

Di Isabel Trujillo

Ripensare il diritto alla luce della giustizia. Il contributo di Francesco D'Agostino alla filosofia del diritto contemporanea.

Sommario: 1. La crisi della modernità come crisi della giustizia; 2. Contro il formalismo, la giustizia come forma giuridica per eccellenza; 3. I limiti del costituzionalismo e dello statualismo; 4. L'universalità dei diritti umani come fenomeno storico; 5. La giustizia del caso concreto; 6. Giustizia e rule of law; 7. Il ritorno delle virtù dei giuristi; 8. Conclusioni.

1. Negli anni Novanta, nel constatare che la crisi della modernità è stata una crisi della giustizia, Francesco D'Agostino ne indicava la prova nella dissoluzione dell'indifferenza e dell'ostilità «tipicamente moderne, per il tema della giustizia [...] L'epoca postmoderna, del cui avvento siamo tutti ormai persuasi, anche se sulla sua specifica identità permangono ancora tante incertezze, è invece tutta pervasa da una nuova domanda di giustizia, ancora incerta nelle sue formulazioni, ma certa, fortemente certa, della propria forza e della propria legittimità»¹.

Gli indizi individuati per questa diagnosi sono di varia natura. In primo luogo, si tratta di dati specifici provenienti dalla riflessione filosofico-giuridica che hanno condotto verso il rifiuto del formalismo giuridico. Un tema cruciale in proposito è quello della sanzione, un campo di indagine in cui validità, efficacia e giustizia si trovano necessariamente integrate². Proprio la coercizione avrebbe dovuto essere – per uno dei padri della scienza giuridica moderna e per il principale fautore della esclusione della giustizia dalla scienza giuridica – il perno di un sapere sul diritto totalmente avalutativo da cui la giustizia doveva essere espunta³. Ed invece, secondo D'Agostino, precisamente la coercizione come elemento caratteristico del diritto –

¹ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 126-127.

² F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1995.

³ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino, 2000.

cui si ricorre ciclicamente per la complessa definizione del diritto⁴ – mostra la dipendenza del diritto dalla giustizia: la sanzione ingiusta ripugna il diritto perché la collega alla logica dell'arbitrio⁵.

In secondo luogo, la lettura attenta dell'opera di John Rawls⁶ e del successivo dibattito sulla giustizia portano D'Agostino a notare come il tema della giustizia sia ritornato proprio nella sfera della razionalità, contro la collocazione kelseniana nell'ambito dell'irrazionalità⁷. All'interno del ricco panorama delle teorie della giustizia cui Rawls aveva dato la stura nel 1971 viene rivendicata fortemente la plausibilità di un accordo razionale su alcuni principi di giustizia. È vero che la proposta viene formulata all'interno delle teorie della scelta sociale, e dunque di un sapere strategico, ma D'Agostino rileva in Rawls la compresenza di giustizia-fraternità-dignità come assi portanti della teoria delle istituzioni politiche. La fraternità è infatti la chiave del rawlsiano interesse alla giustizia, il presupposto della scelta razionale dei principi di giustizia. Secondo Rawls il principio di fraternità si impara in contesti in cui non è la giustizia il valore chiave, come per esempio nel contesto familiare, dove tipicamente si apprende a volere il proprio vantaggio avendo in considerazione quello degli altri⁸. La ricerca della giustizia non è dunque estranea ad un certo interesse per gli altri, quello che è appunto indicato talvolta come fraternità o benevolenza. Il punto è che questi diversi principi non sono in opposizione dicotomica rispetto alla giustizia, tale per cui essi iniziano dove finisce l'altra⁹, ma piuttosto sono in continuità o, se si preferisce, in tensione dialettica. Il diritto e il suo portato di giustizia sono la grammatica di base delle interazioni sociali,

⁴ Da ultimo, F. SCHAUER, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2015. È interessante notare che la ripresa della tradizione di Bentham e di Austin proposta da questo autore è motivata non dalla convinzione della valutabilità della conoscenza giuridica, ma piuttosto dal problema del pluralismo morale.

