di Fuller che si esamineranno. Kramer nella sua monografia<sup>271</sup> si diffonde nell'analisi degli otto principi di Fuller ma ribadisce di essere d'accordo con Hart nel ritenere che il *rule of law* è compatibile con la massima ingiustizia, poichè anche il regime più iniquo avrebbe delle ottime ragioni di natura prudenziale e politica per adeguarsi ai requisiti prescritti dalle otto regole o principi enucleati da Fuller. Come vedremo non a caso su tali principi si concentrerà la critica di Raz e poi la ripresa di Marmor e Bingham, nonché l'accusa radicale di essere solo una *laundry list*. Non ci risulta uno studio comparato di tali principi in Italia, quindi ci si diffonderà in un capitolo dedicato sulle risultanze e sugli intenti dei diversi approcci nel riflettere su tali regole o nel contestarle radicalmente, preceduto da un breve approfondimento su alcune implicazioni filosofiche della nozione stessa di *regola*.

### **Convenzioni e regole: problematiche dalla ricerca metafisica contemporanea**

Il tema delle regole è delle relazioni tra di esse e tra di esse e i funzionari, nonché del rapporto tra regole e loro ipotetico contenuto moralmente valutabile è al centro del dibattito della teoria del diritto contemporaneo, se vogliamo costituisce il correlativo dal basso verso l'alto della problematica inerente il *rule of law*. Se il *rule of law* è il vertice ideale che connette la teoria del diritto con la filosofia politica, il dibattito sulle *rules of law* è il tentativo di prendere posizione ontologica rispetto ai costituenti del diritto stesso. E' se vogliamo un dibattito mereologico, relativo all'asimmetria della quantità (mereologia) in quantità: muovendo dall'antico paradosso del sorite,

---

<sup>270</sup> Matthew Kramer, "The Big Bad Wolf: Legal Positivism and Its Detractors," 49 *American Journal of Jurisprudence* 1-10 (2004)

<sup>271</sup> Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2007)

aggiungendo granelli che lo mutano in non-sorite, si muove alla problematica del fino a che punto una regola o norma rimanga tale, scomponendole nei suoi contenuti minimali fino a quando sia garantita dall'ordinamento come norma, quindi non necessiti di un interprete alla cui discrezionalità sarebbe quindi sottoposta nel proprio sussistere o meno come norma appunto. Queste problematiche si intrecciano con i dibattiti propri della filosofia angloamericana e ne sono da questi plasmati: si daranno in particolare due esempi presi a prestito dalle recenti ricerche in tema di metafisica.

In primo luogo ha avuto rilevanza nel recente dibattito la teoria di D. K. Lewis sulle *convenzioni*<sup>272</sup>. Una convenzione, secondo Lewis, è la soluzione di un gioco di coordinazione il cui equilibrio è determinato dalla storia del gioco. Un elemento importante delle convenzioni di Lewis è il loro carattere intrinsecamente non normativo. Per questo motivo alcuni filosofi hanno sostenuto che esse ignorano un aspetto cruciale del concetto ordinario di convenzione. La teoria di Lewis appartiene in pieno alla tradizione. La motivazione principale per seguire una convenzione secondo Lewis è strettamente egoistica: guidiamo sulla sinistra perché vogliamo evitare gli incidenti; diciamo “gatto” invece di “taggo” perché vogliamo essere capiti dai nostri interlocutori; ci vestiamo di nero ai funerali per comunicare un lutto. L'approccio di Lewis porta quindi a separare nettamente le norme sociali dalle convenzioni. Mentre le convenzioni sono seguite principalmente per ragioni egoistiche, una norma sociale è sempre accompagnata da un “dovere” intrinseco, ed è solitamente sostenuta da un sistema di sanzioni. Le sanzioni hanno la funzione di cambiare i *payoff* del gioco: per esempio, trasformando un dilemma del prigioniero in un gioco di coordinazione.

Si segue una convenzione per due motivi: in primo luogo perché è razionale farlo dal punto di vista individuale, e in secondo luogo perché la deviazione dalle convenzioni è solitamente sanzionata da altre norme sociali indipendenti. Una convenzione non implica di per sé un impegno a conformarsi a una certa strategia. Anche se il primo e il secondo requisito sono soddisfatti, il terzo non si applica alle convenzioni. Le sanzioni che sostengono una convenzione non hanno lo scopo di sostenere quella particolare strategia, ma derivano da considerazioni normative di carattere molto più generale. Citiamo al riguardo Lewis: “Infatti noi presumiamo, a parità di condizioni, che si debba fare ciò che risponde alle proprie preferenze. E presumiamo, a parità di condizioni, che si debba fare ciò che risponde alle preferenze degli altri, specialmente quando questi possono ragionevolmente aspettarsi che ci si comporti così. Per una qualunque azione conforme a una qualunque convenzione, dunque, riconosceremmo questi due motivi (probabili e presunti) per cui dovrebbe essere compiuta. Non riconosceremmo, per quanto ne so, motivi simili per cui non

---

<sup>272</sup> D. K. Lewis, *Convention: A Philosophical Study*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1969; trad. it. *La convenzione: uno studio filosofico*, Bompiani, Milano 1974.

dovrebbe essere compiuta. È questo che voglio dire quando dico che le convenzioni sono una specie di norme<sup>273</sup>.

La teoria di Lewis è rilevante per una teoria del *rule of law* per diversi motivi. È in primo luogo di per sé un esempio di come la teoria dei giochi possa essere utilizzata nel campo dell'ontologia sociale. Ha introdotto il concetto di conoscenza comune, e sottolineato l'importanza dei giochi ripetuti, poi ampiamente suffragato nella sua ipotesi dal successivo sviluppo della teoria evuzionistica dei giochi. Infine, ha mostrato le limitazioni della teoria della scelta razionale pura nell'analisi del comportamento collettivo. Ha quindi sviluppato filosoficamente la teoria dei giochi, troppo spesso banalizzata dai cultori dell'analisi economica del diritto. Anzi ha preso la direzione opposta, complicando i fattori in gioco e dando una più profonda prospettiva alla indagine filosofica sul diritto. Per comprendere come le istituzioni emergono dall'interazione individuale, dobbiamo studiare in che modo varie strutture cognitive, culturali e persino biologiche limitino il nostro comportamento, lo rendano più prevedibile, e quindi riducano l'enorme complessità della vita sociale.

Un secondo dibattito da cui hanno preso le mosse i filosofia del diritto per rivedere alcuni assunti delle teorie più diffuse deriva dalla posizione di Wittgenstein sul *rule-following* nella versione che ne ha dato Kripke<sup>274</sup>. Nell'ambito dei dibattiti tra i positivisti ha avuto molto spessore la tematica del linguaggio (Wittgenstein, Hart) e del *rule following* (Kripke al seguito di Wittgenstein). Le ambiguità semantiche connesse con l'uso delle regole hanno dato luogo ad una fitta disputa sulle tesi di Wittgenstein e Kripke, sino al concepimento di "Kripkenstein" una mitica figura che fonde insieme i due approcci dei filosofi summenzionati, un monstrum che ha influenzato solo i dibattenti nell'ambito del *rule-following*, ma si è dimostrato per molti aspetti un fascio di problemi forse sopravvalutati e chiuso in un mondo a sé<sup>275</sup>.

Lo stesso fatto storico che il giuspositivismo sia succeduto al giusnaturalismo, negli ultimi due secoli, può leggersi in due modi del tutto diversi: il giuspositivismo potrebbe finire per soppiantare il giusnaturalismo, ma potrebbe anche risultare una mera parentesi nella storia millenaria del giusnaturalismo. Questa è una delle possibili applicazioni dell'idea di Wittgenstein, volgarizzata da Saul Kripke nella discussione sul *rule-following*, che una serie possa essere proseguita in molti modi diversi.

---

<sup>273</sup> Ivi, p. 112

<sup>274</sup> S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language: An Elementary Exposition*, Basil Blackwell, Oxford 1982.

<sup>275</sup> I filosofi più impegnati in tale confronto sono stati di recente Leiter e Coleman, opposti nelle loro posizioni a Goldberg.



Un terzo ordine di problemi rilevanti per la comprensione filosofica del *rule of law* è stato sviluppato a partire dagli scritti di Schauer sulle *rules*, e sulla controversa affermazione argomentata da Scalia che riduce lo stesso ideale giuridico del *rule of law* ad un ordinamento di norme, ad una *law of rules* con un gioco di parole volutamente riduttivo. Schauer ha scritto una serie di saggi tematici che hanno sollevato un certo numero di dibattiti sui termini chiave della teoria del diritto contemporaneo<sup>276</sup>. Alcuni di questi hanno avuto come riferimento principale le connessioni tra le regole e il principio filosofico del *rule of law*<sup>277</sup>. In questo dibattito un ruolo a sé ha la riflessione sullo statuto delle regole dai numerosi saggi di chiarimento concettuale pubblicati da Schauer negli anni '90. In particolare in un suo testo del 1991 leggiamo questo tentativo di definizione problematica del *rule of law*: What is the rule of law, it can be said, if not the rule of rules? The phrase 'the rule of law' however, trades on an ambiguity in the meaning of the word 'rule'. In the sense that we have rulers who rule their subjects, 'rule' bears its closest affinity with 'reign' or 'control' (...) And if 'the rule of law' designates only a system of organized authority, then systems could exist under the rule of law but still employ modes of decision-making that were not substantially rule-based."<sup>278</sup>

La fioritura ontologica ha complicato la filosofia del diritto sin dai tempi di Duns Scoto, e si è dimostrata inutile la semplificazione operata da Occam, partono di una certa versione del diritto positivo. I tentativi di barocchizzare la filosofia del diritto si susseguono e i due atteggiamenti semplificatorio e complicatorio trovano alterne vicende, forse sono anche una questione di gusto soggettivo, ma anche in tal caso sarà possibile lavorare per raggiungere una chiara determinazione, come afferma Barberis: “Certo, in un senso è vero che giuspositivismo e giusnaturalismo, come tutte le altre opposizioni fondamentali della storia della filosofia, sono incommensurabili, e che il loro confronto si risolve in una disputa razionalmente interminabile: è vero, appunto, in ultima istanza. Ma l'incommensurabilità in ultima istanza costituisce solo il caso eccezionale della discussione filosofica: il caso normale è rappresentato dalla commensurabilità, e dalla discussione razionale. Forse, l'incommensurabile può sempre essere reso commensurabile, e il conflitto fruttuoso. Possiamo sempre usare parzialità, particolarità, soggettività dei nostri punti di vista, cioè,

---

<sup>276</sup> Frederick Schauer, "Formalism", Yale Law Journal 97 (1988), 509-548; A Comment on the Structure of Rights, 27 Ga. L. Rev. 415 (1992-1993); Opinions As Rules, 62 U. Chi. L. Rev. 1455 (1995).

<sup>277</sup> Si vedano tra gli altri Frederick Schauer, Rules and the Rule of Law, 14 Harv. J. L. & Pub. Policy 645 (1991); *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991 trad. it.: *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Mulino 2000.

<sup>278</sup> F. Schauer, *Playing by the rules*, Oxford University Press, 1991, p 167.

per ottenere una visione delle cose più globale, multi prospettica e intersoggettiva<sup>279</sup>. La molteplicità dei punti di vista anzi è il portato della filosofia trascendentale che ha preso spunto dalla filosofia di Kant, come quella di Fichte, senza cadere nella concettualizzazione autodeterminantesi di stampo hegeliano che ha pure influenzato la filosofia del diritto più recente, anche in ambito angloamericano.

Si può citare al riguardo un passo di commento di Raz al Poscritto di Hart: “What matters is that is showed how logical analysis can solve an ontological mystery. Moreover, the mystery was deemed highly relevant to the philosophy of law, for law is overpopulated by mysterious objects such as rights and duties, corporations and states, and many more<sup>280</sup>. La congerie di oggetti misteriosi che arricchiscono il diritto si è mostrata spesso irriducibile, opponendo l'utilitarismo alla tradizione in bentham, l'equità all'utilitarismo in Rawls, la libertà all'equità in Hayek, i diritti alla libertà in Habermas. Una teoria conclusiva non è forse possibile stabilirla, e le incursioni dei metafisici, da Scoto<sup>281</sup> a Leibniz<sup>282</sup>, da Suarez a Kripke e Lewis e agli altri esempi recenti cui abbiamo accennato ci confermano nella nostra posizione.

### **Waldron et alii: concept and rule of law**

Il legame tra diritti e legge, nonché la disposizione della problematica dei rapporti tra legge e concetto sono i contributi di Waldron al dibattito degli ultimi anni.

Afferma al riguardo Viola: “Jeremy Waldron di recente ha criticato l'orientamento giuspositivista che considera il *rule of law* una derivazione di un concetto di diritto già stabilito. L'argomento giuspositivista si articola in questo modo: come per comprendere il significato della «protezione dei diritti umani» bisogna prima sapere cosa e quali siano i diritti umani, così per capire il senso del *rule of law* bisogna prima sapere cosa sia il diritto e quale sia il suo concetto. Al contrario Waldron ha sostenuto che un sistema di regole non può considerarsi come «giuridico» se non possiede nella sostanza le caratteristiche del *rule of law*.<sup>283</sup>”

Una teoria dei diritti e della giustizia deve essere affiancata, e integrata, da una teoria dell'autorità. Ha un che di artificioso il voler separare considerazioni e problemi attinenti all'aspetto strutturale

---

<sup>279</sup> M. Barberis, Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo, in *Analisi e diritto 2006*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, p 18.

<sup>280</sup> *Hart's Postscript*, OUP 2001, p 4.

<sup>281</sup> Si veda al riguardo almeno Luca Parisoli, *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Ist. Storico dei Cappuccini, Bibliotheca seraphico-capuccina, Roma 1999.

<sup>282</sup> Giorgio Torrese, *Crisi e rinascita del diritto naturale in Leibniz*, Giuffrè, Milano 2000

<sup>283</sup> Francesco Viola, *Il «Rule of Law» e il concetto di diritto*, in *Ragion Pratica* 30 2008. pp. 151-168, p 153.

(la nomodinamica) dello Stato costituzionale di diritto, e le considerazioni e problemi relativi alle sue caratteristiche di contenuto, ossia, problemi attinenti alla dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto. Dalla risposta alla domanda sulla struttura della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto dipenderà la risposta ad alcuni degli interrogativi attinenti alla nomodinamica degli Stati costituzionali di diritto, e viceversa. Prendere in considerazione soltanto il primo di questi due aspetti, facendo astrazione dal secondo, è una forzatura<sup>284</sup>.

Per comprendere meglio la posizione di Waldron è necessario far riferimento al dibattito sul rapporto tra concetto di legge e capacità della legge stessa di farsi obbedire. Ancor prima però bisognerà fare qualche cenno al dibattito sui concetti e sul contenuto dei concetti medesimi. Ricordando anche il titolo dell'opera più influente di Hart, *Il concetto di diritto*, giova ricordare come il ruolo del giudizio determinante nel plasmare i concetti medesimi è un ruolo che interroga frequentemente i filosofi contemporanei. Com'è noto Hart si distaccava dal positivismo ottocentesco di Austin (e Bentham) per assumere una più fine concezione multilivello della normatività, guidato da un altro Austin, che da filosofo del linguaggio contribuì non poco ad ispirare le innovazioni filosofiche di Hart nel diritto.

Si può dire che una influenza hegeliana si stende sul dibattito relativo a ROL e COL, le due sigle che per Waldron identificano rispettivamente il governo della legge - *rule of law* e il concetto di legge - *concept of law*. Afferma Hegel al riguardo che il *concetto* non è una semplice e quindi astratta determinazione, ma è unicamente la *realtà*, e fuori dal concetto stesso, non vi è che è contingenza, opinione, apparenza<sup>285</sup>.

Per riassumere un dibattito che si è sviluppato tra gli anni '90 e i nostri giorni faremo riferimento a due autori che sono accomunati dall'essere due tra i più influenti filosofi analitici viventi, entrambi influenzati da un Hegel letto alla luce della filosofia del linguaggio. McDowell e Brandom sono tra coloro i quali si sono dedicati all'indagine che si è mostrata più rilevante per intendere la nozione di concetto e come Taylor si rifanno esplicitamente a Hegel, ognuno da un punto di vista diverso. Ci

---

<sup>284</sup> J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 1-12, 212-3.

<sup>285</sup> “§ 1. *La scienza filosofica del diritto* ha per oggetto l'*idea* del diritto: ossia, il concetto del diritto e la sua realizzazione. La filosofia tratta di idee e, perciò, non di quelli che si sogliono chiamare *semplici concetti*, ché, anzi, mostra l'unilateralità e la falsità di essi, così come mostra che il *concetto* (non ciò che si ode spesso chiamare in tal modo ed è soltanto un'astratta determinazione intellettualistica) è unicamente ciò che ha *realtà*, in maniera, cioè, da darsi esso stesso tale realtà. Tutto ciò che non è questa realtà, posta per mezzo del concetto stesso, è *esistenza* transitoria, contingenza esterna, opinione, apparenza inessenziale, falsità, illusione e così di seguito. La *conformazione* che assume il concetto nella sua realizzazione è, per la conoscenza del *concetto* stesso, l'altro momento essenziale dell'*idea*; ed è cosa differente dalla *forma* di essere soltanto in quanto *concetto*.” *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit. p 22.

limitiamo qui a enucleare il dibattito sulla nozione di concetto, preliminare a comprendere la posizione di Waldron e di molti altri che hanno associato la nozione di *concept of law* alla comprensione della *rule of law*.

La rappresentazione non è indipendente dalla capacità di concettualizzare la propria esperienza: questa capacità è la prima forma di spontaneità che viene epistemologicamente sperimentata e, si può inferire da quanto McDowell afferma, da essa dipende la nostra capacità di essere coscienti in generale. I concetti sono collocati da McDowell in una dimensione spaziale particolare, cioè all'interno dello *Space of Reasons* teorizzato da Sellars. Caratteristica di tale spazio è la spontaneità, intesa come forma particolare della libertà, la forma che contraddistingue gli esseri umani nei confronti degli altri esseri viventi<sup>286</sup>. Per Hegel la libertà coincide con il diritto in quanto è determinazione storica di se stessa, è oggettivazione nel mondo sociale. Il principio motore del concetto, in quanto dissolvente e produttivo delle determinazioni particolari dell'universale, è la dialettica, non nel senso che essa dissolva, confonda, esprima il negativo, come frequentemente in Platone. Afferma Hegel al riguardo ciò che diverrà un programma di ricerca per le scienze giuridiche, partendo da questi principi generali: “La più alta dialettica del concetto è produrre e intendere la determinazione non semplicemente come limite e opposizione, ma, traendoli da essa, il contenuto e il risultato positivi; in quanto unicamente con ciò essa è *sviluppo* e progresso immanente. Questa dialettica non è, poi, un fare *esterno* di un pensiero oggettivo, ma l'*anima propria* del contenuto, la quale fa germogliare i suoi rami e i suoi frutti organicamente.”<sup>287</sup>

McDowell, nella sua interpretazione creativa di Hegel, va oltre i limiti posti da Sellars, che riteneva l'atto di porre qualcosa nello spazio delle ragioni come una rinuncia alla sua spiegazione a partire dalla causalità empirica, la rinuncia quindi a una sua descrizione in termini di una catena causale in generale. Supera Kant, in quanto connette la spontaneità con la percezione in maniera diretta, cosa che Kant si era guardato bene dal fare. Lo strumento scelto da McDowell per la sua impresa filosofica è la negazione del contenuto non concettuale: in positivo l'affermazione che ogni rappresentazione sintetica presuppone la capacità di concettualizzare. La capacità di sintetizzare è quindi la prima espressione epistemica della spontaneità della mente umana. Tale spontaneità presuppone la capacità di concettualizzare, che ci consente di riconoscere una rappresentazione in quanto tale, e quindi ci consente di affermare di avere delle esperienze. Vale anche la reciproca, poiché solo la spontaneità consente di produrre dei concetti. Naturalmente una tale posizione

---

<sup>286</sup> Citando McDowell: “The space of concepts is at least part of what Wilfrid Sellars calls “the space of reasons”. Kant’s description of the understanding as a faculty of spontaneity reflects his view of the relation between reason and freedom: rational necessitation is not just compatible with freedom but constitutive of it. In a word, the space of reasons is the realm of freedom” J. McDowell, *Mind and World*, Harvard U. P. 1994, p 5.

<sup>287</sup> *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p 52.

filosofica ha suscitato una serie di reazioni da parte di filosofi legati al mondo delle scienze cognitive, come Chalmers e Churchland, e più in generale da parte di chi ritiene che il contenuto dei concetti sia separabile dal concetto medesimo, cioè da chi si dissocia dal *coerentismo* di Davidson (una delle due posizioni estreme tra cui *Mente e mondo* si pone come terza via). Davidson e i suoi seguaci sostengono infatti una tesi ancora più radicale, un monismo assoluto in cui il contenuto non è separabile dal concetto: solo all'interno del concetto è possibile il darsi di un contenuto. Invece i sostenitori della posizione opposta a Davidson sono generalmente etichettati come sostenitori del "Mito del dato", coloro i quali ritengono che il dominio delle ragioni ecceda la sfera concettuale. McDowell ritiene invece che lo spazio delle ragioni, ovvero lo spazio di ciò che non ricade sotto il nesso causale, coincida con lo spazio dei concetti. Il tentativo empirista di estendere lo spazio delle ragioni al di là dei liberi nessi concettuali rende inintelligibili i nuovi nessi che potrebbero presentarsi all'osservatore: non si possono utilizzare relazioni concettuali nella comprensione di ciò che non è concettuale, cioè una rappresentazione esterna alla capacità di concettualizzare stessa, che quindi non esiste in alcun modo per l'osservatore dotato di spontaneità: è un fatto che non può accadere (per usare una suggestione wittgensteiniana). L'idea che un contenuto possa trovarsi al di là dei nessi concettuali offre una "discolpa", cioè tenta di giustificare razionalmente i vincoli che ci provengono dall'esterno, ma non ci riesce senza annullare la possibilità della spontaneità della mente. Per evitare questa conseguenza, bisogna presupporre che l'esperienza sia già concettuale fin dal suo sorgere, e non meramente effetto di una causa.<sup>288</sup>

La credenza (*belief*) percettiva si forma tramite dei legami concettuali che richiedono la capacità di sintetizzare, e questa capacità è sempre una attività libera, che quindi non può sussistere insieme alla causalità brutta che è supportata nel *blind naturalism* che McDowell contrasta.

Anche Quine<sup>289</sup> viene utilizzato da McDowell per supportare il suo trascendentalismo, la sua concezione del contenuto delle visioni del mondo come derivato da libere operazioni della spontaneità, indipendentemente da *deliverances* della sensibilità, considerate come solo ipotetiche. Com'è noto sono due i dogmi dell'empirismo individuati da Quine nel suo scritto omonimo: la differenza tra analitico e sintetico e la divisibilità della rilevanza empirica tra ogni asserzione

---

<sup>288</sup> Come afferma Richard Heck: "I do not just find myself having certain beliefs, such as that there is a brown desk in front of me, having no idea where they came from; it is not as if perceptual experience give rise to perceptual beliefs in the same sort of way a bump on the head might cause me to believe that I am Napoleon. On the contrary, I see the desk, and I believe that it is there for that reason, not just because I see it there. To be only slightly more precise: The formation of perceptual belief is a rational (not just a causal) process." R. Heck, *Non-conceptual Content and the "Space of Reasons"*, in *Philosophical Review* vol. 109, n. 4, October 2000, p 483-524, p. 501.

<sup>289</sup> J. McDowell, *Mind and World*, cit., p 144.

significante<sup>290</sup>. Più nel dettaglio, la differenza tra analitico e sintetico può essere esplicitata come la differenza tra ciò che è vero perché la significazione di un'asserzione non è contraddittoria, e ciò che è vero perché ha un referente mondano che lo verifica: questa distinzione secondo Quine è illusoria. Per quanto concerne invece la rilevanza empirica, essa si fonda sull'assunto che una singola asserzione possa avere rilevanza isolatamente dal suo contesto: la tesi olistica di Quine è invece, forse sulla scorta delle ricerche di Gödel, che l'unità minima di rilevanza è l'intera scienza di cui si tratta.

La vicinanza di Quine alla posizione del nostro è fatta consistere da McDowell stesso nella precedenza della confutazione del secondo dogma rispetto al primo: questo proprio perché la *empirical significance*, che viene attribuita dagli empiristi alle singole asserzioni descrittive del mondo empirico può essere assegnata solo alla totalità di una visione del mondo (o di un sistema scientifico). La concezione olistica di Quine annulla così la validità del nesso empirico-causale singolo e richiede la prova del nesso concettuale all'interno dello spazio delle ragioni. Non viene più messo in questione quindi il singolo collegamento causale, ma si indaga la possibilità stessa dell'istituzione di un nesso causale in generale. Intento di McDowell è trasformare l'empirismo senza dogmi di Quine in un empirismo trascendentale, in cui un ruolo centrale venga assegnato alla spontaneità nella produzione dei concetti. Potremmo aggiungere che la novità del tentativo di McDowell è il suo tentativo di strutturare l'olismo di Quine secondo un modello di primato dell'attività sulla passività, intento che non apparteneva a Quine medesimo<sup>291</sup>. Quine intendeva riformulare la metodologia scientifica, mentre l'intento che si prefigge una filosofia trascendentale che prenda spunto e discuta la proposta di McDowell è quello di offrire una giustificazione dell'esperienza senza presupporre un contenuto al di fuori della spontanea capacità di creare dei nessi razionali. Oppure, formulata diversamente: non ridurre i nessi razionali a nessi causali *praeter necessitatem*.

Questo confronto rileva per meglio comprendere la tensione che Waldron traccia tra concetto di legge e la *ruleness*, cui già abbiamo fatto riferimento trattando di Schauer.

Quine e Wittgenstein hanno sostenuto la tesi che l'esperienza non determina a sufficienza le teorie: la stessa evidenza empirica è compatibile con diverse teorie, con diversi modi di spiegarla. Questo, unitamente alla implausibilità della interpretazione del giuspositivismo come teoria empirica del

---

<sup>290</sup> W. Quine, *Two Dogmas of Empiricism* (1951), trad. it. *Due dogmi dell'empirismo*, in Id., *Il problema del significato*, Ubaldini, Roma, 1966, pp. 20-44

<sup>291</sup> L'interesse contemporaneo per l'olismo e le sue diverse manifestazioni nella filosofia non è limitato a McDowell: Brandom (altro ben noto esponente della scuola di Pittsburgh che sta contribuendo in maniera notevole al rinnovamento della filosofia contemporanea tramite la rivalutazione di alcuni filosofi del passato) identifica una struttura olistica nella *Phenomenologie des Geistes* di Hegel. Per olismo si intende qui l'interdipendenza di una figura dall'altra: Brandom scorge proprio in questa caratteristica l'attualità dell'opera hegeliana. Cfr. R. Brandom, *Idealism and Holism in Hegel's Phenomenology* (conferenza presso l'Università di Roma).

diritto, ha indotto Uberto Scarpelli<sup>292</sup> e altri giuspositivisti a considerare il giuspositivismo non più una teoria conoscitiva empirica, ma piuttosto una dottrina normativa del diritto. Secondo questo orientamento, oggi sempre più diffuso, anche il giuspositivismo come teoria empirica dipenderebbe, in realtà, da una previa valutazione normativa: la valutazione favorevole al diritto prodotto dallo Stato moderno e in particolare al diritto codificato, maggiormente apprezzato di qualsiasi altro tipo storico di diritto per la sua maggiore razionalità e certezza. I giuspositivisti, secondo questa interpretazione, sono *apostles of the made law*: espressione coniata da un antigiuspositivista di spessore teoretico come Lon Fuller, ma fatta propria anche da un giuspositivista normativo come Scarpelli.

Questa valutazione favorevole è stata criticata come legalismo etico o giuspositivismo ideologico: questo è avvenuto soprattutto dopo i terribili eventi resi possibili da sistemi giuridici internamente coerenti (frequente è il riferimento alla tragedia suprema di Auschwitz). Tale critica oggi apparentemente superata da un'intera famiglia di dottrine giuspositiviste, chiamata giuspositivismo etico o normativo, e rappresentata da autori come Jeremy Waldron, Tom Campbell e lo stesso Scarpelli. Per tali autori l'opzione per la filosofia giuspositivista dipende certamente anche da valutazioni normative favorevoli allo Stato moderno, e in particolare alle forme di Stato etichettate Stato di diritto. Questa valutazione sembra effettivamente pregiudiziale all'adozione dello stesso metodo conoscitivo giuspositivista, come afferma Scarpelli: il giuspositivismo metodologico, in altri termini, presuppone davvero il giuspositivismo ideologico.

Uberto Scarpelli invitava i giudici costituzionali “a farsi elemento centrale e portante, matrice razionalizzante dell'intero sistema”<sup>293</sup>, il tutto non senza un certo scetticismo. Infatti la soluzione del controllo di conformità alla Costituzione, quale metodo per conseguire una *reductio ad unum* delle norme giuridiche, appare problematica. In primo luogo, la Corte Costituzionale decide in base a tecniche ed argomenti che solo parzialmente sono giuridici, ma sono sostanzialmente di politica. Ogni decisione della Corte suscita dibattiti, spesso accesi, sulle conseguenze non solo giuridiche, ma anche politiche che produce. Inoltre, le norme costituzionali sono, per la loro ampiezza e la loro origine prettamente politica, inclusive perciò ambigue. Ciò che rappresenta un *optimum* dal punto di vista politico, l'inclusività e il compromesso pacificatorio, rappresenta un *horridum* per il giurista, che si trova a dover fare i conti con una norma contraddittoria oppure oscura oppure troppo vaga. Questo è un problema generale che attraversa trasversalmente tutti i discorsi politici, nazionali e internazionali, sulla diffusione del *rule of law*: esso viene auspicato ma si capisce bene che condurrebbe probabilmente a un elevato grado di conflittualità politica se davvero applicato.

---

<sup>292</sup> U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965

<sup>293</sup> U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia* 1987, p 3 ss.

Norme risultanti da compromessi sempre più ampi, e sovraneamente quelle di rango costituzionale, non rappresentano quasi mai un criterio adeguato per il controllo dell'attività interpretativa, la quale può pervenire sulla loro base a decisioni anche divergenti, tutte giustificabili attraverso la disposizione interpretata.

L'esito dell'attuale incertezza del sistema giuridico viene individuato nei principi da alcuni autori, sia da un punto di vista legislativo (nel senso di una legislazione per principi, capace di garantire l'elasticità del sistema), sia da un punto di vista giurisprudenziale (nel senso di un «diritto dei giudici fondato sui principi», secondo la definizione di Scarpelli). I principi si caratterizzano per la fattispecie aperta: l'esistenza di un principio, per dirla con Dworkin, “non determina ancora l'esposizione di condizioni che rendono la sua applicazione necessaria. Piuttosto afferma una ragione che spinge in una direzione, ma che non necessita di una particolare decisione”<sup>294</sup>. Alexy riprende, ampliandolo, il modello di Dworkin: egli considera i principi come “precetti di ottimizzazione”<sup>295</sup>, norme la cui realizzazione è suscettibile di gradazioni. I principi si limitano a prescrivere che qualcosa deve essere realizzato in un certo grado o in una certa misura, in relazione alle compatibilità giuridiche (la tensione con altri principi) e di fatto (le caratteristiche concrete dei casi o delle istanze politiche dietro la normazione): in quest'ultima interpretazione si può rilevare una certa consonanza con la concezione della costituzione come norma programmatica, non direttamente applicabile, accettata o rigettata a seconda della teoria giuridico-politica di riferimento.

L'elemento valutativo e normativo appare decisivo, per le filosofie in generale, e per la filosofia del positivismo giuridico in particolare, per un motivo in fondo abbastanza semplice: le valutazioni sottodeterminano le teorie. Se le valutazioni normative che orientano le filosofie del diritto giuspositiviste ma anche giusnaturaliste vengano esplicitate, in effetti, ci si accorge che la stessa valutazione favorevole al diritto e allo Stato moderni accomuna giuspositivisti come Hart e Bobbio a giusnaturalisti come Fuller e Finnis, o anche a Dworkin e ai suoi seguaci; la stessa valutazione quindi ispira filosofie del diritto completamente diverse.

### **Marmor: limiti e interpretazione**

La posizione di Marmor è, assieme a quella di Kramer, un tentativo di trovare una alternativa sia alle teorie interpretative di Dworkin, sia alle varianti del positivismo. A differenza di quella di Kramer si situa più dal versante interpretivista, anche se ne contesta la formulazione più prestigiosa

---

<sup>294</sup> R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*. Bologna 1982, p 95.

<sup>295</sup> R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino 1997. p 72.



datane da Dworkin. Nella teoria di Dworkin ciò che i giudici fanno si confonde con ciò che i giudici devono (o dovrebbero) fare. Andrei Marmor ha rilevato come Dworkin non distingua tra le seguenti domande: Che cosa è il diritto? Che cosa stabilisce il diritto su questo caso? Che cosa dovrebbe stabilire il diritto su questo caso?<sup>296</sup> Altre distinzioni importanti che vengono negate da Dworkin sono quella tra diritto (come insieme di norme) e scienza del diritto (come insieme di proposizioni che descrivono norme) e quella tra discorso dei giudici (e dei giuristi) e argomentazione morale.

Obiettivo dichiarato di Marmor, da cui deriverà anche il suo peculiare approccio alla problematica del *rule of law*, è esaminare il concetto di interpretazione nella teoria del diritto. A tale scopo trova utile centrare l'analisi sul concetto di interpretazione in sé. Il vocabolo stesso, come la maggior parte delle parole del linguaggio ordinario, risulta essere vago. Marmor individua due possibili usi del termine interpretazione, che racchiudono e comprendono le varie sfumature: un senso più ampio ed uno più ristretto. Nel suo senso più ampio interpretazione è spesso usato per specificare un qualsiasi tipo di spiegazione o comprensione. Esiste, invece, un senso più specifico del termine che non consiste nella mera indicazione della spiegazione o della comprensione. I critici, i teologi e i giudici, per citare qualche esempio familiare, tipicamente svolgono un'attività che si chiama interpretativa, in quest'ultimo senso del termine. Quando i giudici interpretano la legge, infatti, non si prefiggono come scopo quello di spiegarla. Si potrebbe dire che interpretare consista nell'operazione della comprensione del senso o del significato di un gesto. Al riguardo tuttavia nota Guastini che “disgraziatamente vi sono tanti concetti di senso e di significato quanti sono i concetti di interpretazione. Sicché la tesi che tutte le diverse attività che vanno sotto il nome di interpretazione consistano nell'attribuire senso o significato ad alcunché non è per nulla illuminante”<sup>297</sup>. L'interpretazione secondo Marmor è un'eccezione alla comprensione del significato letterale. Essa ne è parassitaria e quindi la presuppone. Si fa ricorso all'interpretazione solo in casi in cui le convenzioni e le regole non determinano gli aspetti della comunicazione; così come nel linguaggio anche le regole del diritto possono essere semplicemente capite e poi applicate senza la mediazione di ipotesi interpretative sullo scopo della regola. Per seguire una regola, prosegue Marmor, è necessario capirla ed agire secondo di essa, con l'intenzione di fare proprio ciò. La relazione tra una regola e la sua applicazione è una relazione di tipo grammaticale, cioè interna al linguaggio. Capire una regola consiste quindi nell'abilità di specificare quali azioni sono in accordo con la regola. Frege distingue tra la comprensione di un enunciato o senso, il giudizio sulla

---

<sup>296</sup> Cfr. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, 1992, 2<sup>nd</sup> edition 2005. A questa seconda edizione è stato dedicato un interessante seminario nel 2007 a Milano, poi confluito in *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli 2008.

<sup>297</sup> Riccardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p 5.

sua verità e l'asserzione che si può fare proferendo l'enunciato come vero. Comprendere, giudicare ed asserire sono tre tipi di azioni che riguardano il pensiero. La forza assertoria esprime linguisticamente il riconoscimento della verità di un pensiero. Asserire è dunque un'azione linguistica che corrisponde all'atto mentale del comprendere. Wittgenstein sostiene che ogni formulazione della regola può dare adito a diverse interpretazioni. Ereditando la diffidenza fregeana nei confronti dell'intuizione Wittgenstein sostiene che nessuno stato mentale può dare la garanzia di seguire correttamente la regola. L'espressione di una regola non è l'espressione di una intenzione interiore ma di una pratica pubblica. La tesi che ogni formulazione della regola può dare adito a diverse interpretazioni è ancora più evidente se si pensa a ordini su come comportarsi; volendo qualsiasi ordine può essere interpretato in modi sempre nuovi e imprevedibili e non c'è un limite alle possibili interpretazioni bizzarre. Ci si trova così di fronte a un apparente paradosso: "una regola sembra determinare un modo di agire, ma ogni modo di agire può essere reso compatibile con la regola (RF §201)". Questo paradosso nasconde un fraintendimento di fondo: il fraintendimento, sostiene Wittgenstein, è cercare una garanzia di certezza in una interpretazione della regola. Ma se l'interpretazione della regola o l'intenzione di seguirla non ci garantisce la certezza di seguirla correttamente, cosa può garantircelo? Wittgenstein qui oppone all'interpretazione della regola la pratica del seguire una regola, pratica sviluppata nel contesto di una comunità linguistica. Il linguaggio è un fenomeno pubblico e costituito dall'accordo dei parlanti sull'uso dei segni<sup>298</sup>. Questo è un punto cruciale secondo Marmor: se una regola potesse non determinare quali azioni siano in accordo con essa, allora nessuna interpretazione potrebbe farlo al suo posto. L'interpretazione diventa appena un'altra formulazione della regola, sostituendo una formulazione con un'altra, senza colmare il divario tra la regola e l'azione. Una regola è come un segno e il suo significato non può essere determinato da un altro segno; il significato delle regole, come quelli di tutti i simboli, deve essere determinato dalle azioni stesse, vale a dire dal modo in cui le regole sono usate. Quindi comprendere una regola consiste nell'abilità di specificare quali azioni siano in accordo con la regola, che non significa interpretare la regola, ma è manifestata obbedendo alla regola o andando contro di essa. Seguire una regola, è analogo a obbedire a un comando. Si viene addestrati a obbedire al comando e si reagisce ad esso in una maniera determinata. Per questo seguire una regola è una prassi (Ricerche filosofiche §199). Questo assunto di Wittgenstein è potenzialmente fuorviante, poiché si potrebbe credere che per seguire una regola sia necessaria una comunità di partecipanti o una pratica sociale. Baker e Hacker, invece, chiariscono come questa

---

<sup>298</sup> Carlo Penco, *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pag. 110.

conclusione sia inesatta. L'enfasi di Wittgenstein qui è sulla molteplicità delle occasioni d'uso della regola e non sulla molteplicità dei partecipanti.

E' importante rilevare che in questa visione le questioni relative al rapporto con il mondo ricadono all'interno di una teoria del significato. In relazione all'interpretazione giuridica la questione è gravida di conseguenze. Secondo queste concezioni, infatti, è la dimensione dell'uso del linguaggio e dunque degli effetti della comunicazione sulla comunità dei parlanti a costituire il riferimento per stabilire che cosa sia un messaggio comunicativo. Si comprende quindi, considerando quanto esposto finora, l'importanza che tali teorie assumono nella teoria del significato di Marmor, in special modo nel suo assunto principale: l'interpretazione è una eccezione della comprensione del significato letterale e normalmente riguarda quegli aspetti della comunicazione che non sono determinati dalle regole o dalle convenzioni. Marmor fa intervenire a suo supporto la maggior parte delle teorie sul significato elaborate nel corso del Novecento dalla filosofia del linguaggio. Afferma al riguardo Rustici: "Per difendere il positivismo giuridico Marmor evoca il *gotha* della filosofia del linguaggio, della scienza e dell'ermeneutica testuale angloamericana. [...] Di fronte alla scelta se spiegare tutto, semplificando la letteratura filosofica pur di rivolgersi a lettori non specialisti e presupporre molto, pur di usare contro l'avversario gli esiti della migliore produzione filosofica, Marmor sceglie una improbabile via di mezzo che scontenta l'una e l'altra schiera."<sup>299</sup>

Secondo la teoria di Marmor vi è qualcosa di tautologico nella formula del *rule of law*, poiché governare propriamente significa dirigere l'azione altrui in modo non arbitrario, cioè mediante il diritto. Tuttavia essa esplicita nella sua concisione due punti essenziali che concernono i due costituenti il governo della legge, l'autorità unita al diritto: ogni forma di autorità politica deve essere in qualche modo esercitata nelle forme del diritto e il diritto deve essere capace di guidare l'azione umana. Quindi, il *rule of law* si riferisce congiuntamente all'autorità politica e al diritto, all'esercizio dell'autorità politica e al modo d'essere del diritto.

## Otto regole in discussione

"Ovunque finisca la legge, comincia la tirannia"

John Locke<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> Chiara Rustici, "Argomenti nuovi, vecchie tesi. Appunti su Interpretation and Legal Theory di Andrei Marmor", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Anno XXVII, N.1, Giugno 1997, Il Mulino, Bologna, 1997, pag. 221.

<sup>300</sup> John Locke, *Second Treatise of Government* (1690), Chap XVII, s.202 (Cambridge University Press, 1988), p 400.

A partire dalla classica esposizione di Fuller sono stati dati vari cataloghi delle regole che il *rule of law* deve rispettare per essere coerente con la propria idealità. Kramer nella sua monografia<sup>301</sup> si diffonde nell'analisi degli otto principi ma ribadisce di essere d'accordo con Hart nel ritenere che il *rule of law* è compatibile anche con la massima ingiustizia. Anche il regime più iniquo avrebbe delle ottime ragioni di natura prudenziale e politica per adeguarsi ai requisiti prescritti dalle otto regole o principi enucleati da Fuller: anche se la prudenza era per Aristotele una virtù fondamentale dell'uomo, pilastro della saggezza, di certo non è un possibile fondamento di una teoria normativa, di una morale universalizzabile. Su tali principi si concentrerà anche Raz per criticarne i nessi sistematici e l'idea di costituire un plesso di normatività: ai suoi occhi appaiono come una virtù, nel senso di una proprietà essenziale ad un qualcosa per svolgere la sua funzione, come la proprietà di essere affilato per un coltello, essenziale alla sua stessa esistenza e che quindi che nulla aggiunge. Potremmo quasi dire nel senso di un giudizio analitico nella filosofia trascendentale di Kant, il governo della legge si potrebbe tradurre come la capacità di governare, che rende la legge capace di essere quello che è, ma senza la quale semplicemente la legge non sarebbe legge. Tuttavia negli ultimi anni vi è stata una ripresa e una serie di rinnovati sforzi di meglio comprendere tali principi, connettendo il *rule of law* a una serie di implicazioni morali o a una teoria interpretativa del diritto, ad opera di Marmor, Kramer e Bingham, come anche da parte di John Finnis. Gli "eight principles" sono sempre delle varianti dello schema proposto da Fuller. Non ci risulta uno studio comparato di tali principi in Italia, quindi ci si diffonderà in un capitolo dedicato sulle risultanze e sugli intenti dei diversi approcci nel riflettere su tali regole o nel contestarle radicalmente. Vi è infatti da menzionare sin da principio della nostra analisi la critica radicale verso questa proposta schematica di suddivisione delle condizioni e del contenuto del *rule of law*, cioè l'accusa di essere solo una *laundry list*. Questa è la tesi contenuta in un saggio di Waldron<sup>302</sup>, che si concentra da un caso *molto* difficile, per riprendere la terminologia di Dworkin, notoriamente deciso nel 2000 dalla Corte Suprema e che assegnò nei fatti la nazione al governo di Bush jr. Waldron muove dalla nozione di *essentially contested concept*. Dopo ciò che già abbiamo enucleato sulla importanza della meta-riflessione sui concetti nel diritto ci limitiamo a fare un riferimento all'origine di tale filone di dibattiti sulla concettualità essenzialmente contestata. In un contributo presentato alla *Aristotelian*

---

<sup>301</sup> Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2007)

<sup>302</sup> J. Waldron, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?," 21 *Law and Philosophy* 137 (2002)

*Society* nel 1956 Walter Bryce Gallie<sup>303</sup> introdusse la nozione per facilitare la comprensione delle differenti applicazioni delle nozioni astratte, qualitative e valutative. La definizione concettuale è il tipo di definizione più adatto nei casi in cui si abbia a che fare con nozioni contestabili, quantomeno per iniziare a rassodare il campo semantico del *definiendum*; in secondo luogo, l'obiettivo di tale definizione è proprio quello di individuare, ove ciò sia naturalmente possibile, un comune concetto dietro differenti concezioni.

Villa afferma che lo stesso concetto di giuspositivismo è una nozione essenzialmente contestabile. Il suo sforzo è quello di proporre una *definizione concettuale di giuspositivismo*<sup>304</sup>, nella convinzione che si tratti di un punto di partenza assolutamente imprescindibile per delineare poi i contorni delle due concezioni contrapposte di positivismo inclusivo ed esclusivo.

Hart, Rawls, Dworkin<sup>305</sup>, hanno utilizzato e raffinato la proposta di Gallie che proveniva dall'ambito estetico e ha conosciuto però uno sviluppo nell'ambito della filosofia politica e del diritto, hanno tuttavia ridotto la portata delle sue affermazioni in quanto confluiscono in una sola descrizione due domini separati di significati associate con la nozione di concetto

(a) il concetto (astratto, nozione ideale)

(b) la concezione, intesa come la particolare occorrenza di una nozione astratta

L'applicazione di questa problematicità al concetto di *rule of law*, al di là della polemica di stampo costituzionalistico e contestuale al momento politico del saggio, è un ulteriore sviluppo sul rapporto di tra COL e ROL cui prima si accennava, e che forma la reciproca delle riflessioni sulla relazione tra oggettività e *rule of law* discusse da Kramer.

