

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

PEACE, JUSTICE
AND STRONG
INSTITUTIONS



Isabel Trujillo

**La multiformità
della *rule of law*
e il fattore umano**

G. Giappichelli Editore

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

collana fondata da

FRANCESCO D'AGOSTINO e FRANCESCO VIOLA

diretta da

SALVATORE AMATO, LAURA PALAZZANI

ISABEL TRUJILLO, FRANCESCO VIOLA

Settima serie – 148

Comitato scientifico internazionale

Jesús Ballesteros (Università di Valencia); Chantal Delsol (Università di Marne-La-Vallée); Paulo Ferreira da Cunha (Università di Porto); John M. Finnis (Università di Oxford); Robert P. George (Università di Princeton); Carlos Massini Correas (Università di Mendoza); Andrés Ollero (Università Rey Juan Carlos, Madrid); Günter Virt (Università di Wien); Yves-Charles Zarka (Università di Paris Descartes).

Procedure di valutazione

Le procedure per la valutazione dei testi ai fini della pubblicazione nella collana “Recta Ratio. Testi e Studi di Filosofia del diritto” si ispirano ai principi di trasparenza, autonomia e competenza dei revisori.

I testi presentati devono soddisfare i criteri di rilevanza scientifica del tema, originalità ed innovatività della trattazione, conoscenza della letteratura rilevante, rigore metodologico, approccio critico. La revisione, che dovrà esprimersi su ognuno dei suddetti punti, si conclude con un giudizio complessivo del revisore, che dovrà dichiarare se a suo parere il testo è accettato, accettato previa revisione (da indicare espressamente), non accettato.

Gli autori che desiderano inserire un lavoro in “Recta Ratio” devono inviarne copia ai condirettori. Questi, con l’ausilio del Comitato scientifico, preliminarmente giudicano dell’ammissibilità del volume proposto per la pubblicazione nella Collana. Se la valutazione è positiva, si procede alla revisione tra pari (*peer review*) secondo il sistema del doppio cieco. Le revisioni devono essere due.

L’assegnazione della revisione è compiuta dai direttori di comune accordo sulla base della competenza nella materia trattata. Almeno una delle due revisioni deve essere effettuata da un competente del settore scientifico degli insegnamenti propri della “filosofia del diritto”.

Il volume sarà accettato per la pubblicazione solo se il parere di entrambi i revisori è positivo. Nel caso di discordanza netta sull’accettazione si procederà ad una terza revisione. Nel caso che uno dei revisori sia per l’accettazione senza condizioni e l’altro sia per l’accettazione con modifiche, prevarrà il parere di quest’ultimo. Nel caso che uno dei revisori sia per l’accettazione con modifiche e l’altro per la non accettazione, si procederà ad una terza revisione.

Qualora i revisori richiedano modifiche, i direttori valuteranno se le modifiche richieste siano state adeguatamente recepite.

Nel caso in cui chi propone un volume nella collana sia uno dei condirettori o un componente del Consiglio scientifico, il proponente invierà l’istanza di pubblicazione al direttore senior, il quale provvederà a condurre tutte le operazioni di valutazione garantendo l’estraneità del proponente.

“Bisogna che sia determinata qual è la retta ragione
e qual è la misura che la definisce”
(Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1138b).

Il principio della *recta ratio* ha attraversato la storia del pensiero umano, suscitando reazioni contrastanti. Da criterio di verità delle azioni umane per Aristotele a criterio puramente soggettivo e inesistente in *rerum natura* per Hobbes. In ogni caso, la problematica che esso solleva non può essere elusa o sottovalutata, poiché chiama in causa due dimensioni fondamentali della esperienza umana che costituiscono il nucleo essenziale di riflessione di ogni filosofia pratica.

Innanzitutto si tratta di sapere quale criterio di misura debba avere l'azione dell'uomo: come si possa distinguere una scelta o una decisione razionale dal mero arbitrio. Se si vuole salvare la comunicazione intersoggettiva e con essa la convivenza sociale, è necessario che vi sia una qualche misura comune della condotta umana, una misura che valga per ogni uomo.

La *recta ratio* non è solo criterio di azione, ma è anche disposizione interiore: è il criterio in rapporto al quale ogni uomo costruisce (o distrugge) la sua identità. Nella tradizione classica, essa, come tale, veniva infatti collegata alla virtù. Anche chi non ama riconoscersi in tale tradizione non può non ammettere che la ragion pratica esige comunque un'attenzione anche per i singoli soggetti e per le situazioni particolari che essi sperimentano. Quali sono le virtù che devono caratterizzare nel mondo di oggi non solo l'operare del giudice e del giurista, ma anche quello del cittadino?

Attraverso indagini scientifiche e materiali didattici, questa collana si propone pertanto di contribuire a rinnovare l'inesauribile ricerca di questa misura comune e di questa disposizione interiore nell'ambito delle regole e delle azioni giuridiche.

Isabel Trujillo

La multiformità
della *rule of law*
e il fattore umano



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2025 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1676-2

ISBN/EAN 979-12-211-8267-5 (ebook)

Il libro è finanziato con fondi di Ateneo, Università di Palermo (Misura C) PJ_UTI-LE_2022_VQR_MISURA_C_D17.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*Il libro è dedicato a Francesco Viola,
in gratitudine per tanti anni di insegnamento.*

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	XI
I	
Introduzione.	
<i>Rule of law vs rule of men (and women)?</i>	1
II	
<i>Cos'è la rule of law?</i>	13
2.1. Perplexità sulla <i>rule of law</i>	14
2.2. La <i>rule of law</i> come valore giuridico internazionale	19
2.3. Misurazioni, valutazioni e violazioni	24
2.4. Le <i>checklist</i> e gli indicatori	28
2.5. Dall'approccio anatomico a quello fisiologico	37
2.6. Natura del diritto e natura del soggetto agente nella configurazione della <i>rule of law</i>	41
2.7. Versioni verticali e orizzontali	53
III	
<i>La sfida dell'estensione della rule of law</i>	59
3.1. La continuità della tradizione giuridica	59
3.2. Lo Stato e la <i>rule of law</i>	68
3.3. La <i>rule of law</i> nella scena internazionale	76
3.3.1. <i>L'international rule of law</i>	79
3.3.2. La <i>global rule of law</i>	85
3.3.3. <i>Rule of law</i> e <i>soft law</i>	90

IV**La rule of law e gli ideali politico-giuridici contemporanei**

99

- 4.1. Oltre le concezioni formali e sostanziali 100
- 4.2. *Rule of law* tra libertà ed eguaglianza 104
- 4.3. *Rule of law* e diritti umani 111
- 4.4. *Rule of law* e democrazia 117

V**La forma mentis di chi partecipa alla pratica del diritto**

123

- 5.1. La *rule of law*, virtù del diritto 125
- 5.2. Abilità e virtù dei partecipanti 130
- 5.3. Cosa imparare dalla svolta riflessiva 136
 - 5.3.1. Riflessività e scienza giuridica 139
 - 5.3.2. La portata della riflessività: la grammatica di base dell'azione secondo diritto 147

Conclusioni 155

Bibliografia generale 159

PREMESSA

Viviamo in tempi drammatici per il diritto in generale e per la *rule of law* in particolare. Sul fronte del diritto internazionale la crisi è più che evidente. Il paradigma della cooperazione internazionale, costruito faticosamente negli ultimi ottant'anni dopo le due guerre mondiali grazie ad una molteplicità di attori – gli Stati e le organizzazioni internazionali, principalmente le Nazioni unite –, è certamente in disfacimento, sia per il ricorso massiccio alla guerra e non ai mezzi pacifici di risoluzione delle controversie che lo Statuto delle Nazioni unite prescrive (art. 1.1), sia per il rifiuto del multilateralismo a favore di negoziati bilaterali o addirittura unilaterali perché imposti da attori che vantano una particolare forza contrattuale nel determinare gli accordi a loro piacimento.