⁵ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., p. 129.

⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), Oxford University Press, Oxford, 1999 (rev. ed.).

⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 59.

⁸ Sul tema cfr. F. VIOLA, *La fraternità nel bene comune*, in «Persona y derecho», 2003, 49, 2, pp. 141-161.

⁹ H. SIDGWICK, *I metodi dell'etica* (1874), Milano, il Saggiatore, 1995.

la base delle altre forme di socialità, che possono superare la logica della giustizia ma non la possono negare.

Un terzo elemento, forse quello davvero decisivo, è l'affermazione dei diritti umani, luogo per eccellenza della domanda di giustizia contemporanea e dunque focus della essenza stessa del diritto e del lavoro dei giuristi: «[l]a nostra epoca attende – anzi esige – dai giuristi uno sforzo estremo: quello di portare, per quanto sta in loro, un contributo teorico alla *lotta per i diritti* che non ne indebolisca lo statuto epistemologico, ma lo fondi e lo rafforzi. In questa prospettiva, il tramonto delle opposte dottrine formalistiche e decisionistiche del diritto deve lasciare il passo, nel secolo che si è aperto da così pochi anni, ad una rinnovata presa di coscienza da parte dei giuristi del primato antropologico e sociale dell'idea non formalistica né decisionistica di giustizia»¹⁰.

Nelle pagine che seguono, il mio tentativo è quello di ricostruire il modo in cui D'Agostino ha declinato il tema della giustizia intorno ad alcune domande cruciali della ricerca filosofico-giuridica contemporanea che hanno al centro la giustizia. Il proposito è quello di mostrarne l'originale approccio.

2. Il punto di partenza della riflessione, come già si è letto, è il rifiuto del formalismo. Tra le diverse teorie del diritto, il formalismo è quella che meno attira oggi lo studioso del diritto, a causa della sua incapacità di spiegare come è realmente il diritto, cosa che ci si aspetta da una teoria del diritto. Il diritto contemporaneo è pervaso da valori e dunque lo studio del diritto non può non prenderli in considerazione. Semmai il problema è come governarli. Non è un caso che i nostalgici del giuspositivismo e dell'idea dell'avalutabilità della scienza giuridica, quelli che una volta sostenevano il formalismo, tendano ad assumere posizioni scettiche o volontaristiche: sulla presenza dei valori nel diritto non vi sono dubbi, ma ad essi si guarda con sospetto, considerandoli la porta per l'arbitrarietà nelle pratiche giuridiche¹¹.

¹⁰ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., p. 28.

¹¹ Per esempio, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

I valori giuridici – e tra questi in primo luogo la giustizia – si possono trovare a diversi livelli: al livello della struttura di base delle comunità, nazionale e internazionale e delle norme che le regolano, cioè nelle costituzioni; al livello delle decisioni necessarie all'applicazione del diritto, in particolare di quelle che inverano il diritto nei casi concreti, cioè nella giurisdizione e nell'amministrazione; nel tema dei diritti; al livello di quello che consideriamo la forma giuridica di esercizio del potere, cioè la *rule of law*; al livello delle abilità necessarie al giurista. Una delle caratteristiche del dibattito contemporaneo è proprio quella di discutere apertamente e diffusamente di questi temi, prima emarginati e volutamente estromessi dall'attenzione del giurista.