È possibile in linea di principio un sistema giuridico composto tutto di direttive particolari ma, se queste trattassero i casi eguali in modo diseguale, allora il diritto sarebbe una forma di continua giustificazione dell'arbitrio. La stessa cosa può essere osservata anche nei confronti degli altri requisiti tradizionali del *rule of law* (quali, tra gli altri, la promulgazione, l'irretroattività, la chiarezza, la stabilità e l'applicazione coerente delle norme). Pertanto, il concetto di diritto ingloba

---

<sup>303</sup> W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol.56, (1956), pp.167-198. Id., "Essentially Contested Concepts", in Gallie, *Philosophy and the Historical Understanding*, Chatto & Windus, (London), 1964, pp. 157-191.

<sup>304</sup> Si vedano al riguardo V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, e id., *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle concezioni teoriche del giuspositivismo*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 155-189.

<sup>305</sup> Oltre alle monografie più note di Hart e Rawls, si veda in particolare il saggio di Dworkin, *The Jurisprudence of Richard Nixon*, in *The New York Review of Books*, Vol.18, No.8, (May 1972), pp.27-35.

il *rule of law* non già relativamente ai suoi particolari requisiti, ma riguardo alle sue istanze prime, ai suoi fondamenti generalissimi.

La possibilità di un contenuto morale per il concetto di norma è il contributo ancora oggi contestato di Fuller, che si staccò dalle concezioni giusnaturaliste pur mantenendo il nesso tra moralità e legalità.

Fuller ebbe una rilevante influenza su Ronald Dworkin, suo studente ad Harvard. Egli enucleò in negativo le otto regole per il fallimento di un sistema legale:

1 - Mancanza di regole o di legge, che porta ad un giudizio *ad hoc* o inconsistente (*ad-hoc and inconsistent adjudication*).

2 – Fallimento nel rendere pubbliche le *rules of law*.

3 – legislazione non chiara o impossibile da comprendere.

4 – legislazione retroattiva.

5 – contraddizioni nella legge.

6 – richieste che sono al di là del potere dei soggetti che sono guidati dalle norme.

7 – legislazione non stabile nel tempo.

8 – Divergenza tra giudizi, amministrazione e legislazione, cioè dei tre poteri dello stato nei confronti della legge.

Fuller presenta queste problematiche in *The Morality of Law* immaginando il re Rex che non riesce a governare se anche una sola di tali condizioni non è soddisfatta. Nella concezione di Fuller lo scopo della legge è sottomettere la condotta umana al governo delle norme (*to subject human conduct to the governance of rules*). Il sistema non è legale se non sono rispettate tutte e otto le regole.

Lord Bingham ha avuto un ruolo di primo piano nell'imprimere una rilevanza istituzionale al tema del *rule of law* nel Regno Unito e in tutti gli stati che vi sono legati storicamente e politicamente. Egli è stato anche decisivo nel realizzare la quasi compiuta separazione tra potere politico e giudiziario con la creazione della Corte suprema del Regno Unito, un passaggio istituzionale

rivoluzionario per la patria di alcuni diritti fondamentali. La versione che dà delle otto regole in cui si scompone la *rule of law* nei suoi recenti contributi<sup>306</sup> è la seguente:

1 - la legge deve essere accessibile a tutti ed intelligibile, chiara e prevedibile. Questo sembra ovvio: se tutti sono vincolati dalle legge è necessario poter capire, senza eccessive difficoltà, cosa essa preveda, anche se ciò comporta (come normalmente accade) chiedere consiglio, e la risposta, quando data, dovrebbe essere sufficiente chiara perché su di essa si possa basare un'azione legale.

Vi sono precedenti inglesi in tal senso,<sup>307</sup> ed anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha espresso il punto in maniera molto esplicita.<sup>308</sup>

2 - le questioni relative ai diritti legali e alla responsabilità dovrebbero essere risolte ordinariamente con l'applicazione della legge e non con l'esercizio della discrezione

3 - la legge in vigore deve essere applicata egualmente a tutti, fatte salve le differenze oggettive che giustificano alcune differenziazioni.

4 - la legge deve consentire una adeguata protezione dei diritti umani fondamentali. Questo non sarebbe universalmente accettato come qualcosa di incluso nel *rule of Law*. Dicey, è stato affermato, non ha dato un tale contenuto sostanziale al proprio concetto di *rule of Law*.<sup>309</sup>

5 - devono essere forniti gli strumenti per risolvere senza costi proibitivi o ritardi disordinati le dispute civili *bona fide* che le parti stesse sono incapaci di risolvere.

6 - i ministri e i pubblici ufficiali di ogni livello devono esercitare il potere loro conferito con ragionevolezza, in buona fede, per lo scopo per cui i poteri sono stati loro conferiti e senza eccedere i limiti di tali poteri. Questa sottoregola riflette i fondamenti familiari e antichi della *judicial review*.<sup>310</sup>

---

<sup>306</sup> Lord Bingham of Cornhill KG, The Rule of Law, Sixth Sir David Williams Lecture, Cambridge, 16 November 2006. La conferenza è stata più volte riproposta, ed è pubblicata in Cambridge Law Journal, Volume 66, Issue 01, March 2007, pp 67-85. Tra qualche mese è prevista l'uscita della monografia Tom Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane 2010.

<sup>307</sup> *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenberg AG* [1975] AC 591, 638; *Fothergill v Monarch Airlines Ltd* [1981] AC 251, 279.

<sup>308</sup> *Sunday Times v United Kingdom* (1979) 2 EHRR 245, 271, §49.

<sup>309</sup> Paul Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework" [1997] PL 467, 473-474.

<sup>310</sup> Si veda Jeffrey Jowell, "The Rule of Law Today" in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds), *The Changing Constitution*, 5<sup>th</sup> ed, (Oxford, 2004), pp 20-21. Dicey e molte autorità in materia si saranno sorpresi nell'apprendere da

7 - le procedure di giudizio promosse dallo stato devono essere eque. Il *rule of law* non richiede certo qualcosa di meno. Gli argomenti generali a favore di udienze pubbliche sono noti, riassunte da questa parte dell'Atlantico nel principio che la giustizia deve manifestamente ed indubitabilmente essere vista per essere fatta<sup>311</sup> e dalla sponda americana nell'osservazione che “Le democrazie muoiono dietro le porte chiuse.”<sup>312</sup>

8 - il principio del *rule of law* richiede che lo stato agisca in conformità con le sue obbligazioni di diritto internazionale, il diritto che, sia che provenga da trattati o da consuetudini internazionali, governa la condotta delle nazioni

---

Mr. Blunkett, Segretario agli interni nel Regno Unito, che “la *judicial review* è una invenzione moderna. E’ stata posta in essere sostanzialmente dal 1980”. David Blunkett, *The Blunkett Tapes*, (Bloomsbury Publishing), 2006, p 607.

<sup>311</sup> *R v Sussex Justices, Ex p McCarthy* [1924] 1 KB 256, 259.

<sup>312</sup> *Detroit Free Press v Ashcroft* 303 F 3d 681 (6<sup>th</sup> Cir. 2002), 683.



## **La nozione di stato costituzionale di diritto come superamento del dibattito sulla legge codificata**

La libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono.

Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748) ed. Utet p 273

Democracy has to be protected by Acts of Parliament, not by the judges.

J. Stevens, *Government and the Judiciary*, 2003, p.336

### **La nozione di stato costituzionale di diritto e il dibattito sul neocostituzionalismo**

La formula "Stato costituzionale" è al centro di un dibattito teorico che non sembra volersi esaurire e che si interseca con le considerazioni che la recente dottrina ha condotto sul tema dello stato di diritto. Negli Stati costituzionali di diritto alla sommità dell'ordinamento giuridico si trova una costituzione scritta, rigida, garantita e lunga. Costituzioni siffatte incorporano diritti, principi e sovente dei veri e propri contenuti morali. È questa una prima importante caratteristica, attinente al contenuto, degli ordinamenti giuridici in questione: tale incorporazione va intesa nel modo seguente: la comprensione delle disposizioni rilevanti, e la loro applicazione, richiedono talvolta il ricorso a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali.

Zagrebelsky ritiene che la novità contenuta nella formula "Stati costituzionali di diritto" sia capitale e riguarda la posizione stessa della legge. "Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione. Di per sé, questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principi dello Stato di diritto che porta a termine il programma dell'integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione quindi solo della funzione costituente)"<sup>313</sup>.

Essenziale a questa tendenza della teoria giuridica è una vera e propria sovra-interpretazione della costituzione, l'interpretazione adeguatrice della legge alla luce della costituzione, unitamente a concetti derivanti dalla dottrina tedesca quali la *Drittwirkung*, l'*Ausstrahlung*, e l'applicazione

---

<sup>313</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, p. 39

diretta delle norme costituzionali<sup>314</sup>. Un simile processo di costituzionalizzazione è un tratto tipico della cultura giuridica degli odierni Stati costituzionali di diritto.

Lo studio della connessione tra l'ideale dello stato di diritto e la funzione del legislatore comporta non solo una riconsiderazione degli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche soggettive del singolo cittadino nei confronti delle autorità pubbliche in generale, così come pure una riconsiderazione dell'effettiva azionabilità delle sue pretese avverso tutte le istituzioni statali, ma anche una rivalutazione delle caratteristiche dei moderni Stati democratici e pluralisti e una ridefinizione della forma di *Stato costituzionale di diritto* alla luce del tentativo in atto di una progressiva riduzione di ogni limite al *potere*. Afferma al riguardo Ruotolo che «la legalità formale non sembra più essere strumento sufficiente di garanzia nel momento in cui all'amministrazione spetti anche decidere in modo relativamente autonomo i conflitti e i contrasti fra interessi diversi»<sup>315</sup>.

E' quindi essenziale l'analisi dell'evoluzione del principio di legalità<sup>316</sup> (che resta il medesimo nella sostanza, pur nelle diverse formule impiegate per esprimerlo: da quella tedesca di *Rechtstaat* a quella inglese di *rule of law*); per l'effetto di quest'evoluzione il principio di legalità non esprime soltanto l'esigenza di una previa norma di legge in senso stretto quale fondamento del potere attribuito ad autorità governative o amministrative, ma anche una fonte di legittimazione del potere ormai divincolata dai limiti che in passato gli si imponevano per opera del principio di sovranità dello Stato. Tuttavia le eventuali limitazioni che talora il principio di legalità incontra ancor oggi costituiscono deroghe che possono essere ritenute legittime soltanto in quanto se ne possa dare un'adeguata giustificazione, in relazione ad un ambito determinato e sulla base di principi di pari valore con i quali esso debba essere bilanciato. Primo fra tutti il principio di legalità costituzionale, per effetto del quale alla sovranità della legge si sostituisce la sovranità della Costituzione, intesa come cornice di regole, come norma superiore e fondante, sulla quale misurare la legge medesima, ma non solo atteso che nel contenuto non solo descrittivo, bensì anche *prescrittivo* della Costituzione si sostanzia il riconoscimento dei diritti fondamentali e l'instaurazione di un sistema di limiti all'esercizio del potere, ossia di tutti i soggetti preposti all'esercizio di pubblici poteri.

Per effetto di ciò, è ben possibile ritenere e si è sostenuto, in Italia, fin da tempi molto lontani, da parte di un'autorevole dottrina, che l'assoggettamento a controlli di legalità dell'attività dello Stato e a controlli di legittimità (e di legittimità costituzionale in particolare) degli atti legislativi e degli atti "politici" (o di quelli considerati tali) consenta «un ulteriore avanzamento del principio di legalità anche nei confronti dei comportamenti dei pubblici poteri organizzati in base al principio

---

<sup>314</sup> cfr. R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in "Ragion pratica", n. 11 (1998).

<sup>315</sup> M. Ruotolo, *Crisi della legalità e forma di governo*, in "Riv. Dir. Cost.", (2003), p. 146

<sup>316</sup> F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino 2001

democratico» e schiuda la via al riconoscimento di una responsabilità del Legislatore per l'esercizio delle proprie funzioni. Lo Stato costituzionale di diritto presenta quindi alcuni tratti distintivi di carattere strutturale, che trovano anch'essi il loro fondamento, almeno in parte, in disposizioni costituzionali. Spiccano, in particolare, le diverse forme di garanzia della costituzione, prima fra tutte il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale delle leggi.

Sin dalla pronuncia del *Chief Justice* Marshall in *Marbury v. Madison* nel 1803 è centrale la necessità di garantire stabilmente che nessuna violazione da parte del legislatore turbi l'armonia fra la *supreme law of the land* e la produzione normativa ordinaria è essenziale affinché il sistema costituzionale sussista e la costituzione stessa sopravviva. Sotto tale profilo, di fronte alla prospettiva di un conflitto o semplicemente al profilarsi di un'antinomia o di un elemento di contraddizione sistemica, è raro che un ordine costituzionale possa eludere l'*enforcement* giurisdizionale, e in ciò anche il Regno Unito, pur nella mancanza di una costituzione scritta e di una corte costituzionale, non fa eccezione. Per normalizzare le inevitabili contraddizioni del sistema che non sembra sufficiente l'applicazione della *constitutional morality* teorizzata da Dworkin, Nino, Alexy, sulla scorta di Dicey e da altri aspramente messa in discussione<sup>317</sup>. Tale compito è stato quindi affidato all'attività interpretativa delle Corti (e di collegi giudicanti di diverso rango investiti, di funzioni *ad hoc*) che nel lessico del diritto inglese rientra sotto la generica nozione di *judicial review*. Ma il *judicial review of legislation*, pur occupandovi una posizione di primario rilievo, non esaurisce il catalogo di quelle garanzie che, soprattutto se erette a difesa della democrazia e di tutti quegli elementi che le diverse culture politiche intendono come pre-costituzionali<sup>318</sup>, sono fondamentali per la sopravvivenza stessa di un ordine costituzionale, sia esso scritto o come nel Regno Unito non scritto, che si impone come una realtà *justice-seeking* ossia reclamante l'esercizio di una forma particolare di giustizia, anche se fino a tempi non molto lontani una lettura acritica – e forse fraintesa – del concetto diceyano del *rule of law* tendeva a ridimensionare il contributo creativo delle Corti alla costruzione dell'ordinamento democratico, a tutto vantaggio del ruolo del Parlamento<sup>319</sup>.

Da ciò scaturisce la ricognizione di quali corpi giudiziari abbiano, nell'ordinamento britannico, disimpegnato tale funzione. Si deve affrontare a questo punto, in quanto essenziale per comprendere cosa sia oggi la nuova *Supreme Court* britannica, il discorso su quali siano nel Regno Unito i protagonisti storici di quella giurisdizione nella quale il punto di separazione fra tecnica giuridica e alta valutazione politica non è sempre chiaramente definibile, in ossequio al principio secondo cui,

---

<sup>317</sup> J. Raz, *Authority, Law and Morality*, 1985

<sup>318</sup> A. Barak, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, 1999

<sup>319</sup> R. Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, 1980

se si accetta la premessa per cui la costituzione stessa è il precipitato giuridico di un ordine politico originario, il diritto costituzionale è il “terzo ordine del politico”<sup>320</sup>.

Il monopolio della produzione di diritto da parte del legislatore risponde a un valore strettamente politico, cioè la democrazia, ma anche a un valore specificamente giuridico, la *legalità*<sup>321</sup>. La produzione giudiziaria di diritto risponde a quel più generale valore etico (morale, politico e giuridico) che è la *giustizia*<sup>322</sup>. Riformulando questa antinomia nei termini della teoria realista, si può notare che nella maggior parte dei casi la tensione latente fra i due valori non sfocia in aperto conflitto: entro la cornice dei significati legalmente ammessi, infatti, il giudice può quasi sempre scegliere una norma da lui ritenuta giusta, conciliando così legalità e giustizia. Eppure, non può mai escludersi il caso che *nessuna* norma entro la cornice sia conforme a giustizia: e qui la tensione latente fra legalità e giustizia può sfociare in aperto conflitto. Nello Stato costituzionale di diritto l'interpretazione costituzionale permetterebbe sempre, secondo autori neocostituzionalisti come Ronald Dworkin e Gustavo Zagrebelsky, di reinterpretare il diritto positivo in senso conforme a costituzione e giustizia, oppure di annullarlo in quanto incostituzionale e ingiusto. In realtà questa posizione ha il difetto di assimilare costituzione e giustizia, come se non potesse mai darsi conflitto fra loro. Invece le caratteristiche sostanziali e strutturali della giurisdizione costituzionale nello Stato costituzionale di diritto generano, secondo alcuni, conseguenze indesiderate quali in primo luogo una carenza della certezza del diritto e l'attribuzione di amplissima discrezionalità ai giudici costituzionali e, qualora si aderisca alla dottrina della *Drittwirkung*, ai giudici comuni, con un conseguente sbilanciamento dei poteri in favore della giurisdizione.

Sviluppata con riferimento al sistema costituzionale statunitense la nozione di «*domain of constitutional justice*», che è stata definita come «*a general area of concern*» nella quale la giurisdizione costituzionale si esprime in relazione a un sistema coerente di garanzie che ha il compito di allineare le esigenze di una giustizia come espressione dell'autorità dello Stato («*justice-bearing provisions*») e quelle delle originarie autonomie dei singoli e dei gruppi sociali («*liberty-bearing provisions*»), è particolarmente utile per l'osservazione del caso britannico poiché nel composito ordinamento del Regno Unito trova declinazioni particolarmente significative. Non vi è

---

<sup>320</sup> Loughlin, *Constitutional Law: The Third Order of the Political*, 2003

<sup>321</sup> Sulla legalità, come valore specificamente giuridico, cfr. il classico L. Fuller, *The Inner Morality of Law* (1964), Yale U. P., New Haven, 1969, ma con le precisazioni di H. L. A. Hart, *Lon Fuller: The Morality of Law* (1965), ora in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, pp. 347 e 349, e di J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in R. L. Cunningham (ed.), *Liberty and the Rule of Law*, Texas A&M University, College Station (Texas), 1979, pp. 3-21.

<sup>322</sup> Che questi e altri valori non siano riducibili a un unico valore supremo, né gerarchizzabili una volta per tutte, ma solo bilanciabili caso per caso, è sostenuto da una teoria dell'etica – il pluralismo etico – che ha più di un'applicazione nell'interpretazione costituzionale: cfr. M. Barberis, *L'eterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, cit., pp. 1-20.

dubbio che «la “giustizia costituzionale” è una delle più salienti caratteristiche dell’attuale “Stato costituzionale”<sup>323</sup>, tuttavia l’ambito della giustizia costituzionale va ricostruito riepilogando, anziché attraverso la rievocazione di principi astratti, in via pragmatica attraverso l’azione concreta di corpi giudiziari che ciascuno per suo conto, nell’assenza di una corte specificamente deputata, hanno sviluppato un complesso coerente di garanzie fondamentali alcune tra le quali sono recentemente confluite nel Regno Unito entro la sfera funzionale della *Supreme Court*.

Tali corpi sono – come si vedrà – le Corti di giustizia nella loro veste storica di esercenti il *judicial review* e, in epoche più recenti, di garanti delle libertà fondamentali: la giurisdizione che esercitano può considerarsi diffusa e si svolge attraverso una sofisticata attività di interpretazione. In via accentrata operano invece i *judicial committees* del Consiglio Privato della Corona e della Camera dei *Lords*, caratteristica comune della cui giurisdizione è il porre in essere, con *rationes decidendi* tra loro diverse ma non per questo non comunicanti, modalità giudiziali di risoluzione di conflitti che pure attingono a quel *judicial review* classico che, nato anticamente nel contesto del diritto inglese e trasmigrato nel lessico di altri sistemi politici di *common law* (tra i quali ha rilievo lo statunitense ove è nato il prototipo della Corte Suprema), una volta entrato a contatto con la fenomenologia e con le categorie logiche delle costituzioni rigide e cartolari ha subito una metagenesi dei fini e oggi è ampiamente utilizzato per definire, sebbene in modo improprio, il sindacato di costituzionalità delle leggi.

Il *judicial review* costituzionalmente declinato è in realtà una tecnica di superamento delle antinomie del sistema politico e istituzionale che di questi nodi conflittuali valuta, in luogo di un’improponibile costituzionalità formale, la convenzionalità.

La Corte costituzionale in Italia si è trovata ad operare secondo una procedura di frequente interazione con il legislatore, integrando la formazione ordinaria nei pilastri dell’ordinamento costituzionale. Il fatto che una normativa di legge ordinaria possa comportare una rilettura della Costituzione e, quindi, incidere sul senso e la portata di precetti costituzionali non è motivo di scandalo. Fra i tanti esempi possibili, in Italia spicca il caso dell’art. 30 della legge n. 87 del 1953 "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale." Tale legge assume un rilievo notevole per il nostro tentativo di problematizzare il dibattito sul costituzionalismo nel suo relazionarsi con una rinnovata riflessione teorica sul *rule of law*. Tale legge, nel prevedere che «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» di accoglimento della Corte, corregge in qualche modo la previsione dell’art. 136 Cost. la quale, prescrivendo la cessazione di efficacia di quest’ultima, avrebbe potuto legittimamente intendersi come prescrittiva di una sanzione di inefficacia solo per il futuro.

---

<sup>323</sup> G. Ruggieri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2004, p. 23

Tutto questo si spiega alla luce del peculiare rapporto esistente fra Costituzione e legge che, più che in termini di netta soggezione della seconda alla prima, è animato da una dinamica interna di tipo circolare, nella quale alla impossibilità per la legge di contraddire la Costituzione si accompagna l' idoneità della prima, nell'esplicarla e dare ad essa svolgimento, di contribuire a delinearne la fisionomia, atteggiandosi a principale strumento attraverso il quale essa vive nell'ordinamento. E', questo, uno dei più significativi aspetti qualificativi dell'interpretazione costituzionale intesa da Modugno come *duplex interpretatio*<sup>324</sup>. Questa peculiare dinamica si esplica in processi e operazioni legislative o giudiziarie che debbono mantenersi all'interno di una logica di sistema, onde si possa dire che la riconformazione legislativa della Costituzione avvenga alla luce della stessa Costituzione, interpretando in realtà la legge il ruolo di strumento esplicativo di una interpretazione sistematica dei precetti costituzionali.

Tali problematiche come si è visto sono diffuse in Italia e all'estero, e per la loro soluzione non si può prescindere dal far riferimento ai dibattiti sul rapporto tra positivismo e neocostituzionalismo, nella materia dei giudizi e della legislazione costituzionali. Il confronto tra neocostituzionalismo e positivismo giuridico si delinea sempre più composito. Le radici di tale confronto ancora una volta si ritrovano nella produzione di Dworkin, ma più recentemente le ha riportate alla ribalta un congruo numero di studiosi che si sono impegnati in una disputa in Italia e in molte altre nazioni. Si pensi alle diverse e contrapposte visioni dei rapporti tra diritto e moralità esplicitate nelle posizioni di Nino, Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli. In Italia Susanna Pozzolo<sup>325</sup> ha coniato il termine di *neocostituzionalismo*, intendendolo come una descrizione critica di una tendenza sempre più effettiva tra i teorici del diritto pubblico e della teoria generale. La visione del diritto come caso particolare dell'argomentazione e della casuistica morale, la cosiddetta *Sonderfallthese* si è dimostrata tuttavia refrattaria ad una troppo semplice accusa di riproposizione di un metodo di ragionamento proprio del diritto naturale. Pozzolo contesta l'assunto dei seguaci del neocostituzionalismo che vedono una incompatibilità tra il metodo positivista e il costituzionalismo. Riprende nell'analisi di questa dottrina una tripartizione che ripercorre la tripartizione di Bobbio riguardo al positivismo giuridico: esso è una teoria, una ideologia e una metodologia. Pozzolo giunge, nelle sue conclusioni teoriche, ad alcuni momenti di sintesi che potremmo riassumere in questo modo:

---

<sup>324</sup> Per un approfondimento di tali problematiche si veda F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008

<sup>325</sup> Su questo dibattito si veda Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli 2001; di recente poi Pozzolo ha dato un tentativo di definizione storico-concettuale del termine in Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2, dicembre 2008 pp. 405-418.

1. Per quanto riguarda il risvolto *teorico* il neocostituzionalismo si trova a coincidere con la teoria dei valori e il bilanciamento è l'ammissione della perdita di effettività dei canoni del formalismo giuridico. Da qui deriva il pericolo arbitrio degli interpreti, che si trovano in tal maniera ad essere i detentori di una autorità assolutamente *sbilanciata*, quasi dei sacerdoti del diritto

2. Per quanto concerne l'aspetto *ideologico* vi è una ineliminabile priorità della Costituzione, dei suoi fini e dei suoi valori nel sistema normativo. La costituzione è ancora un a-priori che condiziona moralmente (politicamente) l'ordinamento, non è quindi ancora dentro l'ordinamento, suo elemento costitutivo.

3. *Metodologicamente* è peculiare del neocostituzionalismo la scelta di non valutare le norme giuridiche formalmente valide in ragione del loro contenuto.

Questi assunti si trovano a confrontarsi con alcune nozioni simili. Essi sono ad esempio parzialmente declinabili anche secondo la dottrina del costituzionalismo normativo, oltre che secondo le prospettive derivanti dalle teorie di Dworkin e le diverse forme di stato costituzionale di diritto. Nella sua ricostruzione l'autrice si richiama idealmente alle teorie di Matteucci, raccolte in uno scritto elogiato da Bobbio<sup>326</sup>. Matteucci vedeva la novità delle posizioni di Bobbio nell'innesto della filosofia analitica nel positivismo giuridico, secondo la metodologia di Hart e dei suoi seguaci. Matteucci tuttavia riteneva antistorica la pretesa di fondare la scienza giuridica al di fuori di riferimento di valore, in auspicata autonomia dalla sociologia e dalla filosofia. Matteucci fa il punto sulla realtà del positivismo giuridico, riprendendo la tripartizione di Bobbio e ponendone i tre elementi in stretto legame, coniugando presupposti metodologici, scelte teoretiche e preferenze ideologiche. La stessa prospettiva ed esigenza unitaria sarebbero state riprese da Uberto Scarpelli<sup>327</sup>, altro critico di Bobbio del quale non condivideva la concezione scientifica del positivismo, che per Scarpelli era una ideologia tra altre e non un metodo. Scarpelli è un altro punto di riferimento costante per Pozzolo in relazione alla sua disamina dello stato di diritto e delle sue connessioni strutturali con il metodo positivista e la negazione dei contenuti di valore.

L'interpretazione del positivismo giuridico di Matteucci, consisteva nella dimostrazione dello stretto legame tra il giuspositivismo stesso e la nascita e il consolidamento degli Stati nazionali, con il predominio della legislazione sulle altre fonti del diritto e l'identificazione della giuridicità con il carattere della sanzione. Tale carattere sarà messo senz'altro in discussione dai proponenti di un *soft*

---

<sup>326</sup> N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna 1996. Lo scritto era originariamente stato pubblicato nella «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile nel 1963.

<sup>327</sup> Uberto Scarpelli, *Che cos'è il positivismo giuridico*, 1965.

*law*, derivato dalla *governance* e non da un sistema giuridico già costituito. Tale legame viziava sin dall'origine la prospettiva del positivista, a causa del suo prendere a riferimento privilegiato lo Stato e la sovranità, e lo portava a sottomettere il diritto al potere; una prospettiva che appunto, secondo Matteucci, non permettendo di attingere ai principi del costituzionalismo la cui idea di fondo consisteva nel primato della *iurisdictio*, e quindi del diritto sul potere, dell'equità sulla legalità, doveva necessariamente concludersi con l'identificazione del diritto con la forza e con l'impossibilità teorica di uscire dallo statualismo. Analisi articolate che andavano dal piano storico a quello logico e viceversa, e da cui Matteucci non mancava di trarre proposte utili per affrontare la crisi dello Stato moderno, crisi che più fenomeni mostravano, e mostrano ancora, evidente. In particolare, ben conscio di quanto comportasse una attenuazione del principio democratico, lo storico liberale considerava la Corte Costituzionale come la massima autorità dello Stato, espressione suprema di quel "governo dei giudici" che, secondo la tradizione del costituzionalismo anglosassone, rappresenta la migliore garanzia dei diritti del cittadino.

La disputa, in realtà, dalla questione della natura del diritto, rimandava ai modi di formazione di una coscienza della giustizia, ciò che investiva tutto un modo d'essere della cultura. Se, infatti, l'isolamento del giurista prodotto dalla cultura positivista doveva sempre rinviare a un principio esterno, morale, per giustificare la critica delle leggi ingiuste, fino ad invocare l'estremo atto della ribellione, una diversa concezione del ruolo del giurista poteva ben rappresentare il veicolo di una più diffusa cultura giuridica, che si ponesse essa stessa come garanzia della libertà.

La posizione di Ferrajoli e Waluchow si contrappone a quella di Alexy e Dworkin: i primi vedono la moralità come un contenuto eventuale e secondario almeno nel tempo, i secondi muovono dalla prassi interpretativa e dalla possibilità di una teoria comprensiva a partire dai casi da risolvere.

La sintesi delle tre forme ideologica, di metodo e di teoria costituzionale che si può formulare, porta a richiamare i paradigmi professati nel programma di un diritto costituzionale normativo di G. Azzariti e M. Dogliani. Dogliani afferma la crisi di tale normatività come un qualcosa di connesso con l'ascesa di alcune nuove correnti ideologiche che si presumono più congrue all'attuale dinamica della società. Tra queste individua anche la concezione di stato di diritto come un addio alla politica: "Oggi la crisi della normatività della Costituzione italiana si esprime nel diffondersi di concezioni svalutative delle sue regole a fronte dell'emergere di nuove regole contra o *extra constitutionem* accreditate e legittimate come conformi ad un'ineluttabile "natura": evoluzione tecnologica, evoluzione geopolitica, natura obbiettiva (a-politica) dello stato di diritto, natura



obbiettiva (a-politica) dell'UE come spazio “adatto” all'attuale fase della globalizzazione”<sup>328</sup> La teoria costituzionale professata esprime in tali ricostruzioni un punto di vista, uno *Standpunkt* secondo la terminologia della filosofia tedesca post-kantiana.

Il panorama contemporaneo delle carte costituzionali dei paesi democratici, e la pratica della loro interpretazione e applicazione da parte delle rispettive giurisprudenze costituzionali e ordinarie, esibisce tratti peculiari, e talvolta paradossali. Le costituzioni contemporanee dichiarano molti ed eterogenei diritti fondamentali, assai ampi e indeterminati, accompagnati dalla previsione di altrettanto ampie deroghe, raramente ordinati in relazioni gerarchiche o di priorità. Inoltre, mentre molti diritti costituzionali sono proclamati in termini quasi assoluti, e talvolta sono anche espressamente qualificati come inviolabili, nella pratica del trattamento giurisdizionale e legislativo dei diritti fondamentali è invece considerato del tutto pacifico che i diritti fondamentali siano limitati per evitare che la loro tutela interferisca eccessivamente con altri diritti fondamentali, o anche con esigenze diverse rispetto ai diritti fondamentali, come certi interessi pubblici e collettivi, e così via. Negli USA il dibattito sul 5. e 14. emendamento della costituzione americana è il risultato del contrasto tra una visione sostanziale e formalistica del *rule of law*, come parallelamente è stato notato da Craig nei riguardi del dibattito inglese. La tematica della *ruleness* ha poi avuto ripercussioni sulle teorie di costituzionalisti interessati alla filosofia come Schauer. Alla luce dell'attualità di tali controversie, appare chiaro come sia necessario uno sforzo per chiarire perché il Costituzionalismo sia storicamente in conflitto con il Positivismo, anche al fine di relativizzare l'alto tasso di incomprendimento tra costituzionalisti e filosofi del diritto.

Secondo alcuni interpreti a partire da tale tensione si è sviluppata la dialettica politica e concettuale che contrappone i sostenitori dello Stato di diritto e dello Stato costituzionale. Politicamente la storia ci consegna la genesi della lotta del costituzionalismo contro il paradigma della soggezione acritica, perché avalutativa a: diritto/legge/sovrano, contro il formalismo scientifico avalutativo e, quindi, legittimante il regime politico dominante. Lotta contro i pericoli del volontarismo mascherato da diritto scientificamente oggettivato, neutralizzato. In questa fase il formalismo non è libero, cioè, neanche teoricamente dall'autorità del comando di chi pone il diritto. Il Costituzionalismo come forma di giusnaturalismo positivizzato. Poi venne Weimar e lo Stato costituzionale. Kelsen, che rifiutò a priori di costruire una teoria del diritto fondandola sul volontarismo e sullo statualismo. Il rifiuto della teoria imperativistica a favore del normativismo fu

---

<sup>328</sup> La citazione è tratta dal testo – manifesto online M. Dogliani, *Validità e normatività delle costituzioni* (a proposito del programma di Costituzionalismo.it), pubblicato anche in *Studi in onore di G. Ferrara*, Giappichelli 2005. In tale contributo si delinea il programma culturale del sito Costituzionalismo.it.

anche una svolta storica nella teoria del costituzionalismo. La sovranità diventa necessariamente un predicato delle norme giuridiche e, in particolare, della norma fondamentale, cioè della Costituzione<sup>329</sup>. Questa problematica è la lettura secondo l'ottica istituzionale e degli studiosi del diritto pubblico delle medesime problematiche che si è precedentemente cercato di enucleare nel loro rilievo teorico.

La crisi della teoria generale seguita storicamente all'avvento delle Costituzioni lunghe e aperte ai valori del secondo Dopoguerra impone quindi una rielaborazione di sistema, che prenda coscienza della problematica metagiuridica inclusa nel dibattito sul *rule of law*, cioè del suo versante negativo e recessivo, costituito dalla crisi della validità del sistema (pur tutt'oggi idolatrato da un certo numero di civilisti) quale categoria essenziale dello stesso fenomeno giuridico, del normativismo, del positivismo quale categoria ordinante del fenomeno giuridico: della idea stessa di un sistema delle fonti. La scienza giuridica dovrebbe quindi elaborare una nuova teoria generale del diritto conforme a questo modello giuridico positivo. Verso una nuova teoria generale del diritto dello Stato costituzionale, compatibile con i canoni, i valori, i principi del positivismo giuridico in quanto positivizzati, normativizzati.

Normativismo e realismo si distinguono per tutto il novecento in quanto rispettivamente approccio normativo, prescrittivo all'analisi dei sistemi giuridici e politici, e approccio realistico, puramente descrittivo. Questa alternativa viene spesso proposta, ad opera soprattutto dei realisti, come alternativa tra approccio puramente prescrittivo, per così dire idealistico e magari utopistico, e approccio empirico-esplicativo e quindi scientifico ai fenomeni del diritto e della politica.

Il costituzionalismo diventa una teoria del diritto storicamente determinata, una teoria giuridica della democrazia liberale, altra cosa dal positivismo al quale storicamente succede, salva la parentesi di Weimar, nel Secondo Dopoguerra. Diritto, stato di diritto e democrazia non sono fenomeni naturali, ma costruzioni artificiali. Sono un prodotto della nostra stessa ragione, frutto della politica e della teoria e si configurano come noi li progettiamo, li produciamo, li interpretiamo e li difendiamo. E questo conferisce un ruolo per così dire performativo alla teoria giuridica e politica: un ruolo, dunque, non semplicemente conoscitivo, ma per così dire costitutivo, del quale porta il merito e la responsabilità. E' sempre stato così: non solo, come è ovvio, nell'esperienza giuridica premoderna, allorquando diritto e scienza giuridica sostanzialmente coincidevano, ma anche nell'età moderna, così con riguardo all'edificazione dello stato di diritto, che ha nei filosofi

---

<sup>329</sup> Sulla crisi di metodo del positivismo giuridico per l'avvento delle Costituzioni del Dopoguerra, si vedano i saggi raccolti da A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino 2005.

illuministi e poi nei giuspubblicisti dell'Ottocento i suoi padri costituenti, come nell'interpretazione del diritto positivo, sia legislativo che costituzionale. I giuristi fanno infatti parte dell'oggetto che indagano e contribuiscono a formarlo. C'è insomma una circolarità tra diritto e istituzioni politiche da un lato e cultura giuridica e politica dall'altro: le istituzioni sono un prodotto della teoria, che a sua volta ne esplica e rafforza il senso e la portata normativa.

A prova della incompatibilità tra le due teorie ricostruttive di sistemi giuspolitici tra loro totalmente differenti basti il ricordo della crisi di metodo ammessa ed indagata da Forsthoff<sup>330</sup>. Forsthoff si interrogava sugli esiti per la riflessione scientifica e per la stessa teoria del diritto, della incompatibilità tra Stato di diritto e Stato sociale, il primo da intendersi necessariamente in senso formale, a difesa dello *status quo* economico e sociale ed il secondo come un insieme di prassi giuridico-sociali che però erano da reinterpretarsi in difesa del primo. Una delle mediazioni più rilevanti tra i due è stata la costruzione dello stato amministrativo.

## **Stato amministrativo e *rule of law***

The deliberate making of law has justly been described as among all inventions of man the one fraught with the gravest consequences, more far-reaching in its effects even than fire and gun-powder.

F.A. von Hayek, *Law, Legislation, Liberty: The Mirage of Social Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 1978, p. 72.

Dicey, il più importante teorico del *rule of law* nel XIX secolo, costruisce la sua teoria del diritto pubblico in opposizione alla concezione europea dello stato amministrativo. Gioverà quindi tracciarne un breve panorama evolutivo per meglio comprendere le peculiarità del dibattito dottrinale contemporaneo.

La storia del diritto amministrativo potrebbe essere semplicemente proposta come la storia dei modi di esercizio dell'autorità: l'istituzione del diritto amministrativo come disciplina è un accadimento recentissimo, frutto dell'elaborazione di Gian Domenico Romagnosi, che gli dà dignità di disciplina codificata. A questo ritardo nella canonizzazione disciplinare fa da contraltare ben altra vivacità di vicende attorno a tutto quanto inerisce al diritto amministrativo. Se è vero che la storia del diritto

---

<sup>330</sup> E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, (1964) tr. it. a cura di C. Amirante, Milano 1973.

amministrativo si sovrappone in buona misura alle vicende del laboratorio giuridico francese ed europeo, ciò non toglie che fare luce sulla vicenda dell'amministrazione in terra di *common law*, offra un panorama per cercare di razionalizzare l'intervento, i compiti e le funzioni delle autorità pubbliche. Se è vero poi che la Rivoluzione francese ha proiettato su questa disciplina un carattere di unità e di compattezza, esportandola rapidamente e uniformemente nell'Europa intera, ciò non toglie che si sia trattato di una sequenza storica ridotta e circoscritta, un'isola circondata, da un lato, dalla società di corpi, egemone tanto nel Medio Evo più alto che in epoca di assolutismo trionfante, e, dall'altro, dalla dialettica tra Stato sovrano e società – protagonista di tutta la vicenda otto e novecentesca.

La storia del diritto amministrativo appare uno dei tasselli centrali di una contro-storia della sovranità, mettendo in luce come l'opera di concentrazione e razionalizzazione del potere è stata assai meno lineare e progressiva di come spesso la si voglia presentare. Facendo ricorso a quello straordinario grimaldello concettuale foucaultiano che è la *governamentalità*, si ricava una storia in cui lo Stato occupa il luogo della sovranità per un turno di anni assai modesto, costretto come fu e come sarà, a integrare – e il caso dell'amministrazione è, in questo senso, esemplare – prestazioni e servizi di natura oblativa, fin troppo distanti dal profilo tutto imperativo e potestativo distintivo della logica comando-obbedienza.

La nota unificante dell'amministrazione premoderna è la plurivocità di significati attribuiti al termine *iurisdictio*: vero e proprio operatore, di raccordo e di snodo, dell'esperienza giuridica medievale, esso indica la compenetrazione di amministrazione e giustizia in un'unica funzione. Dire il diritto, leggere l'*aequitas* naturalmente inscritta nelle cose, giudicare: questo il compito dell'autorità per un tempo consistente della storia occidentale, in cui non v'era compito di amministrazione che non passasse attraverso il filtro della giustizia.

È proprio muovendo da questa ricostruzione delle origini che si può leggere la razionalizzazione compiuta dallo Stato moderno, capace di farsi sovrano una volta intrapresa con successo la conquista dello spazio giuridico e, in particolar modo, di quello amministrativo, dopo esser riuscito a distinguere e separare la giustizia dall'amministrazione, neutralizzando la prima e facendo della seconda il proprio specchio.

La fine dell'ordine antico è da imputare a tre fenomeni congiunti: il programma della fisiocrazia, la fine dell'ordine per ceti e la centralità assunta dal diritto di proprietà nel determinare scelte intellettuali, politiche e giuridiche (come si è cercato di mostrare la definizione filosofica del diritto di proprietà operata secondo le categorie kantiane ha giocato un ruolo teorico di primo piano nella preistoria sistematica della nozione di stato di diritto).

Il progetto fisiocratico è l'operatore della transizione che condurrà dall'epoca della monarchia amministrativa all'amministrazione moderna. Troppe sono però le debolezze teoriche e i legami con il passato per sostenere l'urto delle novità che si venivano profilando. È solo e unicamente con la Rivoluzione che si avvierà un processo inteso a realizzare un'amministrazione moderna, il frutto della emersione e stabilizzazione di organizzazioni, funzioni e compiti specifici. Soltanto nel processo rivoluzionario si compie integralmente quella separazione tra giurisdizione e amministrazione, maturo esito del nuovissimo privilegio che – nel quadro della altrettanto recente divisione dei poteri – è venuto ad assumere un legislatore sempre più potente.

Con il primo Ottocento e con l'opera di Napoleone, si comincerà, quindi, a parlare di uno Stato a regime di pubblica amministrazione: la distinzione tra giustizia e amministrazione si installa nel campo delle controversie fra cittadini e Stato, dando luogo a infiniti dibattiti intorno all'ammissibilità del sindacato di giustizia per l'amministrazione. Il profilo dell'amministrazione napoleonica è, però, sebbene non nel tempo, assai lontano da quello pensato dai costituenti all'alba della Rivoluzione: se quella si pensava neutra, soggetta alla legge, non potestativa né esecutiva, questa si rivelerà integralmente monocratica, aprendo, come si è già detto, alla *vexata quaestio* della giustizia amministrativa e fungendo da scaturigine di un'inesausta dialettica tra amministrazione statale e società che caratterizzerà tutto l'Ottocento maturo e buona parte del Novecento.

Se è vero che con Napoleone l'amministrazione guadagna un grado di indubitabile consistenza, il suo profilo disciplinare versa ancora nella più completa incertezza.

La Restaurazione ospita un periodo di consolidazione disciplinare: incorniciata dalla *Stimmung* liberale che vi presiede, si dà corso a una lenta, ma progressiva costruzione del primato e della specialità, massimamente in chiave esclusiva rispetto agli altri due poteri – legislativo e giudiziario – di cui, contestualmente, si esalta la distinzione. Esempari in questo senso sono i dibattiti – teorici e pratici, a un tempo – intorno all'atto amministrativo, che dovrà guadagnarsi uno spazio d'autonomia tra la legge e la sentenza, e quello teso a disegnare i confini tra amministrazione contenziosa e amministrazione pura: campo dei diritti privati da rivendicare in capo all'autorità pubblica, il primo, regno assoluto del pubblico interesse, poi interesse legittimo, il secondo.

Ci si avvicina così alla grande costruzione moderna dello stato di diritto. L'idea di sfondo è la limitazione del potere per il tramite della legge, in particolare una limitazione del volontarismo del potere medesimo. Lo stato di diritto si mostra dopo la rivoluzione come il principale antidoto al volontarismo del potere, uno strumento che può temperare e imbrigliare nelle sue maglie procedurali il Leviatano ormai costituitosi nella modernità. Diverse sono le modalità di attuazione di questo anelito comune: nel Regno Unito di Dicey l'idea è quella di utilizzare al massimo il senso comune e di affidarsi alla tradizione della *judge-made law*. Il continente elabora invece delle

strategie verticistiche, che includono in primis la costruzione della giustizia amministrativa, continuamente raffinata e supportata dalle teorie di autori francesi, italiani e tedeschi come Jellinek e Orlando. Si apre una stagione in cui il diritto amministrativo è sottoposto a un'opera di scientificizzazione e giuridicizzazione, in cui è il diritto stesso a transitare da un regime prevalentemente giudiziale a uno marcatamente amministrativo. Stagione, questa, di vivaci polemiche e significative innovazioni: la critica liberale si fa virulenta, investendo le troppo fragili garanzie amministrative e il contenzioso amministrativo, prospettando l'ipotesi del giudice unico in grado di comporre la frattura che relegava all'indisponibilità l'operato della vecchia amministrazione pura. Ma la via alla specialità sembra senz'altro imboccata, e, almeno a livello costituzionale – lo stesso non può dirsi, infatti, per quanto attiene all'ordinamento – sostanzialmente ottenuta. Il secondo passaggio non mancherà di compiersi, in seguito, in virtù degli sforzi tanto della scienza giuridica quanto della giurisprudenza, in grado, da ultimo, di isolare oggetto e istituti e, così, un nuovo ordinamento.

Legittimità e discrezionalità amministrativa costituiscono il principale esito dell'opera giurisprudenziale, il contenzioso di annullamento – evitando l'ipotesi del giudice unico – si preoccupa, d'altro canto, di ridurre le prerogative dell'amministrazione pura, sicché il diritto potrà dirsi definitivamente impiantato in campo amministrativo.

Non meno vigorosa sarà l'opera della scienza giuridica, altro attore imprescindibile della completa giuridicizzazione dell'amministrazione, già avviata sul lato formale in virtù di una progressiva neutralizzazione, che su quello sostanziale – potremmo anche dire ontologico – a seguito del legame sempre più stretto contratto con l'autorità sovrana. La scienza si dedicherà, infatti, ad approntare una parte generale, in grado di sottrarre il diritto amministrativo all'invadente ombra del diritto civile: si tratterà di un'industriosa opera di pubblicizzazione, in cui alla trasformazione concettuale e dogmatica degli istituti del diritto civile si accompagna una decisiva operazione culturale che mira a una progressiva identificazione tra amministrazione e Stato. La dogmatica del diritto amministrativo ne fa un diritto pubblico e diseguale, al centro del quale accampa il provvedimento, istituto che segna l'iperbole dell'imperatività implicita nell'atto amministrativo e che, contestualmente, marginalizza in modo crescente l'attività contrattuale.