Sul fronte domestico le cose non vanno molto meglio, se si osserva il comportamento di poteri esecutivi forti che rivendicano la pretesa di recuperare presunte porzioni di sovranità cedute nella regolamentazione dell'interdipendenza, solo perché sostenuti da maggioranze elettorali. Ciò a fronte di poteri legislativi incapaci di trovare mediazioni efficaci in temi fondamentali a causa della polarizzazione sociale e politica ed in contesti complessi sia per la difficoltà delle materie, sia per le interazioni multilivello. Senza dimenticare le incertezze di un potere giudiziario alla ricerca di nuove legittimazioni, una volta considerato l'estendersi e l'intensificarsi della portata del loro intervento.

Last but not least, si consideri il dilagare del potere dei privati, in particolare, dei grandi capitali economici e informativi, che intervengono nelle politiche mondiali in modo incontrollabile (si analizzerà in seguito la cosiddetta *private turn* delle politiche e strategie internazionali).

A queste sommarie evidenze della crisi del diritto contemporaneo sotto il profilo della *rule of law* si dovrebbero aggiungere il

tramonto e la crisi di un diritto umanitario costruito a tutela dei civili e dei non combattenti, oggi target di armamenti sofisticati, e del diritto dei diritti umani, insidiato da abusi e dalle estreme disegualianze nella loro tutela. Anche questi due pilastri della civiltà giuridica del Novecento sono messi alla prova sul fronte del controllo dell'arbitrarietà.

Tutto ciò a fronte della consapevolezza dell'esigenza di rafforzamento della *rule of law*, oggi consacrata in documenti internazionali e sovranazionali di rilievo ed oggetto di strategie ben concrete (non unica né ultima quella degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibili dell'Agenda 2030), nonché costante riferimento per le costituzioni contemporanee.

Questo libro muove dall'idea che la *rule of law* sia un principio multiforme, che si adatta alle diverse manifestazioni del potere per limitarne l'arbitrarietà, anche grazie alla creatività e al *know how* dei giuristi, capaci di innovare le modalità di attuazione del principio. In questa direzione, un aspetto cruciale è la consapevolezza che la realizzazione della *rule of law* è un'impresa corale, che richiede il contributo di molti attori, pubblici e privati, collettivi e individuali. Inoltre, la sua implementazione fa affidamento su una comprensione profonda della pratica del diritto. Quest'ultima, se guidata dalla *rule of law*, mira, in negativo, ad evitare l'arbitrio nelle relazioni umane; in positivo, a dare forma a relazioni regolate secondo criteri ragionevoli e inclusivi. Purtroppo non esistono ricette infallibili per il successo della *rule of law*, ma con quello scopo in vista e a partire da alcuni degli elementi dell'esperienza secolare del diritto – in termini di organizzazione dei poteri, di articolazione delle pratiche argomentative, di esperienze di eguaglianza e non discriminazione, di rispetto dei diritti delle persone, di modi diversi di intendere l'esigenza di partecipazione secondo il principio per cui chi è toccato dalla decisione ha il diritto di partecipare ad essa e chi prende la decisione deve darne conto – se ne può rintracciare un senso unitario.

La presente trattazione vuole offrire un supporto all'odierno accordo diffuso intorno alla necessità della *rule of law* come principio di governo delle relazioni internazionali e domestiche, nella forma di una guida per la corretta comprensione di questo principio contro l'equivoco secondo cui esso può essere assorbito totalmente da una o alcune delle sue componenti (per esempio, il principio di legalità). Si difenderà invece che si tratta di un ideale

complesso e flessibile non legato esaustivamente a mezzi che si usano per implementarlo. La *rule of law* è capace di modularsi in maniera diversa in relazione alla multiformità dell'arbitrarietà politica, sociale, economica. Per poterla articolare adeguatamente nei vari contesti, occorre che i giuristi e più in generale i partecipanti alla pratica giuridica ne abbiano una comprensione adeguata e ne assimilino le modalità operative. Per una scelta espositiva che consenta di mettere in luce l'aspetto costruttivo della proposta, laddove sarà possibile, il dettaglio delle critiche alla *rule of law* risulterà indicato in nota.

Al di là di tutte le problematiche che la filosofia, la teoria e le scienze giuridiche hanno sollevato sulla *rule of law* e di cui almeno in parte si tenta di offrire qui una risposta, il nocciolo di questo libro è una chiamata a lottare per il diritto, di cui la *rule of law* è il cuore. Non si tratta di sostenere posizioni ireniche secondo cui laddove c'è il diritto non vi sono soprusi o ingiustizie. Al contrario, proprio la consapevolezza che nemmeno le migliori istituzioni, procedure e regole giuridiche possono evitare che si imponga la volontà arbitraria del più forte – a livello macro, gli Stati più forti e i grandi poteri economici e ideologici, a livello micro il potente di turno – è la principale ragione per sentire l'urgenza di rinviare e prima ancora di chiamare a riflettere sulla *rule of law* e per offrirne una chiave di lettura operativa che possa aprire qualche strada al suo irrobustimento.

Ringrazio molto i due referee anonimi che hanno valutato questo libro per la pubblicazione. Ho cercato di tenere conto delle loro osservazioni nell'ultima versione del lavoro.

I

INTRODUZIONE.

RULE OF LAW VS RULE OF MEN (AND WOMEN)?

In questo libro si argomenta a favore di due tesi che si sostengono reciprocamente.

La prima è che il diritto richiede e dà forma a un modo caratteristico di pensare, una certa mentalità o *mindset* collegata alla comprensione del diritto e della *rule of law*. Ovviamente, questo non significa che il diritto sia una *mindset* o *forma mentis*. Esso è un fenomeno sociale e, più precisamente, una pratica sociale. Non è solo un sistema di norme, né di istituzioni e ruoli. Tutti questi elementi, insieme ad altri, sono parte integrante dell'impresa giuridica, che però ha una sua identità specifica nelle modalità operative che usa e dunque anche dal punto di vista dei modi idonei per partecipare ad essa.

Per pratica sociale si intende una «forma coerente e complessa di attività umana cooperativa socialmente stabilita, mediante la quale valori insiti in tale forma di attività vengono realizzati»¹. Ogni pratica sociale – e anche quella giuridica – oltre a stabilire regole, istituzioni, ruoli, seleziona modalità specifiche di partecipazione al fine di realizzare lo scopo che si prefigge. Nelle pratiche sociali, in generale, e nel caso del diritto, in particolare, il modo adeguato di partecipare alla pratica può essere

¹ A. MACINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale* (1981), Feltrinelli, Milano, 1988, p. 225. Ovviamente, la prospettiva di MacIntyre ha pure i suoi difetti, di cui il principale è la possibile tendenziale autoreferenzialità delle pratiche sociali. Su questo rischio, cfr. D. MILLER, *Virtues and Practices*, in *Analyse & Kritik*, 6, 1984, pp. 49-60. Come è noto, l'idea di diritto come pratica sociale è stata introdotta in Italia, sulla scia del pensiero di Ronald Dworkin, da F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990. Di recente si veda F. Viola, *Diritto e ragion pratica. A colloquio con Enrico Caterini*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025, pp. 5-60.

descritto in diversi modi. Secondo Alasdair MacIntyre le pratiche sociali richiedono specifiche virtù, cioè forme di partecipazione che tendono all'eccellenza in quanto volte a realizzare i fini della pratica in modo ottimale². Qui si vuole sostenere che la partecipazione alla pratica sociale del diritto richiede la comprensione profonda, in altre parole, una conoscenza pratica, dell'ideale della *rule of law*. Questa comprensione, che può anche essere espressa come *mindset*, *forma mentis* o forma di intelligenza³, sostiene le abilità (*skills*) necessarie alla realizzazione della *rule of law*.