L'idea che vi sia una connessione tra diritto e giustizia richiama certamente le posizioni giusnaturalistiche, contro la tesi della separazione tra diritto e morale, tipicamente giuspositivistica. Tuttavia, D'Agostino non è un giusnaturalista in senso classico¹². Egli critica esplicitamente il giusnaturalismo tradizionale per avere sbagliato nel modo di concepire la giustizia. Questa non è un contenuto o un insieme di contenuti ma una forma, la forma giuridica per eccellenza. La giustizia consiste infatti in quelle caratteristiche che rendono possibile una coesistenza rispettosa dell'eguaglianza, in una struttura di base che esige l'individuazione di criteri comuni di azione e la valutazione dell'equilibrio tra le parti, un equilibrio di ragione e non di potere. L'effettiva elencazione delle caratteristiche della giustizia cambia nel tempo e dipende dal tipo di diritto e di rapporto di cui si sta discutendo, ma ha a che fare sempre con due ingredienti di base: l'eguale dignità di tutti i consociati e l'esigenza di escludere ogni arbitrio, cioè ogni forma di dominazione ed ogni forma di discriminazione. Probabilmente sono proprio questi gli elementi che D'Agostino vede emergere con forza nei diritti umani come espressione di una mentalità giuridica diffusa del nostro tempo. Allo stesso tempo, si intravede anche come, e a partire da cosa, si possa costruire una critica anche ad alcuni modi concreti in cui si svolge la

¹² F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., p. 14.

pratica giuridica dei diritti umani: quando si può per esempio mostrare che essi assumono lo schema dell'individualismo possessivo o aumentano le diseguaglianze¹³.

3. La prima delle dimensioni in cui si può osservare e indicare facilmente – senza bisogno di dimostrazione ma con una semplice ostensione – il tramonto del formalismo e il riemergere della giustizia è quella della costituzionalizzazione del diritto contemporaneo. Si può discutere se il diritto sia stato sempre permeato da quei principi che noi oggi chiamiamo costituzionali e che sono certamente espressioni di esigenze di giustizia: nelle vesti di rispetto della dignità della persona, di libertà, di solidarietà. Ma non è in discussione se essi siano presenti nel diritto contemporaneo. Come è noto, questi principi costituzionali sono normogenetici¹⁴, cioè sono generatori di norme, sia nel senso che disciplinano la legislazione, collocandosi all'apice del sistema delle fonti, sia anche perché irradiano la loro forza su tutto il sistema giuridico, diventando così non solo capaci di indicare il senso e il significato delle norme giuridiche, ma anche di espellere elementi non compatibili attraverso il cosiddetto sistema di giustizia costituzionale. In un certo senso, questo non è altro che la giustizia del diritto inteso come sistema di norme.

A D'Agostino non sfugge però che il costituzionalismo soffre lo stesso difetto che affligge tutta la teoria del diritto del Novecento, costruita sullo statualismo giuridico. Quando scompare la connessione essenziale tra diritto e giustizia e il limite alla volontà del sovrano rappresentato dallo stato di diritto appare insufficiente, si ricorre alla costituzione, intesa come l'insieme delle supreme regole giuridiche cui anche il legislatore deve prestare ossequio. Tuttavia, il costituzionalismo non risolve, ma sposta il problema su un ulteriore piano: il centro del potere non è più la volontà del sovrano, ma la costituzione¹⁵. Il paradosso è però che questo significherebbe che al cuore del diritto c'è la questione del potere e non della giustizia.

¹³ S. MOYN, *The Last Utopia. Human Rights in History*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2010.

¹⁴ Su questo tema il contributo forse più rilevante è quello di R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 7/2002, pp. 131-144.

¹⁵ F. D'AGOSTINO, *Parole di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 21.