L'ondata pubblicizzante investe ogni settore dell'amministrazione: concessioni, proprietà, responsabilità. Ma è in particolare dalla prima – la concessione di pubblico servizio, poi servizio pubblico e, ancora, attività sociale – che origina un'ulteriore matrice di specialità, destinata a dare corpo a una corrispondente forma di Stato: lo Stato-Provvidenza. L'amministrazione, accanto allo stabilizzato ruolo di regolatore, assume ora quello di erogatore, e va definendosi secondo una

strutturale duplicità: impegnata, da un lato, nell'attività giuridica, e, dall'altro, in quella sociale. La sovranità comincia a cedere al servizio.

Durante e dopo il primo conflitto mondiale la crisi dello Stato di diritto è conclamata: se ne avvede senz'altro Orlando, delegato alla conferenza di pace, primo ministro e curatore del primo trattato di diritto amministrativo in Italia. Nuovi compiti premono il diritto amministrativo, conducendo tanto a nuovi assetti costituzionali quanto alla nascita del procedimento amministrativo. Si sta compiendo, in altre parole, una ricomposizione della frattura tra giustizia e amministrazione, frutto di un progressivo smantellamento dell'opera di pubblicizzazione compiuta nel passato. Lo Stato si confronta con l'economia e diventa improrogabile l'assunzione di quei modelli privatistici che erano stati espunti dal profilo del diritto amministrativo. È lo stesso regime amministrativo a dissolversi e la sua unità va definitivamente compromettendosi in una fuga verso il diritto privato, quella privatizzazione del diritto pubblico che viene biasimata da Mattei e Nader e dalla scuola di *Law and Development* a livello internazionale. Questo movimento certo non è da tutti avversato, anzi probabilmente era l'obiettivo giuridico-politico dei seguaci di Hayek<sup>331</sup>.

Sulla crisi dei rapporti tra scienza pubblicistica e legislatore positivo molto è stato scritto negli ultimi anni, specie dopo la perdita di *appeal* del totalmente altro socialista<sup>332</sup>. La questione è tuttavia risalente: si può far iniziare questa contro storia facendo riferimento alle riflessioni critiche di von Kirchmann<sup>333</sup>. Partiva da questo stesso autore la ricostruzione di C. Schmitt<sup>334</sup>.

### ***Rechtsstaat e rule of law: a partire da Habermas***

“We have seen that the American Constitution has changed, is changing, and by the law of its existence must continue to change, in its substance and practical working even when its words remain the same”

James Bryce

*Fatti e norme* di Jürgen Habermas (il titolo originale è *Faktizität und Geltung*, 1992) è ritenuta l'opera di teoria del diritto più sistematica degli ultimi vent'anni, animata da uno spirito di ricostruzione e dunque dallo sforzo di interpretare in un modello teorico più comprensivo gli apporti di scuole e di autori diversi, in una sorta di sincretismo teorico che si misura con tutte le principali

<sup>331</sup> Antonio Zorzi Giustiniani, Rule of law, costituzionalismo, Stato amministrativo in Friedrich August von Hayek in *Nomos*, 1999 fasc. 2, pp. 7 - 31

<sup>332</sup> M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997

<sup>333</sup> J. H. von Kirchmann, *Über die Vertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), tr. it. (a cura di P. Frezza) *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, 1942.

<sup>334</sup> C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea (1943-1944)*, tr.it. di A. Carrino, 1996

correnti del Novecento (dall'ermeneutica al postmodernismo, fino al positivismo giuridico). Habermas rende conto sia del filone liberale di Rawls sia del filone comunitario di Taylor, sia di quel tentativo di mediarli che è il "repubblicanesimo", il quale cerca una via che sia alternativa alla libertà negativa dei liberali e alla libertà comunitaria dei comunitari, rinvenendola nella "libertà dal dominio" tirannico e dispotico.

Quella di Habermas è dunque una sintesi sul diritto che lascia trasparire una fiducia tipicamente illuministica (con uno stile che lo avvicina a Ferrajoli) nello strumento giuridico come strumento di mediazione, fiducia della quale oggi si avvertono segnali di crisi: se volgiamo lo sguardo a *L'Occidente diviso* (2004), vi troviamo un Habermas più cauto e meno fiducioso, soprattutto se guardiamo alla parte dell'opera dedicata all'identità europea, là dove l'autore nota che "non fanno più presa" le istanze giuridiche come mediatrici; o anche se teniamo presente che, sempre in quel testo, Habermas, a proposito dell'integrazione cosmopolitica del genere umano, mostra che non ci si può attendere nulla di più che una forma di "cosmopolitismo debole" – che poco ha a che vedere con una democrazia cosmopolitica – cioè di un'integrazione debole della società cosmopolitica su reazioni di indignazione verso criminalità di massa percepite e perseguite da tribunali internazionali.

A partire infatti dalle differenze tra Stato e Costituzione, Habermas descrive tre arene pubbliche che operano sul mutamento essenziale del diritto per cui esso, che fino allo scorso XX° secolo era in coda al processo di elaborazione politica, si pone alla testa, con costruzioni giuridiche «introdotte nelle arene sovrastatali... che operano al modo di una "self-fulfilling prophecy"»<sup>335</sup>. Anticipazione del mutamento delle coscienze e processo di apprendimento dei cittadini sono urgenze che derivano dalla tragicità degli eventi internazionali e dovrebbero consentire l'elaborazione di un sistema a più livelli che può rendere possibile una politica interna mondiale finora inesistente, soprattutto nell'ambito globale dell'economia e della tutela dell'ambiente».

Le tre aree con tre diversi attori collettivi sono:

- 1) l'arena sovranazionale dell'ONU, riformata in modo da unificare le diverse *agencies*, collegarsi ai parlamenti nazionali e reti di cooperazione dal basso.
- 2) Regimi regionali (ad esempio l'UE) che abbiano «un mandato negoziale sufficientemente rappresentativo per interi continenti».
- 3) Gli Stati, sottoposti a giurisdizione globale, in modo che organizzazioni transnazionali non legittimate democraticamente (WTO, Banca Mondiale, FMI, G8), non portino a compimento «la privatizzazione di quelle funzioni che in passato erano assolute dallo Stato– nazione».

---

<sup>335</sup> Jürgen Habermas, *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p 223.



Lo snodo della proposta di Habermas è il dissolversi della sovranità dello Stato e la costituzione di una società globale in grado di influenzare se stessa con gli strumenti politici, per cui l'autonomia politica dei cittadini può acquistare un contenuto.

Il problema che si pone con la realizzazione di una costellazione post-nazionale di sovranità è la sua legittimazione, cioè la capacità da parte di un'eventuale sistema federale multilivello di fare eseguire le prerogative dei suoi atti. Per ciò la classica funzione coordinatrice dello Stato verrebbe trasferita ad un'organizzazione mondiale sopranazionale specializzata nelle funzioni di tutela della pace e di affermazione globale dei diritti umani»<sup>336</sup>.

D'altra parte il principio di effettività oggi è in larga misura soppiantato dal principio di legittimità, per cui ad esempio organizzazioni come *Human Right Watch* o *Amnesty International* dovrebbero pesare nella decisione politica. Insieme alla «collaborazione di un Consiglio di Sicurezza riformato con una Corte Penale Internazionale, l'inserimento di un'organizzazione internazionale riformata nella sfera pubblica mondiale è sufficiente a conferire una bastante legittimazione»<sup>337</sup>.

Tale istanza era propria anche delle più raffinate interpretazioni della scuola cattolica del diritto naturale. Durante il Concilio Vaticano I, molti cardinali presentarono a Pio IX una petizione, nella quale lo pregavano caldamente di stabilire le massime più importanti del diritto internazionale. In modo speciale chiedevano l'istituzione di una Corte Suprema e permanente di giustizia, composta dai più celebri giuristi di tutte le Nazioni, che sotto la presidenza del Papa avesse il compito di raccogliere i principi di giustizia nelle relazioni tra i popoli così le Nazioni sarebbero state preservate da tante guerre ingiuste e crudeli<sup>338</sup>.

Venuto meno il progetto cattolica di una comunità di nazioni armonicamente ordinate, nel quadro attuale mondialista si pongono alcuni problemi fondamentali. L'opposizione più intensa ed impegnata deve fermare la conversione delle forme politiche di normazione in meccanismi di mercato, altrimenti le successive generazioni, così come le culture non occidentali attraversate dalle *multiples modernities* si troveranno senza strumenti politici, o con mezzi anacronistici, in grado di contrastare il potere mercantile.

Habermas nella sua teoria vuol tentare una risposta allo scetticismo dei giuristi, al disfattismo nei cultori del diritto relativamente alla mediazione e alla soluzione dei problemi di diritto. Ma fatta una propria professione di metodo, individuata cioè la imprescindibile necessità di declinare una teoria del diritto costituzionale positivo idonea a comprendere la fenomenologia giuridica del secondo Novecento. Presa coscienza della necessaria attenzione al reale quale fondamento del sistema

---

<sup>336</sup> Ivi, p 239.

<sup>337</sup> Ivi, p 244.

<sup>338</sup> Acta et decreta conciliorum recentiorum, Collectio Lacensis, VII 861 ss.

normativo e sua giustificazione in termini di effettività dell'ordinamento (e della Costituzione), resta aperto il problema del metodo positivista nel rinnovato contesto teorico.

La normatività può essere sancita nella *law of rules* del diritto scritto ma la sua origine e la sua capacità di tradursi in effettività coincide con la sua capacità di entrare a far parte della forza delle cose. In un'ottica positivista, e nel tentativo di confronto in corso tra neocostituzionalismo e neopositivismo in tema di diritto costituzionale ciò che rende un testo normativo viene a derivare da fenomeni che giuridicamente possono essere descritti come componenti della consuetudine di riconoscimento. Se ci si pone tale problema guardando dall'alto la piramide gerarchica delle norme cui gli *officials* si devono conformare, se ne possono trarre alcune conseguenze genealogiche. La consuetudine di riconoscimento di una costituzione normativa consiste di due elementi: il consenso diffuso intorno ad un insieme di principi di diritto che, seguendo le intuizioni sviluppate da Dworkin, sono dai giudici considerati irrinunciabili. A questo però è sempre da associare un consenso politico diffuso intorno alla costituzione positiva, che fa sì che questo testo venga riconosciuto conforme a quell'insieme di principi.

La validità di una costituzione esprime il suo essere riconosciuta come principio plasmante del *rule of law*, mentre la normatività esprime il suo essere riconosciuta come conforme a un modello assiologico, che dà quindi la già accennata possibilità di un contenuto moralmente riconoscibile, valutabile e condivisibile all'azione plasmante del *rule of law*. Dalla validità deriva la prescrittività quotidiana; dalla normatività la immodificabilità delle leggi e in particolare della costituzione che così smette di essere fatto politico e passa nel *realm* della prescrittività. La argomentazione della normatività è dunque diversa da quella della validità: anche dal tipo di argomentazione storica, fondata sui contenuti dei giudizi che hanno storicamente generato l'effettività, di cui si è parlato sopra. Là, ci si fermava alla constatazione dell'effettività e delle sue cause: l'argomentazione classica della validità veniva solo arricchita. Qui la normatività della costituzione dipende dalla normatività di principi qualificati come tali assiologicamente.

Habermas con altri si volge contro chi guarda scetticamente al momento normativo, scorgendo in esso una copertura ideologica: in particolare vanno ricordati al riguardo gli esponenti dei CLS come Unger, Kennedy, Tushnet, e Horwitz. Come Scalia sembra quasi simpatizzare con loro, nella paradossale sfiducia nei confronti dell'interpretazione del giudice, mentre l'unico autorizzato a darla è l'interprete autentico cioè lo storico del diritto, sembra quasi echeggiare la storia del diritto nordamericano scritta da Horwitz, non a caso focalizzata sul realismo giuridico come arco di volta dell'originalità statunitense, presa di coscienza della latenza dei concetti giuridici dinanzi ai fatti: ma su questo torneremo, in quanto questione filosofica fondamentale per comprendere la portata filosofica delle dispute sullo stato di diritto e sulla filosofia del concetto in generale. Habermas è

convinto che si debbano prendere sul serio i discorsi normativi: egli insiste nella difesa della “democrazia deliberativa” all’interno di una società sempre più complessa, in aperto contrasto con le tesi sostenute dal teorico dei sistemi Niklas Luhmann, il quale è dell’idea che un sistema complesso non si lasci governare dal centro, cosicché salta la politica tradizionale incentrata sullo Stato sovrano. Secondo Luhmann non è possibile governare una società complessa dal centro senza distruggerla: tuttavia nota Habermas che se si presta ascolto a Luhmann si rischia di dar ragione a Calabresi, Friedman e ai loro compagni del sempre più predominante movimento della *Law and economics*, e si finirà con il vedere come sola alternativa il mercato, ossia il sistema complesso che si autogoverna. Ci sarebbe da notare al riguardo che la posizione di Hayek che molti accomunano ai suddetti autori nel sostenere il primato della giustizia sulla giustizia sociale ha in realtà un approccio più complesso, quasi metafisico e tetico della genesi della *rule of law*, come antecedente rispetto a qualunque stato (quindi anche allo stato di diritto)

Habermas scrive con l’esplicita intenzione di salvare quanto di positivo egli ravvisa nell’esperienza della statualità moderna, che sembra tendere sempre più verso lo Stato di diritto costituzionale. Questo forse comporta il superamento delle forme statuali attuali, e non a caso Habermas offrì il suo supporto incondizionato alla per ora fallimentare elaborazione di una grande costituzione europea, comprensiva di diritti esposti in maniera particolareggiata, monumento allo Stato costituzionale di diritto, esplicitazione autonoma dallo stato di un futuro patriottismo costituzionale, interessante termine conflittuale nei concetti e molto ottimista nella volontà normativa. Le variazioni del teorizzare di Habermas sul *Rechtsstaat* riprendono i classici della cultura giuridica tedesca nella linea di un’espansione della democrazia: tale progresso avviene alla luce della convinzione habermasiana che nel concetto moderno di diritto noi ritroviamo l’idea democratica già sviluppata dai giusnaturalisti classici. In Habermas (come nella teoria utilitarista dello Jhering de *La lotta per il diritto*) è radicata l’idea di un nesso forte tra diritto e democrazia, anche se gli autori classici (e l’autore pensa soprattutto a Rousseau e a Kant) hanno visto solo una parte del problema. A tal proposito, Luhmann e gli altri critici di Habermas dicono che egli è ancora troppo hegeliano nelle sue convinzioni, che incarnano la “vecchia Europa” della società civile statalizzata, una vecchia Europa che oggi non esiste più. Vi è una vera e propria consustanzialità tra democrazia e stato di diritto<sup>339</sup>. I seguaci di Habermas, come Gerstenberg, parlano al riguardo di *Nicht-tautologische Zirkularitaet*, poichè la costituzione è condizione e insieme risultato dell politica democratica (593).

---

<sup>339</sup> Si veda al riguardo quanto si afferma in Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, Paris 2002, specie a p 579 e sgg.

Nell'approccio comunicativo di Habermas si avverte benissimo una sorta di fluidificazione comunicativa della volontà generale di Rousseau, tant'è che il concetto di sovranità popolare (ogni potere politico nasce dal potere comunicativo dei cittadini) resta centrale nel discorso habermasiano. Habermas pensa che all'inizio della modernità vi sia stata una divaricazione di due ambiti: quello morale e quello giuridico-politico, i quali si sono divaricati dalla loro comune matrice, l'eticità premoderna. Tale eticità s'è scissa con la modernità: è questa, *in nuce*, la teoria habermasiana della "differenziazione sociale" tra l'ambito morale e quello politico. Come è stato giustamente notato, Habermas si muove qui con categorie eminentemente hegeliane, la più lampante delle quali è quella della "bella eticità" greca che dovrebbe essere ricomposta, secondo il nostro autore, dopo la scissione verificatasi con la modernità. Da tale divaricazione sono scaturiti altri due ambiti: i diritti umani e la sovranità popolare. I diritti umani esprimono l'autodeterminazione morale degli individui, mentre la sovranità popolare esprime l'autorealizzazione etica degli individui nella comunità. L'ambito dei diritti umani è stato sviluppato da Kant, quello della sovranità popolare da Rousseau. Tutti e due questi autori, tuttavia, sono rimasti parziali nella loro delineazione del problema, cogliendone soltanto uno dei due aspetti. Dal canto suo, Habermas critica "liberali" e "comunitari" accusandoli di perseverare nell'errore commesso da Kant (i liberali) e da Rousseau (i comunitari). Si tratta di tenere saldamente insieme quei due elementi (i diritti umani e la sovranità popolare) che Kant e Rousseau prima, i liberali e i comunitari poi hanno surrettiziamente separato. A tal proposito, Habermas parla di "cooriginarietà" dell'autonomia morale-giuridica (diritti umani) e dell'autonomia della politica (sovranità popolare), tesi che trova un corrispettivo nel modo habermasiano di guardare al rapporto tra diritto e morale: Habermas è a favore della connessione del diritto con la morale, ma ciò non gli impedisce di criticare l'indistinzione delle due cose fatta valere da Ronald Dworkin. Secondo Habermas e anche in linea con il pensiero di Ferrajoli, si può affermare, parafrasando lo stesso Dworkin, che prendere sul serio il diritto vuol dire riconoscere il carattere normativo che esso ha nei confronti di se medesimo nel paradigma del costituzionalismo novecentesco. E' un connotato iscritto, per così dire, nella struttura stessa del paradigma del costituzionalismo, caratterizzato dalla positivizzazione di principi come la pace, l'uguaglianza e i diritti fondamentali quali norme che hanno come destinatari i supremi poteri e perciò dalla possibile esistenza del diritto illegittimo perché in contrasto - per commissione (ove si manifesti in antinomie) o per omissione (ove si manifesti in lacune) - con le norme giuridiche sulla sua produzione.

L'approccio descrittivo non è proprio soltanto dell'approccio realistico ma forma il presupposto di qualunque approccio scientifico, incluso quello normativistico. E questo perché il tema privilegiato di una teoria del diritto di impostazione normativistica, ciò che da essa deve essere soprattutto

esplicito, è precisamente la divaricazione interna, propria di quegli ordinamenti complessi che sono gli odierni stati costituzionali di diritto, tra il diritto che è e il diritto che deve essere, tra il diritto come fatto (che dev'essere descritto per come realmente è, anche nei suoi profili di invalidità e di illiceità) e il diritto come norma.

Habermas vede un rapporto di complementarità tra diritto e morale e cerca una via intermedia tra i giuspositivisti e coloro (Dworkin *in primis*) che radicalizzano il nesso tra diritto e morale fino a fare del primo una sorta di morale applicata: il nostro autore cerca una posizione di equilibrio tra questi estremi e sostiene che il diritto non è una restrizione della morale, ma una integrazione funzionale della medesima. Tale approccio, evitando gli estremismi suddetti, consente a Habermas di individuare una strada alternativa e intermedia rispetto al dualismo tra “gubernaculum” e “iurisdictio”, dualismo che porta all’erosione della democrazia, erosione che preoccupa molto Habermas, il quale è diffidente nei confronti del paternalismo delle corti costituzionali. Bickel critica la supremazia delle corti negli anni ’80 del secolo scorso con il suo influente *The Least Dangerous Branch* (1986)<sup>340</sup>. In tale saggio Bickel coniò il famoso sintagma “countermajoritarian difficulty”, il cui intento era rendere tangibile la difficoltà di bilanciare la protezione delle minoranze dalla tirannia della maggioranza con esigenze di giustizia politica. Non è ancora possibile rispondere in maniera esaustiva all’assunto antikelseniano di Bickel che porta ad una sempre più diffusa percezione della *judicial review* della legislazione come un rischio per la democrazia. Già Holmes e Brandeis avevano criticato la visione del giudizio come scoperta del diritto, sia per il suo formalismo che per l’incapacità di fronteggiare condizioni di incertezza col solo richiamo a un diritto già dato. E avevano inaugurato un paradigma interpretativo consapevole della portata creativa e al contempo comunicativa della giurisprudenza. Una Corte che si mostra sin troppo conscia della *judicial supremacy* è il troppo frequente contraltare alla fede nell’autosufficienza del *rule of law*. Questo atteggiamento di politica del diritto è l’*état d’esprit* che fa da basso continuo al nostro studio: la recente pretesa di monopolio sull’interpretazione costituzionale è una manifestazione di potere solitario di cui il costituzionalismo induce a diffidare secondo una tradizione risalente. Non meno della democrazia, il principio di separazione dei poteri e il rispetto della *rule of law* richiedono una Corte aperta al confronto con interpretazioni rivali e disposta a riconoscere il potere di cui dispone, perché corrispondente a un compito che è parte di un’impresa comune.

La “terza via” habermasiana rivalorizza il momento decisionale della sovranità popolare che passa attraverso la nozione di “potere comunicativo” dei cittadini: una nozione, questa, che rafforza la

---

<sup>340</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press 1986.

funzione classica del parlamento come sede di composizione delle diverse posizioni e che deve essere diffuso fino ad assediare le cittadelle del potere costituito. Dietro a questa teoria sta naturalmente la riflessione di Hannah Arendt, che molto ha insistito sull'idea di un potere non verticistico, bensì orizzontale ed esercitato da cittadini liberi ed eguali e circolante tramite la comunicazione.

Nella costituzione dell'ottocentesco stato legale che il neocostituzionalismo oppone allo stato costituzionale di diritto/dei diritti un ruolo primario ha avuto la codificazione delle norme giuridiche, che a tutt'oggi porta *in primis* i civilisti a parlare di sistema del diritto. La codificazione, come la costituzione e le dichiarazioni dei diritti sono il portato delle rivoluzioni del 18. Secolo. Centrale è il ruolo dei principi, cui si fa spesso cenno nei dibattiti sulla dottrina di Dworkin e dei neocostituzionalisti come anche degli *inclusive positivists*. Se la codificazione è caratteristica di distinzione con la *common law*, non è un caso che oggi si celebrino i fasti della fine di questa divisione, in nome dell'uniformarsi del diritto privato prima che di quello pubblico<sup>341</sup>.

Sin dal Codice Napoleone, che fu modella per la codificazione che seguirono la vera novità e originalità sta nel valore giuridico formale della codificazione, compiuta in attuazione di nuovi principi teorici, che la differenziano nettamente da tutte le precedenti compilazioni o consolidazioni legislative, determinando una radicale trasformazione del sistema delle fonti del diritto, e con essa l'inizio di una nuova età nella storia della nostra civiltà giuridica. Ad un ordinamento fondamentalmente consuetudinario e giurisprudenziale, quale era stato nei secoli il diritto civile, dai tempi di Roma fino a tutto il secolo XVIII, il codice sostituiva un ordinamento interamente legislativo, in cui la volontà sovrana del legislatore si poneva come fonte di produzione unica, o almeno tendenzialmente esclusiva di fronte alla consuetudine e alla giurisprudenza; ad un sistema come quello del diritto comune, caratterizzato da una pluralità e gerarchia di fonti, quale si era venuto svolgendo nel pluralismo politico e nel particolarismo giuridico dei secoli di mezzo, sulla duplice base del privilegio e dell'autonomia, succedeva il sistema del diritto codificato, costituito da un solo testo legale, contenente un complesso normativo unitario, sistematicamente ordinato e suddiviso in articoli, in cui materiali vecchi e nuovi, di diversa derivazione e natura, erano insieme rifusi ed uniformemente presentati con formule concise e precise, come parti organiche di un unico corpo<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> N. Irti, *L'età della decodificazione*. Milano 1979.

<sup>342</sup> Si vedano al riguardo le opere di Guido Astuti (1910-1980).

Tra le caratteristiche da rispettare perché si dia uno stato in cui regni il principio di legalità come genere e allo stesso tempo si verifichi la sua specie sovranamente giuridicizzata e quindi moralmente somma di stato di diritto si debbono verificare due condizioni proprie della elaborazione franco tedesca sin da quel diciassettesimo secolo che si mostrò una svolta tanto cruciale per la modernità. In primo luogo un ordinamento che possa essere classificato come stato di diritto<sup>343</sup> deve essere fondato su un contratto sociale<sup>344</sup>, retto da leggi è un « *droit gouvernement* » (Bodin), un « *Etat régi par des lois* » (Rousseau)<sup>345</sup> in cui regna l'interesse generale e in cui le libertà degli individui sono senza rischi interni garantite. In tal caso si può tentare di stabilire una equazione tra le due nozioni proprie della tradizione francofona e germanofona « *Etat/Staat* » et « *Etat de droit/Rechtsstaat* ».

Oggi, alla luce di un più allargato e flessibile *constitutional rule of law* nel concetto di diritto è anche compreso il modo di formazione delle norme giuridiche, che nell'epoca della codificazione era erroneamente considerato oggetto esclusivo della politica o della sociologia, non della scienza e della pratica giuridica nella versione formalizzata che Ferrajoli ne ha sviluppato con dovizia di particolari criticando il paradigma del neocostituzionalismo<sup>346</sup>.

La posizione di Ferrajoli è diversa rispetto a quelle appena considerate: essa mira, infatti, ad escludere o comunque a limitare drasticamente la possibilità di conflitti tra diritti fondamentali agendo su un piano strettamente concettuale e definitorio: Ferrajoli agisce in altre parole sulla definizione formale e sulla struttura dei diritti fondamentali, e sulla base di questa analisi verifica (tendenzialmente escludendola) la possibilità e l'eventuale portata di conflitti tra diritti fondamentali.

---

<sup>343</sup> Sull'evoluzione del principio come limite all'esercizio arbitrario del potere, v. M. FIORAVANTI, Principio di legalità e Stato di diritto, in Associazione studi e ricerche parlamentari. Quaderno n. 5, Milano, Giuffrè, 1994, p. 26.

<sup>344</sup> Si veda al riguardo la celebre definizione di « Commonwealth » data da Sir Thomas Smith nel 1583 : « A Commonwealth is called a society or common doing of a multitude of free men collected together and united by a common accord and convenauntes among themselves, for the conservation of themselves as well in peace as in warre ».

<sup>345</sup> J.J. Rousseau, *Contrat social*, Livr. II, chap. VI, p. 379.

<sup>346</sup> La giurisprudenza amministrativa ha prevalentemente «inteso il principio di legalità come previa determinazione dei criteri generali dell'azione amministrativa» S. CASSESE, Le basi costituzionali, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 220 – identificando conseguentemente l'imparzialità, per quanto attiene al suo rapporto con la legalità, nel rispetto di tali criteri: sull'argomento, v. A. TRAVI, Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 91 ss.; N. BASSI, Le competenze decisorie del giudice amministrativo fra principio di legalità e tecniche di attribuzione in via pretoria di potestà innominate (Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 22 aprile 1999, n. 695, De Strobel c. Min. difesa), in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 453 ss.; P. SIRACUSANO, Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 533 ss. Per un punto di vista costituzionalistico sul tema si veda C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, *Diritto Pubblico* 2001, pp. 83 ss.

Per fornire una definizione dello Stato di diritto costituzionale in positivo, per via dell'affermarsi della superiorità sostanziale e formale della Costituzione nei riguardi dei processi di formazione del diritto, oltre che dei prodotti legislativi medesimi, si è avuto «l'accrescimento del tasso di creatività della funzione giurisdizionale, chiamata, in varie forme, a controllare la regolarità formale e sostanziale dell'attività di creazione del diritto e per ciò a fissare interpretativamente (e, dunque, entro certi limiti, creativamente) i parametri sostanziali di tale attività di controllo»<sup>347</sup>.

Da qui, dunque, l'origine del controllo sugli atti legislativi per mano del potere giurisdizionale. Basti pensare che già C. Vitta, sosteneva che: «Vi sono diversi modi di considerare la responsabilità dello Stato in diritto interno, secondo che esso agisce come legislatore, come giudice o come amministrazione pubblica [...] La responsabilità dello Stato in materia di legislazione può nascere soltanto in quei paesi ove la costituzione pone dei limiti al potere legislativo [...] perciò la questione della responsabilità del legislatore costituisce un esame dei principi di diritto costituzionale sui poteri del parlamento e sui diritti fondamentali dei cittadini»<sup>348</sup>.

E' certo possibile esplorare un'altra via di collegamento tra il *rule of law* ed il concetto di diritto, una terza via che differisce sia da quella per cui il *rule of law* presuppone il concetto di diritto (Raz), sia da quella per cui il concetto di diritto presuppone in qualche modo il *rule of law* (Waldron).

Il *rule of law* è sempre stato e resta tuttora un ideale «giuridico» a tutti gli effetti. Si tratta di un ideale giuridico in senso forte: sia perché è interno – come s'è visto – al concetto di diritto, sia perché è volto all'espansione della pratica giuridica e delle sue garanzie al di sotto e al di sopra dello Stato. Il rispetto dei principi del *rule of law* è ritenuto spesso un passo necessario nel cammino verso riforme politiche e sociali<sup>349</sup>, ma ciò non significa che si tratti di un ideale politico, ma solo che la libertà giuridica, pur non essendo la pienezza della libertà sociale in tutti i suoi aspetti più rilevanti, ne è una componente necessaria.

L'essere il diritto un artefatto non vuol dire che sia essenzialmente legato al potere politico o alle funzioni di governo della società. La formazione sociale di regole giuridiche o di modi condivisi di fare le cose è già sufficientemente giustificata dall'esigenza di orientarsi nella vita sociale e di sviluppare nella misura del possibile i propri piani di vita. Il prevalere del principio della sovranità

---

<sup>347</sup> F. Salmoni, *Legalità costituzionale e Forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*, in "Riv. Dir. Cost.", (2004), p. 111. Si veda anche S. Stamatii, *Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea*, in "Rass. parl.", 1 (2005), p. 45.

<sup>348</sup> *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, in "Arch. Civ. Serafini", II (1934), p. 178 (citato da E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano 2004, p. 14).

<sup>349</sup> Per una critica a questa convinzione cfr. G. Silverstein, *Globalization and the Rule of Law: "A Machine that Runs of Itself?"*, in «International Journal of Constitutional Law», 1 (3), 2003, pp. 427-45.



statale ha condotto ad intendere il *rule of law* come «governo della legge»<sup>350</sup>, ma ciò è riduttivo per molteplici profili.

Innanzitutto la legge non è l'unica forma di prescrizione giuridica, sia perché un sistema giuridico contiene anche prescrizioni particolari, sia perché vi sono ancor oggi, e oggi più che mai, norme giuridiche che non sono prodotte dal potere legislativo, quali fra tutti i principi giuridici, che – com'è noto – nell'epoca attuale di costituzionalizzazione del diritto vanno assumendo un rilievo sempre maggiore. Si deve ritenere che il *rule of law* debba occuparsi di tutte le forme di normatività giuridica, perché tutte concorrono a guidare il comportamento sociale. Ma ognuna di essa deve essere trattata secondo la sua specie e sulla base delle minacce che possono provenire da essa alla libertà giuridica, cioè dall'uso arbitrario del potere che rende possibile. Oggi è certamente il caso di parlare di uno Stato costituzionale di diritto, o *constitutional rule of law*, che introietti i metodi interpretativi delle corti costituzionali, quali – primo fra tutti – il principio di ragionevolezza, che non è certamente estraneo alla tradizione giuridica<sup>351</sup>.

Bobbio<sup>352</sup> muta il suo approccio metodologico in favore di una concezione finalistica della funzione del diritto, finanche del ruolo delle disposizioni costituzionali del 1948. Le disposizioni normative sono da ordinare politicamente nella programmazione di una trasformazione sociale ed economica attraverso il diritto. Il diritto viene funzionalizzato ad obiettivi prescritti (programmati) dalla Costituzione, che assume il ruolo di mediatrice tra politica e diritto, e tra *cosmos* e *taxis*, se si vuole riprendere la già riportata bipartizione di Hayek. In questo è opportuno riconoscere l'insufficienza delle categorie del formalismo giuridico. Il rischio, tremendo nella concezione liberale, auspicabile nella prospettiva tassonomica del socialismo nelle sue varie versioni che hanno dato le basi di varie politiche del diritto in Italia e nel mondo, è la scelta di abbandonare l'idea stessa di democrazia come metodo formale di costruzione delle regole del gioco verso un'idea di democrazia sociale partecipata, quella professata dalla Costituzione italiana, appunto. Dopo Weimar, anche la Costituzione italiana, funzionalizza la proprietà privata, traccia le condizioni di legittimità di un uso della legge in vista del fine da raggiungere: la tipologia dei fini è formalmente prevista dalla Costituzione.

La teoria generale del diritto non è espressione che si possa utilizzare quale paradigma concettuale avulso dalla storia. È il prodotto culturale di una specifica fase di sviluppo della scienza giuridica,

---

<sup>350</sup> Qui è appena il caso di richiamare alla mente la dottrina tedesca del *Rechtsstaat* e il carattere espansivo che la forma di legge ha ivi assunto.

<sup>351</sup> Cfr. R. Fallon, "The Rule of Law" as a Concept of Constitutional Discourse, cit., pp. 24-36. Il constitutional rule of law resta pur sempre un modello formale e, quindi, non deve essere confuso con la rights conception di Dworkin e neppure con quella di T.R.S. Allan, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford U. P., 2001. Entrambi sono concezioni sostanziali del rule of law.

<sup>352</sup> N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977

quella della costruzione dell'ordinamento dello stato unitario, categoria elaborata nell'800. Nella moderna teoria giuridica dello stato è tradotta tutta una concezione politica; concezione politica che si sottrae appunto alla possibilità di discussione e di verifica, proprio trasformandosi in diritto.

Tutto il dibattito teorico contemporaneo è condizionato dalla transizione dallo Stato di diritto di tipo liberale allo Stato costituzionale di diritto (o *dei diritti* come afferma tra gli altri P. P. Portinaro)<sup>353</sup>. Lo Stato di diritto è l'altra faccia di ciò che è stato detto lo "Stato potenza": infatti, lo "Stato di diritto" è il tentativo di sottomettere lo Stato al diritto, ma ciò avviene sul versante interno e non su quello esterno, poiché il diritto internazionale riguarda Stati che vedono nella guerra l'*extrema ratio* per risolvere le controversie. Tutt'al più, sul versante esterno dello Stato si può arrivare a una limitazione delle conflittualità grazie al diritto internazionale, con l'introduzione di regole riguardanti le modalità di svolgimento del conflitto (il cosiddetto *jus belli*): regole che tuttavia vengono spesso aggirate o svuotate di senso. Esse peraltro non hanno coattività, giacché manca un giudice che garantisca che vengano rispettate. Questa unità tra lo Stato di diritto e lo Stato potenza è ottimamente compendiata da Hegel nei *Lineamenti di filosofia del diritto*, quando afferma, contro Kant, che non v'è alcun giudice dotato di effettività nell'arena internazionale (tale problematica continua a rappresentare un problema che solo nei decenni recenti si è riusciti a fronteggiare). Hegel dice anche che il diritto è un qualcosa di sacro: ed è in questa sacralizzazione del diritto e del potere che dev'essere ravvisato l'obiettivo polemico di Kelsen quando attacca la moralizzazione del diritto. Nella prospettiva dello Stato di diritto lo Stato è inteso come il produttore del diritto, il quale è a disposizione dello Stato e dunque è eteronomo.

Lo Stato costituzionale dei diritti è invece uno Stato in cui la dimensione della potenza è neutralizzata: in anni recenti, s'è a lungo parlato di Unione europea, definita come la prima potenza civile, a sottolineare come essa non sia uno "Stato potenza": il potere (economico) che la connota è propriamente un potere civile che non ha nulla a che fare con la potenza intesa nel senso della dottrina dello Stato sovrano. L'Unione trae il proprio prestigio internazionale, presente ed auspicato per il futuro, dal suo ambire ad essere uno Stato costituzionale dei diritti, pur tra le difficoltà che questo iter mostra nel suo divenire, come ben noto dalla storia recente. Nello Stato costituzionale dei diritti il diritto precede la statualità, ossia gode di un'autonomia relativa: così Luigi Ferrajoli afferma espressamente che l'elemento del potere come potenza è del tutto superato e i diritti sono prioritari, con la conseguenza che le istituzioni pubbliche sono istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali. In questa concezione, non ci sono valori assoluti, ma solo relativi: come spiega

---

<sup>353</sup> Gustavo Zagrebelsky ne *Il diritto mite* (1992), configura una sintesi di queste trasformazioni strutturali dell'universo giuridico nel Novecento.

Zagrebelsky, ha carattere assoluto soltanto un “metavalore” che si esprime in due imperativi: mantenimento del pluralismo dei valori e confronto leale dei valori.

Il punto problematico è che cosa si debba intendere per “confronto leale”: l’intera teoria del discorso di Jürgen Habermas tenta di rispondere a questo quesito. Per la tradizione giuspositivistica, il diritto non può essere mite, giacché esso è organizzazione della coercizione, cosicché quella di Zagrebelsky è una vera e propria dichiarazione di guerra a Kelsen. E nella misura in cui nel “diritto mite” si verifica una contaminazione tra diritto e morale, si verifica con ciò stesso anche una contaminazione tra diritto e politica: e su quest’ultimo punto non c’è conflitto con Kelsen, rispetto al quale Zagrebelsky abbandona il positivismo giuridico e ridefinisce il diritto in modo per lui più coerente rispetto alla democrazia. Si può dunque dire che Zagrebelsky rifiuti il positivismo di Kelsen ma ne accetti la teoria della democrazia: e dunque è sottintesa un’accusa di incoerenza a Kelsen, a cui si rimprovera di essere ancora troppo legato al vetero-positivismo. Si tratta allora di trovare una teoria che non separi così rigidamente politica, morale e diritto, nella convinzione che il diritto debba essere permeato da valori. Alla luce di questa considerazione si spiega il “diritto mite”, che è tale perché composto da leggi, da diritti e da principi di giustizia. Come abbiamo accennato, il bersaglio polemico è il positivismo classico, la teoria dello Stato di diritto come Stato legislativo in cui centrale è la legge. Lo Stato di diritto ha a che fare con una concezione rigorosamente legata al presupposto della coattività del diritto, che non può essere in alcun caso diritto mite. Invece, nella prospettiva dello Stato costituzionale dei diritti lo Stato è costituzionale e la costituzione fa da sistema di unificazione di una società pluralistica, unificazione che avviene non solo tramite la legge, ma anche tramite diritti e principi di giustizia materiale. E nei diritti e nei principi di giustizia v’è un’evidente radice giusnaturalistica, mentre nelle leggi il richiamo è al positivismo. Nello Stato contemporaneo s’è verificata una polverizzazione del diritto legislativo: le leggi un tempo erano generali e astratte, mentre ora sono sempre più frequenti le “leggi provvedimento” e addirittura le “leggi retroattive”, come ad esempio le leggi di interpretazione autentica. Le leggi sono il frutto di una lunga contrattazione tra le parti rispetto alle quali lo Stato assume la funzione di tutore, in una sorta di mercato delle leggi. La costituzione deve poi integrare tra loro le leggi, i diritti e i principi. In questa delimitazione rispetto all’orizzonte positivistico, Zagrebelsky si oppone a Kelsen e dice che alla *scientia juris* valutativa si sostituisce la *juris prudentia*, dove la prudenza (che non è scienza) deve essere intesa quasi nel senso aristotelico del termine. Egli delinea il contrasto ontologico tra la legge di natura, il diritto del *genos* di Antigone, e la legge positiva, il diritto del *demos* di Creonte, e la sintesi della necessaria coesistenza di entrambi: il valore assoluto e la volontà umana, che può essere anche arbitraria. La saggezza esaltata al termine della tragedia sofoclea, tipica dell’uomo e del buon cittadino ed è finalizzata alla migliore deliberazione degli

affari di Stato, comporta amore per gli uomini e per la città, richiede di essere contemporaneamente Antigone e Creonte e di non essere integralmente né l'una né l'altro. I pilastri della convivenza tra gli esseri umani sono sempre stati il diritto e la legge. Il diritto senza legge è cieca conservazione; la legge senza diritto è puro potere dispotico: in questo noi scorgiamo il monito duraturo di Antigone e la continua necessità di tutelare gli *hard cases*, le eccezioni rispetto a qualunque norma e a qualunque sistema giuridico.

Il più fermo assertore di questa linea è Ronald Dworkin<sup>354</sup>. Egli attribuisce ai giudici la facoltà di decidere a partire però da un insieme di principi che sono contenuti nelle norme e vengono rispecchiati nelle decisioni che non inventano il *rule of law* ma lo declinano scoprendolo, con una movenza platonica. Tale nozione di diritto va contro la *policy* che sostiene la decisione politica della maggioranza, sia essa una legge, un decreto amministrativo o una sentenza giudiziaria in vista del bene della comunità. Questa è una opposizione politica contro cioè i termini utilitaristici della nuova ragion di Stato, e vuole riaffermare contro le pretese costruttiviste i principi non contingenti che riguardano i diritti fondamentali che per il legislatore, l'amministratore e il giudice dovrebbero essere superiori agli obiettivi del *Welfare State*. La *policy* è occasionale e arbitraria, frutto di una "decisione", mentre i diritti o principi - morali prima che giuridici - possono essere soltanto scoperti da una "retta ragione": ne consegue che, se qualcuno ha diritto a qualcosa, è ingiusto che il governo glielo neghi, anche se ciò fosse nel contingente interesse generale. Dworkin rifonda in tal modo lo Stato costituzionale dei diritti contro il positivismo giuridico, che riteneva essere un comando legittimo qualsiasi legge dello Stato, e contro l'utilitarismo, che sacrificava l'individuo al perseguimento della media delle utilità: come egli afferma, se lo Stato non prende i diritti sul serio, allora non può neanche prendere sul serio il diritto.

La rinascita del contrattualismo è strettamente connessa a questa premessa individualistica, che vede nella libertà dell'individuo un valore-morale prima che politico-assoluto. Il contratto è essenzialmente il patto di unione e non quello di soggezione, serve a formare una società giusta e non a instaurare un governo legittimo. John Rawls, nel suo *A theory of justice* (1971), vede nello stato di natura una posizione originaria nella quale più individui, liberi ed eguali, si accordano su alcuni principi di giustizia. Questo accordo è necessario e razionale, perché in loro c'è un "velo di ignoranza" (simile alla fenomenologica *epoché* di Husserl): essi ignorano la loro futura posizione nella società e la futura distribuzione dei talenti e delle capacità naturali, anche se conoscono i problemi generali di una società umana. In questa posizione l'individuo può essere un kantiano legislatore universale, perché agisce come spettatore disinteressato o se è interessato - tende a

---

<sup>354</sup> E' del 1977 il suo saggio sugli *hard cases*, ora in *I diritti presi sul serio*.

massimizzare la condizione di chi si trova nelle posizioni minime (*maximin*). Solo così il contratto è intrinsecamente razionale, sottratto agli interessi e agli appetiti dell'uomo fenomenico. Gli elogi che Rawls ha sempre tributato a Rawls non stupiscono, entrambi portano avanti un progetto metateorico e politico comune<sup>355</sup>.

Per Rawls è possibile fondare razionalmente una teoria della giustizia, al di là dell'intuizionismo e dell'utilitarismo, ma anche del positivismo nelle sue varie declinazioni, e tale *giustizia* che rende legittimo l'ordine politico, nelle more del perseguimento del sommo ideale della *giustizia*. La sua teoria si basa su due assiomi. Il primo suona: "Ciascun individuo possiede un eguale diritto a una libertà di base la più estesa possibile, compatibile con altrettanta libertà per gli altri"; questo assioma è nel solco del liberalismo kantiano, pienamente condiviso anche da Robert Nozick. Radicalmente nuovo è invece il secondo: "Le diseguaglianze sociali ed economiche debbono essere strutturate in modo tale da essere: a) volte al vantaggio dei meno favoriti e b) connesse a posizioni e cariche accessibili a tutti in condizioni di equa eguaglianza di opportunità". La funzione dello Stato giusto si radica in questo secondo principio, anche se esso, per realizzarlo, non deve mai violare il primo principio. Una armonica fusione sembra quindi prospettarsi tra i compiti del *Rechtstaat* di kantiana ascendenza e il nuovo imperativo della tutela dei diritti nello stato costituzionale.

Carl Schmitt in *Legalità e legittimità* (1931) propone una serie di Stati che costituiscono la sequenza dell'evoluzione giuspubblicistica europea: tra la fine del Medioevo e l'inizio della modernità si ha lo Stato giurisdizionale, il cui baricentro è l'esercizio della giustizia; con lo Stato moderno, che si concepisce come artificio e sovrano nasce lo Stato governativo, il cui baricentro è la funzione esecutiva. Successivamente, si ha lo Stato legislativo, che pone da subito il problema di configurarsi come Stato di diritto: il suo baricentro è il parlamento, l'organo che produce le leggi e che succede ai sovrani nel ruolo di assoluto nomotetico. Allo Stato di diritto è subentrato quindi da penultimo lo Stato amministrativo, il cui baricentro è la burocrazia. Schmitt si fermava qui: la problematica che affrontiamo analizzando il dibattito dei due decenni che ci separano dal crollo del muro di Berlino ci porta alla novità più rilevante, alla crisi e alle variazioni sul tema che ogni crisi feconda accompagnano. Il fuoco e termine attuale dell'evoluzione dello "Stato costituzionale dei diritti", potremmo dire la sua funzione ultima, è il temperamento delle esigenze degli individui, con la costituzione come strumento sommo di integrazione della dinamica complessa di una società pluralistica.