Volendo esaminare i modi della partecipazione dei diversi attori alla pratica sociale del diritto, risulta naturale fare riferimento al bagaglio della *virtue ethics* applicata al diritto. Si tratta di un approccio con una lunga e ricca tradizione in etica ed epistemologia, dalla filosofia dell'antica Grecia ai nostri giorni, ripreso a metà del Novecento da studiosi e studiosi di lingua inglese⁴. Tuttavia, il taglio che si vuole dare alla partecipazione non risponde tanto alla teoria classica della virtù, quanto ad una teoria della pratica sociale giuridica, che, come si vedrà, richiede che i partecipanti adottino un certo stile di azione per realizzarne

² Foriera di sviluppi è la letteratura che ha applicato l'approccio delle virtù alla teoria del diritto. Si veda una introduzione al tema in A. AMAYA, *Law and virtue theory*, in M. SELLERS-S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht, 2019, https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6519-1_159 (ultimo accesso 12 febbraio 2025). Il riferimento principale sulla *Virtue Jurisprudence* è C. FARRELLY-L.B. SOLUM (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Palgrave Macmillan, New York, 2008.

³ Rispetto alla classica distinzione binaria tra intelligenza teoretica e pratica, la teoria delle diverse forme di intelligenza sostiene che l'intelligenza umana si adatta in modo diverso ai diversi contesti. Questo è un modo di spiegare che l'intelligenza è forma di tutte le cose: vi è un'intelligenza intrapersonale, interpersonale, linguistico-verbale, logico-matematica, musicale, naturalistica, visivo-spaziale, corporeo cinestetica, filosofico esistenziale. Ma anche una intelligenza disciplinare, diversa da quella sintetica e da quella creativa, un'intelligenza sociale e un'altra riflessiva. Le forme dell'intelligenza possono essere molteplici, come ha sostenuto H. GARDNER, *Formae mentis. Saggio sulla pluralità dell'intelligenza* (1983), Feltrinelli, Milano, 1987.

⁴ Una introduzione e panoramica sul tema in R. HURSTHOUSE-G. PETTIGROVE, *Virtue Ethics*, in E.N. ZALTA-U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/ethics-virtue/> (ultimo accesso 13 gennaio 2025).

i fini propri (capitolo V). Per questo si alterneranno modi diversi di riferirsi alla dimensione soggettiva della *rule of law* e si parlerà di *skills*, di sensibilità, di *mindset*, di *forma mentis*. Si può certamente parlare di virtù, se però si tiene a mente che esse derivano dal modo di comprendere il diritto e non da sistemi di valori esterni ad esso⁵.

Vi sono molte pratiche riguardanti l'interazione tra gli esseri umani ma non tutte sono giuridiche, e dunque non tutte richiedono la stessa modalità di partecipazione. Nondimeno, il diritto ha la capacità di supportare molte altre pratiche sociali, come per esempio l'attività politica, l'attività economica, diverse forme di aggregazione morale (religioni, ideologie, tradizioni che siano). In questi casi, il diritto si propone di garantire a tali pratiche specifiche modalità operative e condizioni di accettabilità. La presente ricerca riguarda le condizioni che il diritto si propone di garantire e quanto è necessario da parte dei partecipanti per realizzarle.

Il diritto ha una struttura sufficientemente significativa da rendere possibile l'identificazione di una sua specificità, ma è anche abbastanza flessibile da adattarsi a diverse tipologie di interazione e a diversi contesti. In questo senso si può dire che ciò che conta nella pratica giuridica è la sua "forma". La flessibilità, tuttavia, non implica che il diritto sia uno strumento neutro o indistinto. Si tratta comunque di realizzare una certa (e non una qualunque) modalità di coordinazione, che include anche la risoluzione di conflitti o di problemi di indeterminazione dell'azione. Si può anche dire che il diritto mira a garantire un certo ordine sociale. Rispetto alla coordinazione, che è un'attività, parlare di ordine sembra indicare qualcosa di statico da conseguire. Bisognerebbe parlare piuttosto di ordinazione delle azioni, cioè dell'attività di ordinare i rapporti sociali.

La scelta di intendere il diritto come una pratica sociale e di studiare la *forma mentis* necessaria alla sua realizzazione segna la differenza rispetto alle concezioni semantiche del diritto, cioè

⁵ Ho sviluppato questo tema nel saggio I. TRUJILLO, *The complementarity between the virtue of law (the rule of law) and the legal virtues*, in *The Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 53, 2024, <https://www.njlp.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2024/Pre-publications/NJLP-D-23-00002> (ultimo accesso 27 ottobre 2025).

quelle che lo pensano come un oggetto indipendente dall'azione dei partecipanti⁶, ma anche rispetto a quelle che lo ritengono un mero strumento o una tecnica sociale nelle mani di un gruppo capace di imporre un sistema di potere sugli altri⁷. È vero che la pratica del diritto implica la presenza dell'autorità, che è di per sé un principio esterno di azione, e pertanto esprime una forma di eteronomia. Nondimeno, l'autorità giuridica non funziona se non è riconosciuta dal soggetto cui è diretta⁸, il cui contributo è dunque essenziale. Inoltre, l'eteronomia che il diritto è capace di produrre, come si vedrà, non comporta necessariamente dominazione, manipolazione o imposizione⁹, anche se talvolta questo accade. Anzi, la finalità della pratica giuridica è fare in modo che l'interdipendenza, che rende necessaria la coordinazione tra le persone, si realizzi secondo certi parametri. Questi hanno a che fare con l'eguaglianza in dignità di coloro che sono coinvolti nella pratica e con il rispetto dei diritti e delle libertà delle persone, nonché della loro eguaglianza. L'autorità giuridica nella sua migliore forma è proprio quella che si concreta in una coordinazione di questo tipo.

Proprio perché si tratta di un modo di partecipare alla

⁶ La distinzione tra teorie semantiche e interpretative del diritto vede nelle prime un modo di comprendere il diritto come un oggetto precostituito che si trova di fronte al soggetto. Le seconde privilegiano il punto di vista del partecipante. Si tratta di una distinzione ispirata all'interpretivismo di R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), Il Saggiatore, Milano, 1989. Sulla critica alle teorie semantiche del Novecento e un'introduzione alle teorie interpretative, cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 21-37.

⁷ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977.

⁸ Sul paradosso dell'autorità, che necessita del riconoscimento di chi ne è subordinato, cfr. P. RICOEUR, *Le paradoxe de l'autorité*, in ID., *Le Juste 2*, Esprit, Paris, 2001, pp. 107-123. In questo caso, il riconoscimento è quello che porta all'accettazione delle regole. Tuttavia, in un senso debole, anche l'anarchico riconosce l'autorità ma per rifiutarla. Ma anche chi riconosce l'autorità e la accetta potrebbe non seguirla, se vi sono ragioni per rifiutarla. I due rifiuti sono diversi.