È interessante notare che le costituzioni tendono a somigliarsi molto. È difficile che nei testi costituzionali si trovino elementi idiosincratici forti, perché si tratta di documenti che devono raccogliere il maggiore consenso possibile. Semmai, vi si possono rilevare alcune caratteristiche più o meno enfatizzate: si pensi alla centralità del diritto alla vita in alcuni ordinamenti, oppure della tutela delle minoranze o del pluralismo, in altri. Ma si tratta di sfumature: i testi costituzionali sono portatori di valori potenzialmente universali, quali la tutela dei diritti. Questa portata universalistica è la conferma di quello che D'Agostino chiama la struttura aperta del diritto, in contrapposizione alla logica centripeta della politica¹⁶. Il diritto è universalmente pacificante perché non conosce le frontiere della razza, di sesso, di cultura, di status. Rispetto alla politica, esso possiede una portata antidiscriminatoria¹⁷. La dimensione politica – che interagisce con il diritto, ma che può essere distinta da esso – tende a stabilire differenze rilevanti, distinzioni, confini, anche se non necessariamente in forma escludente (diversamente dalla proposta schmittiana dell'amico-nemico¹⁸). La politica tiene conto di esigenze di tutela qui ed ora e difficilmente questa impresa può essere affrontata senza delimitazioni che talvolta – anche se non necessariamente, ripeto – si traducono in esclusioni¹⁹. Il diritto invece riguarda il modo di essere delle relazioni secondo eguaglianza. Le costituzioni si muovono dunque ambiguamente sia sul piano dell'evoluzione dello Stato e quindi nel solco dello statualismo giuridico, sia alla ricerca di una dimensione universale di giustizia, che può però essere solo completata dalla portata universale dei diritti umani.

¹⁶ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., p. 12.

¹⁷ Oggi questo aspetto è al centro del diritto contemporaneo: addirittura si insegna come materia specifica e costituisce un settore di specializzazione dei giuristi: il diritto antidiscriminatorio o l'*antidiscrimination law*. S. FOSTER-D. OPPENHEIMER-S. Y. HAN, *Comparative Equality and Antidiscrimination Law: Cases, Codes, Constitutions and Commentary*, Foundation Press, St. Paul, MN, 2012.

¹⁸ C. SCHMITT, *Le categorie del politico* (1932), Il Mulino, Bologna, 1972, p. 87.

¹⁹ Ho affrontato il tema del cosmopolitismo contemporaneo in *Cosmopolitanism and Human Rights*, in L. CEBOLLA SANAHUJA-F. GHIA (a cura di), *Cosmopolitanism. Between Ideals and Reality*, Cambridge Scholars, Newcastle, 2015, pp. 10-34.

4. I diritti umani sono l'espressione più chiara del ritorno della giustizia nell'età postmoderna. Più che a teorie e ragionamenti, tali diritti sono collegati da D'Agostino ad un evento cruciale e in qualche maniera fondativo della postmodernità, che è l'Olocausto, da cui deriva l'imperativo fondamentale moderno che Auschwitz non si ripeta. Questo significa che i diritti umani sono portatori di un senso etico concreto²⁰, incarnato, storico, per certi versi contingente, collocato storicamente nel secondo dopo guerra. (In questo senso essi sono dunque diversi dai diritti naturali.) La strada dei diritti non è stata però lineare né senza ostacoli. Infatti, occorrerà aspettare alla conclusione dei processi della decolonizzazione per vedere maturare i diritti umani e per trovarli al centro degli sforzi concreti di istituzioni domestiche e internazionali.

Il collegamento tra i diritti e quell'evento iniziale della loro violazione conducono D'Agostino a cogliere un nesso strettissimo tra i diritti dei vulnerabili e i doveri corrispettivi. In questo senso, i diritti che si rivendicano come diritti umani sono i diritti degli altri e non quelli del soggetto proprietario e autosufficiente dei diritti naturali, soggetto che semmai è interessato alla non interferenza di altri e dello Stato²¹. A differenza di quelle voci che ciclicamente ripropongono la prevalenza dei doveri sui diritti, questo modo di intendere i diritti implica sia il primato del loro soggetto, sia anche il coinvolgimento dei destinatari dei doveri corrispettivi, ancora una volta secondo la struttura di un rapporto giuridico di reciprocità, anche se sempre alla luce del primato normativo delle persone. Solo la giustizia come caratteristica delle forme di coesistenza può realizzare questa difficile sintesi.