Occorre chiedersi se oggi il nostro concetto di costituzione risponda ancora a tale compito di integrazione: è questo uno dei grandi temi odierni. Vi sono autori che professano un

---

<sup>355</sup> Si veda da ultimo il saggio con cui si chiude la raccolta *Justice in Robes*, Harvard 2006.

costituzionalismo estremo, tra questi in primo luogo spicca Ferrajoli, e autori che si chiedono se la costituzione sia ancora in grado di svolgere tale mansione di integrazione. A fianco di Ferrajoli poi si può porre la teorizzazione di Dworkin sul *moral reading* della costituzione, variazione sul tema del *rule of law* inteso come passaggio tra diritto e morale. Non si trascuri poi il teorizzare del *Law Lord* emerito Bingham, che ha intrapreso la trasformazione della suprema corte inglese secondo i canoni della separazione tra potere politico e giudiziario<sup>356</sup>. Bingham, come Andenas più di altri suoi estimatori, è un fervente avvocato del *balancing*, la teoria che mira a contemperare aspettative e interessi configgenti, e fa di questa opera uno degli scopi essenziali dell'arte di giudicare.

Il modo corrente di esprimersi a proposito di casi difficili in materia di applicazione di diritti comporta sovente un bilanciamento fra diritti, o fra diritti e considerazioni di altro tipo. Si presuppone che conflitti fra diritti siano, per l'appunto, possibili. Nella cultura giuridica contemporanea è pressoché unanimemente condiviso l'assunto che i diritti fondamentali, cioè i diritti costituzionalmente sanciti e i diritti sanciti da strumenti internazionali come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o la CEDU possano confliggere, e sovente confliggano<sup>357</sup>. È abituale parlare della necessità di operare un *bilanciamento* fra diritti, o fra diritti e considerazioni di altro tipo: a dover essere bilanciati sono, per l'appunto, diritti configgenti: l'idea del bilanciamento si estende al rapporto fra diritti e fattori di altro tipo, come valori, principi, interessi anch'essi costituzionalmente sanciti. I diritti possono, in taluni casi, entrare in conflitto con valori, interessi, e si tratta di escogitare meccanismi di gestione di tale conflitto. L'apertura della dottrina e della giurisprudenza ai valori ed al bilanciamento quali tecniche interpretative, decisorie ed argomentative lascia secondo alcuni interpreti troppo spazio ai pericoli dell'interpretativismo, dell'arbitrio degli interpreti nell'attività di *ius dicere* e di *ius ponere*. La consapevolezza delle nuove frontiere problematiche non può infatti giustificare l'abbandono del paradigma normativo *tout court*, che spesso le teoriche più antiformaliste sembrano professare. In Italia in questo sono emblematiche le posizioni di studiosi quali Baldassarre, Zagrebelsky, Modugno, Ridola, Rimoli ed altri, che giungono addirittura a profetizzare il trapasso da una democrazia costituzionale politica in

---

<sup>356</sup> Le riflessioni dell'ultimo Senior Law Lord, ora emerito, sono per ora consegnate al denso saggio di Lord Bingham of Cornhill KG, *The Rule of Law*, Sixth Sir David Williams Lecture, Cambridge, 16 November 2006. Pubblicata in *Cambridge Law Journal*, Volume 66, Issue 01, March 2007, pp 67-85. Tra qualche mese verrà pubblicato un più ampio saggio che conterrà le teorie in forma più estesa: Tom Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane 2010. Dall'ottobre 2009 il successore di lord Bingham, Lord Phillips of Worth Matravers assume il titolo di *President of the Supreme Court of the United Kingdom*. Con l'abolizione della funzione giudicante della camera ristretta dei *Lords of Appeal in Ordinary* viene intaccata l'eccezione britannica, che tuttavia continua ad avere di fatto una imperfetta separazione tra giudiziario e politico.

<sup>357</sup> Si vedano al riguardo R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994, pp. 78-9; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, pp. 9, 11-3, 39 sgg.; H. L. A. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983; F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, p. 15; D. Zolo, *Fondamentalismo umanitario*, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003, pp. 138-41.

quanto pluralista ad una forma di Stato che, per semplificare, somiglia molto alla democrazia dei custodi. Questa trama viene intrecciata nelle posizioni di politologi, sociologi e filosofi quali Dahl, Lipset, Sartori, Luhmann, Rorty. Se si vuole trarre un bilancio della valutazione teorica della democrazia rappresentativa nelle due aree geografiche (o geopolitiche) determinanti dell'Europa centro-occidentale e dei Paesi di lingua inglese si ha a volte l'impressione che il paradigma del *rule of law* si vada costituendo nella direzione che porta il governo dei custodi a sembrare la scelta più efficiente, più consona allo sviluppo, infine anche il più adeguato a tutelare i diritti fondamentali. A partire dalle tesi di Marmor sul *rule of law* si può giungere ad affermare che il *balancing* può essere spinto alle sue estreme conseguenze nella necessità di bilanciare il contenuto morale con le esigenze pratiche e sociali di rendere la legge eseguibile da parte di chi ne è il destinatario, sia esso un funzionario o un semplice cittadino.

Tale concezione trova tra i suoi più forti avversari il giudice Scalia della Corte Suprema degli US. Sostenere la teoria del *balancing* o rifiutarla è la chiave di volta per stabilire, secondo il modello del giudice erculeo di Dworkin, una teoria del diritto incentrata sulla legge intesa come regola o intesa come giustizia. Già Radbruch prendeva posizione al riguardo proclamando senza alcun dubbio come sia necessario per un ordinamento legittimo far prevalere la giustizia sulla sicurezza giuridica. L'idea che il bilanciamento di principi confliggenti generi una regola si basa sulla semplice idea che i principi, per definizione, non hanno condizioni di applicazione determinate, mentre le regole sì (le regole sono condizionali quantificati universalmente, indefettibili). I principi, è vero, collidono; ma il conflitto può, e deve, essere risolto, mediante la fissazione di una regola (istitutiva, relativamente al tipo di caso oggetto di decisione, di un ordine di priorità fra i principi in conflitto). La debolezza di questa strategia diviene manifesta non appena ci si chiede se la regola generata, in ipotesi, dal bilanciamento di principi confliggenti sia da intendere come una vera e propria regola. Il punto è se si possa ragionevolmente ritenere che la regola, che costituisce, in ipotesi, il risultato del bilanciamento, non contenga anch'essa clausole aperte, ovvero non sia anch'essa rivedibile (aperta alla possibilità di revisioni), a fronte di nuovi casi.

E' questa anche una chiara presa di coscienza della problematica insita nel ruolo del giudice, se esso sia da limitare in quanto politicamente non responsabile, oppure da lasciare libero il più possibile per impedire all'esecutivo o al legislativo (oppure a entrambi nel sistema rappresentativo) di spadroneggiare. Credo non sia fuor di luogo sostenere che da questo punto di vista l'imprevedibilità del testualismo di Scalia a volte lo porta ad accompagnarsi ad atteggiamenti progressisti<sup>358</sup>. Si può

---

<sup>358</sup> Credo che al riguardo la sua vicinanza agli scettici dei CLS sia in Italia da affiancare alle posizioni di Rodotà. Nel suo recente saggio *La vita e le regole* (2006) egli ripubblica dopo trent'anni in appendice un testo dedicato alla

accostare l'atteggiamento originalista con le tesi di un protestante come il von Harnack, per il quale i testi del passato possono avere di volta in volta solo quel senso che volevano dar loro i rispettivi autori nel loro momento storico. Oggi, alla luce di un più allargato e flessibile concetto di Stato costituzionale di diritto o *constitutional rule of law*, a cui sopra si è accennato, nel concetto di diritto è anche compreso il modo di formazione delle norme giuridiche, che nell'epoca della codificazione era erroneamente considerato oggetto esclusivo della politica o della sociologia, ma non certamente della scienza e della pratica giuridica.

Il bilanciamento non designa un metodo definito di risoluzione di conflitti o dilemmi pratici. Designa, piuttosto, un vuoto: uno spazio che dovrebbe essere occupato da un concetto, e nel quale troneggia, invece, una metafora (la metafora del "peso" delle ragioni confliggenti). Che cosa, e in che modo, svolge la funzione che, figurativamente, è svolta da una bilancia, e in che cosa consiste, fuor di metafora, il (maggiore o minore) "peso" di una ragione, resta indeterminato. All'immagine del bilanciamento non corrisponde alcun concetto. I giuristi, è vero, hanno elaborato tecniche, metodi, procedure di bilanciamento. Ma ci si può legittimamente chiedere se il concetto tecnico-giuridico di bilanciamento non sia anch'esso, in questo senso, un non-concetto: se esso non conservi il medesimo, irriducibile, nucleo metaforico, a cominciare dal suo sviluppo nella teoria del diritto di Alexy, che ne è probabilmente il più sofisticato tentativo di ricostruzione del bilanciamento come una procedura di decisione razionale<sup>359</sup>.

La disciplina dei diritti negli Stati costituzionali di diritto è costituita da un insieme di testi, e dalla loro interpretazione consolidata cioè, dal ventaglio delle interpretazioni consolidate, spesso in contrasto fra loro: è il risultato di un processo politico, frutto di compromessi. In essa confluiscono concezioni diverse dei diritti: le costituzioni contemporanee e le interpretazioni consolidate, identificano come *diritti* tipi molto diversi di stati di fatto. Sarebbe davvero sorprendente se una simile formazione storica, nella quale confluiscono tendenze diverse e confliggenti, articolata in una pluralità di interpretazioni diverse, risultasse in una compatibilità, sotto qualsiasi condizione ipotizzabile, dei diritti e avesse esito, in un sistema di diritti compostibili senza conflitti. Ciò vale, a maggior ragione, relativamente alla possibilità di conflitto fra diritti ed elementi di altro tipo (valori, interessi), anch'essi costituzionalmente sanciti.

---

persecuzione giudiziaria di Pasolini. Pasolini è per Rodotà l'eroe dell'opposizione all'ipocrita nozione di buon padre di famiglia, già stigmatizzata da Menger come uniformazione degli *standard* e delle aspettative di vita a quelle dei mediocri "ben alloggiati e ben provvisti", ideale regolativo di fatto della società codificata dal diritto borghese.

<sup>359</sup> Si vedano ad es. la "legge di bilanciamento", e l'articolazione della procedura di bilanciamento, elaborate da R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, "Ratio Juris", 16, 2003, pp. 136, 138; *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, "Ratio Juris", 16, 2003, pp. 436 sgg.).



Vi è tuttavia la possibilità di un modello del bilanciamento caratterizzata dall'abbandono dell'assunto irenistico criticato sopra. Diritti, principi, valori e interessi costitutivi della dimensione etica sostanziale dello Stato costituzionale di diritto confliggono *davvero*, sono *davvero* antinomici (indeterminati, incommensurabili, eterogenei). Per questa ragione, la caratterizzazione dei diritti confliggenti come diritti “*prima facie*” è fuorviante. L'espressione “*prima facie*” suggerisce che il conflitto sia solo apparente - che, in verità, quando due diritti confliggono uno di essi non sussista: questo è, precisamente, l'assunto di Dworkin, implicito nella sua concezione dei diritti come briscole.

Una concezione particolarista del bilanciamento, e non con ambizioni universalizzabili di matrice kantiana, illustra, per l'appunto, questa idea di fondo<sup>360</sup>. Le costituzioni degli odierni Stati costituzionali di diritto incorporano diritti, principi e valori etici; l'identificazione del contenuto delle disposizioni rilevanti, la determinazione del contenuto etico sostanziale della costituzione, richiede, talvolta, il ricorso a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali: stando al modello particolarista, quando ciò si verifica l'esito del bilanciamento di principi o diritti confliggenti è sempre esposto alla possibilità di revisione; non è ipotizzabile, né, *a fortiori*, accessibile, una specificazione definitiva delle proprietà che possono essere rilevanti ai fini della decisione di casi: l'universo dei casi possibili non è previamente determinabile. Da ciò l'impossibilità di revisioni stabili (se non sotto la condizione di una restrizione arbitraria dell'universo di discorso, e dell'insieme dei principi presi in considerazione); ovvero, l'impossibilità di una specificazione (fattuale) ultima o, ancora, di una determinazione conclusiva del contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Da ciò, infine, la conclusione che l'esito del bilanciamento non può ragionevolmente essere una regola, in senso stretto: quando il giudice opera un bilanciamento, l'esito della ponderazione è compatibile con una pluralità indefinita di regole.

Se il concetto di diritto deve avere un carattere normativo, le condizioni di praticabilità sono parte essenziale di esso. Viola afferma che non si può distinguere, come fa Raz, tra validità e praticabilità del diritto. Raz tratta la praticabilità del diritto nei termini del dovere di obbedienza ad esso. In senso letterale il *rule of law* significa: «(1) that people should be ruled by the law and obey to it, and (2) that the law should be such that people will be able to be guided by it»<sup>361</sup>. Se è vero che il

---

<sup>360</sup> Per una formulazione articolata, e una difesa argomentata, delle tesi che seguono rinvio a B. Celano, *Particolarismo, caratterizzazioni di desiderabilità, pluralismo etico. Considerazioni sulla forma del ragionamento pratico*, paper presentato all'Università Pompeu Fabra, Barcellona (Spagna), 2 aprile 2004 (vers. provvisoria in <http://dpds.onetxp.com/downloads/downloads.asp>, PART\_TXT); Id., *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?* (2004), di prossima pubblicazione in “Discusiones” (Bahía Blanca, Argentina), n. 5 (2005), e in “Ragion pratica”, n. 25 (2005).

<sup>361</sup> J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, cit., p. 213.

diritto, a differenza della morale, deve avere un qualche grado di esistenza fattuale, è anche vero che il diritto, come la morale, deve poter guidare l'azione umana mediante ragioni in grado di partecipare al processo di deliberazione pratica.

Nei riguardi di Habermas è poi da riportare l'affermazione di Alexy: "Habermas's discourse theory of law attempts to show that the ideal contents of the discourse principle can be realized within the institutional frame of a legal system. The result is a theory of the democratic constitutional state whose basic idea is the association and self-determination of free and equal consociates under the law. This theory is far more than a mere application of discourse theory to the law. Discourse theory, on the one hand, demands the institutionalization of a legal system for reasons internal to the theory.' On the other hand, the positive law remains dependent on discourse theory in order to equate legality with legitimacy. Thus, ideal and reality are connected."<sup>362</sup>

Negli ultimi anni non poche sono state le influenze hegeliane tra teoria politica e *jurisprudence*.

Nel suo testo *Constitutional Goods* (2004) Brudner sostiene una versione inclusiva della ragione pubblica, che possa garantire la dignità umana attingendo alla tradizione liberale ed hegeliana.

In Europa manca ancora il potere costituente – Burke esalta lo stratificarsi della *common law* contro al preteso totalitarismo della volontà politica che vuole legiferare sull'intero della comunità statale. La tradizione si mostra più rispettosa e meditata della pretesa democratica e del totalitarismo parlamentare. Si ha un proseguimento del dibattito seguito alle posizioni di De Maistre, come anche dei dibattiti relativi alla Costituzione di Weimar, simili in questo allo scetticismo sul pleonaso intrinseco alla dizione stessa di *Rechtstaat* espresso da Kelsen.

Afferma Allan "Since it is an error (Brudner argues) to think that libertarianism must be wholly repudiated in favour of egalitarianism, it is wrong to suppose (as Dworkin supposes) that freedom of contract obtains its only force from the right of all to equal concern."<sup>363</sup>

In riferimento alla identificazione di un comune denominatore sociale sui valori da includere nel diritto si è sviluppato un dibattito che ha incluso i maggiori teorici della morale e del diritto: Bellamy afferma nei riguardi delle posizioni di Raz e Habermas "locate this moral glue in the "thin" constitution of rights as determined by judicial review, rather than the "thick" constitutional processes of democratic law-making."<sup>364</sup> Il *rule of law* è un ideale politico, ma che è un ideale

---

<sup>362</sup> Robert Alexy, Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse 17 Cardozo L. Rev. 1027 (1995 - 1996)

<sup>363</sup> T.R.S. Allan, The Rule of Law as Liberal Justice, University of Toronto Law Journal - Volume 56, Number 2, Spring 2006, pp. 283-290, p 285.

<sup>364</sup> Bellamy 2007 p 6.

prettamente giuridico che a sua volta apre la strada al liberalismo e alla democrazia, ma non li richiede necessariamente.

La filosofia hegeliana è stata al centro di molta attenzione negli ultimi anni da parte di filosofi e di numerosi teorici del diritto di lingua inglese, in particolare nei riguardi della sua contribuzione alla definizione sistematica dell'ordine giuridico<sup>365</sup>. Brudner non è solo a qualificare la propria ascendenza hegeliana, e l'influenza del grande filosofo si percepisce chiaramente nelle teorie di Taylor, Brandom, Habermas e di molti altri teorici del diritto e della politica tedeschi e americani.

Tra le tante peculiarità della sua filosofia del diritto giova segnalare il fatto che per Hegel il Principe è a capo del giudiziario .

La scelta hegeliana di non organizzare secondo un ordine storico i *Lineamenti di filosofia del diritto*, l'articolazione di questa opera contraddice al carattere di storicità del concetto di spirito. Se, infatti, lo spirito è tale solo se si configura storicamente, allora, essendo la filosofia del diritto una parte della filosofia dello spirito, essa avrebbe dovuto disporre i suoi contenuti secondo un ordine storico e non logico, come è, invece, accaduto. La filosofia della religione, anch'essa parte della filosofia dello spirito, è organizzata secondo un ordine storico e non logico. La questione circa la struttura della filosofia del diritto ha molto a che fare con la questione circa la struttura della filosofia della religione, ma anche dell'estetica. La filosofia del diritto è per Hegel la “filosofia dello spirito oggettivo”, dunque di quella realtà, attraverso la quale è prodotta la nostra struttura spirituale e che senza di essa non ci sarebbe, anche se noi non abbiamo l'abitudine di tematizzarla. Se si pone la questione della “forma sistematica”, dunque della struttura sistematica di questa disciplina della sua filosofia, allora è evidente che la articolazione della filosofia del diritto in “diritto astratto”, “moralità” e “eticità” nomina delle sfere della realtà sociale, che non sono conformi né al modello delle altre “filosofie dello spirito” né alla logica né a un altro principio. Si può, naturalmente, cercare di trovare in seguito in essa delle forme logiche e metterle a base della sua struttura - ma non si può guadagnare questa struttura a partire dalle forme della logica, e non c'è nessuna regola di applicazione, per la quale la filosofia del diritto debba porre a sua base proprio questa e non quella logica. Io interpreto ciò come conseguenza dello svantaggio in cui ci mette l'evoluzione filosofica hegeliana. Poiché Hegel ha fissato nella prima edizione dell'*Enciclopedia delle scienze filosofiche* (1817), senza averla precedentemente messa alla prova attraverso le lezioni universitarie, la struttura della filosofia del diritto e l'ha confermata subito dopo nei suoi *Lineamenti di filosofia del*

---

<sup>365</sup> Tra la crescente bibliografia ci limitiamo a segnalare i recentissimi William E. Conklin, *Hegel's Laws. The Legitimacy of a Modern Legal Order*, Stanford UP 2008 e il testo di Catherine Kellogg, *Law's Trace: From Hegel to Derrida*, Routledge 2009.

*diritto* (1821), ancora prima che egli abbia elaborato le altre discipline della filosofia dello spirito. Queste discipline - l'estetica e la filosofia della religione - non solo si sono formate più tardi, ma hanno affinato la loro forma sistematica durante molti corsi universitari. Ma Hegel ha tenuto le lezioni sulla filosofia del diritto sempre sulla base del Compendio, dei *Lineamenti*, cosicché, a causa di ciò, l'ulteriore sviluppo della sua forma sistematica è stato bloccato o almeno non assunto come questione da risolvere. Hegel non ha dedicato attenzione alla storia del diritto e delle istituzioni etiche, dunque della famiglia, della società civile e dello Stato, sebbene tutte le determinazioni del diritto siano determinazioni dello spirito e perciò, allo stesso tempo, storiche. Si pensi alla formazione del diritto a muovere dal suo determinato sfondo religioso, alla separazione dello *ius* dal *fas* o allo sviluppo storico dei principi dell'imputazione e della obbligazione, alla storia, senza dubbio esistente, delle nostre rappresentazioni morali o allo sviluppo delle forme della polis, dell'imperium, delle unità di potere medievali o dello Stato moderno e al concetto così localizzato storicamente come quello di società civile, per riconoscere quanto l'intera sfera del diritto sia una sfera eminentemente plasmata in senso storico. Qui si schiuderebbe per così dire un intero mondo di vedute sulla genesi del mondo del diritto e allo stesso tempo del nostro spirito, che in nessun modo è stato tematizzato dalla "Scuola storica del diritto" - e che perciò attende ancora di essere scoperto. Pochi pensatori hanno con così forza come Hegel rilevato il carattere storico della filosofia. Per Hegel la filosofia è il "suo tempo appreso in pensieri". Ma pochi pensatori hanno anche così fortemente rilevato come Hegel, che la filosofia non trascorre allo stesso modo delle strutture sociali o anche delle religioni e delle tendenze di stile. Perciò non è sicuramente possibile trapiantare semplicemente nel nostro presente un sistema filosofico come quello hegeliano - questo lo ha detto lo stesso Hegel, molto energicamente e spesso ironicamente, proprio a proposito della "Renaissance", periodicamente tentata, di passate filosofie. Tuttavia mi appaiono le questioni, che Hegel ha sollevato nella sua filosofia, tutte potenzialmente in grado di essere riprese - dalla sua analisi delle determinazioni di pensiero della logica attraverso le questioni della filosofia della natura (a proposito del rapporto fra modelli meccanici e teleologici, della formazione di strutture, autorganizzazione, autopoiesi) fino alla filosofia dello spirito (a proposito della fondazione del diritto o della struttura sociale e degli specifici modi di essere della "storia" o a proposito dell'arte e della religione e del rapporto della filosofia o anche dello Stato verso di loro). La filosofia attuale tende, in parte, a occuparsi della propria storia, in parte, nella cosiddetta "filosofia analitica", di un campo tematico estremamente limitato e soprattutto con l'ausilio di una metodica angusta. Ma poiché essa su molti campi della realtà non sa dire nulla, risveglia l'impressione - del tutto non incomprensibile - che essa, in generale, non abbia molto da dire. Ma la filosofia è l'autocoscienza, sviluppata metodicamente, dell'uomo e, perciò, il suo spettro tematico si estende tanto quanto

quello di questa autocoscienza. Questa universalità dei compiti della filosofia sarebbe il lato più importante che la filosofia e la teoria del diritto attuale dovrebbero apprendere da Hegel.

Il punto più debole della contemporanea teoria giuridica della tutela dei diritti e dei valori resta tuttora la difficoltà di salvaguardare in essa, i valori della certezza del diritto, della prevedibilità, della decisione del giudice e del diritto positivo, del dato normativo testuale: i fondamenti del *rule of law* quali enucleati nelle diverse versioni delle otto regole che si sono analizzate in precedenza.

Nella difficile ricerca di una possibile conciliazione tra il necessario contributo pratico della teoria ermeneutica di Dworkin e il costituzionalismo normativo, ci si può a proposito del costituzionalismo e del valore della certezza del diritto nei sistemi di *common law*, che le teoriche (e le pratiche) aperte all'affermazione di un diritto casistico di matrice giurisprudenziale assumono quale ambiente culturale di riferimento. Creare diritto attraverso la pratica del bilanciamento tra valori potrebbe, infatti, contenersi entro la soglia che eviti il trionfo dell'arbitrio dell'interpretativismo più spinto laddove almeno si codificasse nei fatti il vincolo del precedente.

A tal fine si possono richiamare alcune considerazioni che formula Pietro Costa a proposito del pensiero di Albert V. Dicey<sup>366</sup>. In relazione ai rapporti tra *rule of law*, sovranità del Parlamento e ruolo della tradizione nel *common law* anglosassone quale paradigma di resistenza dell'ordinamento al mutamento arbitrario. Il tema è quello delle accuse che la dottrina ha mosso a Dicey per aver egli aperto le porte ai canoni del volontarismo positivista sostenuto dalla professata sovranità del Parlamento, la cui autorità politica avrebbe costituito il fondamento del diritto anglosassone contro la *rule of law* protetta dal *common law*. Il trattato di Dicey<sup>367</sup> fu concepito, scritto e discusso in un ambiente, quello dei giuristi inglesi, tra diciannovesimo e ventesimo secolo, intriso delle dottrine positiviste di Austin. Ma separando le dottrine di Dicey dall'impostazione nomocentrica di Austin per ricondurle alla tradizione di *common law*, ci si avvede come in realtà la sovranità del Parlamento, secondo la ricostruzione dell'illustre studioso, non potesse mai svolgersi se non in conformità con lo spirito della costituzione interpretato e difeso dalle Corti inglesi. I canoni del *rule of law* a protezione dei diritti costituzionali imponevano alle Corti di non dare esecuzione alle leggi difformi dal *common law*, ma di interpretarle in modo tale da amalgamare la volontà del Parlamento con la tradizione costituzionale neutralizzando il volontarismo insito nel principio della sovranità del Parlamento. Hale sostiene che solo il Parlamento ha il potere di produrre nuovo diritto, ma questo prodotto ha un impatto e un significato limitati se non è incorporato nel *common law*. La

---

<sup>366</sup> P. Costa, Lo Stato di diritto: un'introduzione storica, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p 191 ss

<sup>367</sup> A. V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (1885), Macmillan, London 1982,

teoria classica del *common law* si fonda sull'idea che attraverso l'interpretazione i giudici esercitano un controllo costante sulla legislazione. In tal modo il volontarismo positivistico veniva ricondotto nei canoni della legalità garantita dalla costituzione inglese e protetta dalle Corti, inibendo alle maggioranze parlamentari occasionali di adottare leggi in conflitto con la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini. In tal modo la prassi di *common law* rende il diritto costituzionale quasi impermeabile agli eccessi del volontarismo legislativo che tanto danno hanno prodotto nelle loro diverse declinazioni. Secondo le categorie del costituzionalismo inglese, quindi, i canoni del formalismo vengono declinati all'inverso rispetto all'esperienza giuridica continentale, laddove consentivano ad una legge formalmente valida di essere giudicata secondo i suoi contenuti al cospetto del *common law* al fine di valutarne la conformità al diritto costituzionale di matrice giurisprudenziale. Diritto giurisprudenziale incarnante però la stabilità e la certezza dei rimedi a disposizione dei diritti dei singoli contro le affermazioni arbitrarie del legislatore. Stabilità e certezza garantite, appunto, da un rigoroso rispetto del vincolo del precedente, matrice giuridica del legalismo inglese, legalismo, come dire, di matrice giudiziaria.

Diritto costituzionale è cosa diversa dal diritto pubblico di uno Stato, in coerenza con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Il diritto costituzionale impone la valutazione della coerenza degli sviluppi dell'ordinamento ai fini ed ai principi normativizzati nella costituzione stessa. Se il contrario della validità è l'invalidità, il contrario della normatività è la descrittività; e secondo le tesi di Dogliani sono descrittive le costituzioni indifferenti al mantenimento del loro contenuto.

Riconoscimento nel metodo del positivismo giuridico assunto nella sua declinazione storica contemporanea, che oggi impone, secondo la costituzione vigente, di accertare e valutare i dati normativi nei significati che assumono nella configurazione materiale della condizione umana, secondo le domande della democrazia. Il positivismo giuridico diviene strumento di lotta per il diritto, contro la legittimazione indiscriminata di qualsivoglia normativa per il semplice fatto di essere posta da un qualche potere. Rifiuto dell'assunzione acritica di qualsivoglia contenuto normativo, rifiuto della metodologia risolta nella mera esegesi del dato normativo che deve essere valutato secondo le prescrizioni costituzionali vigenti. Il diritto costituzionale positivo è oggi uno strumento controfattuale, frutto delle conquiste di civiltà che la lotta per il diritto propone al fine della trasformazione del reale. Un diritto normativo, prescrittivo, ma non risolto nel formalismo, giusta la sua pretesa di misurarsi con il reale. Positivismo e realismo vanno declinati insieme nel confronto con lo sviluppo storico dei relativi oggetti di riflessione. I valori politici del costituzionalismo, affermatosi nella storia moderna e contemporanea, sono stati quindi

normativizzati e costituiscono oggi il paradigma valutativo del diritto positivo a seguire. Il compito delle costituzioni è quello di chiudere i discorsi intorno alla validità degli atti che pongono il diritto alla legittimità dei comportamenti degli organi costituzionali ed alla legittimità dei contenuti degli atti normativi secondo i propri valori, fini e programmi declinati normativamente. Non potendo prescindere dalla validità delle costituzioni, dalla loro effettività in virtù del riconoscimento loro tributato dalle forze dominanti, dai destinatari dei comandi giuridici, non è ammissibile considerare obsoleto il problema del fondamento della validità della costituzione intermini politici complessivi (si veda al riguardo la posizione di Dogliani). Il normativismo costituzionale pone, quindi, limiti giuridici agli eccessi dell'interpretativismo. Ed infine, rifiuta il mero descrittivismo a-valutativo in quanto non conforme al proprio paradigma positivo, dichiarando ad esso non conformi quindi le nuove scuole dell'esegesi della giurisprudenza. Queste possono forse essere espressioni di un nuovo formalismo e forse l'ideologia costituzionale implicita nelle teorie del costituzionalismo prescrittivo incarnano oggi una nuova forma di giusnaturalismo.

### **Sentenze della Corte Costituzionale**

Analogamente alle ben note vicende del concetto di *negozio giuridico* il termine *stato di diritto* è ben presente nei dibattiti teorici e nella dottrina, ma è stato quasi assente fino agli ultimi anni nelle sentenze della Corte Costituzionale (sebbene di frequente richiamato dai presidenti della stessa corte nei loro discorsi pubblici).

In tema di principi supremi la Corte ha sempre di fatto incluso nelle sue sentenze una attenzione per la questione dell'armonizzazione tra lo stato di diritto e l'ideale dello stato costituzionale di diritto. Con la sentenza n. 1146 del 1988, la Corte costituzionale ha affermato: «La costituzione italiana contiene alcun principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure 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 [...] Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema delle garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore».

Relativamente alla effettiva presenza del sintagma “stato di diritto” nelle sentenze della Corte Costituzionale, esso non è mai stato molto diffuso. Recentemente però sono state recepite le dispute in dottrina, e anche in Italia si sono avuti espliciti pronunciamenti riguardanti il sintagma oggetto del nostro studio.

Ci limitiamo ad alcune riflessioni su una problematica che risulta esemplare per il rapporto gerarchico tra diritto e politica, uno dei nodi fondamentali tra le diverse declinazioni che a livello nazionale riceve l'ideale giuridico dello stato di diritto. Di recente in Italia la tensione tra diritto e politica è stata sempre crescente, senza giungere a un equilibrio armonico, ma minando proprio la certezza del diritto sin nelle più alte sedi istituzionali.

Nel mese di ottobre del 2009 è stata emessa la sentenza 262 che ha in oggetto il giudizio di legittimità costituzionale sulla legge 23 luglio 2008, n. 124 (Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato). La corte si era già pronunciata pochi anni addietro sulla legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), dichiarandola incostituzionale con la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2004. La Corte, in tale pronuncia, ha affermato che il legislatore può prevedere ipotesi di sospensione del processo penale «finalizzate anche alla soddisfazione di esigenze extraprocessuali» e che la sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche mira a proteggere l'apprezzabile interesse, eterogeneo rispetto al processo, al sereno svolgimento della rilevante funzione da esse svolta; interesse che può essere protetto «in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto».

Si va quindi al nodo centrale delle motivazioni del giudizio, tutto imperniato appunto sulla tematica dello stato di diritto. Giova citare per esteso il paragrafo delle motivazioni:

“Il problema dell'individuazione dei limiti quantitativi e qualitativi delle prerogative assume una particolare importanza nello Stato di diritto, perché, da un lato, come già rilevato da questa Corte, «alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione» (sentenza n. 24 del 2004) e, dall'altro, gli indicati istituti di protezione non solo implicano necessariamente una deroga al suddetto principio, ma sono anche diretti a realizzare un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato, potendo incidere sulla funzione politica propria dei diversi organi. Questa complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio, esige che la disciplina delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione debba essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un



particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né in *peius* né in *melius*.”

Compito della funzione legislativa in uno stato di diritto, essenziale alla sua stessa formazione, è la parità di trattamento rispetto alla giurisdizione. Tutti gli istituti, di diritto civile e penale, sono subordinati al principio ordinante rispetto al fine della giustizia politica: è realizzare un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato. Questo è il vero contro limite alle sentenze e alle leggi, cioè riconoscere quali definiti i limiti della funzione politica propria dei diversi organi. Tale limitazione può avvenire in uno stato costituzionale di diritto, in cui le norme non sono quali le grida di manzoniana memoria tutte uguali, ma hanno tra loro una gerarchia, ed una gerarchia che risale ad una decisione politica. Questo per evitare la onnipolitizzazione delle dispute, dissolvendo anche le decisioni giudiziarie nell’agone politico, che peraltro diviene sempre più contrapposizione di forze e sempre meno dibattito e formazione delle norme a seguito di mediazione tra diversi e contrapposti punti di vista. Questa involuzione progressiva veniva delineata con chiarezza da Gianfranco Miglio. Egli quasi si compiace di tale indirizzo, e da seguace della primazia della decisione politica sul diritto pone il problema con tutti i tratti della sua sgradevolezza: “È sbagliato dire che una costituzione debba essere voluta da tutto il popolo. Una costituzione è un patto che i vincitori impongono ai vinti. La strada per cambiare c’è, sta dentro questa costituzione, dentro l’articolo 138 che parla appunto di modifiche costituzionali. Basta la metà più uno dei voti del parlamento.”<sup>368</sup>”

Per fortuna i criteri obiettivo della giurisprudenza costituzionale vanno in netta controtendenza rispetto a questo fosco scenario, che probabilmente come ritiene lo stesso Miglio pone solo il problema “di mantenere l’ordine nelle piazze”.

A questo riguardo è importante notare che tutte le guarentigie concesse a chi riveste cariche istituzionali risultano funzionali alla protezione delle funzioni apicali esercitate. E’ necessario sempre limitare la decisione politica, prevedere quei filtri aventi caratteri di terzietà e quelle valutazioni della peculiarità dei casi concreti che soli, potrebbero costituire adeguato rimedio all’automatismo generalizzato delle procedure legislative e di governo, già stigmatizzato dalla Corte. Lo stesso parametro costituzionale sarebbe, altrimenti, violato, perché il contenuto di tutte le disposizioni incide su un valore centrale per il nostro ordinamento democratico, quale è l’eguaglianza di tutti i cittadini davanti all’esercizio della giurisdizione.

---

<sup>368</sup> Intervista all’Indipendente del 25 marzo 1994.

Anche nella neonata democrazia russa si è ritenuto di dover limitare il potere del governo, che per sua stessa natura tende a travalicare i propri limiti in nome di una pretesa efficienza. Significativa è, tra le tante vicende della transizione costituzionale Russa, la vicenda dell'*ukase*. Per l'imperiosità di questo tipo di decreto, il termine *ukase* viene talvolta usato in italiano per significare un ordine perentorio, che non ammette repliche. La Costituzione della Federazione Russa del 1993, definisce l'*ukase* o *ukaz* come un decreto presidenziale che ha forza di legge, ma che non può modificare leggi già esistenti e che decade qualora venga approvata una legge alla Duma che disciplina il medesimo oggetto. Anche un regime fortemente de-democratizzato quale quello russo, in cui la rappresentanza è sempre sacrificata all'efficienza, ritiene che almeno formalmente la forza di una legge parlamentare sia da lasciar prevalere sui decreti dell'esecutivo. In uno stato che si vuole però costituzionalmente di diritto si ripropone il problema kelseniano di chi sia il custode della costituzione. In nessun caso deve esserlo un organo politico-politico, come invece postulerebbe Schmitt e dietro al suo preteso realismo politico Miglio. La scelta kelseniana è quella di affidare tale controllo a un organo giuridico-politico quale delle corti costituzionali nominate secondo una ripartizione politica delle nomine, quindi includenti il dato politico ma subordinandolo a una conoscenza professionale dei meccanismi del diritto o ad una prassi giudiziaria.

Tuttavia forse da ultimo il compito di custode della costituzione dovrebbe essere attribuito all'organo politico-giuridico per eccellenza cioè il parlamento, luogo di decisione delle leggi e l'organo che ha in realtà l'autorità di proclamare anche la revisione della costituzione stessa con quella categoria di norme che sono le leggi costituzionali. Esse creano un corto circuito peculiare allo stato costituzionale di diritto, la forma di stato che sta prendendo piede nel mondo intero, in particolare in europa e in occidente nei vari livelli di statualità e giurisdizione che sono peculiari alla post-modernità.

Le leggi costituzionali sono leggi di pari rango rispetto alla Costituzione e si dividono in due categorie: le leggi che servono per modificarla, cioè leggi di revisione costituzionale e le leggi che servono per integrarla: sono queste propriamente le leggi costituzionali. Indipendentemente dal loro obiettivo le leggi costituzionali sono approvate dal Parlamento con il c.d. procedimento aggravato, un sistema di votazione che richiede maggioranze più ampie di quelle necessarie per l'approvazione delle leggi ordinarie e una doppia approvazione da parte di ciascuna delle due Camere che deve avvenire con un intervallo di tempo tra una votazione e l'altra non inferiore a tre mesi. Sulla delicatezza delle modifiche alla Costituzione basti far riferimento alla attenzione che vi fu dedicata nella elaborazione dell'articolo 79 della Legge fondamentale di Germania. Tale articolo rispecchia la necessità di adeguarsi politicamente ad un equilibrio internazionale sempre più preminente sul

diritto interno e al contempo di limitare le ingerenze del potere politico<sup>369</sup>. Da qui il discorso si può ampliare sino alla generale questione circa la legittimità di rotture costituzionali. Il tema è da sempre oggetto di riflessione nella dottrina costituzionale, che ha in genere guardato con un certo sospetto all'ammissibilità dell'istituto<sup>370</sup>. Sempre in riferimento all'esperienza tedesca, per vari aspetti sempre in interazione con la storia costituzionale italiana, è da segnalare il problema delle norme costituzionali contrarie alla costituzione, le *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*.<sup>371</sup> In altri contesti talune riflessioni sono giunte a ritenere la possibile illegittimità di norme costituzionali per contrasto con principi di più alto spessore, ove a parametro di legittimità sono elevati la c.d. *Natur der Sache* e, in generale, il diritto naturale<sup>372</sup>. L'esito è probabilmente frutto anche della distinzione schmittiana tra Costituzione quale decisione fondamentale e leggi costituzionali (sia pure allontanandosi da quella ricostruzione per dare ingresso al pluralismo dei valori che segna la democrazia contemporanea). Per altro verso, l'assunzione di taluni principi costituzionali a criteri di valutazione degli altri precetti (pure) costituzionali appare debitrice delle ricostruzioni ispirate all'impronta razionalizzatrice di matrice weberiana. Per questo non sembra del tutto peregrino adombrare l'ipotesi che l'assunto in base al quale «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali ...[in quanto] appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146), possa in futuro essere esteso ed applicato anche in riferimento a talune regole costituzionali prive di un tale fondamento assiologico o, addirittura, contrastanti con i medesimi valori supremi. Il *rule of law* può sempre essere uno strumento di controllo dell'incertezza e di riduzione della complessità, riprendendo e criticando le indicazioni delle teorie moderne e neo-contemporanee: questo è uno dei nodi rilevanti della responsabilità politica democratica, che forse

---

<sup>369</sup> Art. 79: “La Legge fondamentale può essere modificata solo da una legge che modifichi o integri espressamente il testo della Legge fondamentale stessa. In caso di trattati internazionali che hanno per oggetto una disciplina di pace, la preparazione di una disciplina di pace o l'abolizione di un regime di occupazione, oppure che sono conclusi per servire alla difesa della Repubblica federale, al fine di chiarire che le disposizioni della Legge fondamentale non sono di impedimento alla conclusione e alla attuazione dei trattati, è sufficiente un'integrazione al testo della Legge fondamentale che si limiti a detta chiarificazione.” Come si vedrà in seguito la Costituzione tedesca afferma sin dalla sua stesura un principio di apertura verso l'integrazione europea, considerata un valore fondamentale, ma vi è un nocciolo duro di identità costituzionale a cui i tedeschi non sono disposti a rinunciare in nome di tale valore. Questo si è visto di recente nella sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona.

<sup>370</sup> Si veda in primo luogo C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 191 ss. Mortati ne considerava l'ammissibilità soprattutto in relazione al principio di eguaglianza, ma anche per le trasformazioni dello Stato contemporaneo. Poi di nuovo sull'argomento G. Motzo, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di rottura della Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 361 ss.

<sup>371</sup> Il tema è a suo modo risalente: si veda al riguardo già Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen? in Recht und Staat*, vols. 163/164, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1951. A questo autore fa sovente riferimento il Mortati per l'analisi della distinzione fra il concetto di costituzione in senso formale e sostanziale.

<sup>372</sup> Se in Italia tale riferimento è stato sovente causa di spre contese politiche, così non sembra in Germania, almeno nella prassi politico-giuridica più elevata. Se pensi che la Baviera dal 1945 è stata pionieristica nell'elaborare una sistematica giurisprudenza fondata sul diritto naturale.

non può esaurirsi nell'analisi della dimensione istituzionale del *rule of law*. Vi è un rapporto circolare tra *rule of law* e democrazia, e l'istanza diviene sempre più problematica nell'esperienza giuridica dei sistemi democratici contemporanei basati su una società multiculturale, concetto che però a volte assume una valenza ideologica.

Le leggi costituzionali hanno il fine dichiarato di produrre nuovo diritto, di plasmare o riplasmare lo stato costituzionale di diritto nelle sue relazioni gerarchiche o nelle sfere di estensione dei diritti. Chiaramente l'elettorato e quindi il popolo sovrano decide se praticare quella revisione della Costituzione, esprimendo la propria volontà in sede di referendum. Tuttavia alcune disposizioni previste nella Costituzione non possono essere modificate neanche con una legge costituzionale, in quanto contenenti principi supremi dell'ordinamento. Si citano tra questi il principio di democrazia, principio dei diritti fondamentali, e il connesso catalogo sempre in via di espansione. Tali principi plasmano la costituzione, sono tuttavia sempre mediati dalla necessaria interpretazione ad opera della Corte costituzionale e in misura minori dei vertici politici dello stato. Tali principi quindi sono la sommità di quella piramide di norme non manipolabile politicamente, se non con un nuovo organo politico sovrano e costituente quale una nuova assemblea costituente, in cui la politica prende di nuovo e palinogeneticamente il sopravvento sul diritto. Sul tema controverso si segnala la problematica delineata nelle sue tensioni più rilevanti da Alessandro Pace<sup>373</sup>. Pace fa iniziare la sua analisi dalle teorie più rilevanti nell'ambito del costituzionalismo americano e anglosassone, quale quella originaria di J. Bryce e quella di Albert V. Dicey, che com'è noto connette in maniera essenziale la disciplina costituzionale con il *rule of law*. L'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale può avvenire o in maniera a-legale o in maniera illegale, violenta o pacifica.

L'instaurazione a-legale si ha quando non esista un precedente ordinamento giuridico statale oppure quando il vecchio ordinamento costituzionale sia già venuto meno per altre cause, come nel caso dell'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale avvenuta in Giappone e in Germania dopo la seconda guerra mondiale. Si ha invece instaurazione illegale quando essa avvenga in contrasto con le norme procedurali e/o sostanziali previste dal vecchio ordinamento costituzionale ai fini del corretto procedimento di revisione.

Sia nell'instaurazione a-legale che in quella illegale il potere costituente è, come già detto, puramente fattuale. Per tale ragione esso non dà luogo ad un procedimento giuridico: a questa tesi si oppone G. U. Rescigno. Ogni singolo atto è infatti di per sé costituente e quindi può porre nel nulla quanto precedentemente deciso o attuato. Il potere costituente, proprio perché potere di fatto, non incontra vincoli giuridici di contenuto (dottrina molto controversa, a cui si oppone tra gli altri, Peter

---

<sup>373</sup> Alessandro Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1995; II ed., 1996; Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997; II ed., 2002; Id., *I limiti del potere*, Jovene Editore, Napoli, 2008.

Häberle). I vincoli contenutistici derivanti dal rispetto dei diritti dell'uomo, dell'eguaglianza ecc. sono -per chi intenda esercitare il potere costituente- vincoli squisitamente politici (di opportunità). Tali vincoli derivano dal contesto storico-politico-culturale nel quale avviene l'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale, che il detentore del potere costituente non può omettere di apprezzare anche a fini di legittimazione (e quindi per il successo) del suo tentativo costituente. È perciò evidente che quanto più aumenti l'integrazione internazionale tra gli Stati, tanto più si riduce lo spazio politico del potere costituente. Ciò tuttavia non significa che il potere costituente si sia trasformato in un potere giuridico disciplinato dal diritto.

Il potere costituente è l'esercizio di poteri *di fatto* volti all'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale. Poteri di fatto volti all'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale, e non di un nuovo complessivo ordinamento giuridico, come invece erroneamente ritenuto, tra gli altri, da Carré de Malberg. Infatti, come ha ben dimostrato Vezio Crisafulli nel suo saggio su *La continuità dello Stato*, le modifiche dell'ordinamento costituzionale non incidono sulla continuità dell'ordinamento giuridico statale.

### ***Dissenting opinion e rule of law: le corti plasmano sempre di più il diritto***

Socrate: E allora, che cosa risponderemo se le leggi seguitassero così: "O Socrate, che forse anche in questo ci si trovò d'accordo, tu e noi; o non piuttosto che bisogna sottostare alle sentenze, quali esse siano, che la città pronuncia?"