⁹ Nella prospettiva dell'anarchico, l'autorità non è mai giustificata. R. WOLFF, *In difesa dell'anarchismo* (1970), Elèuthera, Milano, 1999. Il problema dell'anarchico è che rifiuta in ogni caso di arrendersi al giudizio altrui. Tuttavia, la deferenza verso gli altri e verso il loro giudizio potrebbe per lo meno talvolta giovare all'autonomia e non necessariamente ostacolarla. In ogni caso, il problema sono le decisioni comuni.

pratica sociale, la specifica comprensione del diritto richiesta non è esclusiva di una élite, ma coinvolge tutti i partecipanti a vario titolo, anche quelli che solitamente si ritengono semplici destinatari del diritto. In altre parole, una certa mentalità giuridica è necessaria agli operatori del diritto ma anche ai cittadini, pur chiedendo ad essi cose parzialmente diverse. Vi è un particolare stile necessario a chi prende parte all'impresa giuridica. Esso ha a che fare con la conoscenza del diritto, sia nella forma "esperta" della scienza giuridica, sia come conoscenza elementare dei suoi meccanismi di funzionamento. D'altra parte, se la pratica è una e unitaria, queste due prospettive dovrebbero risultare in qualche modo coerenti¹⁰. Il diritto sarà pertanto osservato come l'esercizio di un'attività collettiva, il prodotto dell'azione di una pluralità di soggetti qualificati da una certa consapevolezza, anche se non necessariamente tutti professionisti od operatori del diritto¹¹, ma tutti partecipanti alla pratica del diritto.

La seconda tesi che si vuole sostenere è che il cuore, l'identità della pratica sociale giuridica è rappresentata dal principio della *rule of law*. L'adeguata comprensione del diritto richiede dunque prima di tutto una corretta cognizione del principio. Ma richiede anche l'adesione ad esso e perfino l'adozione del suo stile da parte dei partecipanti. In questo senso, l'ideale della *rule of law* esprime e racchiude in sintesi la *forma mentis* giuridica.

L'unione delle due tesi muove in direzione opposta rispetto al modo comune di intendere la *rule of law*, quello riassunto nel principio secondo cui è meglio essere governati dalla legge (*rule*

¹⁰ Questo è un punto rilevante per la filosofia del diritto, che ha spesso distinto tra il concetto di diritto dei funzionari e quello del cosiddetto uomo comune (detto altrimenti *folk concept of law*). Il tema investe ovviamente la metodologia di lavoro dei filosofi del diritto. Per una presentazione della discussione da un punto di vista innovativo, cfr. B. FLANAGAN-I.R. HANNIKAINEN, *The Folk Concept of Law: Law Is Intrinsically Moral*, in *Australasian Journal of Philosophy*, 100, 1, 2020, pp. 165-179.

¹¹ Sulla consapevolezza tipica degli operatori del diritto cfr. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.

of law) che dagli uomini (*rule of men e women*)¹². La superiorità delle regole, che effettivamente esprime un carattere tipico del diritto, non significa però che gli esseri umani non abbiano un ruolo da giocare. Pensare che gli assetti istituzionali e le procedure possano funzionare senza un appropriato contributo dei partecipanti coinvolti nella pratica è illusorio. Le regole, gli assetti, le istituzioni, le procedure servono a correggere alcuni limiti tipici del governo degli esseri umani; ma, ovviamente, non si può fare a meno di questi. Anzi, da loro – e dal modo in cui partecipano alla pratica giuridica – dipende la realizzazione della *rule of law*.

Contro l'idea platonica del governo degli uomini migliori (i più virtuosi, i più saggi), Aristotele aveva sostenuto la superiorità del governo della legge per svariate ragioni¹³. Da un lato, il processo decisionale collettivo che porta a leggi comuni ha il vantaggio di essere la sintesi di diversi punti di vista, impedendo così il prevalere di capricci dei singoli o di visioni unilaterali. Per inciso, è interessante notare che almeno in questa occasione il comportamento umano emotivo e passionale – irrazionale? – per il quale è necessario trovare un'alternativa è riferito ai maschi e non alle donne¹⁴. Le donne, certamente, non avevano parte nel processo decisionale di cui si discuteva all'epoca. Come è noto, la superiorità della legge è analoga a quella del banchetto in cui ogni commensale porta qualcosa, a differenza di quando una sola persona stabilisce il menu del giorno. Il banchetto in cui ognuno contribuisce è sicuramente più ricco in ragione della diversità degli apporti e dei punti di vista. Ma al banchetto occorre che ognuno si presenti almeno con un piatto.

D'altro lato, secondo Aristotele, la legge esprime la ragione epurata da passioni ed emozioni in quanto risultato di un accordo

¹² J. SEMPILL, *The Rule of Law and the Rule of Men: History, Legacy, Obscurity*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 12, 3, 2020, pp. 511-540.

¹³ ARISTOTELE, *Politica*, III, 15, 1286a, 8-9.

¹⁴ Il pensiero femminista, almeno in parte, ha ritenuto il principio della *rule of law* espressione della mentalità maschilista dominante e dunque ideologico. Cfr. C.A. MACKINNON, *Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory*, in *Signs*, 7, 3, 1982, pp. 515-544. In generale, V.E. MUNRO, *Feminist Critiques of the Rule of Law*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 340-356.

per raggiungere il quale occorre fornire argomenti non autoreferenziali, convincenti, e non fondati sul potere contrattuale o sulla forza: è cioè necessaria un'argomentazione tra pari. Ed è proprio questo che rende il governo delle leggi superiore a quello degli uomini. Si potrebbe aggiungere che, sebbene il fattore umano sia portatore di limiti – unilateralità, faziosità, passionalità – immaginare un governo della legge senza il contributo degli esseri umani ne avrebbe altrettanti: basti pensare al rischio delle decisioni impersonali e alla conseguente impossibilità di attribuire responsabilità a qualcuno¹⁵. Qui si vuole dunque esplorare il doppio volto della *rule of law*, cioè la sua struttura e i suoi meccanismi, certamente, ma anche il contributo dei partecipanti alla pratica giuridica per la sua realizzazione.

Come già si può osservare, sullo sfondo di questa ricerca si trovano molte questioni collegate con la comprensione della natura del diritto, problematiche che però non possono essere discusse in modo diretto ed esaustivo. In ogni caso, sebbene in modo articolato, la letteratura filosofico-giuridica più recente non è lontana rispetto al modo di intendere la *rule of law* tipico del diritto contemporaneo. È stato notato che la *rule of law* è volta a «prescrivere come il diritto positivo dovrebbe essere formato e come dovrebbe essere praticato, affinché possa effettivamente governare le azioni umane»¹⁶ e si arriva a sostenere che la *rule of law* sia il cuore dello stesso concetto di diritto¹⁷. La *rule*

¹⁵ W. SADURSKI, *Rule of Law v. the Rule of Men and Women: What's in the Distinction? A Very Short Essay for Martin Krygier*, Sydney Law School Research Paper No. #19/64, October 23, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3474689> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

¹⁶ F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 4.

¹⁷ Sull'opportunità di tenere insieme il concetto di diritto e di *rule of law*, cfr. N. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2008. L'argomento contrario è che per comprendere la *rule of law* dobbiamo già possedere un concetto di diritto. J. RAZ, *The Rule of law and Its Virtue*, in ID., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 211. Per una panoramica delle posizioni cfr. J. WALDRON, *The Rule of Law*, in E.N. ZALTA-U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/> (ultimo accesso 23 dicembre 2024). Waldron, comunque, ha appoggiato il legame tra *rule of law* e concetto di diritto. Si veda J. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, NYU School of Law, Public Law

of law vuole infatti produrre qualcosa di specifico nel mondo delle relazioni umane, e questo ha a che fare con il carattere distintivo del diritto, cioè con la sua capacità di guidare le azioni umane attraverso ragioni (regole, principi, criteri di decisione) volte a limitare il più possibile l'arbitrarietà.