5. Un altro dei temi filosofico giuridici che negli ultimi anni hanno conosciuto uno sviluppo prodigioso è quello del ragionamento giuridico e dell'argomentazione, che può essere considerata giustamente l'altra faccia del ragionamento giuridico. Il ragionamento procede dalle premesse alle conclusioni, ma le premesse sono anche le

²⁰ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 242.

²¹ I. TRUJILLO-F. VIOLA, *What Human Rights Are Not (Or Not Only). A Negative Path To Human Rights*, Nova Science Publishers, New York, 2014.

ragioni della conclusione. È però discutibile a quale punto occorra fermarsi per verificare se una certa tesi è fondata o meno (quali siano cioè le sue premesse), così come a quale punto si può fissare la chiusura del procedere argomentativo per elaborare un modello di ragionamento giuridico. Si pensi alla questione se la giustificazione delle premesse formi parte del ragionamento o meno²². Anche in questo campo, il rifiuto del formalismo – questa volta nella forma del logicismo giuridico – è diventato la chiave di volta del dibattito del Novecento, in particolare nella forma di critica generalizzata al cosiddetto sillogismo giudiziale²³.

Come è noto, la teoria del ragionamento giuridico illuministica e codicistica aveva individuato nel modello del sillogismo il modo di affermare l'esclusiva competenza del legislatore nella produzione delle norme e dunque il modo di limitare l'intervento dei giudici nelle applicazioni del diritto. Il sillogismo cioè era considerato uno strumento del diritto nella lotta contro l'arbitrio. Le teorie dell'argomentazione si propongono la stessa finalità, ma più accortamente non negano che anche il giudice intervenga nel processo di produzione del diritto. Piuttosto ne disciplinano il lavoro attraverso la pratica dell'argomentazione, volta a individuare la giustizia del caso concreto. Decisione giusta significa infatti decisione giustificata.

Tra le varie problematiche collegate a questo oggetto del dibattito filosofico-giuridico, un punto importante è quello dell'interpretazione, che è però solo una parte del ragionamento e dell'argomentazione, senza arrivare ad esaurirli. Come D'Agostino ricorda, già Kelsen aveva notato l'ingenuità della dottrina tradizionale alla base dell'idea del sillogismo giudiziale, secondo cui la norma è lì, pronta e preconfezionata per essere applicata. In realtà, la domanda fondamentale per l'applicazione delle norme ai casi concreti è «come cogliere il giusto?»²⁴.

²² G. CARCATERRA, *L'argomentazione nell'interpretazione giuridica*, in AA.VV., *Ermeneutica e critica*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1998, pp. 109-137.

²³ Uno tra tanti, M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.

²⁴ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., p. 69.

Il diritto certamente svolge una funzione di garanzia attraverso le regole, ma queste sono però funzionali al rapporto giuridico, e non viceversa²⁵. D'Agostino contesta tutte quelle versioni del diritto come insieme di regole e/o norme (tra cui egli distingue accuratamente, essendo le prime opera della ragione e le seconde della volontà, anche se entrambe necessarie). Le regole però non sono il *bedrock*, cioè la base, il fondamento del diritto. Si potrebbe dire che le regole abbiano un peso moderato nel diritto: è piuttosto l'esistenza di criteri comuni e razionali a consentire di parlare di comportamento regolato e non arbitrario. Ovviamente, le regole sono riconducibili all'idea di criterio o misura razionale dell'azione o del rapporto. Ma nel diritto vi sono criteri che non sono regole. Ciò è evidente nel caso del giudizio di equità, aristotelicamente ritenuto un complemento della giustizia della regola²⁶. Per rispondere alla domanda su cosa è giusto nel caso concreto è dunque importante l'equità, che è appunto aristotelicamente la giustizia del caso concreto (Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 1137b 5-10). È vero che l'equità può essere intesa come un procedimento speciale, cui ricorrere a certe condizioni. Ma più profondamente essa rientra nell'esperienza giuridica mettendo in evidenza il limite della giustizia legale o giustizia secondo le regole, a causa, da un lato, della storicità, della contingenza del diritto, dall'altro, della originalità degli individui. Su questo punto, ci si può collegare alle precedenti considerazioni sulla costituzionalizzazione: è proprio la costituzionalizzazione della persona e della sua dignità a porre questa originalità e irriducibilità al centro delle pratiche giuridiche. Lo stesso si può dire della pratica dei diritti.