Platone, Critone, 50 D, Traduzione di M. Valgimigli, Roma-Bari 1966

Il costituzionalista Spadaro nei suoi scritti recenti ha sottolineato l'inesistenza di una sola etica religiosa e di una sola etica laica: il diritto costituzionale si distingue per il suo carattere non eticamente neutrale. Un ulteriore rilievo è poi la constatazione della natura intrinsecamente intersoggettiva dei valori propri della meta-etica specificamente costituzionale che Spadaro propone<sup>374</sup>. Muovendo da questi presupposti egli compie un percorso inverso rispetto a quello del

---

<sup>374</sup> Spadaro afferma programmaticamente: "l'“autonomia” – ci guardiamo bene dal parlare kelsenianamente di “purezza” – del diritto dalla morale e dalla religione è notoriamente una faccenda complicata, in quanto l'etica pubblica costituzionale non esiste in sé, in modo astratto e neutrale, per le chiare ma molteplici radici assiologiche del costituzionalismo (illuminismo, liberaldemocrazia, personalismo, solidarismo, ecc.) e perché essa è il frutto di un “compromesso” voluto dai consociati fra gli altri tipi di etiche esistenti, da cui essa trae regole e principi considerati

neocostituzionalismo, ma il cui esito è molto simile, giungendo a connettere la sua concezione di una meta-etica pubblica con la nozione di stato di diritto come fondamento di quest'ultimo. Tale ricostruzione viene cos' sintetizzata nel suo movimento: "Per elementari ragioni di logica giuridica e semplice buon senso, che più volte qui si è cercato di ricordare, sappiamo invece che non esiste, né può esistere (né tantomeno sopravvivere) uno Stato di diritto – che sia veramente laico e costituzionale – senza una meta-etica pubblica, insieme procedimentale e sostanziale. Solo cercando di realizzare costantemente e ostinatamente (saremmo tentati di dire: a tutti i costi) il necessario "compromesso" che sta dietro questa meta-etica – la quale non potendo concedere tutto a tutti, inevitabilmente scontenta tutti in qualcosa – potremo far convivere diverse etiche laiche e religiose, si noti: ben al di là delle originali (e, alla fine, compatibili) tradizioni culturali italiane o più latamente occidentali."<sup>375</sup> Il mito di un'etica pubblica diffusa è gemellato con la sacralizzazione del testo costituzionale, avvenuta per la prima volta negli USA e che ancora oggi conosce controversie esegetiche quali quelle del testualismo e delle diverse versioni dell'originalismo. Sul fronte opposto il *rule of law* nella visione di certa recente dottrina viene considerato un presupposto in prospettiva evolutiva dell'instaurazione di una nuova forma di giustizia costituzionale: si veda al riguardo in particolare la posizione di Jowell<sup>376</sup>. La dottrina costituzionalistica liberal-vittoriana non ha esitato ad attribuirle la natura di alveo giuridico di una giustizia britannica della costituzionalità affidata, anziché a una singola corte costituzionale, al sindacato diffuso delle Corti, e questo viene considerato d'intesa con la nozione dworkiniana del diritto da autori come Allan<sup>377</sup>.

Tali controversie per certi versi ricordano gli esegeti a confronto con le sacre scritture e che ha un influsso preponderante su tutto il dibattito costituzionale e sulla nozione stessa di interpretazione, come si è visto analizzando i contributi di Dworkin e Marmor sul tema del *rule of law*, contributi certo profondamente influenzati dalla loro concezione dell'interpretazione. Tale nozione costituente della nozione di integrità è per Dworkin plasmata anche dalla sua contrapposizione a Scalia. Proprio Scalia è stato reso celebre dalle sue *dissenting opinion*, che peraltro hanno costituito per molti giudici-teorici il metodo per far risaltare la loro voce e contestare la finzione della sistematicità del diritto, mito caro ai civilisti continentali. Afferma Pinelli che "Nelle sue vigorose *dissenting opinions*, il giudice Scalia ha proseguito la battaglia degli *originalists*: dopo aver chiamato "guerre culturali" le contrapposizioni sui temi delle libertà civili, ha suggerito alla Corte di non prendere

---

superiori e, per convenzione, a tutti comuni" A. Spadaro, *Laicità e confessioni religiose: dalle etiche collettive (laiche e religiose) alla "meta-etica" pubblica (costituzionale)*, Relazione al Convegno nazionale A.I.C. su Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI Napoli 26 -27 ottobre 2007, ora in <http://www.astrid-online.it/Dossier--L3/>, p 57

<sup>375</sup> Ivi, p 57.

<sup>376</sup> Jowell, *Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review*, 2000

<sup>377</sup> Allan, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 1993; Id. *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, 2001

posizione e di lasciare la parola al legislatore. Ma poiché proprio su quei temi erano in gioco, prima di tutto, precedenti giurisprudenziali, e il legislatore si è rivelato latitante o ondivago, la Corte non poteva evitare una risposta, senza che la natura dei conflitti sottostanti le consentisse di esprimere una visione morale comune secondo la visione di Dworkin<sup>378</sup>. Nella prassi della Corte Suprema degli Stati Uniti è frequente la pubblicazione di sentenze che rendono note, oltre alle conclusioni e alle motivazioni della maggioranza, anche le opinioni dei giudici dissenzienti (c.d. "*dissenting opinion*") e quelle dei giudici che, pur aderendo al dispositivo della pronuncia, non ne condividono in tutto o in parte le motivazioni (c.d. "*concurring opinion*"). Tale prassi affonda le sue radici nella tradizione di *common law*, anche se si deve alla Corte Suprema guidata dal Chief Justice Marshall (1801-1835) la novità di aver sostituito alla pubblicazione delle opinioni di tutti i giudici ("*delivering seriatim opinions*") una sola opinione per la maggioranza ("*the opinion of the Court*"), a cui si è più tardi aggiunta la manifestazione delle opinioni totalmente o parzialmente discordi. Da allora tale prassi, pur soggetta a critiche e rivisitazioni dottrinali, non è mai stata abbandonata. Scalia ha illustri predecessori, basti pensare a Brandeis, Holmes, Cardozo, Learned Hand, solo per citare i più famosi. La tematica ha posto anche negli Stati Uniti alcuni problemi teorici di non facile soluzione. Come si concilia, infatti, la dissoluzione dell'unitarietà della pronuncia giudiziale, e la sua identificabilità con giudici determinati e individuabili, con la teoria o il mito della oggettività e impersonalità del governo delle leggi in sostituzione del governo degli uomini? I giudici sono chiamati a pronunciare la regola di diritto, e se la regola di diritto deve essere oggettiva, perché direttamente deducibile dalla legge o dai precedenti giurisprudenziali, non rimane spazio alcuno per la manifestazione di opinioni dissenzienti. La regola di diritto è la nozione di *rule of law* che non è l'ideale giuridico, ma, con significativa contrapposizione, nel sistema anglosassone è il costitutivo fondamentale, dell'ordine giuridico, la singola enunciazione in merito a una materia più o meno definita.

Il *rule of law* in senso stretto svolge un ruolo insostituibile nel *common law* e nel suo tentativo contemporaneo di porsi come il perno dell'ordine giuridico globale, tentativo che non a caso si sta svolgendo prevalentemente per merito dell'operato delle Corti internazionali e, nell'esempio dell'Europa su cui ci si soffermerà ancora, per via dell'operato della Corte di Giustizia e della sua interazione spesso polemica con le supreme corti nazionali.

La tradizionale tendenza a non affidare la costruzione del sistema politico a un'unica stesura costituzionale molto deve al sospetto che da secoli circonda, nel pensiero inglese, le tesi del *constitutional legalism* ovvero quella corrente positivista del costituzionalismo classico che

---

<sup>378</sup> Cesare Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, relazione al Convegno annuale – 2006 della Associazione Italiana Costituzionalisti, p 19.

affidava la costruzione dell'ordinamento nazionale alla scrittura, e alla scrittura costituzionale resa efficace non solamente per virtù e forza propria ma anche attraverso l'*enforcement* delle Corti: tesi, quella del legalismo costituzionale, che in Inghilterra fu interpretata come un'enfaticizzazione dell'autorità delle magistrature superiori e della loro *judge-made law*, in ciò ravvisandosi un anello di congiunzione con le evoluzioni statunitensi che culminano nell'attività della Corte Suprema<sup>379</sup>. Questo atteggiamento era tendenzialmente deresponsabilizzante per quanto riguardava l'azione delle istituzioni di *government* e la loro fisionomia di compartecipi dell'osservanza della Costituzione "non scritta", nonché foriera di conflitti tra i due ordini di potere, il giudiziario e il legislativo.

Il *rule of law* è tale soltanto se la Corte, dopo aver elaborato una sintesi tra le opposte *opinions* e aver verificato la applicabilità dei precedenti al caso in esame, si esprime come un corpo istituzionale unico e impersonale identificandosi nella finzione di unanimità della *opinion of the Court*, che non è la somma delle opinioni di giudici individualmente considerati in disaccordo tra loro. La pluralità di opinioni politicamente rappresenta un attentato alla certezza del diritto, perché diffonde la convinzione che l'orientamento della giurisprudenza sia soggetto a facili mutamenti, per i quali è sufficiente il cambio di opinione o la sostituzione anche di un solo giudice. Si tratta, per lo più, di finzioni giuridiche, ma che non di meno rappresentano alcuni dei fondamenti teorici del moderno stato di diritto. D'altra parte, le peculiarità dei sistemi di *common law*, nei quali il diritto è creato principalmente in via giurisprudenziale ed in particolare, attraverso la regola dello *stare decisis*, dalla Corte Suprema, e soltanto subordinatamente in via legislativa, anche se, come è noto, negli ultimi decenni, il rapporto tra i due sistemi di fonti tende ad invertirsi, costringono anche il potere giudiziario a confrontarsi con il generale problema del fondamento democratico della propria funzione. Non a caso, fin dagli esordi della sua attività, la legittimazione della Corte Suprema è stata oggetto di aspre contese. Soltanto per citare due esempi molto noti, la sentenza *Marbury v. Madison*, nel 1803, nell'affermare il potere di *judicial review* sugli atti del Congresso, ha dovuto scontare la fiera opposizione dei repubblicani di Thomas Jefferson, convinto propugnatore della superiorità democratica dell'organo legislativo quale massima espressione della volontà popolare; in un'altra occasione la Corte - indotta tra l'altro dalla minacciata approvazione del c.d. "*Court Packing Plan*", con cui se ne sarebbero dovuti rivedere i criteri di composizione proprio per vincerne la resistenza - ha invece dovuto accettare il *New Deal* del Presidente Roosevelt forte di un mandato popolare amplissimo, nonostante ciò abbia significato sconfessare la propria precedente giurisprudenza sulla *commerce clause*. Sebbene abbiano condotto ad esiti opposti, entrambi gli esempi mettono in evidenza la tensione che spesso si è creata, nel sistema statunitense, tra organi politici e potere giudiziario: essi dimostrano che, per quanto possa farsi forza del proprio prestigio e

---

<sup>379</sup> L. L. Jaffé, *English and American Judges as Lawmakers*, Clarendon Press, Oxford 1969



della propria autorevolezza, la Corte Suprema è e rimane un organo privo di legittimazione e però inserito in una posizione chiave nel processo decisionale democratico.

Questa carenza di legittimazione assurge così a principale, anche se non esclusivo, presupposto teorico che sorregge l'istituto della *dissenting opinion*: la Corte riesce a vincere le obiezioni di non-democraticità perché introduce all'interno della propria attività il confronto dialettico tra le opinioni dei diversi giudici e perché questo confronto, attraverso la manifestazione della *concurring opinion* e della *dissenting opinion*, viene portato a conoscenza di tutti.

Anche la giurisprudenza della Corte Suprema, come l'attività degli altri organi costituzionali, esprime così il fondamentale valore di una democrazia deliberativa, nella quale la volontà dominante è sì volontà della maggioranza ma non è mai "tirannide", secondo le note preoccupazioni degli autori dei *Federalist Papers*, perché lascia anche alle minoranze lo spazio per esprimersi e per potere aspirare a diventare in futuro a loro volta maggioranza. In tal modo la giurisprudenza, nel momento in cui crea la nuova regola giuridica, tiene aperta la porta, ed anzi stimola la propria stessa evoluzione o modifica il *rule of law* tramite il procedimento dello *overruling*, che sin nella sua etimologia raffigura il sovrapporsi di una nuova regola ad opera di un collegio chiamato a confermare la regola stessa nella prassi. Ciò può essere influenzato dal potere politico (o più in generale dall'inserirsi dell'elemento umano nelle procedure) da un possibile cambiamento di opinione da parte di singoli giudici, sia attraverso il più radicale mutamento della stessa composizione personale della Corte Suprema. Oltretutto, le decisioni con pluralità di motivazioni, sollecitando abitualmente un vivace dibattito sulle diverse posizioni espresse dai giudici, arricchiscono il patrimonio giuridico comune e aiutano ad elaborare soluzioni legislative e giurisprudenziali più confacenti alle esigenze che progressivamente si manifestano. Una tale prassi, peraltro, non è immune da rischi: che sono quelli connessi al fatto che la possibilità di identificare il giudice latore di una opinione può tradursi in una limitazione della indipendenza e nella assoggettabilità al controllo politico pericolosa per il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche. La impersonalità della pronuncia mette invece i singoli giudici al riparo da influenze e condizionamenti, garantendone almeno in teoria l'imparzialità nelle scelte. Negli Stati Uniti, ove pure i giudici sono nominati dal Presidente con il consenso determinante del Senato, un simile rischio è scongiurato dalla garanzia costituzionale della inamovibilità dalla carica per tutta la vita, con la sola condizione di non rendersene indegni ("*during good behavior*"), e dalla garanzia della immutabilità *in pejus* della loro indennità per tutto la durata del mandato; ma, soprattutto, da una tradizione di rispetto per il ruolo della Corte Suprema, la cui indipendenza e autonomia è considerata un elemento portante del complesso sistema costituzionale delineato dalla Costituzione del 1787. La teoria della rigida separazione dei poteri ed un'organizzazione costituzionale ricca di

contrappesi, oltre alla struttura del sistema politico e sociale americano, assicurano così alla Corte Suprema un ruolo di primo piano che, a parte poche eccezioni, non è mai stato seriamente messo in discussione in oltre duecento anni di storia; e ciò anche grazie alla duttilità della giurisprudenza assicurata dagli istituti della *dissenting e concurring opinions*.

## ***Constitutionalisation in progress: Unione europea, diritto internazionale e rule of law***

### **La nuova Corte Suprema del Regno Unito**

Il giorno 1 ottobre 2009 ha iniziato la sua attività la Corte Suprema del Regno Unito, dando così piena attuazione al *Constitutional Reform Act* del 2005. Tale evento, pur ancora non molto noto in Italia, ha già destato l'interesse della dottrina negli anni recenti.

La nuova corte è stata fortemente voluta da Lord Bingham, *Senior Law Lord* fino al 2008. Essa è oggi presieduta da Lord Phillips of Worth Matravers, ultimo a presiedere l'ufficio di capo della suprema magistratura inglese che fu di Bingham e primo presidente designato della nuova istituzione. Dall'ottobre 2009 il successore di lord Bingham, Lord Phillips, assume il titolo di *President of the Supreme Court of the United Kingdom*. Con l'abolizione della funzione giudicante della camera ristretta dei *Lords of Appeal in Ordinary* viene intaccata l'eccezione britannica, che tuttavia continua ad avere di fatto una imperfetta separazione tra giudiziario e politico. Nell'opinione di Bingham le nuove esigenze di costituzionalità e le nuove interconnessioni nomodinamiche a livello sovranazionale rendevano necessaria l'istituzione di una Corte suprema che garantisse meglio le esigenze del *rule of law* dinanzi alle sempre più specifiche competenze del potere esecutivo e del legislativo, competenze ed istanze sempre più integrate nel crescente corpo delle leggi internazionali e delle norme comunitarie<sup>380</sup>. Bingham, che ha intrapreso la trasformazione della suprema corte inglese secondo i canoni della separazione tra potere politico e giudiziario<sup>381</sup> è un fervente avvocato del *balancing*, la teoria che mira a contemperare aspettative e interessi configgenti, e fa di questa opera uno degli scopi essenziali dell'arte di giudicare. Tale concezione trova tra i suoi più forti avversari il giudice Scalia della Corte Suprema degli USA, come non è difficile comprendere alla luce di quanto sin è precedentemente esposto. Sostenere la teoria del *balancing* o rifiutarla è la chiave di volta per stabilire, secondo il modello del giudice erculeo di Dworkin, una teoria del diritto incentrata sulla legge intesa come regola o intesa come

---

<sup>380</sup> Si vedano al riguardo le considerazioni programmatiche espresso in Lord Bingham, *A New Supreme Court for the United Kingdom*, The Constitution Unit, London 2002.

<sup>381</sup> Le riflessioni dell'ultimo *Senior Law Lord* sono per ora consegnate al denso saggio di Lord Bingham, *The Rule of Law*, Sixth Sir David Williams Lecture, Cambridge, 16 November 2006. Pubblicata in *Cambridge Law Journal*, Volume 66, Issue 01, March 2007, pp 67-85. Tra qualche mese verrà pubblicato un più ampio saggio che conterrà le teorie in forma più estesa: Tom Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane 2010.

giustizia. Già Radbruch prendeva posizione al riguardo proclamando senza alcun dubbio come sia necessario per un ordinamento legittimo far prevalere la giustizia sulla sicurezza giuridica. Questa concezione politica del ruolo dei giudici viene fortemente osteggiata da Scalia che si pone all'estremo opposto nell'elaborazione di una nozione di *rule of law* che non compendia la facoltà per i giudici di determinare i confini della legge in generale (il contenuto del *rule of law* declinato secondo il genere maschile), perché non ne hanno l'investitura popolare, ma solo di determinare *la rule of law* del caso specifico, che per distinguerla dal senso precedente scegliamo di determinare al femminile. In tal maniera Scalia e i seguaci di quella congerie di correnti di pensiero giuspubblicistico che vanno sotto i nomi di originalismo e testualismo nelle loro più diverse declinazioni neutralizzano politicamente la magistratura. Tali dibattiti vanno esaminati prospetticamente nel caso della nuova corte suprema inglese, che non vuole essere una corte costituzionale, né svolgere una funzione d'indirizzo politico. Certo è che la volontà politico-giuridica che si pone dietro la sua istituzione non si limiterà a farla valere in funzione nomofilattica. Già la *House of Lords* tuttavia poteva essere compresa come una corte costituzionale i cui materiali giuridici (hartianamente) derivavano dall'unione europea. Il nuovo supremo tribunale come si ogni probabilità non sarà una corte sul modello ideale kelseniano, chiamata a misurare la congruenza normativa di un documento legislativo con una norma superiore, ma deciderà sulla base di una tradizione vivente di precedenti a tutela delle garanzie sempre da incrementare e forse anche da proteggere in maniera più raffinata dalle minacce esterne. Buona parte dei costituenti delle ultime generazioni novecentesche avrebbero statuito, facendo tesoro del precedente maturato nell'originaria esperienza statunitense, la necessità di garantire stabilmente che il legislatore non turbi l'armonia fra la *supreme law of the land* e la produzione normativa ordinaria: tale rassicurazione è essenziale affinché il sistema costituzionale sussista e la costituzione stessa, formale e materiale, sopravviva. La necessità di una singola giustizia superiore si è sviluppata parallelamente alla progressiva integrazione politica del Regno unito nell'Unione Europea, integrazione che ha reso il sistema giuridico sempre più permeabile ad influssi giuridici esterni, ai quali i *Law Lords* erano molto sensibili negli ultimi anni, in particolare il già citato Lord Bingham<sup>382</sup>: si è così sviluppata l'esigenza di una giustizia della costituzionalità che in Europa è un elemento ormai essenziale del diritto pubblico nei sistemi a costituzione scritta.

I pilastri dell'ordine costituzionale britannico sono le prestigiose e risalenti nozioni tra loro interconnesse di *rule of law* e *supremacy of Parliament*. Nella tradizione inglese esse sono integrate

---

<sup>382</sup> Si veda al riguardo il saggio di Mads Andenas and Duncan Fairgrieve, '*There is A World Elsewhere*' — Lord Bingham and Comparative Law in *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, a cura di M. Andenas e D. Fairgrieve, Oxford University Press, Oxford 2009. Più in generale si veda B. Markesinis, 'Judicial Mentality: Mental Disposition or Outlook as a Factor Impeding Recourse to Foreign Law', 80 TUL. L.REV. 1325 (2006).

con le convenzioni che regolano i rapporti tra le istituzioni del potere politico. A queste si è tentato di associare il recente tentativo di sviluppare sul suolo inglese un sistema coerente di diritti fondamentali<sup>383</sup>. Lo *Human Rights Act* del 1998 ha fornito diverse opportunità di affermazione di un vero e proprio costituzionalismo e di inedite forme di sindacato giurisdizionale quasi-costituzionale affidato alle locali Corti di giustizia. Un ulteriore impulso al rafforzamento del sindacato giurisdizionale è stato impresso dalla *incorporation* dei diritti europei nell'ordinamento domestico del Regno Unito, circostanza che ha affidato ai giudici l'esercizio di una forma *soft* di *judicial review* consistente in un sindacato sulla conformità della legislazione parlamentare rispetto allo statuto dei diritti contemplati nella Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo. Tale sindacato non si risolve nella disapplicazione della norma o nel suo annullamento, in quanto tale eventualità sarebbe del tutto incompatibile con la sovranità del Parlamento e con il principio di soggezione del giudice alla legge, bensì in un atti di impulso nei confronti del parlamento. Il concetto di *softness* è un'espressione dell'epistemologia contemporanea e come tale potrebbe esprimere una specifica visione del diritto. Esso sembra anche sintetizzare alcune caratteristiche strutturali e funzionali della regolazione giuridica odierna, sia a livello interno che a livello globale e risulta, in tale contesto regolativo, dotato di specifiche potenzialità<sup>384</sup>. Il *soft law* è poi divenuto, nella letteratura degli ultimi decenni, rilevante oggetto di riflessione anche per la teoria del diritto. Le Corti di giustizia sono formate da giudici professionali la cui ermeneutica dichiarativa del diritto è risultata più sofisticata ed efficace della tecnica redazionale del potere legislativo. Le corti interpretano le norme della *statute law* e, pur senza disapplicarle, ne condizionano l'applicazione concreta, il che talvolta può produrre effetti giuridici più penetranti, influenti e duraturi di un annullamento o disapplicazione. L'ablazione della norma produce un effetto diminutivo sull'ordinamento mentre la sua interpretazione giudiziale, tecnica in cui i giudici di *common law* eccellono, può creare nuovi elementi della cultura giuridica, amministrativa e istituzionale, e contribuire decisamente al loro consolidamento nell'ordinamento. Questo è il senso e l'efficacia più persistente e allo stesso tempo la giustificazione della risalente tradizione della *judge-made law*<sup>385</sup>.

La formula dello Stato costituzionale è al centro di un dibattito teorico che non sembra volersi esaurire e che si interseca con le considerazioni che la recente dottrina ha condotto sul tema dello stato di diritto. Come afferma un noto giurista italiano: «La novità contenuta in tale formula è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla

---

<sup>383</sup> M. Patrono, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla rule of law all'Human Rights Act 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, Nomos, 2004 fasc. 1, pp. 15 – 40, anche in in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. I, p. 77 ss.

<sup>384</sup> A. Di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, in «American Journal of Comparative Law», 54, 2006, pp. 499-554.

<sup>385</sup> Sul tema si rimanda al denso studio di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano 1984.

Costituzione. Di per sé, questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principi dello Stato di diritto che porta a termine il programma dell'integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione quindi solo della funzione costituente)»<sup>386</sup>. Da alcuni interpreti tale tendenza è stata vista come un tentativo di ripolitizzare il diritto, quasi una forma di resistenza dottrinale contro la crescente uniformazione del diritto su base consuetudinaria a dispetto della pretesa capacità sempre rivoluzionaria della costituzione, unica legge a essere depositaria di un contenuto morale: al riguardo si è già fatto riferimento al dibattito sul *neocostituzionalismo* in Italia.

Il tradizionale senso di autosufficienza giuridica e culturale del pensiero costituzionalistico britannico appare già da alcuni anni considerevolmente attenuato, e che, d'altra parte, diversi corpi giudicanti esercitano di fatto forme di giustizia costituzionale districandosi entro l'eterogeneo contesto di una Costituzione del regno e contribuendo a determinare attivamente i contorni di tale materia. Questi corpi operano già da tempo ponendo in essere alcune tra quelle forme di *adjudication* che altrove competono alle sole corti costituzionali, e che solamente in tempi più recenti hanno sviluppato una certa influenza sul pensiero dei *common lawyers* tanto da poter essere annoverate tra gli elementi che hanno concorso all'impostazione della riforma che ha prodotto la *Supreme Court*.

A partire dal 1997 si è avuta una rilevante serie di interventi riformatori attraverso i quali si è ridisegnata la costituzione non scritta del regno. In particolare un anno intenso è stato il 1998: in quest'anno come si è già accennato è stata incorporata nell'ordinamento inglese la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo con lo *Human Rights Act*; sono state introdotte forme di devoluzione in Scozia, Galles e Irlanda del Nord; è stato ridefinito lo *status* costituzionale della Banca d'Inghilterra. Nel 1999 poi è stata modificata per la prima volta nella storia la tradizionale struttura della Camera dei Pari con lo *House of Lords Act*. Quest'ultimo intervento è premessa della riforma che presentiamo, essendo direttamente connesso alla separazione del corpo dei *Lords of appeal in ordinary*. Tale corpo giudicante era peculiare per la sua collocazione all'incrocio tra potere legislativo non elettivo e potere giudiziario d'ultimo appello<sup>387</sup>. Con l'*Appellate Jurisdiction Act 1876* si ha l'ultimo di una sequenza di importanti interventi legislativi che nell'età vittoriana razionalizzarono l'intera organizzazione delle magistrature nel Regno Unito. Questa legge ebbe come effetto la formazione del *Judicial Committee* dei *Lords of Appeal in Ordinary*, alti magistrati ai quali si aggiungono di diritto il *Lord Chancellor* con funzione di presidente e quei Pari che occupino cariche di rilievo nell'ordinamento giudiziario. Al *Privy Council* competeva la

---

<sup>386</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, p. 39

<sup>387</sup> Q. Bloom-Cooper e G. Drewry, *Final Appeal: A Study of the House of Lords in Its Judicial Capacity*, Clarendon Press Oxford 1972.

giurisdizione d'appello da qualsiasi parte del regno e dai possedimenti della Corona, ma anche la giurisdizione speciale (ammiragliato, cause ecclesiastiche, casi sollevato nel quadro di determinati ordini professionali). La funzione giurisdizionale dei *Lords of appeal in ordinary* era generalistica, nella sua qualità di vertice del sistema giudiziario di *common law*. In altri termini, il *Judicial Committee of the House of Lords* era la suprema istanza giurisdizionale del Regno Unito, verso la quale dall'intera area di *common law* confluivano le cause civili e gli appelli in materia penale a norma del *Criminal Appeal Act 1907* (che si riconoscevano dalla dizione latina "Rex" o "Regina" per indicare il ricorrente supremo nella figura del monarca). La particolarità del suo ruolo pertanto deriva non già dalla specialità delle attribuzioni giurisdizionali bensì dalla particolare competenza che la giurisprudenza della Camera dei *Lords* ha sviluppato, quale giudice di ultimo appello, in materie fondamentali quali la salvaguardia delle libertà e la regolazione dei rapporti tra diritto domestico e diritto dell'Europa comunitaria. Sotto il profilo della vigilanza sui diritti fondamentali si ha il configurarsi di una giurisdizione di alto profilo che, con l'adozione dello *Human Rights Act 1998*, ha reso sempre più prestigioso il ruolo di tramite con l'Unione Europea del *Judicial Committee of the House of Lords*. Al riguardo le attività della Camera dei Pari e del Consiglio Privato non mancavano di punti di intersezione. L'impegno giurisdizionale del *Privy Council* può giungere a ricomprendere nella propria sfera decisionale anche istanze che siano attinenti all'esercizio delle libertà fondamentali nel Regno Unito o in quei paesi dai quali è previsto provenga l'istanza di appello del giudizio, la qualifica di giudice supremo d'appello che è attribuita in via ordinaria al *Judicial Committee* della Camera dei Pari, in quanto collegio formato in prevalenza da giudici professionali e non costituito in base a un substrato di norme consuetudinarie, ha fatto sì che da parte dei *Law Lords* potessero essere trattate, con efficacia costituzionalmente probante, alcune delicate questioni per lo più attinenti all'esercizio di libertà individuali<sup>388</sup> e a forme di giustizia implicanti valutazioni sconfinanti in questioni di libertà personale e di diritto internazionale.

Va inoltre evidenziato che ogni decisione di questo *Judicial Committee* era oggetto di un rapporto ufficiale presentato al *plenum* della Camera dei Pari e da questa adottato come atto proprio: con ciò si enfatizza il dato che la sentenza d'appello era emanata dal Parlamento nella sua alta funzione giudiziaria. Lo stesso dicasi per le opinioni giuridiche che, in ossequio ai canoni costituzionali della *common law*, i *Law Lords* potevano esplicitare in relazione a singole questioni loro sottoposte. Le espressioni di questo autorevole parere giurisdizionale, che ponevano in evidenza l'opinione dei singoli giudici, formano oggetto di letteratura ma non sono considerate vincolanti *erga omnes* a meno di non essere ratificate dai Pari in seduta plenaria.

---

<sup>388</sup> Si veda ad esempio il caso *Reynolds v. Times Newspapers* 1999

Privo di un singolo documento che si possa definire la Costituzione, l'ordinamento britannico si forma come un eterogeneo complesso giuridico nel quale di certo non mancano le fonti scritte: antichi documenti quali la *Magna Carta* del 1215, il *Bill of Rights* rivoluzionario del 1688, gli Atti parlamentari rientranti nella sconfinata categoria della *statute law*, fino alle recenti leggi sulla *devolution*, allo *Human Rights Act 1998* e al *Constitutional Reform Act 2005*. L'ordinamento britannico attribuisce forza e valore normativi, spesso superiori a quelli della legge formale, a principi ordinatori del sistema quali la sovranità del Parlamento e il *rule of law*, e al vasto complesso delle convenzioni e degli usi.

Lo sviluppo di forme ed esperienze di giustizia costituzionale ha avuto luogo nel Regno Unito obbedendo, più che a dottrine teoricamente formulate, al senso pragmatico che tradizionalmente informa di sé l'intera evoluzione dell'ordine costituzionale. Alla luce di tali considerazioni del tutto *sui generis* resta la posizione del Regno Unito, paese privo di una corte costituzionale anche in seguito alla recente istituzione della *Supreme Court* la quale, nonostante ne riassume alcuni elementi tipici, al momento è tutt'altro che una corte costituzionale: figura istituzionale, questa, che appunto non trova riscontro nella *Supreme Court of the United Kingdom*. Sotto il profilo dell'attribuzione funzionale le manca il sindacato sulla costituzionalità delle leggi anche se si può dimostrare che questa funzione non è essenziale per l'esercizio della giurisdizione costituzionale; sotto il riguardo della possibilità di creare un *corpus* giurisprudenziale autonomo, che si concretizzerebbe aggiungendo una propria *judge-made law* a quella che per lunga esperienza è creata dalle Corti di giustizia e dalle branche giudicanti del *Privy Council* e della Camera alta, ma soprattutto della volontà politica di non creare un nuovo fronte di conflittualità con le magistrature del paese spingendo troppo oltre il raggio d'azione di un riformismo che sta già producendo un forte impatto sul sistema costituzionale.

Nell'ottica del *common lawyer*, il potere legislativo è considerato un intruso nel campo della produzione del diritto e anche di quelle norme fondamentali che si propongono come il distillato di esperienze e il consolidamento di sperimentazioni più che come applicazione di principi aprioristicamente iscritti nel sistema politico. Lo sarebbe, ove esistente, anche il potere costituente: vera e propria forza bruta della formazione, totale indeterminazione e onnipotenza della politica che gli statisti anglo-britannici si sono ben guardati dall'attivare. A tratti la formulazione di tali regole di buona condotta costituzionale, molte tra le quali attinenti al funzionamento delle istituzioni e limitative dei loro abusi nei confronti delle libertà individuali, è stata spesso dovuta all'esercizio della *judicial freedom* delle Corti, come nel caso *Bowles v. The Bank of England* che nel 1913, a margine della grave crisi parlamentare che aveva contrapposto i *Lords* alla Camera dei Comuni sulla formulazione del bilancio, fissava regole in materia di approvazione del bilancio nazionale; e



in altri, fra le centinaia che si potrebbero richiamare alla memoria: *Stockdale v. Hansard* (1839), limitativo della creazione di nuovi privilegi parlamentari in tema di *iter legis*; *Ridge v. Baldwin* (1964), che ribadiva la garanzia processuale dell'*audi alteram partem*; *Entick v. Carrington* (1765), che proclamava l'illegalità delle incriminazioni collettive. Da questo complesso di sentenze, che si presenta straordinariamente ricco di spunti sulle molteplici funzioni della giustizia costituzionale in un quadro di costituzione flessibile, emerge chiaramente un ruolo delle Corti come *regulators* di diritto pubblico (Prosser, *Law and the Regulators*, 1997) che si esercita in un modo fortemente interlocutorio con il Legislativo e con l'Esecutivo che oggi ne domina le espressioni politiche e istituzionali.

Alla luce di tali considerazioni sembra evidente che del tutto *sui generis* resta comunque la posizione del Regno Unito, paese privo di una corte costituzionale anche in seguito alla recente istituzione della *Supreme Court* la quale, nonostante ne riassume alcuni elementi tipici, al momento è tutt'altro che una corte costituzionale: figura istituzionale, questa, che appunto non trova riscontro nella *Supreme Court of the United Kingdom*, prima ancora che sotto il profilo dell'attribuzione funzionale (le manca, infatti, il sindacato sulla costituzionalità delle leggi: ma questa funzione non è essenziale per l'esercizio della giurisdizione costituzionale), sotto il riguardo della possibilità, che si concretizzerebbe aggiungendo una propria *judge-made law* a quella che per lunga esperienza è creata dalle Corti di giustizia e dalle branche giudicanti del *Privy Council* e della Camera alta, di creare un *corpus* giurisprudenziale autonomo, ma soprattutto della volontà politica di non creare un nuovo fronte di conflittualità con le magistrature del paese spingendo troppo oltre il raggio d'azione di un riformismo che sta già producendo un forte impatto sul sistema costituzionale.

Nel Regno Unito è da lungo tempo di fatto praticata una forma di giustizia metacostituzionale che opera dentro il sistema di diritto pubblico. Le Corti di giustizia sono formate da giudici professionali la cui ermeneutica dichiarativa del diritto, almeno fino alla seconda metà del Novecento, è risultata impareggiabilmente più sofisticata ed efficace della tecnica redazionale del *drafting* legislativo; esse interpretano le norme della *statute law* e, pur senza disapplicarle, ne condizionano l'applicazione concreta, il che talvolta può produrre effetti giuridici più penetranti, influenti e duraturi di un annullamento o disapplicazione. L'ablazione della norma produce un effetto diminutivo sull'ordinamento mentre la sua interpretazione giudiziale, tecnica in cui i giudici di *common law* eccellono, può creare nuovi elementi della cultura giuridica, amministrativa e istituzionale, e contribuire decisivamente al loro consolidamento nell'ordinamento. Questo è il

sensu e l'efficacia più persistente e allo stesso tempo la giustificazione della risalente tradizione della *judge-made law*<sup>389</sup>.

Sul versante anglo-britannico, pertanto, il *judicial review of legislation* opera alla stregua di una giustizia costituzionale diffusa. Esso si orienta metodologicamente, per quanto riguarda la *ratio decidendi*, secondo i canoni della *common law* e lungo le medesime linee di flessibilità dell'ordine costituzionale che i giudici tutelano di volta in volta arginando gli abusi del potere o, laddove le circostanze lo richiedano e lo permettano nei grandi momenti di svolta storica (per esempio, nelle rivoluzioni seicentesche), contribuendo con la propria autorità a modificare tale ordine.

L'idea di dare forma a un vero e proprio tribunale costituzionale e quindi di porre fine alla funzione giudicante dei *Law Lords* si è più volte presentata nel dibattito costituzionale britannico, almeno dai tempi di Bentham: in dottrina tuttavia essa è riaffiorata solo di recente<sup>390</sup>. Il Regno Unito sembra voler intraprendere un percorso verso la realizzazione di una giurisdizione costituzionale in senso proprio, istituendo la *Supreme Court of the United Kingdom* con una iniziativa politica che non appare finalizzata alla realizzazione di una corte costituzionale, bensì alla consacrazione del principio della separazione dei poteri<sup>391</sup>.

Secondo chi si opponeva all'idea di dare corpo a un supremo tribunale distaccato dal potere politico rappresentativo questo atto potrebbe essere la premessa dell'introduzione di una non necessaria costituzione scritta d'impianto benthamiano, una riforma che potrebbe certo inverare le istanze di chiarezza e prevedibilità della legge secondo gli auspici del sunnominato Bentham, ma che secondo gli oppositori di tale visione avrebbe avuto degli esiti restrittivi delle libertà, a cominciare dalla suprema potestà legislativa del sovrano in parlamento, suprema proprio perché vincolata solo dalla tradizione, con una figura di dignità non positiva ma tradizionale, con paragone olimpico quasi come Zeus che nel suo potere era limitato solo dal fato. Questa possibilità era schivata per via dottrinale da parte dei *constitutional lawyers* inglesi che si opponevano alle altre esperienze nazionali ormai quasi tutte rette da costituzioni deliberatamente codificate in rigide forme documentarie e innestate su forti principi statalistici. Il caso britannico dimostra che non è necessario che sullo sfondo vi sia una costituzione scritta perché si crei la necessità di una qualche forma di giustizia sovraordinata e quasi-costituzionale. Alle origini della decisione politica di istituire una *Supreme Court* si pone il passaggio da una concezione diffusa e dispersa della forma costituzionale britannica tipica del pensiero tardo liberale a un pensiero costituzionale coeso. Il tradizionale pensiero giuridico ebbe il suo vertice in Albert Venn Dicey che assegnava l'egemonia

---

<sup>389</sup> Sul tema si rimanda al denso studio di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano 1984.

<sup>390</sup> Si veda al riguardo D. Hope, *A Phoenix from the Ashes? Accommodating for a New Supreme Court*, in *Law Quarterly Review*, 2005, p. 253 ss.

<sup>391</sup> D. Woodhouse, *The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court*, in *Legal Studies*, 2005, p. 134.

costituzionale alle garanzie della *common law* e a pochi, essenziali assunti. A sostegno della difesa delle libertà inglesi tradizionali già i più influenti giuristi del XIX. secolo tra cui oltre a Dicey si possono contare Frederick Maitland e James Bryce, pur negando la necessità della *separation of power*, non escludevano l'istituzione di una Corte Suprema. Questo avveniva in un contesto in cui nessun paese dell'Europa liberale dotatosi di una costituzione scritta aveva ancora dato vita a supremi tribunali costituzionali, era pertanto dettata dall'osservazione desolata della caotica frammentarietà di un'azione giudiziaria ripartita tra diversi corpi. Ricostruendo per sommi capi l'evoluzione della giustizia della costituzionalità inglese, essa non può essere considerata assente per il semplice fatto che nel Regno Unito non esista una costituzione scritta. Conseguenza dell'assenza della forma scritta è il fatto che l'ordine costituzionale inglese sia flessibile e anzi in essa si individui l'archetipo della flessibilità costituzionale. Questo è stato indagato e portato ad esempio di riforme attuabili almeno a livello interpretativo dalla dottrina in Italia<sup>392</sup>, senza escludere che anche a essa si possa riconoscere quella che è stata definita, prendendo spunto da James Bryce, una «naturale rigidità». Sulla scorta del pensiero di Dicey si può considerare quale resistenza oppongano al mutamento le convenzioni costituzionali maturate attraverso l'esercizio di prassi comunemente condivise e accettate e non disinvoltamente modificabili attraverso semplici statuizioni normative o quanto l'influenza della moralità costituzionale innervi di sé e consolidi dati politico-istituzionali che altrimenti risulterebbero aleatori. Il *judicial review of legislation*, pur occupandovi una posizione di primario rilievo, non esaurisce il catalogo di quelle garanzie che, soprattutto se erette a difesa della democrazia e di tutti quegli elementi che le diverse culture politiche intendono come pre-costituzionali<sup>393</sup> sono fondamentali per la sopravvivenza stessa di un ordine costituzionale, sia esso scritto o non scritto come nel Regno Unito, che si impone come una realtà *justice-seeking* ossia reclamante l'esercizio di una forma particolare di giustizia, anche se fino a tempi non molto lontani una lettura acritica del concetto diceyano del *rule of law* tendeva a ridimensionare il contributo creativo delle Corti alla costruzione dell'ordinamento democratico, a tutto vantaggio del ruolo del Parlamento. Tale tendenza è a volte percepita dagli stessi giudici, in specie negli Stati Uniti: si veda la recente opinione di Scalia in *Roper v. Simmons*, la sentenza che più ha aperto la giustizia statunitense all'inclusione del diritto non domestico: "To allow lower courts to behave as we do, "updating" the Eighth Amendment as needed, destroys stability and makes our case law an unreliable basis for the designing of laws by citizens and their

---

<sup>392</sup> Si veda al riguardo il saggio di A. Pace, *Le cause della rigidità costituzionale*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi* - 2. ed. riveduta e ampliata. CEDAM, Padova 2002.

<sup>393</sup> A. Barak, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Israel Law Review*, 1999.

representatives, and for action by public officials. The result will be to crown arbitrariness with chaos.”<sup>394</sup>

La concezione espressa nella formula *rule of law as a law of rules* coniata da Scalia<sup>395</sup> inserisce il formalismo nell’ipostatizzazione della regola contro l’interpretazione moralmente orientata, diffusasi in forma più raffinata dopo le analisi di Dworkin, o socialmente progressista come ai tempi della corte Warren. Oliver Wendell Holmes in una ricca serie di scritti ha reso popolare l’idea secondo la quale è inutile cercare una sofisticata definizione del diritto: secondo Holmes, diritto sono “le predizioni di ciò che i tribunali faranno”. Un altro noto aforisma di Holmes è “la vita del diritto non è stata la logica, ma l’esperienza”<sup>396</sup>. Questa affermazione porta tuttavia i limiti di una visione volutamente provocatoria, quale spesso accade a chi indaga sui fondamenti metafisici e politici della legittimità della *judicial review*<sup>397</sup>.

Si dalla pronuncia del *Chief Justice* Marshall in *Marbury v. Madison* nel 1803 è centrale la necessità di garantire stabilmente che nessuna violazione da parte del legislatore turbi l’armonia fra la *supreme law of the land* e la produzione normativa ordinaria è essenziale affinché il sistema costituzionale sussista e la costituzione stessa sopravviva. Sotto tale profilo, di fronte alla prospettiva di un conflitto o semplicemente al profilarsi di un’antinomia o di un elemento di contraddizione sistemica, è raro che un ordine costituzionale possa eludere l’*enforcement* giurisdizionale, e in ciò anche il Regno Unito, pur nella mancanza di una costituzione scritta e di una corte costituzionale, non fa eccezione. Per normalizzare le inevitabili contraddizioni del sistema che non sembra sufficiente l’applicazione della *constitutional morality* teorizzata da Dworkin, Nino, Alexy, e da altri aspramente messa in discussione sulla scorta di Dicey<sup>398</sup>. Tale compito è stato quindi affidato all’attività interpretativa delle Corti (e di collegi giudicanti di diverso rango investiti, di funzioni *ad hoc*) che nel lessico del diritto inglese rientra sotto la nozione di *judicial review*<sup>399</sup>.

Il *judicial review* costituzionalmente declinato è in realtà una tecnica di superamento delle antinomie del sistema politico e istituzionale che di questi nodi conflittuali valuta, in luogo di un’improponibile costituzionalità formale, la convenzione. Le coordinate concettuali di queste convenzioni sono dettate dalla pluralità delle fonti che, a seconda delle circostanze e dei punti di

---

<sup>394</sup> ROPER V. SIMMONS (03-633) 543 U.S. 551 (2005).

<sup>395</sup> A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175

<sup>396</sup> O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881, p 7.

<sup>397</sup> Si veda Jeffrey Jowell, “The Rule of Law Today” in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds), *The Changing Constitution*, 5<sup>th</sup> ed, (Oxford, 2004), pp 20-21. Dicey e molte autorità in materia si saranno sorpresi nell’apprendere da Mr Blunkett, Segretario agli interni nel Regno Unito, che “la *judicial review* è una invenzione moderna. E’ stata posta in essere sostanzialmente dal 1980...” David Blunkett, *The Blunkett Tapes*, (Bloomsbury Publishing), 2006, p 607.

<sup>398</sup> J. Raz, *Authority, Law and Morality*, 1985

<sup>399</sup> Si veda al riguardo J. Jowell, *Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review*, in *Public Law*, 2000, p. 671 ss. Più in generale J. Jowell, “The Rule of Law Today” in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds), *The Changing Constitution*, 5<sup>th</sup> ed, (Oxford, 2004), pp 20-21.

vista, sono tenute come *fundamental law* o come parte di essa: il giurista medievale Henry de Bracton, teorizzatore della distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* e gli antichi *common lawyers* la individuavano nella *lex Angliae* o *the law of the land* i critici della sovranità parlamentare nell'*European Communities Act 1972* e infine alcuni giudici nello *Human Rights Act 1998*. Edward Coke, supremo giudice dapprima nella *Court of Common Pleas* e quindi nel *King's Bench* nel *Bonham's Case* deciso nel 1610, gettava lo sguardo verso l'orizzonte di un *legge* suprema che frenasse l'arbitrio della Corona e che fornisse alle Corti di giustizia un complesso di norme in base alle quali fosse possibile esercitare un sindacato sull'operato del suddetto *gubernaculum*. Il seguente consolidamento della supremazia dello stato in Europa fu basata sul principio della territorialità e ha comportato nell'epoca moderna una graduale restrizione del novero delle fonti abilitate a produrre norme giuridiche efficaci. Di conseguenza il *gubernaculum* ha iniziato a imporsi sulla *iurisdictio* incidendo sempre di più sull'equilibrio della forza tra le parti processuali. Di conseguenza le fonti del diritto statale sono diventate sempre di più delle fonti-fatto, e ad un ordine dell'economia di tipo isonomico si è sostituito sempre di più un ordine di tipo asimmetrico<sup>400</sup>.