D'altra parte, ritenere che la *rule of law* sia il cuore della pratica giuridica non esclude, ma al contrario presuppone, che quest'ultima possa deviare dalla *rule of law* e presentare deficienze in proposito. La *rule of law* è un concetto pratico, cioè volto all'ottenimento di uno scopo, per cui essa è inevitabilmente e sempre orientata ad un assetto da realizzare. Proprio per questo è necessario capire in che modo giuristi e cittadini possano collaborare alla riuscita dell'impresa giuridica. Laddove essa non riesca, è ai partecipanti alla pratica che deve imputarsi la responsabilità del fallimento, sia per la loro eventuale imperizia nel delineare un'adeguata architettura istituzionale, sia per la loro incapacità di farla funzionare in modo idoneo.

Un'ultima precisazione linguistica è doverosa. Ci si può chiedere perché usare l'espressione inglese "rule of law", quando la lingua italiana possiede una locuzione pacificamente ritenuta la sua traduzione, quella cioè di "stato di diritto". La risposta è che lo stato di diritto è (solo) una delle forme della *rule of law*. In particolare, lo stato di diritto corrisponde alla forma che la *rule of law* ha assunto negli ultimi due secoli, in un panorama giuridico caratterizzato dal protagonismo dello Stato (detto appunto moderno). Ma l'equivalenza tra *rule of law* e stato di diritto è frutto di una fallacia, quella della identificazione di un principio con una sola delle sue possibili istanziazioni. La preferenza per l'espressione "stato di diritto" può essere il portato del pregiudizio statalista, cioè della convinzione – negli ultimi due secoli molto diffusa, ma oggi sicuramente in discussione – che il diritto statale sia la forma più compiuta, se non addirittura l'unica autentica versione di diritto, e che dunque la *rule of law* si applichi in forma preminente se non esclusiva allo Stato. Il rifiuto di questa tesi – che, si badi bene, non diminuisce la rilevanza, l'importanza, l'utilità e la centralità degli Stati sia a livello domestico,

sia a livello internazionale, né annulla l'esigenza di applicare il principio nella sfera domestica – rappresenta uno degli assunti di fondo di questa riflessione. Certamente, si discuterà di come e perché lo Stato debba essere disciplinato dal diritto e come debba essere concepita la *rule of law* nello Stato. Ma il potere dello Stato – con le sue articolazioni in poteri pubblici – non è l'unico da tenere a freno, né le relazioni dentro agli Stati sono le uniche che il diritto può ordinare. Del resto, oggi siamo di fronte ad una evidente esigenza di estensione della *rule of law*: dall'ambito domestico alla scena sovranazionale, internazionale e globale, dal potere pubblico a quello privato. Queste diverse direzioni di estensione o espansione del principio della *rule of law* costituiscono una delle sfide sociali e istituzionali più ambiziose e, allo stesso tempo, vitali per il futuro del diritto e forse anche per quello dell'umanità. Anche se non si potranno trattare qui tutte le sue sfumature¹⁸, il rinnovato e vasto interesse attuale per la problematica dell'estensione della *rule of law* può essere considerato una prova empirica del tramonto dell'identificazione tra diritto e Stato. Con ciò non si vuole dire che lo Stato sia superato o il diritto statale non sia oggi prevalente e vi siano le ragioni perché lo sia, ma certamente il diritto non è solo statale. Inoltre, nell'attuale conformazione dello Stato si possono individuare aspetti che dovrebbero essere ripensati, precisamente alla luce del principio della *rule of law*.

La possibilità di estendere la *rule of law* oltre i confini dello Stato è un'ulteriore ragione per sostenere l'opportunità di coinvolgimento di giuristi e cittadini. Nella molteplicità di istituzioni e

¹⁸ Quelle, per esempio, relative alla natura del diritto internazionale, oggi diventata una questione filosofico-giuridica cruciale. Si vedano, tra gli altri, F. TESON, *A Philosophy of International Law*, Westview Press, Boulder (Col.) 1998; A. BUCHANAN-D. GOLOVE, *Philosophy of International Law*, in J. COLEMAN-K. HIMMA-S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 868-934; S. BESSON-J. TASIOLAS (eds.), *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010; A. BIANCHI (ed.), *Theory and Philosophy of International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017; A. CARTY, *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007; M.A. JOVANOVIĆ, *The Nature of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019; D. LEFKOWITZ, *Philosophy and International Law. A Critical Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

dimensioni giuridiche, solo la consapevolezza e il conseguente impegno diffuso e capillare di chi partecipa alla pratica giuridica possono garantire il successo della *rule of law*. La dipendenza della riuscita della *rule of law* dal comportamento di giuristi e cittadini (e non solo da quello dei funzionari statali) mette in luce una dimensione del diritto solitamente trascurata. Si tratta della dimensione orizzontale della pratica giuridica, troppo spesso messa da parte a favore di una lettura verticale, basata sul principio di autorità e centrata sui poteri pubblici¹⁹. Di sicuro, nella tradizione dello Stato moderno, la *rule of law* riguarda soprattutto, se non esclusivamente, questi ultimi. Ma la dimensione orizzontale del diritto di cui si parlerà richiede di ampliare questo punto di vista. Il diritto va studiato non solo a partire dalle fonti gerarchizzate o dalla coercizione, ma anche e *in primis* dalla prospettiva degli agenti per i quali le regole giuridiche sono ragioni per agire in un determinato modo. Questo è quanto la letteratura filosofico-giuridica conosce come prospettiva del punto di vista interno²⁰, vale a dire l'approccio tipico di chi partecipa alla pratica giuridica. Esso indica il punto di vista di agenti deliberanti, liberi e responsabili. Il carattere deliberativo di chi si accosta al diritto come partecipante emerge dalla constatazione che neppure le ragioni per agire che il diritto impone, anche quando sostenute dalla forza, sono ragioni conclusive: il soggetto destinatario delle norme è sempre libero di aderirvi o meno²¹. Il

¹⁹ Ad insistere sull'idea che la *rule of law* non sia solo una questione di assetti e istituzioni, ma dipenda da determinanti sociali e politici è stato il sociologo del diritto P. SELZNICK, *American Society and the Rule of Law*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 33, 1, 2005, pp. 28-39.

²⁰ La tesi secondo cui il punto di vista interno o del partecipante è l'unico valido approccio per la comprensione della natura del diritto è stata sostenuta da Hart ed è diventata un punto irrinunciabile di tutta la letteratura filosofico-giuridica del Novecento, anche se con sviluppi e sfumature diverse. Soltanto dal di dentro della pratica è possibile comprendere appieno il fenomeno giuridico, anche quando si ritiene – è proprio il caso di Hart – che questo sia principalmente il punto di vista dei funzionari. Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino, 1965, pp. 116-117.

²¹ Sulle ragioni autoritative come ragioni non conclusive, cfr. M. RENZO-L. GREEN, *Legal Obligation and Authority*, in E.N. ZALTA-U. NODELMAN (eds.),

valore della *rule of law* legato alla riuscita della pratica giuridica è una buona ragione per seguire le norme anche quando difficili o svantaggiose per l'individuo.