La chiave, non solo della giustizia del caso concreto, ma di ogni discorso sulla giustizia è allora la *recta ratio*, cioè la capacità di individuare criteri di misura dell'azione umana; quelli che permettono di distinguere la decisione razionale dal mero arbitrio. Da questo punto di vista, come le regole e le norme, l'equità appartiene alla logica della giustizia, essa è pure espressione della *recta ratio*. Mentre per la giustizia della regola ciò che conta è quanto di somigliante vi è tra le posizioni, per

²⁵ F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 14.

²⁶ F. D'AGOSTINO, *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino, 1977, pp. 68-69.

l'equità ciò che conta è quanto di diverso e di specifico vi è nel caso concreto. In entrambi i casi si tratta di trovare il criterio giusto. La *recta ratio* non è necessaria solo al legislatore per stabilire il modo di perseguire il bene comune e non il suo interesse privatistico nell'esercizio del potere. Essa è anche alla base dei giudizi e delle decisioni dei casi concreti. Inoltre, la *recta ratio* non è solo qualità di chi è in rapporto verticale, cioè di chi ha l'autorità di formulare regole o di prendere decisioni, ma è anche la virtù dei rapporti orizzontali, perché ogni volta che si segue una regola si sta affermando di non volere per sé più di quanto si sia disposti a dare agli altri, secondo una delle caratterizzazioni aristoteliche della virtù della giustizia. In altre parole, nel seguire le regole si accetta per se stessi l'eguaglianza di posizione rispetto agli altri: «io non posso pretendere che per me e per me solo valga (o non valga) una regola, che deve invece valere (o non valere) per tutti gli altri»²⁷.

La giustizia come frutto della *recta ratio* applicata ai rapporti umani è la virtù per eccellenza dell'operatore giuridico, e mira a dare a ciascuno il suo. La virtù della giustizia esige un'attenzione per i singoli soggetti e per le situazioni particolari tale per cui essa non è determinabile una volta per tutte secondo schemi predefiniti (le regole o norme). Contro la tendenza a definire il diritto come insieme di regole o norme, tutti questi elementi sono utili a declinare la definizione classica del diritto come *ars boni et aequi*, cui D'Agostino certamente si ispira. Oggi il dibattito sulle virtù giuridiche sta riscoprendo che al giurista non bastano regole e tecniche, ma appunto abilità specifiche da apprendere²⁸.

6. Un altro tema principe della riflessione sulla giustizia contemporanea è quello che va sotto il nome di *rule of law*. Prima che divenisse uno dei temi preferiti non solo dei giuristi ma dei teorici delle istituzioni²⁹, D'Agostino ha notato come da

²⁷ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., p. 15.

²⁸ Si veda l'interessante volume A. AMAYA, C. MICHELON (eds.), *The faces of virtue in law*, Routledge, London, 2020.

²⁹ Una bibliografia estensa in J. WALDRON, *The Rule of Law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, E. ZALTA (ed.), 2016, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/> (16 gennaio 2023).

concetto giuridico la *rule of law* sia diventata valore giuridico centrale³⁰. Egli rileva come in questa idea convergano analogicamente la tradizione dell'Europa continentale del *Rechtsstaat* e quella anglosassone della *rule of law*, che possono essere comprese insieme se ci si accosta a questa pratica giuridica con un metodo induttivo, cioè a partire dalle caratteristiche che poco a poco le diverse tradizioni giuridiche hanno elaborato per affermare il valore del primato del diritto sulla politica.