I cittadini di una democrazia autorizzano i loro rappresentanti a fare leggi che si applicano a tutti; spetta all'esecutivo di rendere queste leggi efficaci, e nulla autorizza ordinariamente l'esecutivo ad agire in modo diverso dalla stretta osservanza di queste leggi (dico ordinariamente per riconoscere la sopravvivenza di un corpo di poteri eccezionali che si restringe progressivamente con il tempo). Il ruolo storico delle corti è stato certo di controllare gli eccessi del potere esecutivo, un ruolo che si è molto esteso negli ultimi anni per via della crescente complessità dell'azione di governo e la sempre maggior volontà del pubblico di sfidare le decisioni di governo.

Lo sviluppo di forme ed esperienze di giustizia costituzionale ha avuto luogo nel Regno Unito obbedendo, più che a dottrine teoricamente formulate, al senso pragmatico che tradizionalmente informa di sé l'intera evoluzione dell'ordine costituzionale. Alla luce di tali considerazioni del tutto *sui generis* resta la posizione del Regno Unito, paese privo di una corte costituzionale anche in seguito alla recente istituzione della *Supreme Court* la quale, nonostante ne riassume alcuni elementi tipici, al momento è tutt'altro che una corte costituzionale: figura istituzionale, questa, che appunto non trova riscontro nella *Supreme Court of the United Kingdom*. Sotto il profilo dell'attribuzione funzionale le manca il sindacato sulla costituzionalità delle leggi anche se si può dimostrare che questa funzione non è essenziale per l'esercizio della giurisdizione costituzionale; sotto il riguardo della possibilità di creare un *corpus* giurisprudenziale autonomo, che si concretizzerebbe aggiungendo una propria *judge-made law* a quella che per lunga esperienza è creata dalle Corti di giustizia e dalle branche giudicanti del *Privy Council* e della Camera alta, ma

---

<sup>400</sup> A. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, Milano 1996.

soprattutto della volontà politica di non creare un nuovo fronte di conflittualità con le magistrature del paese spingendo troppo oltre il raggio d'azione di un riformismo che sta già producendo un forte impatto sul sistema costituzionale. La nuova Corte non eclissa il ruolo del *Lord Chancellor*, il quale resta un supremo organo monocratico di riferimento costituzionale, nella qualità di tutore dei valori della giustizia sostanziale a fronte delle altre esigenze rappresentate da altri dipartimenti governativi. Sotto tale riguardo, si può ipotizzare che in esso si possa individuare un nuovo protagonista del sistema costituzionale. Se considerata alla luce dei valori giuridici europei e del diritto comparato, la riforma del 2005 assicurerà una migliore salvaguardia costituzionale delle libertà fondamentali nel paese. Il *Lord Chancellor* si concentrerà sulla tutela della *rule of law* formale: il principio di separazione dei poteri verrebbe infatti soddisfatto dalla sottrazione del potere di *patronage* al *Lord Chancellor* e dall'assegnazione di questo potere a una autonoma *Judicial Appointments Commission*. Il disegno di legge di riforma ha trasmesso alla *Supreme Court*, inizialmente formata da dodici *Justices of the Supreme Court*, le funzioni del *Judicial Committee* del Consiglio Privato e dell'*Appellate Committee* della Camera dei *Lords*.

Molto ci si aspetta dalla nuova figura introdotta nel Regno Unito, e certo è espressione di una volontà di allargare le forme di tutela dei diritti in un paese che si appresta a formalizzare sempre più le proprie tradizioni. Questo atto politico e giuridico si inserisce in una delle tendenze fondamentali del nostro tempo, quella che muove sempre di più verso il moltiplicarsi delle formalizzazioni, e tale movimento nel diritto ha portato a una sempre maggiore separazione tra la positività del diritto e la possibilità di un suo esplicito contenuto morale. In conclusione non stoneranno quindi alcune considerazioni dal dibattito dottrinale sulle forme filosofiche che sono presupposte dalle diverse forme di rapporto tra sfera giuridica e sfera politica, cioè il retroterra della separazione tra il potere giudiziario e quello politico-legislativo che si è voluto iniziare a sperimentare sotto il governo laburista in Inghilterra. Habermas parla di *cooriginarietà* dell'autonomia giuridica (diritti umani) e dell'autonomia della politica (sovranità popolare), tesi che trova un corrispettivo nel modo habermasiano di guardare al rapporto tra diritto e morale: egli vede un rapporto di complementarietà tra diritto e morale, ma ciò non gli impedisce di criticare l'indistinzione delle due cose fatta valere da Ronald Dworkin e di cercare una via intermedia tra i giuspositivisti e coloro (Dworkin *in primis*) che radicalizzano il nesso tra diritto e morale fino a fare del primo una sorta di morale applicata. Tale approccio, evitando gli estremismi suddetti, consente a Habermas di individuare una strada alternativa e intermedia rispetto al dualismo tra "gubernaculum" e "iurisdictio", dualismo che in un sistema sempre più dominato dalla tecnocrazia dell'esecutivo porta all'erosione della democrazia, erosione che preoccupa molto Habermas, il quale è anche diffidente nei confronti del paternalismo delle corti costituzionali. Già Bickel critica

la supremazia delle corti negli anni '80 del secolo scorso con il suo influente *The Least Dangerous Branch* (1986)<sup>401</sup>. In tale saggio Bickel coniò il famoso sintagma "countermajoritarian difficulty", il cui intento era rendere tangibile la difficoltà di bilanciare la protezione delle minoranze dalla tirannia della maggioranza con esigenze di giustizia politica. Non è ancora possibile rispondere in maniera esaustiva all'assunto antikelseniano di Bickel che porta ad una sempre più diffusa percezione della *judicial review* della legislazione come un rischio per la democrazia. Già i giudici della Corte Suprema Holmes e Brandeis avevano criticato la visione del giudizio intesa come una operazione complessa che conduceva alla scoperta del diritto, interpretando in maniera univoca il brocardo 'da mihi factum dabo tibi ius'. Questa idea risentiva per il suo formalismo come anche per l'incapacità di fronteggiare condizioni di incertezza col solo richiamo a un diritto già dato: in tal modo avevano inaugurato un paradigma interpretativo consapevole della portata creativa e al contempo comunicativa della giurisprudenza. Il rapporto tra fatto e diritto non può essere ridotto a una relazione univoca, ma, come il rapporto tra COL e ROL nell'interpretazione di Waldron si presta a una mutua definizione dei due poli della tensione, in cui fatto e diritto non sembrano poter sussistere in una astratta oggettività che esiste solo nella mente del giurista, ma si determinano mutuamente. Questo induce il giudice a un atteggiamento di certo meno definitorio e sicuramente più umile.

Una Corte che si mostri troppo conscia della *judicial supremacy* è il troppo frequente contraltare alla fede nell'autosufficienza del *rule of law*. Questo atteggiamento di politica del diritto è l'*état d'esprit* che si è voluto sommessamente accordare come basso continuo del nostro studio: la recente pretesa di monopolio sull'interpretazione costituzionale è una manifestazione di potere solitario di cui il costituzionalismo induce a diffidare secondo una tradizione risalente. Non meno della democrazia, il principio di separazione dei poteri e il rispetto del *rule of law* richiedono una suprema giurisdizione sempre più aperta al confronto con interpretazioni di organi confliggenti e disposta a riconoscere i limiti del potere di cui dispone, perché corrispondente a un compito che è parte di un'impresa politica comune.

### **Riflessioni sulla recente sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona**

La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona (*Lissabon-Urteil*) ha una portata che va ben oltre la sorte di quest'ultimo. Essa non ne preclude l'entrata in vigore, ma potrà provocare comunque una battuta d'arresto nello slancio dell'Unione

---

<sup>401</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press 1986.

europea verso un'integrazione sovranazionale. La Germania, pur essendo uno stato fondatore della Unione, ha ratificato il Trattato con un certo ritardo rispetto agli altri stati importanti. Questa evidenza una fase politica di riflessione e non entusiasmo, forse una messa in questione dello stesso processo di unificazione, della quale la sentenza in oggetto è sintomatica al di là dei punti di diritto positivo. La suddetta sentenza contiene una riflessione non solo sul Trattato stesso, ma più in generale sul processo di integrazione europea e sui suoi limiti. La pronuncia si presenta particolarmente strutturata e complessa in quanto il BVerfG ha inteso sottoporre a scrutinio dal punto di vista del *Grundgesetz* l'intero impianto del TUE e del TFUE definiti a Lisbona, accertando in particolare la compatibilità delle competenze europee, dei relativi principi e delle relative procedure al modello di democrazia vigente in Germania.

I giudici supremi federali dovevano decidere su diversi ricorsi contro il Trattato di Lisbona, il meccanismo creato dopo la bocciatura della Costituzione Europea, per sottrarre altra sovranità agli Stati nazionali. La questione che i ricorsi ponevano era essenzialmente questa: il Trattato di Lisbona è o no in contrasto con la costituzione tedesca? la Corte conclude che né detto Trattato né la legge di ratifica violano la Costituzione tedesca. Non è invece compatibile con la Costituzione la "legge di estensione", destinata a disciplinare il ruolo delle istituzioni nazionali con riguardo ai poteri (e doveri) alla luce del Trattato di Lisbona, che non ha previsto un adeguato controllo del Parlamento tedesco da un lato sull'operato del Governo e dall'altro sulle istituzioni comunitarie. La motivazione della sentenza, nella sua struttura di base, ricalca argomenti che già si trovano nella giurisprudenza precedente del BVerfG in tema di integrazione europea. Si può fare una sommaria ricostruzione di questo processo, muovendo dalle sentenze *Solange I* del 1974 e *Solange II* del 1986, al *Maastricht Urteil* del 1993, alla sentenza sul mandato di arresto europeo (*Europäische Haftbefehl*) del 2005. Gli aspetti di continuità sono molteplici. Riguardano la qualifica dell'Unione come associazione di Stati (*Staatenverbund*); la sua natura di ente derivato, non sovrano; la sua dipendenza dagli Stati europei, definiti "Signori dei Trattati" (*Herren der Verträge*); l'assenza nell'Unione di una propria autonoma legittimazione democratica, che rimane pertanto ancorata ai sistemi nazionali; la ricostruzione dei rapporti fra diritto europeo e interno in chiave rigorosamente dualistica; il riconoscimento del primato del diritto europeo nei limiti consentiti dal diritto interno; il diniego di una *Kompetenz-Kompetenz* a favore dell'Unione, i cui poteri sono (e devono rimanere) di stretta attribuzione; l'assoggettabilità degli atti dell'Unione al controllo del BVerfG. Secondo il BVerfG le autorità statali non possono trasferire all'Unione poteri sovrani al punto da legittimare la definizione di autonome competenze da parte dell'Unione. In particolare non possono essere trasferiti né la competenza a decidere sulle proprie competenze (*Kompetenz-Kompetenz*), né il principio di attribuzione come principio di azione che si fonda non solo nell'ordinamento europeo



(ex art. 5.1 TUE; art. 5.1-2 TUE Lisbona), ma anche nei singoli ordinamenti costituzionali nazionali.

L'Unione nella sua storia ha sempre difettato di forza coercitiva per far eseguire le proprie decisioni, e come si vede anche le supreme corti nazionali sembrano essere riottose ad accettare una cessione di sovranità in tema di supremi principi nonché di competenze a tutela dell'ordine democratico. Questa problematica è certo risalente, nella dottrina e prima ancora nella prassi. La possibilità della creazione di un ordinamento sovranazionale di tipo nuovo si scontra con le problematiche legate alla politica della forza esecutiva, che appare irrinunciabile per gli stati, che si sono costituzionalmente aperti ma anche tutelati contro questa eventualità. Come afferma Della Cananea "una conclusione di questo tipo esercita un'innequivocabile suggestione per quanti tendono ad assolutizzare la nota messa a punto weberiana, secondo cui lo 'stato' è il nome proprio di quegli ordinamenti territoriali che, dal cinquecento in poi, hanno esercitato il monopolio dell'uso legittimo della forza. Ragionando in questi termini si finisce però per far coincidere la sovranità con la forza, nel vederne come depositario il potere esecutivo"<sup>402</sup>. Rimane, come ricorda della Cananea, il caso dei giudici federali negli USA, che hanno più volte costretto il governo a cambiare rotta a riguardo: l'autotutela degli stati sembra al riguardo sempre più residuale e destinata ad erodersi, per una commistione di opportunità politica ed economica, contro la quale, aggiungiamo noi, le corti non potranno resistere indefinitamente. Questo perché la pretesa neutralità delle supreme corti medesime non è fino in fondo teorizzabile, in quanto i sistemi di nomina dei supremi giudici stessi implicano un equilibrio politico, a sua volta condizionato da fattori economici, o, per non cedere al punto di vista marxiano, quanto meno interagente con tali fattori in un determinazione reciproca.

L'esistenza di limiti costituzionali all'integrazione europea e alla portata del diritto dell'UE non sono una novità nella giurisprudenza costituzionale. In queste aree il BVerfGE rivendica la responsabilità primaria degli Stati, che peraltro non esclude l'esercizio di competenze concorrenti da parte dell'Unione. Ciò che però è apparso a molti interpreti come inaudito è l'esplicito rifiuto ad una futura evoluzione in senso costituente del processo di integrazione europea o, quantomeno, ad una partecipazione ad essa della Germania. Non solo la costituzione di uno stato federale, ma anche future revisioni che consentano avanzamenti eccessivi nei settori in cui oggi l'integrazione è più bassa, sarebbero inaccettabili alla luce della costituzione tedesca. Nella sentenza del BVerfGE si è richiesto il controllo del Parlamento tedesco su qualsiasi ampliamento (diretto o indiretto) delle competenze dell'Unione, come pure si sono affermate l'intangibilità e insostituibilità delle garanzie costituzionali interne fino a che non si svilupperanno equivalenti garanzie in sede europea. La Corte tedesca richiede che nei casi di *sviluppo dinamico* dei Trattati (procedura di revisione semplificata,

---

<sup>402</sup> G. della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza 2003, p 87.

clausola di flessibilità, c.d. freni di emergenza) il Parlamento si pronunci in via preventiva e il Governo non possa scostarsi dalle indicazioni parlamentari. In caso diverso sarebbe leso il principio democratico, un principio fondamentale e non modificabile per la Costituzione tedesca. Secondo il BVerfGE pertanto l'Unione europea, in considerazione della propria natura di associazione di lungo termine fra Stati sovrani secondo il diritto internazionale (*Staatenverbund*), rimane vincolata al principio per il quale la fonte di legittimazione dei poteri di ciascuno Stato sono i popoli di riferimento. Sarebbe impossibile una modifica della Costituzione tedesca volta a acconsentire tali sviluppi e sarebbe probabilmente legittimo il diritto di ribellione previsto dalla stessa costituzione tedesca verso simili modifiche: ove tali sviluppi si verificassero la Germania potrebbe ritirarsi dall'Unione europea. Dopo la bocciatura francese del trattato costituzionale di qualche anno fa, è adesso il sommo interprete della legge tedesca a porre un pesante freno in punto di diritto alle ambizioni che animavano i tecnocrati e i politici dell'unione europea. Sembra quasi un percorso di senso opposto a quello percorso dalla Corte costituzionale italiana, che si era gradualmente adeguata a riconoscere la giurisdizione della Corte di giustizia e quindi del diritto di matrice sovranazionale entro i limiti del territorio italiano. Già nella sentenza relativa al Trattato di Maastricht il BVerfGE aveva espresso preoccupazioni sul rispetto del principio democratico e sulla scarsa rappresentatività del Parlamento europeo. Ma all'epoca la Corte tedesca sembrava più aperta a possibilità di un'evoluzione verso uno Stato federale europeo. La riforma costituzionale del 1992, adottata per consentire la ratifica del Trattato di Maastricht, sembrava poi avere contribuito sia al superamento di alcuni timori espressi precedentemente dal BVerfGE che al consolidamento definitivo della posizione dell'Unione europea in seno all'ordinamento costituzionale tedesco. Si veda in particolare uno dei più rilevanti documenti di questa *Europarechtsfreundlichkeit* nell'art. 23 della *Grundgesetz*<sup>403</sup>, che combina la decisa scelta in favore della unificazione con quella in favore di un *Rechtsstaat* sempre *in fieri*, regolativo della prassi.

Da un punto di vista funzionale la fonte dell'autorità comunitaria, e della Costituzione dell'Europa che la configura, sono i popoli europei con le relative costituzioni democratiche. Solo il popolo tedesco potrebbe autorizzare direttamente una simile modifica costituzionale di adeguamento all'integrazione, forse addirittura sarebbe necessario, anche se la sentenza non lo precisa, abrogare del tutto la Costituzione attuale. Secondo il BVerfGE il modello democratico in Germania riposa sulle

---

<sup>403</sup> art. 23.1 GG: "Per la realizzazione di un'Europa unita, la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell'Unione europea, la quale è impegnata al rispetto dei principi democratici, dello stato di diritto, sociali e federativi e del principio di sussidiarietà, e garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equiparabile a quella contemplata da questa Legge fondamentale. La Federazione può a questo scopo trasferire dei diritti di sovranità mediante legge, con l'assenso del *Bundesrat*. All'istituzione dell'Unione europea, nonché alle modifiche delle sue basi pattizie e a disposizioni equiparabili, che comportano una modifica o integrazione della Legge fondamentale secondo il suo contenuto o che rendono possibili tali modifiche o integrazioni si applicano i commi 2 e 3 dell'art. 79".

garanzie costituzionali della sovranità popolare e dell'identità costituzionale. La sovranità è intesa sotto il profilo della fonte della sua legittimazione, la volontà del popolo titolare del potere costituente, mentre l'identità costituzionale deriva da un insieme di principi e valori la cui inviolabilità si connette alle radici della stessa Legge fondamentale, che ha un fondamento universale che non può essere emendato dalla legge positiva e si connette a valori fondanti instauratisi a livello internazionale grazie alle Nazioni Unite (si veda il par. 218 della sentenza al riguardo).

Si aprirebbe anche la possibilità teorica di un ricorso a quel potere costituente cui si faceva cenno più sopra. Si capisce quindi quanto sia rilevante prendere atto che quel crinale della dottrina pubblicistica italiana che da Mortati a Esposito ha avuto sempre un rapporto privilegiato con la dottrina tedesca, ora si apre alla dottrina elaborata su base storica da Bryce e Dicey, e proprio nel riflettere sul momento di nascita e di morte di un ordinamento giuridico, si volge al fulcro del *rule of law*, quello stesso sintagma che oggi si mostra politicamente e anche metafisicamente al centro della più nuda mancanza di definizione.

Queste preoccupazioni sempre più diffuse tra gli europeisti, anche se non manca chi (come Tosato) plaude alla possibilità di un recupero del ruolo dei parlamenti. Questo però è il processo politico pre-legislativo, che in materia di integrazione europea si è sempre mostrato ritardatario. Quello che molti attendono di conoscere è cosa farà la Corte di Giustizia, perché questa sentenza mette in discussione alcuni principi nettamente affermati da essa: non sfugge quindi che la nozione dworkiniana del giudice erculeo sempre più si mostra appropriata alla descrizione dell'iniziativa legislativa a livello sovranazionale. Bisogna vedere se i giudici di Lussemburgo ammorbidiranno prudentemente le proprie posizioni per non contrastare quelli di Karlsruhe o se invece, come garanti ultimi della coesione dell'ordinamento dell'UE, accetteranno la sfida di questa nuova diplomazia tra le corti, le vere detentrici del *rule of law* e quindi della chiave di volta delle procedure giuridiche, cioè delle condizioni di possibilità *de iure condendo* delle decisioni politiche. Afferma Dickmann "la giurisprudenza della CGCE ha riconosciuto l'esistenza di un costituzionalismo europeo che si alimenta delle tradizioni costituzionali dei Paesi membri e che deve essere un punto di riferimento per le Istituzioni europee. Rimane la sensazione che le indicazioni del BVerfG siano all'avanguardia rispetto alla sensibilità anche di molti dei parlamenti nazionali, nei confronti dei quali la sentenza commentata può valere come uno sprone efficace a superare quella che pare un'ingiustificata "rassegnazione" ad assolvere al proprio ruolo entro i soli confini nazionali".<sup>404</sup> Vi è di certo una vera e propria crisi dello stato di diritto, cui più volte hanno

---

<sup>404</sup> Si veda Renzo Dickmann, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il tribunale costituzionale federale tedesco*, in *federalismi.it* n. 20 del 13-07-2009.

fatto cenno autori di orientamenti opposti come Danilo Zolo e Luigi Ferrajoli, o anche di recente Mattei: una crisi che si manifesta nel diritto interno delle nostre democrazie, per la crisi del principio di legalità e per la tendenza di tutti i poteri, sia politici che economici, ad accumularsi e a rilegittimarsi in forme assolute, ma che forse origina anche in certe dinamiche proprie del diritto internazionale.

In questa incerta fase di transizione sovranazionale dell'ordinamento comunitario, in una terra di mezzo fra la dimensione internazionale e quella statale, in piena contraddizione alle previsioni di Schmitt, il destino dell'integrazione europea è nelle mani dei giudici.

### **Ordine internazionale: Banca Mondiale, Fondo Monetario Internazionale, WTO e *rule of law***

Solo il potere può creare diritto e solo il diritto può limitare il potere

Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, p. xi

Nello scritto *Sulla pace perpetua* la costituzione repubblicana degli stati, che ne costituisce il primo articolo, viene considerata da Kant come una *naturrechtliche Verfassung*: sempre in tale scritto si afferma che la politica deve chinarsi dinanzi ai diritti dell'uomo intesi come principio giusnaturalistico con contenuto morale eterno. Vi è in Kant, come esigenza e come programma teorico, una vera e propria comunanza tra diritto e morale: *Gemeinsamkeit zwischen Recht und Moral* come la esprime Otfried Höffe nel suo celebre saggio su Kant<sup>405</sup>. Non è un caso che lo stesso Höffe sia uno dei più acuti interpreti filosofici della necessità di un nuovo conformarsi dello stato di diritto a livello internazionale. Gli strumenti della diplomazia classica e del diritto internazionale, l'organizzazione mondiale esistente, le Nazioni Unite si dimostrano insufficienti. E' necessario secondo Höffe un forte ordinamento istituzionale e giuridico globale, che da un lato si assoggetti alle condizioni della democrazia liberale e che dall'altro si limiti ad avere un carattere complementare, vale a dire sussidiario e federale. L'ambiziosa proposta dell'autore non mira a uno stato sovranazionale onnipotente, ma a una repubblica mondiale articolata in senso statale, ispirata al sistema dello stato di diritto e compiutamente democratica<sup>406</sup>.

---

<sup>405</sup> Otfried Höffe, Immanuel Kant, il Mulino 2002<sup>2</sup>, p 212.

<sup>406</sup> Otfried Höffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, il Mulino 2007

Sempre discutibile è la ripetuta ascrizione di Kant alla schiera dei liberali. Il suo posto è centrale comunque nella genealogia del contemporaneo stato di diritto: tanto sul versante filosofico, segnato dall'enfasi posta sulla libertà individuale, quanto su quello più latamente antropologico, contraddistinto dall'individualismo e dalla costellazione delle sue "passioni tristi". Il transito dagli entusiasmi rivoluzionari, in cui centrale era stata la libertà politica, alla restaurazione, porta in auge soprattutto la libertà civile e si connota per lo zelo impiegato nella ricerca di garanzie e tutele giuridiche intese a proteggerla e custodirla. Non mette conto di notare che decisamente, il cuore della faccenda risiedeva in quello che i giacobini avrebbero bollato come «il terribile diritto»: il diritto di proprietà. In Kant il possesso è la condizione di *possibilità* del diritto, l'acquisto ne costituisce la *realtà*, la sentenza ne implica la *necessità*. E' questa una nozione dinamica e genealogica della categorie modali, che vengono utilizzate nella loro sequenza a costituire il sistema. Da queste categorie utilizzate per la sistematica del generalissimo diritto civile o privato si muove quindi alla ricostruzione del diritto pubblico, utilizzando quindi le categorie di quantità: il diritto dello stato rappresenta la *singolarità*, lo *ius gentium* si applica alla *pluralità* degli stati, il diritto cosmopolitico rappresenta *l'universalità*. E' questa una nozione dinamica e genealogica della categorie, che vengono utilizzate nella loro sequenza a costituire il sistema. Quest'ultimo mostra così la sua anteriorità concettuale nei confronti del diritto dei popoli: esso è il risultato dell'intera struttura della dottrina del diritto: è il concetto di storia universale fondato sul concetto di diritto. L'unione dei popoli auspicata per la prima volta nelle *Idee per una storia universale*. trova qui il suo primo utilizzo sistematico: da questa discende la decisa condanna del colonialismo, una delle tante prove dell'attualità di questo scritto kantiano.

Questo è il nucleo *ante litteram* della *rule of law* e del *Rechtsstaat* che Placidus andava enucleando termine logicamente, già concepito da Kant in un'ottica internazionalistica, che poi le scuole nazionali di dogmatica dimenticarono<sup>407</sup>.

Nel 1917 comincia una discussione destinata a durare a lungo su come allargare l'idea di costituzione alla comunità giuridica internazionale. Negli anni tra le due guerre si applica ufficialmente per la prima volta il nome di «costituzione» agli statuti di un'organizzazione internazionale: la ILO (*Constitution of the International Labour Organization, Constitution de l'Organisation Internationale du Travail*). Ma solo nel corso degli anni quaranta diventa irreversibile quel rovesciamento del diritto internazionale che era cominciato con il Trattato di

---

<sup>407</sup> Per alcuni interessanti rilievi al riguardo si veda P. P. Portinaro, *Foedus pacificum e sovranità degli Stati: Un problema kantiano oltre Kant*, in *Iride*, n. 17 (1996), pp. 94-103.

Versailles e la Società delle nazioni. In quegli anni fu creato il primo effettivo ordinamento costituzionale a livello globale e un nuovo sistema di istituzioni transnazionali.

Risalgono a quell'epoca i documenti fondativi della nuova comunità internazionale: la Carta Atlantica (1941), gli accordi di Bretton Woods. (1944), il Fondo monetario internazionale (IMF) e la Banca mondiale (1944), l'ONU e la sua Carta fondativa (1945), i processi di Norimberga e Tokio (che, a partire dal 1945, divennero il modello della successiva giustizia penale internazionale e soprannazionale), l'accordo GATT nel 1948 (da cui nascerà l'Organizzazione internazionale per il commercio: WTO), la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948: senza molti effetti al momento della proclamazione, ma poi, a partire dal 1966, progressivamente implementata nel diritto internazionale positivo e in numerose commissioni regionali di controllo), infine l'istituzione della Comunità europea (1951), cui analoghe istituzioni fecero seguito in altre regioni del mondo. Come nella comunità europea l'elemento integrativo è stata l'economia, e ad essa sono seguiti il Parlamento, i diritti e la cittadinanza, così dopo le illusioni dell'ONU e lo scetticismo nei confronti della ICC, tramite questa struttura che modestamente non ha istituito un tribunale ma un AB forse si potrà giungere a un vero concerto internazionale, una polifonia di approcci che dalla integrazione economica si volge a un vera e propria costituzionalizzazione internazionale: come afferma John Jackson dopo secoli di prassi e di esperimenti utopici più o meno falliti, ancora oggi, allo stato attuale è questione ancora non ben definita cosa sia il diritto internazionale<sup>408</sup>. La questione della sovranità si sposta sempre di più dal versante territoriale a quello di dominio delle rotte commerciali, o ancor meglio al dominio della possibilità di commerciare tramite i nuovi mezzi di comunicazione fisica e non.

A partire dal secondo dopoguerra, il sistema delle istituzioni postnazionali si è guadagnato non solo consistenza, ma anche un potere crescente. Grazie ad esso, in pochi decenni *l'intera massa delle terre emerse si è territorialmente spartita in stati nazionali giuridicamente equiparati*, assoggettati al diritto internazionale, e aperti sul piano giuridico globale. Questi stati si scoprono ora dipendenti da quella sempre più fitta rete organizzativa, ch'essi stessi hanno creato sul piano soprannazionale e di cui restano tuttora gli attori principali.

Nulla va avanti senza queste organizzazioni – dal WHO (Organizzazione mondiale della sanità) al WTO, dal consiglio dello OECD (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) al Comitato bancario di Basilea, dal Consiglio di Europa al Consiglio di Sicurezza. Esse non solo *integrano* funzioni già spettanti agli stati. In misura crescente e

---

<sup>408</sup> John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, April 2006. Jackson, John H. "The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms: Seven 'Mantras' Revisited." *Journal of International Economic Law* 4 (March 2001): 67-78.

nonostante siano formalmente vincolate solo sul piano intergovernativo queste organizzazioni cominciano sempre più spesso a *sostituirsi* agli stati. Nello stesso tempo, una crescente percentuale di disposizioni normative prima limitate alla tecnica, emanate da commissioni di esperti già risalenti all'Ottocento, vengono ora gravate da clausole concernenti i diritti fondamentali. Nella rete delle organizzazioni internazionali le relazioni inter-statali assumono progressivamente l'aspetto di una vera e propria statualità senza stato, estesa sul piano globale e tuttavia decentrata, pluralistica e frammentata<sup>409</sup>.

la rivoluzione giuridica globale ha trasformato i diritti dell'uomo in diritti cosmopolitici, accettando di dare voce *ai singoli individui* sul piano del diritto internazionale<sup>41</sup>. Il che, a ben guardare, rappresenta sia un vantaggio sia un pericolo. Infatti, Carta dell'ONU e Dichiarazione dei diritti fanno del Consiglio di sicurezza e della Corte penale internazionale i «custodi» dei diritti individuali. Ma in tal modo non vengono soltanto legittimati, come semplici misure di polizia, interventi armati che diventano in realtà sanzioni discutibili per il loro carattere arbitrario e sproporzionato. Il Consiglio di sicurezza può anche denunciare singoli individui come potenziali minacce alla pace mondiale con lo strumento del *listing of terrorists*, ampiamente praticato a partire dagli anni novanta (capitolo VII della Carta), Nel momento in cui i singoli cittadini del mondo vengono legittimati quali soggetti del diritto internazionale, e dunque messi sullo stesso piano degli stati e della comunità degli stati, il *listing of terrorists* li priva di ogni diritto azionabile, rendendoli *soggetti* giuridici solo nel senso cattivo di *subjecti*: corpi assoggettati alla violenza. Tuttavia, persino questo spiacevole risvolto dei diritti cosmopolitici è ulteriore testimonianza di una crescente giuridificazione del diritto mondiale e del consolidarsi delle conquiste rivoluzionarie seguite al 1945.

Secondo David Trubek il concetto e le pratiche attuanti il *rule of law* sono dei portati del movimento *law and development* degli anni '60. Per gli esponenti del movimento *law and development* scopo della *rule of law* doveva potenziare lo stato, poiché i mercati apparivano troppo deboli per garantire il progresso. Poi questa idea si è indebolita negli anni 80, quando il nuovo ideale è stato quello di dare potere al settore privato.

Ma di contro a questa teoria sta la visione di chi si richiama a Weber: le *private rules* hanno avuto un ruolo determinante nel consentire l'ascesa del capitalismo e l'incremento delle libertà.

---

<sup>409</sup> M. Albert, *Politik der Weltgesellschaft und Politik der Globalisierung: Überlegungen zur Emergenz von Weltstaatlichkeit*, in «Zeitschrift für Soziologie. Sonderheft Weltgesellschaft», 2005; da una diversa prospettiva F. Müller, *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Natio-nale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 119; S.B. Chimni, *International Institutions today: An Imperial Global State in the making*, in «European Journal of International Law», 15, 2004, n. 1, pp. 1-37.

Rendere prevedibili al massimo le azioni dello stato è quindi diventato lo *slogan* dei neoliberali che hanno acquisito una postura neoweberiana.

Lo scenario che si delinea nei primi anni del 2000 non è tuttavia in alcun modo confortante: la crisi degli Stati nazionali e della capacità regolativa dei diritti statali non è stata compensata dallo sviluppo di nuove istituzioni e di un nuovo diritto all'altezza dei nuovi poteri. La globalizzazione infatti, sul piano giuridico, può ben essere letta come assenza, vuoto di diritto pubblico: il vuoto è riempito dalla legge del più forte: appare ancora evidente sul piano politico il dominio degli Stati Uniti e su quello economico quello delle norme elaborate dalle grandi società multinazionali. Per molti popoli l'elezione del presidente degli Stati Uniti ha sicuramente maggior importanza per il loro futuro che non quella dei loro governanti. E' possibile, di fronte a questo crollo del rapporto tra popolo e decisioni che contano, solo in un senso limitato parlare ancora di democrazia politica. A questo fenomeno va aggiunto, come più volte rilevato da Ferrajoli, un vuoto di diritto pubblico, di sfera pubblica, cioè di garanzia dei diritti fondamentali. Questi due dati di fatto si risolvono in una crisi delle forme tradizionali statali, così della democrazia come dello stato di diritto; della legittimazione politica proveniente ai poteri di governo dalla rappresentanza, come anche della legittimazione giuridica proveniente dalla garanzia costituzionale dei diritti fondamentali.

In questo scenario ancora in continuo corso di ridefinizione, sono in primo luogo il WTO, il FMI e la Banca Mondiale le agenzie internazionali che si emancipano dal loro ruolo statutariamente neutrale di regolatori dell'economia per vestire i panni di attori primari della politica internazionale. Secondo il potente vettore retorico dello sviluppo si dà così avvio a una delle più ricche stagioni di attività e produzione normativa legata un diritto sempre meno pattizio e sempre più che si presume codificato. Tale stagione è guidata e segnata dai piani di aggiustamento strutturale: dispositivi in cui il collasso di un paese consentito o impedito a seconda delle sue caratteristiche di *compliance* o meno con gli standard fissati da funzionari non eletti democraticamente. La questione degli *officials* torna così prepotentemente al livello internazionale nel suo preminente peso funzionale.

Mattei e Nader offrono un profilo attento dei nuovi costruttori di legittimità, ovvero di quelle élites culturali in grado – in virtù dell'efficacia sociale del loro presunto sapere – di legittimare, consegnando patenti ora di efficacia ora di moralità, all'imperialismo mascherato dei volenterosi propagatori del *rule of law*. Ugo Mattei aveva già lavorato a una genealogia critica di *Law and Economics*, qui riproposta nella nuova cornice del saccheggio. Ad esempio c'è una grande avversione al tentativo di naturalizzare l'idea di proprietà intellettuale, di fatto ignorata o attivamente contestata in scenari culturali che Locke e i suoi epigoni hanno deciso di espellere da ogni quadro teorico. Responsabilità politica dei giuristi è legittimare o sconfessare, a partire proprio



dalla decostruzione ideologica dell'ideale imperialista del *rule of law* una politica di conquista e di prelievo in nome del diritto.

Il piano della legittimazione è giocato nel nuovo scenario connesso con le guerre in medio oriente e dal ruolo giocato dal petrolio. La necessità di accaparrarsi risorse spinge l'esecutivo a interagire sempre di più con quello che una volta veniva efficacemente definito il complesso militare-industriale, solo attraverso forme più raffinate di quelle in uso nel secolo XIX dei *robber barons* o nel XX delle guerre di egemonia globale.

Le nuove giustificazioni per la guerra sono costruite in virtù di una potenziale universalità del *rule of law* e questa costruzione artificiale di vuoti istituzionali a spianare la strada agli abusi occidentali, ipocrita perché coperta da una politica del doppio standard secondo cui le ricette a base di privatizzazioni e liberalizzazioni sono oppressive per i paesi bisognosi di aggiustamenti.

Mattei e Nader tentano una formalizzazione, in termini di teoria giuridica, della genealogia precedentemente allestita. Vi è secondo loro un passaggio dal *rule of law* alla *Imperial Law*. Gli autori offrono così una loro lettura sociologica della 'globalizzazione giuridica', per concluderne l'equivalenza integrale tra diritto imperiale e diritto americano. Il diritto americano, globalizzandosi, costituisce la nuova cifra del diritto imperiale: la separazione tra i domini del diritto, della politica e della religione; l'alleanza tra diritto ed economia; il carattere decentrato del sistema giurisdizionale; la natura del processo; la riduzione della democrazia politica alle elezioni. Tutte queste accuse sembrano ripetere le accuse fatte da vari autori al positivismo giuridico di aver terminato il suo ruolo politico e di essere diventato una forza di conservazione, a livello nazionale e internazionale e con lui l'ideale del *rule of law*.

In direzione contraria vanno quanti sostengono che la riarticolazione degli organi di governo dell'economia internazionale può essere tentata nel senso di una costituzionalizzazione di questi ultimi, che renda possibile alle politiche economiche di democratizzare di fatto il mondo dove le politiche di connessione di *rule of law* e diritti umani<sup>410</sup> hanno fallito. Tra questi giuristi troviamo Armin von Bogdandy<sup>411</sup>, Deborah Cass<sup>412</sup> Giorgio Sacerdoti<sup>413</sup>, J. Zang<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> F. Viola, *Ius gentium e Ius cogens. Alle radici del diritto internazionale dei diritti umani*, in V. Possenti (a cura di), *Pace e guerra tra le nazioni*, Milano, Guerini e Associati, 2006, pp. 169-194.

<sup>411</sup> A. von Bogdandy, *Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship*, in J.A Frowein – R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (V), 2001, p. 615 ss.

<sup>412</sup> Deborah Z. Cass, "The "Constitutionalization" of International Trade Law: Judicial Norm-generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade." *European Journal of International Law* 12, no. 1 (2001), pp. 39-78; Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, OUP 2005

<sup>413</sup> Giorgio Sacerdoti, *WTO Law and the Fragmentation of International Law*, in *The WTO Law at Ten*, Juris Publishing 2008; Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich and Jan Bohanes (edd.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press 2006

Proprio da alcuni mesi il G20 di Pittsburgh ha segnato una svolta di notevole rilevanza nella gestione dell'economia mondiale: si è voluto dar luogo a un approccio coordinato nello schema di nuova architettura per la gestione dell'economia mondiale.

Il G20 si è proposto come il centro delle decisioni politiche, credibile grazie alla sua ampia e bilanciata rappresentatività: il G20 intende realizzare le sue decisioni attraverso le istituzioni esistenti, rafforzandole, portandole esplicitamente ad essere i tre pilastri del nuovo ordine: FMI, Banca Mondiale e l'Organizzazione mondiale del commercio.

Al vertice vi dovrebbe essere l'Fmi, dotato di maggiori mezzi e riequilibrato nella ripartizione dei voti. Il Fondo riprende quel ruolo centrale in materia monetaria e di assistenza agli squilibri che sta alla base della sua esistenza. Il nuovo *Financial stability board* sarebbe l'autorità internazionale indipendente destinato a vigilare sui mercati finanziari e assicurarne la stabilità sulla base di regole certe.

Secondo pilastro, la Banca mondiale, la cui missione è di sostenere lo sviluppo nell'ottica della riduzione della povertà: questo organismo è stato quello che fino ad ora è stato più esplicitamente posto dalla dottrina in relazione con il concetto di *rule of law* e con le strategie di uso funzionalmente condizionale di tale concetto relativamente alla erogazione dei finanziamenti.

La novità politica dell'ultimo G20 è la volontà che il Wto affianchi Fmi e Banca mondiale in una triade cui è affidato il sostegno della ripresa e, insieme, il ruolo di assicurare un quadro certo sostenuto da impegni condivisi.

Sotto la guida del direttore generale Pascal Lamy, il Wto si è guadagnato questo riconoscimento. Già a Londra, in aprile, i paesi del G20 avevano espresso un serio impegno per la conclusione entro il 2010 a Ginevra del *Doha Round* il negoziato commerciale multilaterale lanciato a Doha nel 2001. In parallelo i G20 hanno riaffermato la volontà di astenersi da misure protezionistiche, affidando al Wto il ruolo di guardiano di questo impegno.

Ma quali sono in concreto le prospettive? Sulle misure protezionistiche, le valutazioni sono divergenti: gli osservatori hanno contato oltre 100 misure protezionistiche negli ultimi mesi, l'ultima e più eclatante il sovradazio Usa del 35% sui pneumatici cinesi<sup>415</sup>. Il quadro giuridico del Wto ha tuttavia tenuto bene, in particolare grazie al suo sistema di soluzione delle controversie, che si è mostrato un modello da imitare per le corti internazionali e per le autorità nazionali. politicamente il Wto è uscito rafforzato grazie alle nuove competenze di sorveglianza che si è visto attribuire.

---

<sup>414</sup> J. Zang, 'Textualism in GATT/WTO Jurisprudence: Lessons for the Constitutionalization Debate', 33 *Syracuse J Int'l L and Commerce* (2006) 393.

<sup>415</sup> La misura è stata però giustificata addirittura dal Nobel Paul Krugman come pienamente legittima (mentre l'*Economist* la denunciava come allarmante).

In effetti le regole del Wto consentono misure di salvaguardia e *anti-dumping* in casi dimostrati di squilibri imprevisti negli scambi e per contrastare politiche scorrette all'export. Al riguardo anche l'Unione europea è intervenuta, spesso su richiesta dell'industria italiana. Il fatto certo è che la temuta svolta protezionistica non c'è stata, che il commercio internazionale è sì calato del 10% ma a causa della riduzione della domanda, non per effetto di barriere artificiali. Come rileva della Cananea si può dare un giudizio elaborato in tema di politica del diritto: "Accreditandosi quale legittimo rappresentante dei popoli il Parlamento europeo ha realizzato un'accorta strategia istituzionale. Ha ottenuto una posizione sostanzialmente equiordinata, rispetto al Consiglio, per quanto concerne l'allocatione delle spese. Si è visto riconoscere dalla Corte di Giustizia, in un celebre caso costruito ad arte (*Les Verts*), la legittimazione processuale passiva, cui poi si è aggiunta quella attiva."<sup>416</sup>

Queste sono le conseguenze di quello che viene definito il *mito del deficit democratico*, connesso con la certo innegabile pervasività dell'operato dei tecnocrati all'interno delle istituzioni di governo della sempre costruenda Europa. Vi è chi al riguardo ha teorizzato efficacemente l'imperfezione della potenza europea, che in questa ha la sua originalità storica e la sua speranza<sup>417</sup>. Vi è poi chi<sup>418</sup> si è spinto a sostenere che il pubblico potere nell'Unione si sia volontariamente privato del suo carattere di cogenza per assumere più una sorta di politica della moral suasion a livello intergovernativo e interparlamentare. In questo scenario l'intreccio tra poteri e politica, nonché la definizione di una vera e propria costituzione economica è demandato al potere giudiziario.

Nel 2007 due sentenze hanno influito profondamente sulla prassi giudiziale tradizionale, e quindi hanno modificato i modi attraverso cui il *rule of law* viene interpretato dall'ordine giudiziario in Europa. In particolare corre la mente alla sentenza Microsoft (T-201/04 del 17.9.07) In presenza di un indizio di sfruttamento abusivo di posizione dominante si ha l'inversione dell'onere della prova che diviene a carico dell'impresa, sulla quale viene a gravare l'onere di giustificare la circostanza.

A questa si aggiunga la sentenza Lucchini (C-119/05 del 18.7.07), in cui la corte ha stabilito che il recupero di un aiuto di stato in contrasto con il diritto dell'unione europea non può essere ostacolato neanche da una sentenza passata in giudicato.

La conclusione del *Doha Round* è necessaria per implementare alcune fondamentali politiche economiche, come scambiare la riduzione dei sussidi agricoli dei paesi del Nord contro l'apertura ai prodotti finiti da parte dei paesi emergenti, con l'aggiornamento per tutti del sistema delle regole e delle eccezioni. Vi sono anche nuove sfide, aperte dalla rinnovata coscienza politica in materia

---

<sup>416</sup> G. della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, cit., p 109.

<sup>417</sup> P. Serra, *Europa potenza imperfetta...*

<sup>418</sup> T. Padoa-Schioppa, *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna 2001.

ambientale. Dopo la conferenza 'Kyoto 2' di Copenaghen si intravedono rischi di protezionismo insiti nell'introduzione della *carbon tax* a livello nazionale per contrastare il surriscaldamento globale. Per evitare un uso strumentale e una lettura moralistica del costituzionalismo economico sembra necessario anche in questo caso ribadire la centralità del *rule of law* attraverso l'emanazione intergovernativa di nuove regole: secondo alcuni interpreti poi il Wto dovrà essere attrezzato a gestirle, sostituendosi ai governi.

Questa soluzione potrebbe essere soddisfacente da un punto di vista procedurale ed economico, come è stato più volte ribadito da chi considera l'ideale giuridico dello stato di diritto come un perno per legittimare scelte di politica economica efficienti o per integrare forme alternative di governo nel sistema globalizzantesi.

Tuttavia esso si fonda sulla voluta confusione, più volte rilevata da Ferrajoli, tra diritti soggettivi e diritto fondamentali. Le due espressioni non sono sinonime: il sintagma "diritto soggettivo" è figura classica della dottrina giuridica nella quale rientrano, prima dei diritti fondamentali, tutti i diritti patrimoniali: il diritto di proprietà, i diritti di credito, che sono figure appartenenti alla nostra tradizione giuridica e che nulla hanno a che fare con lo stato di diritto; esso è un fenomeno moderno, legato non già come i diritti patrimoniali al diritto privato bensì al diritto pubblico sviluppatosi dopo la nascita dello Stato moderno. La sua modernità è dimostrata *ad abundantiam* dall'ambiguità in cui, a mezzo della nostra ricerca, vediamo sempre più sprofondare tale sintagma, al punto che viene posto in dubbio dalla critica persino cosa s'intenda con questa espressione.