Solo in questi termini è possibile comprendere appieno il senso del fenomeno giuridico come pratica sociale. Il punto di vista è quello di attori che, in ordine all'agire, prendono seriamente in considerazione le regole giuridiche e agiscono in osservanza oppure in violazione di queste, se ricorrono ragioni rilevanti. Anche chi viola una regola giuridica, infatti, può farlo riconoscendone la natura normativa ma scegliendo di discostarsene²². Il punto qui è che non è solo la reazione alla violazione, attraverso l'esercizio della coercizione da parte dei pubblici poteri, ad essere guidata dalla *rule of law*, anche se questo è un ambito di cruciale importanza e, come si vedrà, per alcuni teorici è l'ambito per eccellenza di pertinenza della *rule of law*. Tutta la pratica giuridica ed in particolare il fenomeno basilare dell'autoapplicazione delle regole giuridiche, quello che porta a determinare l'azione da compiere secondo il diritto, ne è improntata. L'adesione e la conseguente ottemperanza delle regole è collegata alla consapevolezza di essere partecipanti ad una pratica con la finalità di assicurare la *rule of law*. Si prenderanno le distanze dai resoconti del diritto come l'attività di un *club* di funzionari²³, e si opterà per vedere il diritto in senso inclusivo e democratico. Mi rendo conto che questi termini sono molto carichi di valutazioni positive, ma sul carattere partecipativo del diritto si tratterà nel dettaglio più avanti. D'altra parte, ampliare la platea degli attori cruciali per la *rule of law* potrebbe essere ritenuto controproducente in quanto capace di allentare la pressione su

The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2022, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/legal-obligation/> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

²² Questa maggiore consapevolezza può essere addirittura tragica, quando si è mossi precisamente dall'adesione al diritto, come i fenomeni della disobbedienza civile attestano. Sulla disobbedienza civile cfr. C. DELMAS-K. BROWNLEE, *Civil Disobedience*, in E.N. ZALTA-U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2024, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2024/entries/civil-disobedience/> (ultimo accesso 25 giugno 2025). In italiano, cfr. F. BIONDO, *Disobbedienza civile e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

²³ B. CELANO, *La teoria del diritto di H.L.A. Hart. Un'introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 2023, p. 200.

altri attori più pericolosi se non allineati (i poteri pubblici). Ma il ragionamento è – al contrario – volto a rafforzare la *rule of law*, che è troppo importante per essere lasciata ai soli poteri pubblici, ai governanti, o ai soli giuristi specializzati.

La pratica giuridica riesce solo grazie a certi comportamenti diffusi di funzionari e cittadini, che possono e devono essere guidati dal diritto. Questo punto di osservazione è incompatibile con l'idea che il diritto non sia altro che manipolazione dichiarata o nascosta. O che si tratti dell'imposizione del più forte, cosa che peraltro è facile che accada se mancano la consapevolezza e la partecipazione capillare di cui si è detto. Il diritto è infatti una costruzione umana e come tale è nelle nostre mani.

II

COS'È LA *RULE OF LAW*?

Sommario

2.1. Perplessità sulla *rule of law*. – 2.2. La *rule of law* come valore giuridico internazionale. – 2.3. Misurazioni, valutazioni e violazioni. – 2.4. Le *checklist* e gli indicatori. – 2.5. Dall'approccio anatomico a quello fisiologico. – 2.6. Natura del diritto e natura del soggetto agente nella configurazione della *rule of law*. – 2.7. Versioni verticali e orizzontali.

Oggi un discorso sulla *rule of law* non può che partire dal ruolo che essa svolge a livello giuridico e politico-istituzionale dentro e oltre gli Stati. A questo proposito si può osservare come essa sia passata dall'essere un concetto dogmatico a rappresentare un valore giuridico fondamentale e forse, addirittura, il valore giuridico per eccellenza¹. Pertanto, ogni discussione e presentazione delle principali questioni relative alla *rule of law* dovrebbe anche adempiere la funzione di introdurre, tematizzare e problematizzare questo argomento ricorrente nel dibattito istituzionale giuridico e politico generale per effetto della sua presenza esplicita tra i valori e gli obiettivi della comunità internazionale.

¹ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 29. Come concetto giuridico nella locuzione *Rechtsstaat* l'origine è da ricercare nella scienza giuridica tedesca dell'Ottocento, in particolare ad opera di Robert von Mohl, mentre la fortuna della formula *rule of law* è da attribuire ad Albert Venn Dicey. Cfr. D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 21 e 23. La *rule of law* può essere pure considerata un valore politico e forse la sua fortuna è dovuta proprio a questa congiunzione tra la dimensione giuridica e quella politica. Essa è usata anche per legittimare l'uso del potere a livello domestico o internazionale.

In primo luogo, è importante ricostruire le dinamiche della sua emersione e del suo consolidamento nel panorama delle Nazioni unite, che è l'ambito nel quale oggi è maturato un ricorso costante a questo principio, sostenuto da strategie, azioni e finanziamenti². Prima di farlo, si esamineranno alcune difficoltà che hanno costituito o possono costituire ostacoli nei confronti della *rule of law*, anche se nelle pagine che seguono si cercherà di presentare una lettura della *rule of law* che appiani queste perplessità. Chi non ha remora alcuna nei confronti della *rule of law* può passare direttamente al paragrafo successivo (2.2).

2.1. Perplessità sulla *rule of law*

Il punto di partenza del percorso e il centro della trattazione è – come detto – la *rule of law*, un principio il cui rispetto oggi si esige, almeno a parole, a tutte le istituzioni giuridiche e politiche domestiche e internazionali. Volendone declinare il ruolo nella conformazione della mentalità giuridica, però, non si potrà considerare la *rule of law* solo una forma di architettura istituzionale, ma bisognerà definire in cosa essa consista come principio di organizzazione non solo dei poteri ma anche delle relazioni umane e come schema (o *pattern*) di azione dei partecipanti alla pratica giuridica. Ovviamente, prima di comprendere la mentalità adatta alla *rule of law*, occorrerà presentarne un resoconto convincente. Questo compito è complesso se si considera che il principio interseca tutte le principali configurazioni e problematiche del diritto contemporaneo e che talvolta se ne fa un uso

² Un esempio tra molti è il cosiddetto regime di condizionalità. Come è noto, esso è uno strumento comune a molti sistemi di finanziamento e di aiuto allo sviluppo a livello internazionale. In Europa non è solo uno strumento usato all'interno, ma anche *ad extra*, nei rapporti di cooperazione internazionale. Nell'Unione europea regola le misure da adottare per la protezione del bilancio dell'Unione in caso di violazioni di principi dello stato di diritto negli Stati membri come, per esempio, nel caso di minacce all'indipendenza della magistratura, la non correzione di decisioni arbitrarie, la mancanza di rimedi giuridici. Cfr. Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, 2020/2029, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=urisrv%3AOJ.LI.2020.433.01.0001.01.ITA&toc=OJ%3AL%3° 2020%3A433I%3ATOC#> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

retorico, nel peggior senso della parola³. Inoltre, esso è oggetto di un dibattito interdisciplinare difficile da abbracciare nella sua completezza⁴.

Per nulla trascurabile è la difficoltà derivante dal fatto che la *rule of law*, pur venendo ampiamente apprezzata ed essendo assunta a ideale giuridico soprattutto negli ultimi cinquant'anni, è ancora oggetto di articolate discussioni e contestazioni, non solo sul piano dell'implementazione, ma prima ancora su quello della teorizzazione. Alcune di queste controversie – sul suo contenuto, sulla sua giustificazione, sul suo statuto, sulla sua estensione – saranno affrontate nei prossimi paragrafi.