Al di là della discussione sui principi in cui la *rule of law* consiste, su cui è facile trovare analogicamente un accordo, pur con differenze di sfumature³¹, è noto come una delle problematiche ricorrenti nei dibattiti tra filosofi del diritto sia relativa alla natura formale o sostanziale di essa. Oggi in questo dibattito sembra prevalere la preferenza per la seconda risposta, anche se non credo che questo sia un punto cruciale perché, quando si pensa al diritto in chiave pratica, la forma e la sostanza sono strutturalmente collegate. Più interessante mi pare l'osservazione secondo cui ad avere consistenza nella *rule of law* non è tanto lo Stato ma piuttosto il governo, cioè una forma di esercizio del potere che non si sostanzia necessariamente in entità statuali ma che – contrariamente sia a quanto sostiene il modello organicistico, sia a quanto sostiene il modello liberale individualistico – si comprende solo in chiave di servizio. La conseguenza è che, quando la *rule of law* dà forma ad un governo, esso si allontana sia dalla cosiddetta ragion di Stato e dall'annullamento dei diritti individuali che solitamente ne consegue, sia dalla riduzione dello Stato alla somma aggregativa di individui con il diritto di *opting out*. In parte, questa equidistanza si può spiegare alla luce del fatto che la *rule of law* protegge l'*agency* di individui liberi

³⁰ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., p. 29. Si tratta infatti di un valore della comunità internazionale, così definite dal precedente segretario Kofi Annan: «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. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency», UN Doc. S/2004/616 (2004), para. 6.

³¹ Si tratta di caratteristiche di due tipi: riguardanti il diritto e le sue regole – generalità, chiarezza, pubblicità, praticabilità, prospettività, coerenza, stabilità – e riguardanti il modo di esercitare il potere: separazione, imparzialità, subordinazione del potere alle regole.

e ragionevoli ma in un contesto di coordinazione. Da questo punto di vista, la pratica della *rule of law* è legata a quella della tutela dei diritti, ma non si riduce ad essa (altrimenti basterebbero o l'una o l'altra).

Con un passaggio che sembra un salto ma è un *insight*, D'Agostino riconduce il tema della *rule of law* come forma di Stato alla problematica classica del bene comune, che peraltro segna il limite delle dimensioni dello Stato. E tuttavia persiste la convinzione diffusa che vi sia anche un bene comune dell'intera famiglia umana³², che è veicolato dal diritto, appunto perché aperto e non discriminatorio. Non è un caso che oggi si discuta intensamente dell'*international rule of law* e di come essa debba funzionare in un contesto giuridico in cui le autorità normative sono disperse e le interdipendenze sono globalizzate³³.

7. Un ultimo percorso attraverso cui la giustizia è ritornata nella riflessione dei giuristi è quello dell'etica professionale. È curioso notare come ciò che la scienza giuridica aveva escluso come irrilevante o dannoso sia precisamente quello che il cittadino chiede all'operatore del diritto: di agire con giustizia. Questo e non altro il cittadino si aspetta dall'avvocato, dal giudice, dal pubblico funzionario. Qualunque codice di deontologia professionale di operatori giuridici fa riferimento esplicito alla collaborazione nel compito di realizzare la giustizia e i diritti, come anche la *rule of law*³⁴. A meno di ritenere questi proclami vuoti, questa esigenza operativa di giustizia mette in luce alcuni paradossi della riflessione filosofico giuridica, che riassumerò seguendo una tripartizione dei rapporti tra diritto e morale (o giustizia) proposta da Carlos Nino. Nino distingue tra la connessione/separazione concettuale,

³² F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., pp. 54-55.

³³ Il tema dell'*international rule of law* è stato discusso tra gli altri da J. WALDRON, *The Rule of International Law*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 30/2006, pp. 16-30; ID., *Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?*, in *The European Journal of International Law*, 22/2011, pp. 315-343 e da S. BESSON, *Sovereignty, International Law and Democracy*, in *The European Journal of International Law*, 22/2011, pp. 373-387.