In generale si possono condurre alcune considerazioni sulla connessione tra il rispetto del *rule of law* e la democrazia in Europa. La storia dell'integrazione europea non è mai stata lineare, ma è stata segnata da numerosi fallimenti politici, successi insperati, eclatanti casi giudiziari. Del resto in Africa e in America, quando si è cercato di trarre ispirazione dall'esperimento europeo per edificare una federazione ci si è limitati a trattati o a progetti di trattati che ancora ben poco hanno modificato l'assetto dei poteri e le relazioni internazionali. La teoria funzionalista non definisce neppure le condizioni nelle quali si può prendere la decisione di fondare un nuovo ordinamento<sup>419</sup>. I teorici costituzionali più sensibili alle problematiche di potere, come Dicey, Brice, Schmitt e recentemente Habermas, Dyzenhaus e Bellamy, ritengono che la possibilità di instaurare un nuovo ordine dei poteri debba essere accompagnato da un'a rottura della costituzionalità preesistente, che perde la sua legittimità dinanzi al puro e nudo potere, che si legittima però perché il popolo tutto se ne assume i rischi e si fa carico del peso della rivoluzione. Questa, dalle teorie di Fichte sulla legittimità di rovesciare un sovrano ingiusto fino alle teorie costituzionali di A. Pace, è stato il

---

<sup>419</sup> "Max Weber era dell'opinione che una decisione di questo tipo fosse eminentemente politica, riteneva insufficiente la sola dimensione economica, adduceva l'esempio dell'unione doganale tedesca." G. della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, cit., p 151.

paradigma del cambio di costituzione e di continua minaccia della politica nella sua nudità dinanzi a qualunque fantasma simil-teologico di autotutela del diritto in quanto tale, che l'ideologia del *rule of law* oggi sembra portare al parossismo mitizzando un modello anglosassone o quantomeno europeo-occidentale e tentando di imporlo nel mondo, facendo anche uso – e qui il cerchio si chiude con non poca ironia – della nuda forza delle armi.

### **Una sfera pubblica internazionale**

Per conseguire in maniera più concreta una tutela della pace occorrerebbe pervenire, sia pure progressivamente, al monopolio giuridico della forza in capo alle Nazioni Unite prefigurato dal capitolo VII della Carta dell'Onu. In questa prospettiva dovrebbe essere ripreso il processo di progressivo disarmo, interrottosi negli anni '90 dopo le Conferenze di Vienna e di Parigi, attraverso rigide convenzioni internazionali sul divieto della produzione, del commercio e della detenzione di armi. Le armi, essendo destinate comunque ad uccidere, dovrebbero finalmente essere considerate quali beni illeciti, ben più delle sostanze stupefacenti, e come tali messe al bando della convivenza civile. La loro disponibilità è infatti la causa prima delle guerre, oltre che del terrorismo e della criminalità. Naturalmente il divieto di produrre e detenere armi - *ne cives ad arma veniant* - non esclude, ma anzi comporta il monopolio giuridico della forza in capo a un'istituzione internazionale quale è la forza di polizia prevista dal capo VII della Carta dell'Onu: la quale, se fosse stata creata all'indomani della caduta del muro di Berlino con la cooperazione di delle diverse polizie nazionali, sarebbe intervenuta in tutte le crisi degli anni passati con ben maggior forza e credibilità e senza le inutili devastazioni provocate dalle guerre dal cielo dei paesi occidentali. Occorrerebbe poi rendere quanto prima operativa la competenza della Corte penale internazionale anche in ordine al crimine, previsto dalla lettera d) dell'art.2 del suo statuto, della "guerra di aggressione", pervenendo rapidamente a una sua definizione che delimiti rigorosamente l'ipotesi della "legittima difesa", oggi pericolosamente invocata anche a titolo preventivo in caso di semplice sospetto di aggressione.

Sotto il secondo aspetto, quello che riguarda la tutela dei diritti umani, la costruzione di una sfera pubblica internazionale passa attraverso la creazione o il rafforzamento di quelle che possiamo chiamare istituzioni internazionali di garanzia. In questa prospettiva, l'avvenimento indubbiamente più importante è l'entrata in funzione, l'1 luglio 2002, della Corte penale internazionale per i crimini contro l'umanità. Dipenderanno peraltro dal sostegno dell'opinione pubblica internazionale la sua efficienza, la sua credibilità ed anche la sua futura accettazione da parte delle potenze che fino ad oggi, temendo di vedere incriminati loro cittadini o governanti, si sono rifiutati di approvarla: come

gli Stati Uniti, la Russia, la Cina e Israele. Ma sono molte altre le istituzioni di garanzia che occorrerebbe introdurre. La più importante, in vista di un tendenziale monopolio della forza in capo all'Onu, sarebbe l'istituzione, di cui ho già detto, di una forza di polizia internazionale sotto la "direzione strategica" del "Comitato di stato maggiore" previsto dall'art.47 della Carta. Andrebbero poi organizzate, di fronte ai giganteschi problemi sociali della fame e della miseria generati da una globalizzazione senza regole, istituzioni deputate alla soddisfazione dei diritti sociali previsti dai Patti del 1966. Talune di queste istituzioni, come la Fao e l'Organizzazione mondiale della sanità, esistono da tempo, e si tratterebbe soprattutto di dotarle dei mezzi e dei poteri necessari alle loro funzioni di erogazione delle prestazioni alimentari e sanitarie. Altre - in materia di tutela dell'ambiente, di garanzia dell'istruzione, dell'abitazione e di altri diritti vitali - dovrebbero invece essere istituite.

Ma l'innovazione più decisiva, ai fini della costruzione di una sfera pubblica internazionale, sarebbe l'introduzione di una fiscalità mondiale, cioè di un potere sovrastatale di tassazione volto a reperire le risorse necessarie a finanziare le istituzioni di garanzia: che è il presupposto necessario di una politica internazionale redistributiva fondata sui diritti anziché sugli aiuti. E' in questa direzione che si orienta la proposta della *Tobin tax* sulle transazioni internazionali fatta propria dai movimenti cosiddetti "no-global". Ma ancor più giustificata, sulla base di principi elementari del diritto privato, sarebbe l'imposizione di un risarcimento, o meglio di un adeguato corrispettivo per l'indebito arricchimento proveniente alle imprese dei paesi più ricchi dall'uso e dallo sfruttamento, quando non dal danneggiamento, dei cosiddetti beni comuni dell'umanità: come le orbite satellitari, le bande dell'etere e le risorse minerarie dei fondi oceanici, attualmente utilizzate a titolo gratuito come se fossero *res nullius* anziché, secondo quanto stabilito dalle convenzioni internazionali sul mare e sugli spazi extra-atmosferici, "patrimonio comune dell'umanità". L'art.1 del Trattato sugli spazi extra-atmosferici del 27.1.1967 qualifica tali spazi come "appannaggio dell'umanità intera", imponendone l'"utilizzazione per il bene e nell'interesse di tutti i paesi, quale che sia lo stadio del loro sviluppo economico o scientifico". Analogamente, gli artt.136-140 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10.12.1982 affermano che "l'Area (di alto mare) e le sue risorse sono patrimonio comune dell'umanità", che "le attività nell'Area sono condotte a beneficio di tutta l'umanità, tenuto particolarmente conto degli interessi e delle necessità degli Stati in via di sviluppo" e che va "assicurata l'equa ripartizione dei vantaggi che ne derivano su base non discriminatoria".

La prospettiva di un simile allargamento alle relazioni internazionali del paradigma dello stato costituzionale di diritto, equivalente a quella che Habermas chiamerebbe la costruzione di una sfera pubblica mondiale, sia oggi la principale sfida lanciata dalla crisi dello Stato alla ragione giuridica e

alla ragione politica. Tale prospettiva, infatti, è non soltanto implicata e perciò normativamente imposta, se prendiamo il diritto sul serio, dal disegno normativo della Carta dell'Onu e delle Dichiarazioni e convenzioni sui diritti umani, ma rappresenta la sola alternativa razionale a un futuro di guerre, di violenze e di fondamentalismi. Per quanto l'odierna anarchia internazionale equivalga di fatto al primato della legge del più forte, essa non giova, nei tempi lunghi, neppure al più forte, risolvendosi in una generale insicurezza e precarietà: giacché sempre "il più debole", come scrisse Thomas Hobbes, "ha forza sufficiente per uccidere il più forte o con una macchinazione segreta o alleandosi con altri"<sup>420</sup>.

Purtroppo ciò che sta accadendo non consente nessun ottimismo. Ma occorre quanto meno evitare la fallacia naturalistica nella quale incorre buona parte della filosofia politica e giuridica "realistica". Nei processi in atto non c'è nulla di naturale, né di necessario, né perciò di inevitabile. Questi processi sono il frutto di scelte politiche, o se si preferisce di un vuoto di politica, che è parimenti il frutto di una scelta, e richiedono perciò alla politica e ancor prima alla cultura giuridica e politica, se li si vuol contrastare, la progettazione delle nuove e specifiche garanzie di uno stato di diritto internazionale in grado di fronteggiarli. E' sempre stato così, nella storia delle istituzioni. Non confondiamo quindi problemi teorici con problemi politici. Non presentiamo come utopistico o irrealistico, occultando le responsabilità della politica, ciò che semplicemente non si vuole fare perché contrasta con gli interessi dominanti, oltre tutto di cortissimo respiro, e che solo per questo è inverosimile che si faccia. Giacché questo tipo di "realismo" finisce per legittimare e assecondare come inevitabile ciò che resta comunque opera degli uomini, e di cui portano gran parte della responsabilità i poteri economici e politici più forti. Non ha nessun senso, in particolare, sostenere che, realisticamente, il disegno universalistico dell'Onu è un'utopia ed è comunque fallito dato che i suoi passati insuccessi ne hanno dimostrato l'impotenza, per carenza di mezzi e di poteri. L'Onu non è un'istituzione extra-terrestre. La sua attuale impotenza, così come il suo futuro e con esso il futuro della pace e dei diritti umani, non dipendono dalla sua natura, ma unicamente dalla volontà delle grandi potenze dell'Occidente, a cominciare dagli Stati Uniti, e dalla loro disponibilità a rinunciare al loro ruolo incontrastato di dominio militare, economico e politico e ad assoggettarsi anch'esse al diritto internazionale. Sarebbe nell'interesse di tutti - non solo del Sud del mondo ma anche dell'Occidente - riabilitare l'Onu e rafforzarne le funzioni di garanzia della pace e dei diritti: se non per ragioni morali o giuridiche, a tutela della nostra sicurezza e sopravvivenza e perciò dei nostri stessi interessi.

---

<sup>420</sup> T. Hobbes, *Leviatano*, tr. it. a cura di R. Santi, Bompiani, Milano 2001, cap. XIII, 1, p.203.

## Conclusioni

Riconoscere la ragione come la rosa nella croce del presente, e quindi godere di questa – tale riconoscimento razionale è la *riconciliazione* con la realtà, che la filosofia consente a quelli, i quali hanno avvertito, una volta, l'interna *esigenza di comprendere* e di mantenere, appunto, la libertà soggettiva in ciò che è sostanziale, e, al modo stesso, di stare nella libertà soggettiva, non come in qualcosa di individuale e di accidentale, ma in qualcosa che è in sé e per sé.

Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto, Prefazione*, p 19.

Il diritto pubblico nasce come limitazione dell'arbitrio del sovrano. Riprendendo una suggestione di Resta, lo stato di diritto costituisce l'apice di una congiura fraterna, il diritto pubblico in particolare si può mostrare come una *coniuratio* contro il governo tirannico degli uomini. Afferma al riguardo Koselleck: "il problema storico da risolvere è se Luigi XVI sia stato assassinato, oppure giustiziato, o addirittura punito; non il 'fatto' che una ghigliottina di un certo peso gli abbia staccato la testa dal tronco"<sup>421</sup>. Con la trasformazione del diritto in diritto pubblico, la rinnovata e obbligatoria partecipazione parlamentare trasforma le dispute proprie dei tribunali in dispute sulla legge. Tali dispute spesso giungono ad includere una visione del mondo, una metafisica, configgente con altre. Lo stesso processo di sempre maggior filosofizzazione dietro la *jurisprudence* angloamericana è indicatore della sempre maggiore influenza delle teorie sottostanti o sovrastanti le teorie del diritto. La figura del giudice-filosofo Ercole di Dworkin, trova il suo contraltare nel Siegfried giudice di uno stato iniquo. Noi preferiamo tratteggiare la figura solo ipotetica del filosofo Ulisse che, spinto dalla mania di espandere la dottrina giuridica, fa un uso della comparazione che sia funzionale alla maggiore equità della teoria del diritto. Del resto già due secoli or sono nella *Metafisica dei costumi* (1797) per Kant la domanda *quid ius* non è la stessa domanda che *quid iuris*, che cosa è il diritto non equivale a che cosa è di diritto, ma neanche alla domanda *quid est iustum*, che si può scindere in due altre sottoquestioni:

che cosa è giusto

-

che cosa è *il* giusto

---

<sup>421</sup> Koselleck, *Critica illuminista e crisi della società borghese* Il Mulino p. 174.



Sempre Kant ne *Il conflitto delle facoltà* (1798) considera forse il conflitto della facoltà giuridica con quella filosofica come un equivalente del conflitto tra diritto naturale e diritto positivo. Questa problematica oggi costituisce la spina dorsale della completezza di un ordinamento ricondotta alle sue fonti teoretiche. In termini giuridici ci si potrebbe chiedere: cosa succede se il diritto stesso non dice come colmare la lacuna? Ipotizzare un interprete autentico della volontà del legislatore è una necessità in materia di diritto pubblico, ma viola il principio di non retroattività della legge, e questo è un aspetto problematico degli espedienti giuspubblicisti recenti. Il parlamento acquisisce il diritto ad avere l'ultima parola in materia legislativa, in materia quindi di prescrivere a chi detiene il potere le linee guida della sua condotta, lasciando al detentore della esecuzione la discrezionalità a intensità variabile che ha caratterizzato proprio per questa variabilità le alterne vicende delle diverse forme di governo che si sono alternate anche negli ultimi decenni a livello europeo e italiano. La funzione immediata del principio di legalità è stata di impedire al Re la possibilità di una politica antagonista rispetto a quella voluta dal Parlamento: la sua origine è plasticamente rappresentata dagli esiti della rivoluzione inglese del 1689. Mentre la formula plurisecolare del giuramento dei sovrani (pronunciata ancora da Carlo I) era: «Concedis iustas leges et consuetudines esse tenendas et promittis eas per te esse protegendas et ad honorem Dei roborandas, quas vulgus elegerit, secundum vires tuas? Respondebis 'Concedo et promitto'», Guglielmo e Maria, invece, giurarono «di governare il popolo di questo Regno di Gran Bretagna, e i Domini a questo appartenenti, in armonia con gli statuti approvati in Parlamento e alle leggi e consuetudini dello stesso». Il Parlamento era diventato il padrone del diritto, e il Re non poteva opporsi. L'onnipotenza del diritto conduce a una serie di aporie di taglio filosofico fondamentale, che esulano dalla semplice problematica propria della teoria politica.

Una questione che può sembrare molto astratta riguarda le filosofie del diritto di Rawls e Dworkin nei loro assunti fondamentali, e apre le basi per un fecondo confronto tra le loro prospettive. Le affermazioni riguardo a quanto la legge prescrive, cioè a quel *set* di questioni che spazia dall'interpretazione al contenuto morale possibile o necessario, hanno la possibilità di essere oggettivabili o sono condannate a rimanere soggettive, quindi oggetto di disputa politica e al più del principio democratico-maggioritario? Questione che spazia quanto meno dalla redazione della *Critica del Giudizio* di Kant e dalle teorie della modernità liberale fino al già citato *Justice in Robes* (2006). Forse questo è il vero nucleo della differenza tra il *rule of law* e il *rule of men*: se vi deve essere un primato del diritto, le corti costituzionali devono poter avere l'ultima parola sul supremo organo politico, cioè sui parlamenti. La tutela dei diritti, sembra essere molto più al sicuro, a

livello nazionale e internazionale, se custodita dalle corti, piuttosto che nelle mani dei rappresentanti democraticamente eletti, e questo è anche il fulcro della crisi del positivismo, che vede forse compiuto il suo tornante epocale con l'epoca delle codificazioni auspicate da Bentham. Questo pone però ancora una volta il problema della fonte dell'obbligazione che noi abbiamo di obbedire la legge in generale, e insieme a questo il problema della legittimità del controllo giudiziario delle leggi, che non può essere solo condizionato da un precetto utilitaristico: l'intera produzione di Rawls fu diretta a evitare questa ricaduta in una legittimazione solo legata alla massimizzazione dell'utilità nella limitazione delle ingiustizie.

Non possiamo considerare aprioristicamente impossibile la prospettiva di una rifondazione dello stato di diritto all'altezza delle sfide in atto. Una simile idea equivarrebbe a un'abdicazione della ragione, e varrebbe di fatto a legittimare, i processi di dissoluzione in atto. Di più: equivarrebbe a una fallacia naturalistica che confonde ciò che accade con ciò che non può non accadere ed ignora precisamente quei due connotati dell'approccio normativistico che ho all'inizio indicato: la consapevolezza che il diritto è fatto dagli uomini e che dipende anche dalla cultura giuridica il senso comune che si sviluppa intorno ad esso e perciò il fatto che esso sia o meno preso sul serio.

Dobbiamo invece essere consapevoli che l'esito della crisi dipenderà dal ruolo che sarà in grado di svolgere il diritto e ancor prima la politica e prima ancora la cultura giuridica e politologica. Precisamente, la transizione verso un rafforzamento anziché un tracollo della sicurezza, della democrazia e dello stato di diritto dipenderà da una rifondazione della politica e della legalità, tramite istituzioni politiche e giuridiche all'altezza dei grandi e drammatici problemi sollevati dalla crisi teorica ed internazionale. Si tenterà di distribuire le conclusioni del nostro studio nei due ordini delle questioni teoriche e delle problematiche di politica internazionale del diritto che ha connotato la nostra analisi nelle pagine precedenti.

Si può enucleare una distinzione tra istituzioni di governo e istituzioni di garanzia, distinzione più profonda della classica distinzione che è alla base della separazione dei poteri. Le istituzioni di governo sono quelle investite di funzioni discrezionali, politiche, di scelta in ordine alla sfera del decidibile. Le istituzioni di garanzia sono invece quelle investite delle funzioni di tutela della pace e dei diritti fondamentali, cioè di tutte quelle funzioni strettamente vincolate alla legge: le funzioni giurisdizionali innanzitutto, ma anche quelle deputate alla garanzia in via primaria dei diritti fondamentali, come le istituzioni scolastiche e quelle sanitarie.

La tematica dell'immigrazione offre poi un altro scenario complesso in cui l'analisi funzionale del *rule of law* dovrebbe confrontarsi con le istanze politiche internazionali e le esigenze di giustizia che la possibilità di includere un contenuto morale nella legge pongono a chiunque, legislatore,

esecutivo o ordine giudiziario si confronti con queste istanze medesime. Il problema appare scottante negli USA, come è stato anche recentemente sottolineato da Koulish, che fin dal titolo di un suo volume ha voluto connettere le nuove emergenze al tema oggetto del nostro studio<sup>422</sup>.

Da un punto di vista politico, come anche da un tentativo di valutazione teorica quale quello da noi condotto appare ormai questionabile la pretesa stessa di una possibile neutralità normativa, in nome di una concezione dei diritti civili e umani propria di quella parte dei libertari progressisti che si trovano in questo sempre più simpatetici con la sinistra democratica americana. A partire da questo punto di vista si possono ad esempio criticare indifferentemente le amministrazioni Bush e Obama nello specifico delle loro *immigration control policies*. Esse sfidano la nozione stessa di *rule fo law*, in quanto costituiscono delle forme nuove e sempre più invasive di controllo da parte del potere esecutivo sulle forme di vita dei cittadini oltre che dei non cittadini sul suolo dello stato e nelle diverse eventualità degli attraversamenti di frontiera. Forniscono, come dopo l'attacco alle *Twin towers*, la possibilità di sempre più incontrollate intrusioni del controllo di polizia sulla vita dei cittadini. Quelle stesse frontiere che si vuole sempre più rendere evanescenti per il traffico internazionale delle merci e per gli scambi finanziari, come anche per le forme di moneta sempre più dematerializzate, divengono sempre più dense e impenetrabili per gli spostamenti di esseri umani che cercano un rimedio a condizioni di vita inumane, causate spesso dal recente colonialismo della delocalizzazione della produzione. Sia che si appartenga al campo teorico del giusnaturalismo o dei seguaci di Dworkin, e quindi si vuole che la legge abbia un minimo di contenuto morale, ma anche se si vuole semplicemente prevenire nuove forme di dominio incontrollato e invasivo, e quindi si è semplicemente sostenitori dei diritti fondamentali positivizzati in una legione di dichiarazioni positive appare necessario inserire nell'agenda degli organi internazionali, ma forse prima ancora dei trattati multilaterali, la tutela dei diritti dei migranti. Fa sorridere, nella nostra epoca in cui tra breve entreranno in funzione gli *scanner* all'aeroporto e la polizia di frontiera usa i mirini agli infrarossi tra USA e Messico, il dileggio di Hegel che nella sua *Filosofia del diritto* del 1821 accusava Fichte perché nel suo *Diritto Naturale* (1796) pretendeva un documento da cui risultassero i dati personali connessi a una *silhouette* dettagliata della persona: Hegel unisce in questa critica anche Platone, accusato di aver perso il punto di vista filosofico per perdersi nelle minuzie della normativa di dettaglio<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> Robert Koulish, *Immigration and American Democracy: Subverting the Rule of Law*, Routledge Chapman & Hall, 2010

<sup>423</sup>: "Platone poteva tralasciare la raccomandazione alle balie di non star mai ferme coi bambini, di dondolarli sempre sulle braccia; ugualmente, Fichte il perfezionamento del passaporto di polizia, sino a costruire, come si disse, che, dell'individuo sospetto, devono essere, non soltanto messi i connotati nel passaporto, ma dipinto in questo il ritratto. In simili particolari, non è più da vedere alcuna traccia di filosofia; ed essa può tanto più abbandonare simile ultrasaggezza, in quanto, sopra questa infinita quantità di argomenti, può certo mostrarsi liberalissima." *Lineamenti di filosofia del diritto, Prefazione*, cit., p 16.

Tuttavia, sostituendo al pessimismo teoretico l'ottimismo proprio di chi si appresta a dare un rilievo critico che serva in qualche modo quale fondamento per una rinnovata prassi legislativa, prima ancora che di una qualsivoglia *policy*, è opportuno per una nuova forma comprensiva di liberalismo politico sempre più una nuova forma di comprensione, per mantenere la libertà soggettiva nella sua forma più sostanziale, cioè la poliedricità delle libertà. Queste devono essere sempre più garantite da un concetto condiviso di libertà soggettiva a cui faccia seguito una prassi di legislazione positiva multilivello che non consenta più che tale libertà sia considerata individuale e accidentale, ma, secondo la profetica formulazione hegeliana, come qualcosa che è in sé e per sé. Abbiamo fatto cenno al riguardo come vi siano stati diversi tentativi di rinnovare le categorie hegeliane di comprensione e di descrizione anche prescrittiva di quale sia uno stato di diritto come quello di Brudner e di Habermas, e ancor prima il rinnovamento per il concetto di filosofia pratica secondo concetti hegeliani operato da McDowell e da Brandom, cui comunque riserviamo la critica di ignorare le concettualizzazioni complementari di Fichte nel suo *Diritto Naturale* del 1796, che ci sentiamo di indagare in indagini che però esulano dallo scopo di questo scritto.

Quello che si cerca di proporre, prima ancora che una stato costituzionale di diritto, è a nostro avviso il concetto di *uno stato di diritto nell'età delle costituzioni*, quale ci sentiamo di definire la nostra età, richiamandoci ma distinguendo la nostra posizione dal ben noto titolo di un saggio di Irti<sup>424</sup>, cioè mutandone il senso in un contenuto propositivo e ottativo.

Gli stati contemporanei presentano trasformazioni profonde che li hanno sempre più allontanati dal modello dello Stato di diritto, proprio del liberalismo e del positivismo ottocentesco, incentrato sull'assoluto predominio della fonte legislativa. La perdita di centralità della legge è resa palese dal forte ridimensionamento dello strumento che può essere considerato l'emblema della pretesa del legislatore di avocare a sé la disciplina della vita sociale, cioè il codice. La sempre maggiore importanza attribuita alle leggi speciali, il moltiplicarsi di leggi e i sempre più numerosi provvedimenti amministrativi, spesso tra di loro scarsamente coordinati, pieni di formulazioni vaghe, equivoche ed ambigue, frutto di incerte e precarie mediazioni politico-partitiche. È stato notato che la nota tipica della legislazione odierna è il compromesso politico che fa sì che la legislazione da attività normativa razionale guidata dagli interessi generali si trasformi in un coacervo di provvedimenti occasionali.

Si assiste così ad un ritorno al particolarismo giuridico, cioè a trattamenti normativi differenziati, che aveva rappresentato il principale bersaglio dei promotori delle codificazioni ottocentesche.

Il diritto dei codici è scaduto da diritto generale, applicabile salvo deroghe, a diritto comune, applicabile solo alle fattispecie più generali, non caratterizzate da quegli elementi particolari che ne

---

<sup>424</sup> N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.

hanno determinato la sussunzione sotto la legislazione speciale. La marginalizzazione del codice si è poi notevolmente accentuata, da un lato, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dall'altro, a seguito della nascita di istituzioni internazionali come, in primo luogo, l'Unione Europea.

La Costituzione si pone ad un livello normativo gerarchicamente superiore alla legislazione ordinaria, di cui il codice è espressione, sancendo diritti fondamentali e regole cui la legge non può derogare. L'Unione Europea è dotata di appositi organi produttivi di un diritto comunitario di cui l'ordinamento italiano riconosce ormai indubitabilmente l'efficacia: la stessa Corte Costituzionale in diverse pronunce ha affermato la capacità dei trattati comunitari di derogare al sistema costituzionale delle fonti ed ha sottolineato il potere-dovere dei giudici nazionali di disapplicare le norme interne contrastanti con il diritto comunitario direttamente applicabile.

Ulteriori fattori tra gli altri che hanno messo in crisi la legge statale sono il diritto internazionale privato e la cosiddetta *lex mercatoria*. Il diritto internazionale privato, cioè l'insieme delle norme che servono ad individuare le regole applicabili ai rapporti tra italiani e stranieri, ha sempre maggior rilevanza nelle odierne società multiculturali, cui si faceva cenno ricordando al riguardo l'opera di Kymlicka e la suo sempre maggiore rilevanza potenziale per i giuristi. La *lex mercatoria* designa un diritto derivante dagli usi, dai contratti e dai regolamenti degli ordini professionali nel campo del commercio internazionale, applicato dagli arbitri, scelti dalle parti in alternativa ai giudici nazionali, nelle decisioni delle controversie tra operatori commerciali di paesi diversi, ha da tempo superato la frammentazione dei diritti nazionali, rispondendo alle esigenze della globalizzazione dei mercati.

La *lex mercatoria* è criticata per essere un tipo di normazione *ad hoc*, discrezionale e non trasparente, pertanto incompatibile con i requisiti del *rule of law*. Sotto il profilo della sua concettualizzazione, gli approcci alla *lex mercatoria* risultano ulteriormente articolabili: v'è chi ne riconosce la forza giuridica, considerandola ormai come un dato di fatto dell'ordine internazionale, ma nega che essa soddisfi i requisiti formali delle norme giuridiche; v'è chi, invece, rifiuta di ascrivere ad essa valore giuridico, considerandola una mera patologia del diritto, l'effetto di una deriva economicistica del diritto che induce perdita di coerenza e razionalità<sup>425</sup>.

E' chiaro che la costruzione di un ordine mondiale informato ai principi dello stato di diritto richiede la creazione, ben più che di funzioni e di istituzioni di governo, di funzioni e istituzioni di garanzia. Le funzioni di governo infatti, riguardando la sfera della discrezionalità politica, sono tanto più legittimate quanto più rappresentative, cioè vicine al corpo elettorale, ed è bene perciò che rimangano quanto più possibile di competenza degli Stati nazionali ed affidate alle forme della democrazia politica. Non avrebbe senso, del resto, una democrazia rappresentativa planetaria: ciò che occorre creare, a livello internazionale, sono le funzioni e le istituzioni di garanzia, in primo

---

<sup>425</sup> W. E. Scheuerman, *Economic Globalization and the Rule of Law*, in «Constellations», 6, 1, 1999, pp. 3-25.

luogo della pace e in secondo luogo dei diritti umani, in sostituzione e se necessario anche contro gli Stati che hanno dimostrato prima la loro sanguinaria primitività nell'epoca moderna e delle guerre sempre più crudeli e antinomiche. Oggi poi gli stati si trovano anche a dare spettacolo della loro inanità e impotenza anche a tutelare i propri cittadini dinanzi ad aggressioni non convenzionali, in una situazione sempre più generalizzata a livello internazionale in cui la convenzionalità delle minacce e delle emergenze è diventata l'eccezione.

A livello statale assumono maggior rilievo le istanze soggettive, l'allocuzione che invita alla responsabilità morale del singolo operatore del diritto impegnato nella liturgia costitutiva del diritto, cioè in primo luogo nel processo.

Il processo e la sentenza hanno una grande rilevanza sia per le parti, sia per l'intera società: da qui i connotati liturgici e, come a più riprese ricordato da Resta il vero e proprio "mascherarsi" dei giudici, che indossano abiti da sacerdote per dissimulare la loro umanità<sup>426</sup>. Questo travestimento non è finalizzato a rappresentare il giudice come bocca del diritto, secondo la classica definizione francese, ma ancor di più lo proietta ad essere figurazione terrena della giustizia. Oltre a questa dimensione immaginale della giustizia, ne esiste un'altra, inseparabile da essa, che riguarda in generale tutti gli operatori del diritto, coloro, cioè, che dovrebbero renderla possibile, attraverso i due atti fondamentali che sono la legislazione e il processo.

Per quanto riguarda la valutazione della legislazione e della singola legge si può muovere dai recenti sviluppi del dibattito giusfilosofico, forse con una coloritura di positivismo inclusivo, cedendo persino ad una inclinazione atemporale e giusnaturalistica. Questo tenendo conto del tono più raffinato che è stato impresso ai dibattiti recenti: rileva John Finnis che l'affermazione *lex injusta non est lex* non va intesa nel senso che l'esistenza di una norma giuridica è condizionata al suo essere giusta ma nel senso che «una legge ingiusta non è "legge" nel senso principale del termine [cioè, *simpliciter*], nonostante lo sia in un senso secondario [cioè, *secundum quid*]»<sup>427</sup>. Una tale affermazione potrebbe trovare una congruenza con alcune posizioni proprie degli *inclusive positivists*, come Coleman, e dei pensatori più accorti come Kramer. Sembra la posizione dialogante fatta propria in Italia tra gli altri da Viola e Schiavello. In particolare Viola sostiene in maniera condivisibile che non bisogna identificare l'autorità politica con l'autorità statale, come si è mostrato tramite il sempre più frequente richiamo al *rule of law* da parte del diritto comunitario europeo, ma occorre estenderla in qualche modo anche ad altri ordinamenti specifici delle relazioni umane non direttamente politici, ma sempre più influenti come le Organizzazioni internazionali e il

---

<sup>426</sup> Tra gli altri Eligio Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2005

<sup>427</sup> J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), ed. it. a cura di F. Viola, trad. di F. Di Blasi, Giappichelli, Torino 1996, p. 398. Più in generale, sul tema del *rule of law* si vedano le pp. 397-401.

governo mondiale dell'economia<sup>428</sup>. Questi ultimi si collocano a nostro avviso su un piano meta esecutivo, condizionando gli esecutivi nazionali come i principi metagiuridici condizionano in maniera palese o a volte occulta il diritto.

Intento di Viola è esplorare un'altra via di collegamento tra il *rule of law* ed il concetto di diritto, una terza via che differisca da quella per cui il *rule of law* presuppone il concetto di diritto (Raz), sia da quella per cui il concetto di diritto presuppone in qualche modo il *rule of law* (Waldron).

I legislatori, ma forse più ancora i giudici, dovrebbero essere caratterizzati da un alto esercizio delle virtù, in particolare della prudenza e della giustizia, ma anche della fermezza. Quest'ultima diventa più rilevante quando l'ingiustizia appare la via più facile da seguire, in quanto implica accondiscendenza ai desideri e alle aspettative delle parti, oppure ai condizionamenti dell'ambiente sociale. In tale contesto, il giudice che desidera essere giusto e vuole adeguarsi al paradigma classico della giustizia vivente<sup>429</sup>, sperimenta la grave responsabilità della sua funzione, che include altresì la dovuta tempestività in ogni fase del processo: *quam primum, salva iustitia*. Tutti coloro che operano nel campo del diritto, ognuno secondo la propria funzione, devono essere guidati dalla giustizia. Colpisce in particolare il caso degli avvocati, i quali devono porre ogni attenzione al rispetto della verità delle prove, e forse evitare con cura di assumere, come legali di fiducia, il patrocinio di cause che, secondo la loro coscienza, non siano oggettivamente sostenibili.

I giudici si trovano oggi nei sistemi di *civil law* ad affrontare problemi analoghi a quelli della *judge-made law*, ma senza il retroterra culturale e sociale dei paesi di *common law*<sup>430</sup>. Infatti la produzione legislativa sempre più abbondante, caotica, continuamente modificata, piena di formule oscure e compromissorie, lascia aperti margini molto ampi di "creatività" da parte del giudice. Tutto ciò ha minato alla base il principio della certezza del diritto: oggi nessun cittadino, neppure il più esperto, è in grado di conoscere il diritto in vigore e, conseguentemente, di prevedere la valutazione giuridica dei suoi comportamenti.

Si è posta quindi, drammaticamente, la questione di come recuperare un grado di certezza accettabile, evidenziando che la certezza non è solo un elemento che attiene al momento della produzione del diritto, ma anche un aspetto dell'applicazione giuridica. La prima risposta formulata dalla dottrina è stata quella del ruolo da attribuire alla Costituzione: in quanto posta al vertice la carta costituzionale, che pure ha determinato la crisi della normazione legislativa, consente però di ricostruire l'unità del sistema, le cui norme devono costituire attuazione o almeno non violazione di essa. Le norme costituzionali, fornendo il parametro di legittimità delle norme ordinarie e

---

<sup>428</sup> Si veda al riguardo F. Viola, *The Rule of Law in Legal Pluralism*, in *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, ed. by T. Gizbert-Studnicki e J. Stelmach, Warszawa, Oficyna, 2007, pp. 105-131.

<sup>429</sup> Si veda al riguardo il testo di riferimento in Aristotele, *Etica nicomachea*, V, 1132a

<sup>430</sup> L'osservazione è di A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*. Gli articoli da 1 a 15. In *Trattato di diritto privato*. A cura di P. Rescigno. Torino. Vol. 1. 1982.

tracciando le linee di sviluppo delle norme speciali, riducono - o dovrebbero ridurre - l'incertezza dal punto di vista della produzione normativa, lasciando intravedere un quadro di riferimento.

La società odierna, in continua trasformazione, è sempre più divisa in gruppi e categorie che non condividono valori comuni, ma anzi sono portatori di interessi diversi, spesso fra loro contrastanti e profondamente mutevoli, è caratterizzata da insicurezza e instabilità e non può quindi esprimere un diritto uniforme e indifferenziato. Tale situazione fu ben analizzata tra gli altri da Rawls nel suo *Liberalismo politico*<sup>431</sup>: egli spiega come nelle società democratiche vi sia un ragionevole disaccordo in merito alle diverse concezioni della vita e di ciò che ha valore. E' possibile pensare che persone ragionevoli, sinceramente convinte della giustezza dei principi liberali, siano convinte che il valore supremo sia la libertà da incoraggiare a tutti i costi, anche a discapito dell'uguaglianza. Tuttavia, una forma di accordo su alcuni principi che possano essere accettabili anche da chi professa convinzioni ragionevolmente diverse è possibile: è possibile cioè un liberalismo politico ma non metafisico (quindi meno ambizioso di quello proposto da Hayek e che influenzava anche la sua teoria dello stato di diritto), garantito da ciò che Rawls chiama *overlapping consensus*. Tali conclusioni però sembrano a molti insoddisfacenti.

Secondo una tendenza oggi largamente diffusa a presentare ogni discorso su valori e principi come un discorso sui diritti, è sempre più sentita in dottrina l'esigenza di un vero e proprio "diritto alla certezza del diritto"<sup>432</sup> o, in un senso più ampio, comprensivo di quello di certezza, alla sicurezza<sup>433</sup>. Nella teoria di Bobbio i diritti umani «sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre»<sup>434</sup>. Ad esempio la libertà religiosa è un effetto delle guerre di religione; le libertà civili delle lotte dei parlamenti contro i sovrani assoluti; le libertà politiche e quelle sociali della nascita, crescita e maturità del movimento dei lavoratori salariati e così via. Certe richieste nascono, infatti, soltanto quando nascono certi bisogni e nuovi bisogni nascono in corrispondenza del mutamento delle condizioni della società.

Seguendo queste linee interpretative, si può dunque sostenere che nella società contemporanea, caratterizzata da instabilità, insicurezza, incertezza sia nato un "diritto alla certezza" o, in senso lato,

---

<sup>431</sup> J. Rawls, *Liberalismo politico*, a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano 1994.

<sup>432</sup> Questo aspetto è stato particolarmente sottolineato da A. Aarnio, il quale impiega "certezza" in un senso molto ampio, non solo per indicare la prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni, ma anche per indicare la conformità del diritto a *standards* valutativi quali la giustizia. Le affermazioni di Aarnio circa l'aspettativa di certezza del diritto, largamente diffusa tra i cittadini delle moderne società democratiche, andrebbero però forse ristrette alla certezza tradizionalmente intesa *stricto sensu*. Si veda A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo 1987.

<sup>433</sup> L'ampliamento della problematica della certezza alla sicurezza sarebbe avvenuto nel ventesimo secolo come reazione agli effetti e ai problemi della società borghese contemporanea: così sostiene N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (1981), trad. it. a cura di R. De Giorgi, Bologna 1990, p. 354ss.

<sup>434</sup> Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*. Torino 1990, pp. XIII-XIV.



alla sicurezza, da collocarsi fra i cosiddetti diritti della terza generazione, categoria vaga ed eterogenea, la cui caratteristica è stata spesso individuata nell'essere aspirazioni diffuse, desideri non di singoli, ma di gruppi umani, popoli o nazioni.

Tale diritto alla sicurezza è posto dal moderno pensiero costituzionale tra gli ideali che la Costituzione deve perseguire e proteggere. La sicurezza giuridica, a sua volta, presenta una dimensione oggettiva, di derivazione hobbesiana, che Peces Barba definisce «sicurezza attraverso il diritto»<sup>435</sup>. Vi si può poi ricondurre anche una dimensione soggettiva «la sicurezza nel diritto», la certezza giuridica.

Come abbiamo visto a più riprese, il tema dei rapporti tra diritto e morale è uno di quei temi che una analisi del concetto di *rule of law* non può esimersi dall'affrontare. Si può inoltre affermare che tale questione rappresenti l'oggetto per eccellenza della riflessione giusfilosofica: la contrapposizione fondamentale tra giusnaturalismo e positivismo giuridico dipende proprio da una radicale divergenza su quale sia il modo corretto di ricostruire la relazione tra diritto e morale.

Spesso si tollera un uso sin troppo disinvolto del termine 'morale'. Il fatto è che 'morale' è un termine polisemo e, dunque, è opportuno determinare, per quanto possibile, il significato da attribuire ad esso nel contesto del discorso. Come afferma a più riprese Barberis, quando si riflette sui rapporti tra diritto e morale è importante almeno precisare se si intende il termine 'morale' nell'accezione di morale positiva, come «una delle tante morali diffuse nella società», o in quella di morale critica cioè come una «morale ideale elaborata da filosofi e moralisti a partire dalla critica delle stesse morali positive»<sup>436</sup>.

La polisemia del termine 'morale' rileva primariamente in relazione alla tesi, difesa dal positivismo giuridico, della separabilità tra diritto e morale. Alcuni critici del giuspositivismo hanno inteso questa tesi in un senso molto ampio, come se attraverso essa si volesse difendere, almeno a livello concettuale, una autonomia assoluta, da ogni possibile prospettiva, tra diritto e morale.

Mettendo tra parentesi la scarsa plausibilità dell'incorporazionismo, nonché le eccessive ed artificiali rigidità del positivismo giuridico esclusivo, il pregio principale del positivismo giuridico inclusivo di Kramer e di altri autori a questa riflessione assimilabili è quello di riprendere la lezione dello stesso Hart che si caratterizza per lo sforzo di ricercare sempre una sintesi convincente tra posizioni configgenti. La teoria hartiana dell'interpretazione è una via di mezzo tra formalismo interpretativo e scetticismo normativo, che Hart definisce come «le Scilla e Cariddi della teoria del diritto: esse sono delle grandi esagerazioni, salutari quando si correggono reciprocamente, e la

---

<sup>435</sup> G. Peces Barba Martinez, *Teoria dei diritti fondamentali* (1991), trad. it. a cura di V. Ferrari, Milano 1993, pp. 222ss.

<sup>436</sup> M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, II ed., Giappichelli, Torino 2005, p. 42.

verità sta in mezzo a loro»<sup>437</sup>. Così, il positivismo giuridico inclusivo può essere considerato l'opportuna sintesi tra positivismo giuridico esclusivo, da un lato, e incorporazionismo, dall'altro.

Ogni sistema giuridico non incorpora semplicemente una forma di ordine sociale, ma quella particolare forma di ordine a cui sono attribuiti dei valori concorrenti accolti dai vari gruppi che hanno il controllo dell'attività legislativa, esecutiva e giudiziaria. Essere un positivista non significa negare verità evidenti, ma piuttosto affermare che non è in nessun senso necessario condividere o accogliere questi valori, in tutto o in parte, per poter sapere che il diritto esiste, o quale diritto esiste. A livello internazionale si sono individuate alcune dinamiche espansive della forma di governo della legge come ambizione a una forma globale di governo della legge, paradigma di superamento della post-modernità in un nuovo universalismo il cui contenuto morale è la stessa ambizione di riunire, quindi di pacificare le nazioni.

Oggi è sempre più difficile l'imputazione delle responsabilità, cioè l'esercizio di uno dei modi più efficaci per controllare l'esercizio del potere da parte dei funzionari. L'emergere di nuove competenze riguardanti settori prima esclusivamente regolati dal diritto statale, ed ora anche da organizzazioni internazionali o sovranazionali, moltiplica il numero delle autorità competenti e, quindi, produce nuove fonti di restrizione della libertà individuale senza gerarchie definite e stabili. Da questo punto di vista il *rule of law* dovrebbe accompagnarsi non solo come si è già più volte detto ad una revisione del principio della separazione dei poteri, ma anche a regole sulla circolazione delle autorità e sulla interconnessione tra gli ordini giuridici corrispondenti. Tutto ciò richiede processi di costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto sovranazionale, che oggi sono già all'opera, quantomeno se ne discute in riferimento a istituzioni di natura economica come il WTO. Vi è poi la zona ancora grigia relativa alle possibilità di cooperazione fra le costituzioni nazionali (*multilevel constitutionalism*).

Da ultimo va menzionato uno degli ultimi sviluppi in tema di diritto internazionale, il cosiddetto *soft law*. Il sintagma "soft law" si riferisce ad un'ampia gamma di strumenti: sul piano internazionale si fa con esso riferimento, a seconda dei casi, alle dichiarazioni, per loro intrinseca natura non dotate di vincolatività giuridica formale, alle convenzioni non ancora ratificate, alle linee-guida emanate da organismi intergovernativi o da organizzazioni non governative. In generale, l'espressione "soft law" indica quegli strumenti regolativi e quei meccanismi di *governance* che, pur implicando un certo tipo di impegno normativo, non poggiano su regole vincolanti né su un sistema di sanzioni. L'importanza del *soft law* si lega al riconoscimento di alcune caratteristiche strutturali del diritto odierno: la differenziazione funzionale ed il policentrismo, la reciproca apertura degli ordinamenti giuridici, talora verso la formazione di una

---

<sup>437</sup> H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it., Einaudi, Torino 1991, p. 173.

sorta di diritto globale, incaricato della soluzione di problemi che oltrepassano i confini statali e che talora sfuggono alle stesse categorie del diritto internazionale.

Nella misura in cui rappresenta una sfida per il formalismo giuridico, il *soft law* è visto rappresentare un pericolo per il *rule of law*. Muovendo da istanza al confine tra istituzionalismo e positivismo *à la* Hart (diritto come fatto sociale) si auspica una diversa visione del diritto, che dia spazio al *soft law* inteso forma di diritto transnazionale, riconoscendo le radici sociali dei fenomeni giuridici in generale. Gli strumenti di *soft law* secondo i suoi sostenitori possono considerarsi come mezzi di armonizzazione, unificazione e globalizzazione del diritto. Il *soft law* è sovente il prodotto degli sforzi per l'unificazione transnazionale e riflette la complessità del pluralismo giuridico globale dove molteplici ordini regionali coesistono con regimi giuridici specializzati.

Sembra quindi emergere, in senso complementare all'esigenza di una costituzione economica internazionale, la necessità di individuare una nozione di *rule of law* che sia emancipata dal riferimento allo stato e, sul piano internazionale, dalla logica esclusivamente interstatale.