Tra le varie problematiche, la più nota è forse quella che attiene alla indeterminatezza del contenuto. Il riferimento è alle innumerevoli liste di requisiti che si usano per definire o descrivere la *rule of law*, talvolta indicate come *checklist* o addirittura *laundry lists*⁵. La strategia che si seguirà, al fine di trovare un senso all'uso delle liste, sarà quella di cercarne l'idea ispiratrice, quella che può dare ragione della diversità di elementi volta per volta messi a fuoco. Inoltre, per comprendere la *rule of law* come essenza della mentalità giuridica non ci si può fermare ad una di

³ Tra gli altri, il Justice Anthony Kennedy è solito dire che la *rule of law* è molto invocata, ma non definita. Si veda la citazione in R.A. STEIN, *What Exactly Is the Rule of Law?*, in *Houston Law Review*, 57, 1, 2019, p. 185 (pp. 185-201). La considera un *umbrella term*, che, per la molteplicità di idee che veicola, può diventare *confusing* e *meaningless*, per cui sarebbe meglio abbandonarlo, P. BURGESS, *The Rule of Law in the Rule of Law: Putting the Problem of the Rule of Law in Context*, in *Hague Journal of the Rule of Law*, 12, 2020, pp. 333-361. Lo considera difficile da definire D.M. BAETTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, che arriva ad identificarla con la regola della proporzionalità nel *judicial review*.

⁴ Michael Sevel parla degli ultimi venticinque anni come della *golden age* degli studi sulla *rule of law*. Cfr. M. SEVEL, *Introduction*, in ID. (ed.), *Routledge Handbook of the Rule of Law*, Routledge, New York, 2025, p. 6. Oltre a questa raccolta di studi, provenienti dalla storia, il diritto, la politica, l'economia, gli studi sullo sviluppo, se ne segnalano altre due: C. MAY-A. WINCHESTER (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018 e J. MEIERHENRICH-M. LOUGHLIN (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, cit.

⁵ Liste peraltro ritenute capaci di moltiplicarsi e di riprodursi da loro stesse. J. WALDRON, *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in J. MEIERHENRICH-M. LOUGHLIN (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, cit., pp. 121-136.

queste liste, più o meno esaustiva, ma occorre riflettere sulla logica complessiva che le ispira. Nondimeno, le liste di requisiti hanno una loro utilità e ci insegnano qualcosa sulla *rule of law*.

Potrebbe sembrare temerario fare affidamento e dare credito ad un concetto su cui non vi è univoco consenso. Ma, prima di tutto, come si vedrà a breve, su alcuni aspetti la convergenza sulla *rule of law* è più cospicua di quanto possa apparire a prima vista, per esempio, se si interpreta la diversità dei resoconti sul contenuto della *rule of law* come manifestazione dell'adattabilità del principio a contesti diversi. L'idea che la *rule of law* si proponga di limitare l'arbitrio si incarna in tradizioni diverse, che non arrivano a monopolizzarla completamente. In ogni caso, definire una pratica cogliendone quanto ha di specifico è sempre difficile: è più facile descriverla partendo dallo scopo, osservando le sue regole di funzionamento e il modo di operare dei suoi partecipanti. Non bisogna dimenticare che le pratiche sociali sono esternazioni dell'azione umana e quindi sono forme complesse di attività. Le descrizioni non possono che essere articolate, approssimative e provvisorie, tanto più se si considera che si tratta di attività, cioè processi in atto, che dunque possono cambiare nel tempo e nello spazio. Tuttavia, non per questo sarà impossibile rintracciare un concetto plausibile di *rule of law* e distinguere letture accettabili e più o meno riuscite da quelle inadatte. Da questo punto di vista, la tradizione giuridica è una grande risorsa perché consente di rintracciare una continuità diacronica e sincronica per la *rule of law*, anche se la sua presenza è a tratti irrintracciabile o per lo meno sfocata. È peraltro plausibile ritenere che proprio l'attenzione sulle attitudini dei partecipanti possa facilitare la convergenza tra la tradizione occidentale e quella orientale, anche se qui non sarà possibile approfondire il tema⁶.

In apertura si può già dire che la *rule of law* si propone di limitare l'arbitrarietà nelle relazioni umane in contesti di interdipendenza, in particolare laddove è implicato l'esercizio del potere, sia esso individuale o collettivo, pubblico o privato. I poteri

⁶ Delle virtù dei governanti nel confucianesimo si è occupata E. CONSIGLIO, *Chinese Legal Theory and Human Rights. Rearticulating Marxism, Liberalism, and the Classical Legal Tradition*, College Publications, London, 2019, pp. 66-73.

e le facoltà – inclusi quelli sostenuti da diritti o da buone ragioni, cioè quelli che si presentano come legittimi – tendono ad espandersi. Ciò è più che comprensibile, considerato che si tratta di principi d'azione. Ma la loro forza di espansione può arrivare ad oltrepassare i limiti intrinseci – per esempio quelli stabiliti dalle competenze – e ciò anche nel caso di poteri individuali e collettivi fondati su diritti, dei quali si può abusare⁷. Quando questo accade si può dire che quei poteri, pure legittimi, diventano prepotenti⁸ e si rischia di farne un uso distorto. Il rispetto della *rule of law* fa diventare l'esercizio dei poteri argomentativo, inclusivo, responsabile, rispettoso dei limiti e delle differenze. La finalità della pratica giuridica è quella di realizzare una coordinazione in cui si fa uso del potere in modo ragionevole ed equo. È questo risultato che, in ultima analisi, indichiamo come un sistema riuscito di *rule of law*.

Questo modo di parlare del diritto e della *rule of law* potrebbe risultare strano per chi conferisce valore decisivo all'elemento della coercizione nella definizione e nella comprensione della natura del diritto. Eppure, esso trova conferma nelle stesse teorie sanzionatorie del diritto laddove si sostiene che la *rule of law* consiste nel principio della supremazia del diritto sulla forza o nella sua regolamentazione⁹. In ultima analisi, anche queste teorie vogliono difendere l'idea che il diritto è qualcosa di diverso dalla forza o, per lo meno, che è una forza innervata e governata dalle regole. Il limite principale di queste teorie, o per lo meno di quelle che riducono la coercizione alla presenza delle sanzioni, è il modo in cui intendono la partecipazione all'impresa giuridica. Quando le sanzioni sono al centro del concetto di diritto, esso

⁷ Sull'abuso del diritto e dei diritti, si veda V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Edizioni ETS, Pisa, 2012. Si tratta di un tema ancora assai controverso nel diritto italiano.

⁸ La valorizzazione del fattore umano nella costruzione della *rule of law* potrebbe giustificare l'uso di questo aggettivo, carico di valore antropico. Per una lettura non giuridica di come e perché i gruppi umani ben organizzati tendino a diventare arroganti cfr. A. TANESINI-M.P. LYNCH (eds.), *Polarisation, Arrogance, and Dogmatism*, Routledge, London, 2021.

⁹ Le teorie sanzionatorie sostengono tipicamente che la sanzione è lo strumento del diritto per coordinare le azioni o che la forza è il contenuto del diritto. Si veda N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, *passim*.

tende ad essere visto come una prerogativa di funzionari, mentre i destinatari delle norme (o delle sanzioni?) sono rappresentati come soggetti intenti ad evitarne le conseguenze negative attraverso predizioni approssimative ma sicuramente non normative. In realtà, già questo modo di intendere il diritto in modo diverso per i funzionari e per gli altri è problematico¹⁰. Per i destinatari delle norme il diritto sarebbe una forma di coordinazione indiretta – si sa quello che non si deve fare per non incorrere in sanzioni –, mentre per i funzionari il diritto è l'insieme delle norme che disciplina il loro operato all'interno delle istituzioni.