³⁴ Nel mio *Etica delle professioni legali* ho distinto l'etica professione o etica differenziata per ruolo, con suoi collegamenti e differenze rispetto all'etica generale e all'etica pubblica, dalla deontologia come codificazione dell'etica professionale, che però non la esaurisce. I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 14.

giustificatoria e interpretativa tra diritto e giustizia³⁵. L'aspetto paradossale del dibattito filosofico giuridico del Novecento è stato che i teorici e i giuristi anche quando tendono a definire il diritto senza fare appello alla giustizia (accettando dunque la tesi della separazione concettuale tra diritto e giustizia), contemporaneamente ritengono che la giustificazione dell'obbligo di obbedire al diritto debba fare riferimento alla giustizia (ne accettano cioè una connessione giustificatoria)³⁶, o che il diritto debba essere interpretato secondo giustizia (secondo la connessione interpretativa)³⁷. Pochi negherebbero che il giurista debba agire secondo giustizia, anche perché dovrebbero negare regole incontrovertibili³⁸. Ed allora è arrivato il momento di tematizzare, anche a livello concettuale, il nesso tra diritto e giustizia.

Diversamente dalla giustizia come qualità delle regole, prima ricordata, la giustizia come caratteristica di ogni esperienza coesistenziale³⁹ si può tradurre in termini di virtù quando la questione in gioco è come partecipare all'impresa della produzione del diritto e della sua applicazione nell'ottica di una delle diverse figure giuridiche volta per volta chiamate in causa: il poliziotto, l'avvocato, il pubblico ministero, il giudice, ma anche il legislatore, il pubblico funzionario, e così via. Come ho avuto modo di documentare, anche in relazione ad una ricca bibliografia, la giustizia in chiave deontologica è diffusamente proposta in termini di virtù della giustizia, ma anche di lealtà, di imparzialità, di integrità, perché alla fine, tutte queste virtù possono essere ricondotte alla prima⁴⁰.

³⁵ C. S. NINO, *Il diritto come morale applicata* (1994). Giuffrè, Milano, 1999.

³⁶ La questione dell'obbligatorietà del diritto è ben ricostruita in A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Edizioni ETS, Pisa 2010.

³⁷ È la posizione dello stesso Nino, *op.cit.* pp. 70-73, ma anche di altri come L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008. Si veda soprattutto R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino, 1997, pp. 7-10.

³⁸ Tra tanti, si può consultare il Codice deontologico degli avvocati europei.

³⁹ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, cit., p. 13.

⁴⁰ I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, cit.

8. In questi primi anni del terzo millennio, la diagnosi di Francesco D'Agostino sul ritorno della domanda di giustizia sembra non solo essersi definitivamente avverata ma anche in qualche modo strutturata. Anche se talvolta gli stimoli non provengono dall'interno del dibattito filosofico giuridico, ma dal di fuori, come nel caso, della *rule of law* e dei diritti umani, che sono piuttosto il frutto di processi istituzionali, la filosofia del diritto ha iniziato a fare i conti con la giustizia nella prospettiva della definizione del diritto. Ancora per molti aspetti questa impresa appare disorganica, soprattutto per l'attaccamento ad alcuni steccati ideologici, primo tra tutti la dicotomia giusnaturalismo/giuspositivismo. È tempo che ci si liberi da pregiudizi che impediscono di guardare alla realtà delle pratiche giuridiche, con tutte le difficoltà che tale impresa richiede. Il giusnaturalismo certamente ha avuto da sempre una maggiore consuetudine con la giustizia, ma come D'Agostino ha sostenuto, non tutte le sue versioni sono utili a rendere conto della domanda di giustizia nel diritto contemporaneo. La sfida è dunque per tutti.