La visione del *rule of law* in favore della quale intendo argomentare dà rilievo all'idea dell'interconnessione tra differenti fonti e ordinamenti giuridici. Segnatamente, considerando la sfera internazionale, il *rule of law* non dovrebbe essere accostato come se si dovesse scegliere tra una prospettiva cosmopolitica ed una prospettiva statocentrica. Questa contrapposizione perde di significato perché molti cambiamenti, nel diritto interno, transnazionale ed internazionale, sembrano procedere in modo connesso. Pertanto, il *rule of law* dovrebbe essere configurato prendendo sul serio tale interconnessione. Un apprezzamento del ruolo svolto dal *soft law* nella costruzione di un diritto tendenzialmente globale, confrontandosi con problemi rispetto ai quali le categorie tradizionali del diritto interno ed internazionale non risultano efficaci, richiede che si muova da una nozione di diritto antiformalistica, antistatualistica, non legicentrica. Si potrebbe riconoscere nel *soft law* una forma di normatività non in contrasto con l'ideale regolativo del *rule of law*, adatta alla dimensione globale ed alla diffusione dell'autorità che le è propria.

Muovendo dall'itinerario teorico del progetto kantiano si è associato il livello infrastatale del *Rechtsstaat* con il modello cosmopolitico di pace perpetua: lo scopo ultimo del filosofo di Königsberg è l'istituzione di un *allgemeiner Völkerstaat* che prenda la forma di una repubblica mondiale, attraverso la riunione degli Stati esistenti sotto una costituzione repubblicana cosmopolitica. Questa era intesa da Kant come estensione ad un livello superiore delle costituzioni repubblicane civili nate dalle rivoluzioni americana e francese: tuttavia, come ricorda Habermas<sup>438</sup>, la paura della nascita di uno stato mondiale dispotico (timore forse profetico) spinse il filosofo

---

<sup>438</sup>Jürgen Habermas, *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in *L'inclusione dell'Altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 177-215

prussiano a formulare l'idea di un surrogato negativo di tale *Weltrepublik* in una confederazione di stati o *Völkerbund* su base volontaria. A garantire la pace in un tale assetto mondiale sarebbero state tre tendenze favorevoli inquadrare da Habermas: la natura pacifica delle repubbliche, in cui la decisione sulla guerra avrebbe dovuto essere posta nelle mani del popolo, l'affermarsi, a livello mondiale di un *esprit de commerce* antitetico allo spirito guerresco e da ultimo la nascita di una sfera di opinione pubblica mondiale. È tuttavia a questo punto che la riformulazione habermasiana del progetto originario si stacca dalla traccia rappresentata dal filosofo di Königsberg prospettando l'alternativa di una società mondiale decentrata, di un sistema politico a più livelli che non assume nel suo complesso carattere di Stato. E nel quale non siano riuniti i tre elementi tipicamente fusi tra loro nello Stato nazionale: l'apparato statale, l'integrazione tra cittadini che condividono gli stessi valori e la garanzia costituzionale di un'autonomia pubblica e privata. Per comprendere le reali possibilità di attuazione di una tale proposta, tuttavia, bisogna partire dal diritto internazionale nella sua veste contemporanea, esaminando le tracce lasciate dal progetto di pace kantiano, attraverso le tappe rappresentate dalla conclusione delle due guerre mondiali e della guerra fredda. Il tentativo wilsoniano di dare concretezza alla *Völkerbund* kantiana attraverso la Società delle Nazioni ed il suo fallimento possono essere affiancati all'ironica contrapposizione esistente tra le innovazioni del diritto internazionale, come la nascita dell'ONU, i processi di Tokio e Norimberga, e la desolante prassi della guerra fredda a partire dal secondo dopoguerra. Anche in questo quadro non troppo ottimistico tuttavia vi è la speranza derivante dall'iniziativa di istituire tribunali per i crimini di guerra, nuovo avanzamento teorico e pratico della tutela dei diritti dell'uomo; proposito frenato tuttavia dai summenzionati fattori economici e politici sempre più complessi. E' possibile in questo contesto una giuridificazione piena delle relazioni internazionali? Il liberalismo egemonico si cerca di costituire una base morale tramite l'impresa collettiva di una convergenza teorico-politica internazionale sul *rule of law* polisensibile e quindi indeterminato. Questa opzione ha però mostrato le sue contraddizioni e risulta essere un'opzione destinata al fallimento. Le motivazioni empiriche di una tale presa di posizione: una volta definiti i mezzi più idonei al raggiungimento di una concreta condizione di pace nell'odierno contesto internazionale, appare evidente che questi strumenti sono più facilmente a disposizione in una società internazionale collegata orizzontalmente ed effettivamente obbligata a cooperare, piuttosto che nell'unilateralismo di una potenza mondiale. Tuttavia ben più gravi sono le ragioni normative per cui un tale progetto sembra destinato a fallire: esse riguardano la stessa logica del discorso pratico, per cui una entità egemone (uno stato come gli USA o in futuro un organismo come l'ONU) animata da buone intenzioni è destinata a convivere con una possibile commistione dei propri interessi particolari con gli interessi generali che dovrebbe in linea di principio perseguire: in questo senso una dissonanza cognitiva verrebbe avvertita dagli

stessi cittadini di una tale comunità politica. Un progetto ispirato a un kantismo consapevole resta dunque, a seguito di una tale conclusione, il più auspicabile anche nella situazione attuale, da considerarsi, come Habermas scrive nel saggio già citato «nell'ipotesi più ottimistica come una transizione dal diritto delle genti al diritto cosmopolitico» quando invece «molti segnali indicano invece una ricaduta nel nazionalismo»<sup>439</sup>. Lo spazio acquisito dagli strumenti di *soft law* mostra il ruolo crescente svolto dalla società civile, la capacità di quest'ultima di configurare la propria azione in senso transnazionale e tendenzialmente globale ed il tentativo, emergente del diritto internazionale pubblico di considerare direttamente la condotta di attori privati. Tutto ciò non necessariamente dovrebbe essere letto come uno dei segni di una sorta di neomedievalismo e potrebbe invece essere visto come il segno del riemergere dell'intrinseca razionalità del diritto, grazie alla quale proprio il diritto potrebbe assumersi il rinnovato prestigio necessario per affrontare questioni di portata globale e di organizzare una comunità giuridica al di là dei confini statali.

In conclusione ci si trova dunque ad andare con Habermas contro Kant quando disegna un diverso assetto istituzionale per la democrazia cosmopolitica del futuro, ma contemporaneamente con Habermas e con Kant se si individua l'orizzonte futuro della convivenza umana nel superamento dell'odierno assetto dei rapporti internazionali in direzione di un diritto che valga *perentoriamente* a livello transnazionale. La nozione di *governance*, spesso associata agli strumenti di *soft law*, non deve diventare una maschera per l'incertezza, la frammentazione e l'incoerenza delle scelte normative, ma un modo nuovo, decentrato, di organizzare il potere e di aumentare la partecipazione a vari livelli. Del resto, non si può pensare di contrastare poteri diffusi semplicemente riproponendo un'idea astratta del diritto, e interpretando il concetto di *rule of law* in tal senso. Quello che ci sembra sensato proporre è piuttosto un prendere atto del processo di slittamento dalla territorialità alla funzionalità in atto nel diritto contemporaneo e tentare di orientare tale processo in modo che non induca uno slittamento dalla democrazia alla tecnocrazia.

---

<sup>439</sup> Op. cit., p 195.

## Bibliografia

- The Hague Journal on the Rule of Law*, Cambridge University Press 2009-
- AA. VV. (Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, T.M. Scanlon, Judith Jarvis Thomson) *Assisted Suicide: The Philosophers' Brief*, in *The New York Review of Books* Volume 44, Number 5 · March 27, 1997
- AA. VV. Quaderni Fiorentini 31-2002 (speciale sullo *Stato di diritto*)
- AA. VV. a cura di James J. Heckman, Robert L. Nelson, *Global perspectives on the Rule of Law* (Law, Development and Globalization), Balkema 2009
- AA. VV. a cura di A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, Giappichelli, Torino 2005
- R. Alexy, *Theorie der juristischen argumentation*, Frankfurt am main, 1978, trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998
- R. Alexy, *A Defense of Radbruch's Formula*, in D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, p. 15.
- R. Alexy, *La teoria delle libertà fondamentali di John Rawls*, in Sciacca, Fabrizio (a cura di), *Libertà fondamentali in John Rawls*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 1-36.
- C. K. Allen, *Law in the making*, Clarendon Press, Oxford 1922.
- T. R. S. Allan, *Constitutional Justice*, Oxford UP 2001
- T. R. S. Allan, *Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity* in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 2 (Summer, 1988), pp. 266-277
- T. R. S. Allan, *The Rule of Law as Liberal Justice*, *University of Toronto Law Journal* - Volume 56, Number 2, Spring 2006, pp. 283-290
- J. Allen, *Blind Faith and Reasonable Doubts: Investigating Belief in the Rule of Law*, 24 *Seattle U. L. Rev.* 691 (2001).
- Ph. Allott, *Towards the international rule of law: essays in integrated constitutional theory*. Cameron May, London 2005.

P. Amselek and N. MacCormick.(edd.), *Controversies about law's ontology*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1991.

M. Andenas and D. Fairgrieve, '*There is A World Elsewhere*' — *Lord Bingham and Comparative Law in Tom Bingham and the Transformation of the Law*, a cura di M. Andenas e D. Fairgrieve, Oxford University Press, Oxford 2009.

J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, trad. it. a cura di M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 1995

Anthony Babington, *The Rule of Law in Britain from the Roman Occupation to the Present Day*, Barry Rose Law Publishers Ltd, Chichester, 3rd Revised edition 1995.

Randy E. Barnett, Foreword: *Unenumerated Constitutional Rights and the Rule of Law*, 14 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 615 (1991)

N. W. Barber, *The Rechtsstaat and the Rule of Law*, in *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 53, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 443-454

Mauro Barberis, *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in *Analisi e diritto 2006*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 1-18

M. Barberis, *Europa del diritto*, Mulino 2008

F. Bartolomei, Lo «stato di diritto» nel rapporto di tensione esistente tra legge e diritto. *Dir. e società*, 1997, 461

Leora Batnitzky, *A Seamless Web - John Finnis and Joseph Raz on Practical Reason and the Obligation to obey the Law*, 15 *Oxford J. Legal Stud.* 153 (1995)

David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004

Richard Bellamy (ed), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Ashgate 2005.

David Gray Carlson, *Liberal Philosophy's troubled Relation to the Rule of Law*, in *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 43, No. 2, Spring, 1993, 257-288.

Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Oxford 1958

Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di Geminello Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.

Giovanni Bognetti, *Dalla "rule of law" allo stato amministrativo: il problema della giustizia nell'amministrazione in america*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1975 fasc. 27, pp. 1 – 50 poi ripubblicato come: Giovanni Bognetti, *Dalla "Rule of law" allo "stato amministrativo": il problema della giustizia nell' amministrazione in America*, in *Jus*, 1986 fasc. 3, pp. 240 – 290; 1987 fasc. 1, pp. 11 – 47.

Timothy A. Canova, *Financial Market Failure as a Crisis in the Rule of Law: From Market Fundamentalism to a New Keynesian Regulatory Model* in *Harvard Law & policy review* 3 2009 pp. 269-97.

Carlson, David Gray, "Hart avec Kant: On the Inseparability of Law and Morality" . Cardozo Legal Studies Research Paper No. 222 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1104225>

Lord Bingham of Cornhill KG, *The Rule of Law*, Sixth Sir David Williams Lecture, Cambridge, 16 November 2006. Pubblicata in Cambridge Law Journal, Volume 66, Issue 01, March 2007, pp 67-85.

Tom Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane 2010

J. Brand & H. Hattenhauer (ed.), *Der Europäische Rechtsstaat. 200 Zeugnisse seiner Geschichte*, Müller UTB, Heidelberg, 1994

G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard U. P.1982

Thomas Carothers, *Promoting the rule of law abroad: in search of knowledge*. Washington, D.C. Carnegie Endowment for International Peace, 2006

Eric Carpano, *Etat de droit et droits européens: L'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, L'Harmattan 2005.

Bruno Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto* 2004, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 53-74.

A. Ceretti e L. Garlati (a cura di), *Laicità e stato di diritto* (atti del IV convegno sul tema, università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006), Giuffrè, Milano 2007,

Pierluigi Chiassoni, *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*, in *Analisi e diritto* 2003, P. Comanducci, R. Guastini (eds.), pp. 22-76

F. Cipriani, *Stato di diritto e garanzie processuali*, Edizioni Scientifiche Italiane 2008

J. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, ed. by M. Cohen, Duckworth, London, 1984.

J. Coleman, *Second Thoughts and First Impressions*, in *Analysing Law. New Essays in Legal Theory*, ed. by B. Bix, Clarendon Press, Oxford, 1998

J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*, Oxford U. P., Oxford 2001

J. Coleman, *Methodology*, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence*, a cura di Jules Coleman e Scott Shapiro, Oxford University Press Oxford 2002, pp. 311-51.

M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*. Milano 1979.

M. Corsale, *Certezza del diritto. Profili storici*, in *Enciclopedia giuridica*. Vol. 6, Roma 1988.

M. Corsale, *Il giurista tra norme e senso comune. Verso un nuovo diritto giurisprudenziale?* In *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di S. Cotta*. A cura di F. D'Agostino. Torino 1995.



- Edward S. Corwin, L'idea di «Legge superiore» e il diritto costituzionale americano, Neri Pozza 1963 (ed. originale *The Higher law background of American constitutional law* 1957)
- Pietro Costa, Danilo Zolo (edd.), *Lo stato di diritto*, Feltrinelli, Milano 2002.
- Sean Coyle, *The Human Face of the Rule of Law*, in *Current Legal Problems* 2009
- Sean Coyle, *Positivism, Idealism and the Rule of Law*, 26 *Oxford Journal of Legal Studies* (2006) 257-88
- Paul P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an analytical Framework*, *Public Law* 1997, 467-487
- Paul P. Craig, *Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy*, in *Public Law* 2003, pp. 92–111.
- Keith C. Culver, *Varieties of Vagueness A critical notice of Timothy A.O. Endicott, Vagueness in Law*, in *University of Toronto Law Journal* 54.1 (2004) 109-127
- Ralf Dahrendorf, *A Confusion of Powers: Politics and the Rule of Law*, in *Modern Law Review*, Vol. 40, No. 1 (Jan., 1977), pp. 1-15
- Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law And Economic Development*, Brookings Institution Press 2006
- O. De Bertolis, *Lo stato di diritto*, in *Civiltà cattolica*, 2004, vol. IV, 133
- Marc O. DeGirolami, *Faith in the Rule of Law*, 82 *St. John's L. Rev.* 573 (2008)
- Mitchel de S. O L'e Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, *Oxford Studies in European Law* 2009
- Jacques Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell' autorità»*. Bolatti Boringhieri, 2003
- Albert Venn Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Macmillan, London 1885 (nuova edizione: Liberty Fund, Indianapolis 1982)
- A. V. Dicey, *The development of administrative law in England*, *Law Review Quarterly*, 31, 1915 148
- Maria Dicosola, *Rule of law e cultura delle libertà*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2007 fasc. 13, pp. 109 - 20
- I. Dionigi, *La legge sovrana. Nomos basileus*, Biblioteca Univ. Rizzoli 2006 (interventi di Cacciari, Ravasi, Canfora ed altri).
- M. Dogliani, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico* 1 2008, pp. 1-28.

- D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, OUP 1997
- D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, 1999
- R. Dworkin, *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press 1977
- R. Dworkin, *Political judges and the rule of law*. British Academy, London 1980, p.259-287.
- R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press (1985).
- R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press (1986)
- R. Dworkin, *Constitutionalism and Democracy*, Eur. Journal of Philosophy, 3, 1995, pp. 2-11
- R. Dworkin, *Freedom's Law*, Harvard University Press (1996)
- R. Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press (2000)
- R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press (2006)
- R. Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton UP 2006; trad. it.: *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), Feltrinelli, Milano 2007
- J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard UP 1980
- John H. Ely, *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial review*, Maryland Law Review, 37, 451-87.
- T. Endicott, *The Impossibility of the Rule of Law*, 1 Oxford Journal of Legal Studies 19 1999
- T. Endicott, *Vagueness in Law*, Clarendon Press, Oxford 2000
- T. Endicott, *The Subsidiarity of Law and the Obligation to Obey*, 50 Am. J. Juris. 233 (2005)
- T. Endicott, *Adjudication and the Law*, Oxford Journal of Legal Studies 27 2007 (311)
- Richard H. Fallon, *Further Reflections on Rights and Interests: A Reply*, 27 Ga. L. Rev. 489 (1992-1993)
- Richard H. Fallon Jr., *"The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse*, 97 Colum. L. Rev. 1, 1, 7 (1997).
- Daniel A. Farber, *The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law*, 45 Vand. L. Rev. 533, 547-49 (1992)
- Ferdinand J. M. Feldbrugge, *Russia, Europe, and the Rule of Law*, Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic 2006.

- M. L. Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, La Haye, Kluwer, 1999
- L. Ferrajoli, Stato sociale e stato di diritto, in *Politica del diritto*, 1982, p 41 sgg.
- L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Laterza 2007
- J. Finnis, Revolutions and Continuity of Law, in: A. W. B. Simpson, *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Clarendon, Oxford 1973, p. 69 sgg.
- John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press 1980.
- John Finnis, On the Incoherence of Legal Positivism 75 *Notre Dame L. Rev.* 1597 (1999-2000)
- John Finnis, “Aquinas on jus and Hart on Rights: A Response”, *Review of Politics* 64 (2002) 407-10
- John Finnis, “Law and What I Truly Should Decide”, 107 *American Journal of Jurisprudence* 48 (2003)
- E. Forsthoﬀ, *Stato di diritto in trasformazione*, (1964) tr. it. a cura di C. Amirante, Milano 1973.
- J. Frank, *Are Judges Human?* in *University of Pennsylvania Law Review* 1931, pp.17-53, 233-67.
- J. Frank, *Law and Modern Mind*, 1949
- Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, 71 *Harv. L. Rev.* (1958) 630.
- Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven & London 1964
- Functional Analysis, Subsidies, and the Dormant Commerce Clause, 110 *Harv. L. Rev* 1537 (1996-1997)
- R. Garcia Manrique, Autonomy and the Rule of Law, in «*Ratio juris*», 20, 2, 2007, pp. 280-301,
- John Gardner, Legal Positivism: 5 1/2 Myths, 46 *Am. J. Juris.* 199-227 (2001)
- R. George, “Reason, Freedom, and the Rule of Law: Their Significance in the Natural Law Tradition”, *Am. J. Juris.* 46, 249.
- Marcello Gigante, *Nomos Basileus*, Bibliopolis 1993
- Tom Ginsburg, Tamir Moustafa (Editors), *Rule By Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press 2008
- Murray Gleeson (Chief Justice of Australia), “Courts and the Rule of Law”, Lecture at Melbourne University, 7 November 2001, <http://www.hcourt.gov.au/speeches/dj/dj-ruleoflaw.htm>
- Stephen Golub, ‘Participatory Justice in the Philippines’, in Mary McClymont and Stephen Golub, ed., *Many Roads to Justice: The Law-Related Work of Ford Foundation Grantees Around the World*, New York, The Ford Foundation 2000

Stephen Golub, *'Beyond Rule of Law Orthodoxy: The Legal Empowerment Alternative'*, Carnegie Endowment Working Papers, Rule of Law Series, Democracy and the Rule of Law Project, Carnegie International Endowment for Peace, Washington DC (2003).

Rainer Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de Droit, in Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis*, Christian Starck, 1999

Riccardo Guastini, *Implementing the Rule of Law*, in *Analisi e diritto* 2001. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini - G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.

K. Haakonssen, *The Limits of Reason and the Infinity of Argument*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1981, pp. 491-503.

Willem de Haan, Jos Silvis and Philip A. Thomas, *Democracy, Rule of Law and Critical Legal Theory in Germany* in *Journal of Law and Society*, Vol. 18, No. 3 (Autumn, 1991), pp. 347-352

Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, trad. it. *Fatti e Norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996.

J. Habermas, *On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy*, *European Journal of Philosophy* 3, 1995, 12-20

J. Habermas, *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in *L'inclusione dell'Altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 177-215

J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2002

Marci A. Hamilton, *God vs. the Gavel: Religion and the Rule of Law*, Cambridge University Press 2007

H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, ed. by P. Bulloch and J. Raz, Oxford University Press, Oxford, 1994; trad. It., *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1991

H. L. A. Hart, *Positivism and the separation of Law and Morals*, *Harvard L. R.* 71, 1958, pp. 593-629

H. L. A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream" (1977) 11 *Ga. Law Review* 969

W. Burnett Harvey, *The Rule of Law in Historical Perspective*, *Michigan Law Review*, Vol. 59, No. 4 (Feb., 1961), pp. 487-500

J. Harvie Wilkinson III, *The Role of Reason in the Rule of Law*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 56, No. 2, *The Federal Court System* (Spring, 1989), pp. 779-809

Friedrich August von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London 1960; trad. it. *La società libera*, Vallecchi, Firenze 1969.

- F. A. von Hayek, *The political ideal of the rule of law*, Cairo 1955.
- F. A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*; I. Rules and Order, 1973
- Eric Heinze, Power Politics and the Rule of Law: Shakespeare's First Historical Tetralogy and Law's "Foundations", in OJLS 1 2009 pp. 139-168
- Hermann Heller, *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, a cura di U. Pomarici, Editoriale Scientifica, 1998
- Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, Paris 2002.
- Hibbitts, Bernard J, The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law,. 23 Anglo-Am. L. Rev. 1 (1994)
- Stephen Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, Chicago 1995.
- Morton Horwitz, The Rule of Law: An Unqualified Human Good? 86 Yale Law Journal (1977).
- Morton Horwitz, *The Transformation of American Law: 1870-1960*, Oxford University Press, New York 1992.
- Humphreys, 'Nomarchy: On the Rule of Law and Authority in Giorgio Agamben and Aristotle', Cambridge Review of International Affairs (2006).
- Allan C. Hutchinson, Patrick Monahan (edd.), *The Rule of law: ideal or ideology*. Carswell, Toronto 1987
- Peter Ingram, Maintaining The Rule of Law, in *The Philosophical Quarterly*, Vol. 35, No. 141, Special Issue: Philosophy and the Law (Oct., 1985), pp. 359-381
- L. L. Jaffé, *English and American Judges as Lawmakers*, Clarendon Press, Oxford 1969
- Erik G. Jensen, Thomas C. Heller (edd.), *Beyond common knowledge: empirical approaches to the rule of law*, Stanford Law and Politics, Stanford 2003.
- Jeffrey Jowell, "The Rule of Law Today" in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds), *The Changing Constitution*, 5<sup>th</sup> ed, (Oxford, 2004), pp 20-35
- W. Kägi, *Rechtsstaat und Demokratie*, in *Festgabe Giacometti*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1953, p. 107 ss.
- Kauffman, Daniel, *The Misrule of Law: Does the Evidence Challenge Conventions in Judiciary and Legal Reforms*, World Bank, Washington 2001  
[www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/misruleoflaw.pdf](http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/misruleoflaw.pdf)
- Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America* (1997).

David Kennedy: *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, unpublished manuscript, 1975; reformatted 1998, published with a new preface by the author, "Thirty Years Later" (Washington D.C.: Beard Books, 2006)

Duncan Kennedy, *Form & Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976)

Duncan Kennedy, 'The Structure of Blackstone's Commentaries' (1979) 28 Buffalo Law Review 205

Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds., (Cambridge, 2006); *Versione precedente: Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968*, 36 Suffolk Univ. L. Rev. 631 (2003)

Robert Koulisch, *Immigration and American Democracy: Subverting the Rule of Law*, Routledge Chapman & Hall, 2010

Matthew Kramer, *Also Among the Prophets: Some Rejoinders to Ronald Dworkin's Attacks on Legal Positivism*, 12 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 53-82 (1999) p 54

Matthew Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law Without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 1999

Matthew Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, 2004

Matthew Kramer, "On the Moral Status of the Rule of Law," 63 *Cambridge Law Journal* 65-97 (2004)

Matthew Kramer, "On the Separability of Law and Morality," 17 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 315-35 (2004)

Matthew Kramer, "Legal and Moral Obligation," in Martin Golding and William Edmundson (eds), *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell, 2004), 179-90

Matthew Kramer, "The Big Bad Wolf: Legal Positivism and Its Detractors," 49 *American Journal of Jurisprudence* 1-10 (2004)

Matthew Kramer, *Supervenience as an Ethical Phenomenon*, 50 Am. J. Juris. 173 (2005)

Matthew Kramer, "Of Final Things: Morality as One of the Ultimate Determinants of Legal Validity," 24 *Law and Philosophy* 47-97 (2005)

Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2007)

P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, Mohr, 1986.

Christopher L. Kutz, *Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law* in Yale Law Journal, Vol. 103, No. 4 (Jan., 1994), pp. 997-1030

Francisco J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Editorial Trotta 2007

- Brian Leiter, Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence, 48 Am. J. Juris. 17 (2003)
- M. Letourneur and R. Drago, The Rule of Law as Understood in France, in The American Journal of Comparative Law, Vol. 7, No. 2 (Spring, 1958), pp. 147-177
- Matthew Lewans, Rethinking the Diceyan Dialectic, 58 Univ. of Toronto L.J. 75, 2008
- Carlo Lottieri, Diritti naturali, rule of law e "poteri neutri". Per una critica lockiana della filosofia liberale contemporanea, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 2000 fasc. 1, pp. 30 - 58
- Frank Lovett, A Positivist Account of the Rule of Law, in Law & Social Inquiry, Vol. 27, No. 1 (Winter, 2002), pp. 41-78
- Theodore J. Lowi, The Welfare State, the New Regulation, and the Rule of Law, in The Rule of Law: Ideal or Ideology (quot.) 17-58
- William Lucy, *Philosophy of Private Law* (Clarendon Law Series) Oxford University Press 2007
- Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford University Press, Oxford - New York 2005
- Amichai Magen, International Actors, Democratization and the Rule of Law: Anchoring Democracy? Routledge/UACES Contemporary European Studies 2009
- Giuliano Marini, (1964) Lo stato di diritto kantiano e la critica di Hegel. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, XLI (1-2). pp. 227-237.
- B. Markesinis, 'Judicial Mentality: Mental Disposition or Outlook as a Factor Impeding Recourse to Foreign Law', 80 TUL. L.REV. 1325 (2006).
- Andrei Marmor, *The Rule of Law and its Limits*, in Law and Philosophy 23: 1-43, 2004.
- Norman S. Marsh, The Rule of Law as a Supra-National Concept, in Oxford Essays in Jurisprudence, edited by A. G. Guest, Oxford University Press, London 1961, pp. 223 – 264.
- Norman S. Marsh, Reviewed work(s): The World of Science and the Rule of Law by John Ziman; Paul Sieghart; John Humphrey, in The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 36, No. 2 (Apr., 1987), pp. 418-419
- Ugo Mattei, Laura Nader, *Plunder: When the Rule of Law Is Illegal*, Wiley-Blackwell (an imprint of John Wiley & Sons Ltd) 2008
- N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978
- C. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Torino 1973
- J. J. Moreso, In Defence of Inclusive Legal Positivism, in P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001

J. J. Moreso, Positivismo giuridico e applicazione del diritto, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2005, pp. 225-243.

Glenn R. Morrow, Plato and the Rule of Law in *The Philosophical Review*, Vol. 50, No. 2 (Mar., 1941), pp. 105-126

Michael Neumann, *The Rule of Law: Politicizing Ethics*, Ashgate, 2002

Fabio M. Nicosia, *Il sovrano occulto. Lo «Stato di diritto» tra governo dell'uomo e governo della legge*, Franco Angeli 2000

M. Nigro, Silvio Spaventa e lo stato di diritto. *Foro it.*, 1989, V, 109

C. S. Nino, Dworkin and Legal Positivism, in *Mind* 1980

C. S. Nino, Introducción al análisis del derecho, Astrea, Buenos Aires 1980. Trad. it. Introduzione all'analisi del diritto, Giappichelli, Torino 1996.

Andre Nollkaemper, *Domestic Courts and the Rule of International Law*, Oxford University Press 2009

Walter K. Olson, *The Rule of Lawyers: How the New Litigation Elite Threatens America's Rule of Law*, Truman Talley Books 2003

Gianluigi Palombella, *Il rule of law, la democrazie e il diritto internazionale. A partire dall'esperienza degli Stati Uniti in Studi sull'integrazione europea*, 2007 fasc. 2, pp. 255 - 284

Gianluigi Palombella and Neil Walker (edd.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing 2009

Mario Patrono, La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla Rule of Law allo Human Rights Act del 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento in *Nomos*, 2004 fasc. 1, pp. 15 – 40, anche in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. I, p. 77 ss.

Chaim Perelman (ed.), *La Règle de droit*, Bruylant, 1971.

Daniela Piana, *Judicial Accountabilities in New Europe: From Rule of Law to Quality of Justice* (Studies in Modern Law and Policy) Ashgate Publishing 2010

Pievatolo, M.C., Rule of law e ordine spontaneo. *La critica dello Stato di diritto eurocontinentale in Bruno Leoni e Friedrich von Hayek*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.

A. Pizzorno, *Il potere dei giudici*, Laterza, Roma-Bari 1998

P. P. Portinaro, *Foedus pacificum e sovranità degli Stati: Un problema kantiano oltre Kant*, in *Iride*, n. 17 (1996), pp. 94-103.

P. P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in Costa, Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto cit.*



- Gerald J. Postema, *Positivism, I Presume...Comments on Schauer's Rules and the Rule of Law*, 14 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 797 (1991)
- Gerald J. Postema (Editor), *Philosophy and the Law of Torts* (Cambridge Studies in Philosophy and Law) Cambridge University Press (2001)
- Ulrich K. Preuss, *Perspectives of Democracy and the Rule of Law* in Journal of Law and Society, Vol. 18, No. 3 (Autumn, 1991), pp. 353-364
- G. Radbruch, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht » (1946) in id., *Rechtsphilosophie*, Müller/UTB, Heidelberg, 1999, p. 219 ss.
- Margaret Jane Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 Boston U.L. Review 1989 781
- Ilaria Ramelli, *Il Basileus come nomos empsychos tra diritto naturale e diritto divino. Spunti platonici del concetto e sviluppi di età imperiale e tardo-antica*, Bibliopolis 2006
- J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, traduzione di U. Santini, revisione e cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 1999.
- J. Rawls, *Liberalismo politico*, traduzione di G. Rigamonti, a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano 1994.
- J. Rawls, *Il diritto dei popoli*, a cura di S. Maffettone, Edizioni di Comunità, Torino 2001.
- J. Rawls, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, traduzione di G. Rigamonti, a cura di E. Kelly e S. Veca, Feltrinelli, Milano 2002.
- Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, pp. 210-32
- J. Raz, *Legal Rights*, Oxford J Legal Studies 1984 4: 1-21
- J. Raz, *Authority, Law and Morality* in The Monist 1985, pp. 1-20.
- J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986
- J. Raz, *The Politics of the Rule of Law*, in *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, OUP 1995, pp. 354-62
- J. Raz, *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*, 90 Minn. L. Rev. 1003 (2005-2006)
- J. Raz, *About Morality and the Nature of Law*, 48 Am. J. Juris. 1 (2003)
- M. J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Paris, Economica-PUAM, 1992
- John Phillip Reid, *Rule of Law: The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Northern Illinois University Press, 2004

Eligio Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2005

Eligio Resta, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari 2008

Angelo Rinella, L'attività legislativa in Cina. L'"obliquità" dell'ordinamento costituzionale cinese tra rule of law e pragmatismo, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007 fasc.

1, pp. 3 - 26

Barry J. Rodger, *Competition Policy and Globalization: Liberalism and the Rule of Law in a Global Economy: Some Reflections and Applications* (Globalization & Law) Ashgate 2009

Michel Rosenfeld, Rule of Law Versus Rechtsstaat. In *Menschenrechte und Bürgerrechte in einer vielgestaltigen Welt*. Ed. Peter Häberle and Jörg P. Müller, 49–71. Basel: Helbing & Lichtenhahn 2000

Charles Sampford, *Retrospectivity and the rule of law*, Oxford U. P. 2006

E. Santoro, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Giappichelli 2008.

Alvaro Santos, *The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development*, in David M. Trubek - Alvaro Santos, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press 2006, pp.253-301.

Rumu Sarkar, *International Development Law: Rule of Law, Human Rights, and Global Finance* Oxford Univ Press 2009

Cheryl Saunders, Katherine Le Roy (edd.), *The rule of law*. Federation Press, Sydney 2003.

A. Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules, 56 U. Chi. L. Rev. 1175

U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia* 1987, p 3 ss.

Frederick Schauer, "Formalism", *Yale Law Journal* 97 (1988), 509-548.

Frederick Schauer, Rules and the Rule of Law, 14 Harv. J. L. & Pub. Policy 645 (1991)

Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991; trad. it.: *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Mulino 2000.

Frederick Schauer, A Comment on the Structure of Rights, 27 Ga. L. Rev. 415 (1992-1993)

Frederick Schauer, Opinions As Rules, 62 U. Chi. L. Rev. 1455 (1995)

William Scheuerman, 'The Rule of Law and the Welfare State: Towards a New Synthesis' (1994) 22 *Politics and Society* 195

William E. Scheuerman, *Between the Norm and Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1994.

Eric J. Segall, Justice Scalia, Critical Legal Studies, and the Rule of Law, 62 Geo. Wash. L. Rev. 991 (1994).

Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Penguin 2009

Ian Shapiro (ed.), *The Rule of law*, numero speciale di NOMOS (n. 36) New York University Press, New York 1994

G. Silverstein, Globalization and the Rule of Law: "A Machine that Runs of Itself?", in «International Journal of Constitutional Law», 1 (3), 2003, pp. 427-45.

Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Cambridge UP 2007

David A. Skeel, Jr. & William J. Stuntz, Christianity and the (Modest) Rule of Law, 8 U. Pa. J. Const. L. 809, 821-23 (2006).

M.B.E. Smith, Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?, 82 Yale L.J. 950, (1973).

Lawrence B. Solum, , On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma, 54 U. Chi. L. Rev. 462 (1987)

Lawrence B. Solum, Equity and the Rule of Law, in Ian Shapiro, ed., *The Rule of Law: Nomos* vol. 36 (1994).

Lawrence B. Solum, The Aretaic Turn in Constitutional Theory, 70 Brook L. Rev. 475 (2005).

F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino 2001

S. Stamatii, *Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea*, in "Rass. parl.", 1 (2005)

Francisco Suarez, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, libro primo, a cura di O. de Bertolis Cedam 2008

Robert S. Summers, A Formal Theory of the Rule of law, in «Ratio Juris», 6, 2, 1993, pp. 127-142.

R. Summers, Principles of the Rule of Law, 74 Notre Dame L. Rev. 1691 (1998-1999)

Cass Sunstein, "Justice Scalia's Democratic Formalism," The Yale Law Journal, Vol. 107, No. 2 (Nov. 1997), p. 530.

C. Sypnowich, "Utopia and the Rule of Law", in D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* (Hart Publishing, 1999), p. 179 ss.

Brian Z. Tamanaha, *On the rule of law: history, politics, theory*. Cambridge University Press, Cambridge - New York 2004.

Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press 2006.

Michele Taruffo, Il giudice e la "Rule of Law" in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999 fasc. 3, pp. 931 - 943

Laurence H. Tribe, Revisiting the Rule of Law, 64 *N.Y.U. L. Rev.* 726 (1989)

Adrian Vermeule, Instrumentalisms, 120 *Harv. L. Rev.* 2113-32 (2007) (book review)

V. Villa, Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni teoriche del giuspositivismo, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 155-189.

F. Viola, *Rawls e il Rule of Law*, in «Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto», n. 4, a cura di A. Punzi, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 179-210.

F. Viola, *The Rule of Law in Legal Pluralism*, in *Law and Legal Cultures in the 21<sup>st</sup> Century. Diversity and Unity*, ed. by T. Gizbert-Studnicki e J. Stelmach, Warszawa, Oficyna, 2007, pp. 105-131.

F. Viola, *Il «Rule of Law» e il concetto di diritto*, in *Ragion Pratica* 30 2008, pp. 151-168

J. Waldron, The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory, in «*Ratio Juris*», 2 (1), 1989, p. 94.

J. Waldron, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?," 21 *Law and Philosophy* 137 (2002)

J. Waldron, "The Rule of Law as a Theater of Debate," in *Dworkin and His Critics* (Justine Burley, ed., Blackwell Publishers, 2004)

Jeremy Waldron, The Concept and the Rule of Law (September 24, 2008). *Georgia Law Review*, Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-50. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1273005>

J. Waldron, "Legislation and the Rule of Law," 1 *Legisprudence* 91 (2007)

Geoffrey de Q. Walker, *The rule of law: foundation of constitutional democracy*, Melbourne University Press, Portland 1988.

W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon, Oxford 1994

Ellis Washington, *The Inseparability of Law and Morality. The Constitution, Natural Law, and the Rule of Law*, University Press of America 2002.

Ernest J. Weinrib, The Intelligibility of the Rule of Law, in *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, supra.

R. Westmoreland, Hayek: the Rule of Law or the Law of Rules?, in «*Law and Philosophy*», 17, 1998, pp.77-109.

William C. Whitford, The Rule of Law, *Wis. L. Rev.* 723 (2000)

S. G. Williams, Indeterminacy and the Rule of Law. A review of Timothy A.O. Endicott, *Vagueness in Law*, (Oxford: Clarendon, 2000), in *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 24, Number 3, 2004 , pp. 539-562

Robert Paul Wolff, *The Rule of Law*, Simon and Schuster, 1971

John M. Ziman, Paul Sieghart, John Humphrey, *The World of Science and the Rule of Law: A Study of the Observance and Violations of the Human Rights of Scientists in the Participating States of the Helsinki Accords*, Oxford University Press, 1986

D. Zolo, *A proposito dell' 'espansione globale' del potere dei giudici*, «Iride», 11 (1998).

Antonio Zorzi Giustiniani, *Rule of law, costituzionalismo, Stato amministrativo in Friedrich August von Hayek* in *Nomos*, 1999 fasc. 2, pp. 7 - 31

### **Costituzione e stato di diritto**

Larry Alexander, Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 *Harv. L. Rev* 1359 (1996-1997)

Larry Alexander, Frederick Schauer, *Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire* 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1579 (2006-2007)

Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press 2007.

Alan Brudner, *Constitutional Goods*, OUP 2004

J. Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions*, in *Id. Studies in History and Jurisprudence*, Oxford 1901, vol. 1, pp. 145-254

F. Lanchester e I. Staff (a cura di) *Lo stato di diritto democratico dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo*, coedizione Giuffrè/Nomos Verlag, Milano, 1999,

John Laws, *The Constitution, Morals and Rights*. *Public Law* 1996 622–35.

B. Leuzzi, *La magistratura nello stato di diritto*. *Corti calabresi*, 2004, 573, già in *Temi romana*, 2000, 433

Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, OUP 2007.

Alessandro Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1995; II ed., 1996;

*Id.*, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997; II ed., 2002;

*Id.*, *I limiti del potere*, Jovene Editore, Napoli, 2008.

Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli 2001

Susanna Pozzolo, Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2, dicembre 2008 pp. 405-418

William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 *Tex. L. Rev.* 693, 1976.

Frederick Schauer, *On the Migration of Constitutional Ideas* 37 *Conn. L. Rev.* 907 (2004-2005)

Lawrence B. Solum, *The Aretaic Turn in Constitutional Theory*, 70 *Brook L. Rev.* 475 (2005)

Markus Thiel, *The 'militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, Ashgate 2009

G. Vidiri, *Autodichia degli organi costituzionali e stato di diritto* (Nota a Cass., sez. un., 17 dicembre 1998, n. 12614, Pres. Rep. c. Ruggi) in *Corriere giur.*, 1999, 1134

### **Europa e stato di diritto**

Council of Europe, *The principle of the Rule of Law*, Report Committee on Legal Affairs and Human Rights (Doc. 11343 6 July 2007, Erik JURGENS, Netherlands, Socialist Group)

Armin von Bogdandy, *Europäische Prinzipienlehre* in id. (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2003, p. 149 ss.

M.L. Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, La Haye, Kluwer, 1999, p. 38-60.

G. della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza 2003

E. Denninger, *I pilastri di una cultura europea dello stato di diritto*. Quaderni costituzionali, 2002, 537

Andrea Giardina, *The rule of law and implied powers in the european communities - Regole giuridiche e poteri impliciti nelle comunita' europee*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1975

Giulio Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli 2007

A. Lucarelli, *Stato di diritto e principio di legalità nel processo di evoluzione della forma di stato europea: il convegno di Napoli del 6 aprile 2004*, in *Rass. parlamentare*, 2004, 891

Lord A.J. Mackenzie Stuart, *The european communities and the rule of law*, Stevens and sons, Londra, 1977.

Paolo Mengozzi, *La "rule of law" e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale* in *Jus*, 1994 fasc. 3, pp. 279 - 294

J. Schwarze, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella «vecchia» e «nuova» Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 1279

S. Stamatii, Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea, in *Rass. parlamentare*, 2005, 39

## **WTO e stato di diritto**

Mads Andenas and Stefan Zleptnig. "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective" *Texas International Law Journal* 42.3 (2007): 370-427.

A. von Bogdandy, *Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship*, in J.A Frowein – R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (V), 2001, p. 615 ss.

Deborah Z. Cass, "The "Constitutionalization" of International Trade Law: Judicial Norm-generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade." *European Journal of International Law* 12, no. 1 (2001), pp. 39-78.

Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, OUP 2005

CEPS, *The Future of the WTO and the New World Trade*, Brussels, 2001.

M.T. Greven – L.W. Pauly, *Democracy Beyond the State? The European Dilemma and the Emerging Global Order*, Oxford, Rowman, 2000.

John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, April 2006.

Jackson, John H. "The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms: Seven 'Mantras' Revisited." *Journal of International Economic Law* 4 (March 2001): 67-78.

R. Keohane, J.S. Nye, *Between Centralization and Fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy*, in SSRN [[http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=262175](http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=262175)].

Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press 2005.

Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich and Jan Bohanes (edd.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press 2006

Giorgio Sacerdoti, *WTO Law and the Fragmentation of International Law*, in *The WTO Law at Ten*, Juris Publishing 2008;

J. Zang, "Textualism in GATT/WTO Jurisprudence: Lessons for the Constitutionalization Debate", 33 *Syracuse J Int'l L and Commerce* (2006) 393

## **ONU e stato di diritto**

J. Farrall, *United Nations Peacekeeping and the Rule of Law*, Centre for International Governance and Justice, Issues Paper 1, marzo 2007

S. Marchisio, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, Il Mulino, 2001

N. Quéniwet, *The United Nations' obligations in terms of rule of law in peacebuilding operations*, «International peacekeeping», 11 (2007), 203 ss

F. Viola, *Ius gentium e Ius cogens. Alle radici del diritto internazionale dei diritti umani*, in V. Possenti (a cura di), *Pace e guerra tra le nazioni*, Milano, Guerini e Associati, 2006, pp. 169-194

### **Temi da Dworkin**

David Gray Carlson, "Dworkin in the Desert of the Real" (March 1, 2005). Cardozo Legal Studies Research Paper No. 105. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=681554>

Michael Steven Green, *Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Language Can't Teach Us about the Law* 89 Virginia L. Rev. 1897-1952 (2003)

Michael Steven Green, *Dworkin v. The Philosophers: A Review Essay on Justice in Robes*, U. Ill. L. Rev. 1477-1503 (2007)

Aldo Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli 1997.

Aldo Schiavello, *Internal point of view: Dworkin a confronto con Hart*, *Analisi e diritto* 1997. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1998, pp. 177-198

### **Varie**

A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo 1987.

M. Barberis, *Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1987, 2, pp. 317-355.

Vincenzo Accattatis, *Sovranità nazionale, lotta al terrorismo e rule of law*, in *Il Ponte*, 2005 fasc. 8-9, pp. 16 - 30

Robert Alexy, *Jurgen Habermas's Theory of Legal Discourse* 17 Cardozo L. Rev. 1027 (1995 - 1996)

J. Bodin, *Les six livres de la Republique* (1576), tr. it. *I sei libri dello Stato*, (a cura di M. Isnardi Parente), Torino, Utet, 1964

Alan Brudner, *Hegel and the Crisis of Private Law*; 10 Cardozo L. Rev. pp. 949-1001 (1988-1989)

B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna 1999.



N. Chomsky, *World Order and its Rules: Variations on Some Themes*, 20 *Journal of Law and Society* (1993) 145

A. Fabbio, *Dalla società dello scambio all'etica della norma. Alle radici dell'etica kantiana*, Rubbettino 2008

Mary Ann Glendon, *A World made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York 2001

F. Galgano (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, con l'assistenza di Franco Ferrari e Gianmaria Ajani, 4° ed., Zanichelli, Bologna 2006.

D. K. Lewis, *Convention: A Philosophical Study*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1969 trad. it. *La convenzione: studio filosofico*, Bompiani, Milano 1974.

M. La Torre, *Scienza giuridica e stato di diritto - Leonard Nelson e Georg Jellinek*, in *Materiali storia cultura giur.*, 1999, pp. 389 sgg.

N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (1981), trad. it. a cura di R. De Giorgi, Bologna 1990

Rosanna Oliveri, *A partire da Thomas Kuhn. Viaggio nel concetto di legge, di natura e sociale*, Aracne 2008

Michael Salter (ed.), *Hegel and Law*, Ashgate 2003

G. Tarello, *Storia delle cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976

Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 *Texas L. Rev.* 1363 (1984).

V. Zeno-Zencovich e G. Rojas Elgueta, *Storie di scrittori falliti e di fallimenti letterari*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 2007, pp. 289-312.

D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milano, Feltrinelli, 1995.

D. Zolo, *Fondamentalismo umanitario*, in M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003

Fausto Zuccarelli, *The Rule of Law and Justice in Afghanistan - Il ruolo della legge e della giustizia in Afganistan*, in *Legalità e giustizia*, 2004 fasc. 2-3, pp. 18 - 34