Da un lato, il carattere sterminato della letteratura sulla *rule of law* e la perplessità rispetto ad un concetto dai confini incerti, e, d'altro lato la difficoltà di articolare le relazioni tra il concetto di diritto e la *rule of law* e il modo in cui di essa si tratta nel dibattito contemporaneo possono scoraggiare la riflessione sull'argomento, ma l'importanza del tema non esime dalla necessità di tentarci¹¹. Il particolare sviluppo della *rule of law* nelle relazioni dentro e tra gli Stati e la sua centralità come valore fondazionale contemporaneo richiede che i partecipanti alla pratica giuridica abbiano contezza della sua natura e delle sue problematichità, e che si trovi una risposta, pur provvisoria e orientativa, alle grandi perplessità sollevate intorno ad essa, al fine di poter operare coerentemente per attuarla. Il chiarimento del concetto fornirà le coordinate per approfondire in che senso la *rule of law* possa costituire il cuore della *forma mentis* giuridica.

¹⁰ Dietro a questa problematica si trova quella del metodo della filosofia del diritto, ed in particolare della domanda se essa debba tenere conto e fino a che punto dell'idea che il cittadino medio ha del diritto. Nell'ambito della *Jurisprudence*, la tradizione analitica è stata accusata di svolgere una ricerca da poltrona (*armchair jurisprudence*), ed è stata sfidata da prospettive attente ad un concetto di diritto meno astratto, che tenga conto del *folk concept of law*, cioè del concetto di diritto dell'uomo comune. Una difesa del metodo analitico in K.E. HIMMA, *Conceptual Jurisprudence. An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory*, in *Revus*, 26, 2015, pp. 65-92. Una critica alla ricerca da poltrona, che serve anche alla filosofia del diritto continentale, in B. FLANAGAN, *The Burning Armchair: Can Jurisprudence be Advanced by Experiment?*, 2023, <https://ssrn.com/abstract=4624493> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

¹¹ Dal punto di vista metodologico, un importante contributo è quello di S. TAEKEMA, *Methodologies of Rule of Law research: why legal philosophy needs empirical and doctrinal scholarship*, in *Law and Philosophy*, 40, 2021, pp. 33-66.

2.2. La *rule of law* come valore giuridico internazionale

Nel momento della sua costituzione, quando si volevano mettere le basi per un mondo diverso rispetto a quello che aveva portato alle due guerre mondiali, l'organizzazione delle Nazioni unite – che radunava allora cinquanta Stati e oggi coinvolge la quasi totalità dei Paesi del mondo – volle raccogliere nel suo Statuto fondativo l'esigenza di risparmiare le future generazioni dal flagello della guerra attraverso la creazione di condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi del diritto internazionale potessero essere mantenuti, si praticasse la tolleranza, si accettassero principi comuni e si ricorresse a sistemi di risoluzione dei conflitti che escludessero il ricorso alla forza delle armi¹². È così che emerge – come riconoscimento della obbligatorietà del diritto internazionale e come ricorso a strumenti pacifici nella risoluzione dei conflitti – il principio della *rule of law*, che dunque può essere visto come l'alternativa all'uso della forza armata. Questa linea è confermata dalla successiva *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948, che nel suo terzo *considerando* stabilisce la necessità che i diritti umani siano protetti dalla *rule of law*¹³. Per vicinanza temporale occorre anche citare la *Convenzione europea dei diritti umani*, che, mirando alla protezione regionale di alcuni diritti contenuti nella *Dichiarazione universale*, ricorda che tali diritti potranno essere tutelati grazie ad un patrimonio comune europeo dove primeggiano il rispetto della libertà e la *rule of law*¹⁴.

Il fatto che la *rule of law* e la protezione dei diritti avanzino insieme sarà questione ricorrente nelle prossime pagine. Sull'opposizione tra *rule of law* e guerra invece si dirà poco ma si potrà sempre osservare in filigrana la differenza tra questa e un sistema

¹² Preambolo dello Statuto delle Nazioni unite, firmato il 26 giugno del 1945. La disciplina sulla guerra è contenuta nel Capitolo VII dello Statuto e riguarda l'azione rispetto alle minacce alla pace, alle violazioni della pace ed agli atti di aggressione, sostanzialmente competenza del Consiglio di sicurezza, con l'eccezione del diritto all'autodifesa disciplinato dall'articolo 51, riconosciuto agli Stati.

¹³ Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite A/RES/217 (III)[A] del 10 dicembre 1948.

¹⁴ Preambolo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, Roma, 4 settembre 1950.

di *rule of law*. Infatti, nell'esporre il contenuto della *rule of law* emergerà il modo in cui il diritto è capace di realizzare un'ordinazione equa delle azioni, stabile, che consente la pianificazione dell'esistenza a individui liberi, dove le regole della convivenza – sempre contestabili – sono discusse e adottate attraverso schemi partecipativi di argomentazione. Tutto ciò è molto lontano dal regime della guerra, anche quando essa è regolata dal diritto¹⁵.

La sinergia tra la *rule of law* e la tutela dei diritti umani e l'esigenza di ricorrere a principi e strumenti pacifici nella risoluzione dei conflitti resteranno nella comunità internazionale come linfa che non smetterà mai di alimentare strategie e orientamenti d'azione, sebbene, guardando in prospettiva, l'andamento dei rapporti all'interno del quadro delle Nazioni unite non si dimostrerà sempre coerente con le originarie intenzioni, ma piuttosto il contrario¹⁶. Ovviamente, non è questa la sede per ricostruire in modo dettagliato le linee di sviluppo (accidentato) dei primi ottant'anni di vita delle Nazioni unite. Basti notare però che, da un lato, la stessa pratica di protezione dei diritti umani che appariva essere l'elemento più pressante d'ispirazione negli accordi originari, non ha avuto un'immediata maturazione, ma ha dovuto aspettare alla fine del processo di decolonizzazione per sbocciare. Solo verso la fine del XX secolo, infatti, la protezione dei diritti raggiungerà i caratteri oggi conosciuti, soprattutto grazie alla stabile operatività di tribunali internazionali a loro tutela¹⁷. D'altro canto, occorrerà aspettare la fine della guerra fredda per assistere alla fioritura delle relazioni di cooperazione internazionale che porteranno sia all'intensificazione del ricorso

¹⁵ A conferma, si può ricordare la difficoltà di Herbert Hart rispetto al diritto internazionale, che riteneva un ordinamento poco sviluppato anche perché, a differenza degli ordinamenti sviluppati, in esso vi è ancora spazio per riconoscere validità a patti estorti con la violenza. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 269.

¹⁶ Non solo nel momento in cui si scrive si può ritenere che la guerra abbia raggiunto dimensioni globali, ma il sistema delle Nazioni unite ha la tara genetica di rispecchiare coi membri permanenti del Consiglio di sicurezza e il potere di veto i rapporti di forza cristallizzati dopo la Seconda guerra mondiale.

¹⁷ Sulle ragioni per il ritardo della fioritura dei diritti umani si veda S. MOYN, *The Last Utopia. Human Rights in History*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010.

(oggi massiccio) a strumenti pacifici di risoluzione dei conflitti (quali gli arbitrati), sia alla definizione di obiettivi e strategie di sviluppo comuni, tra i quali la *rule of law* giocherà un ruolo fondamentale. È proprio in quest'ultima linea che da poco più di un ventennio la *rule of law* è divenuta condizione strettamente necessaria per l'ottenimento della pace e la realizzazione della giustizia nel contesto delle Nazioni unite¹⁸.

Una pietra miliare del progetto della *rule of law* è l'art. 9 della *Dichiarazione del Millennio delle Nazioni unite* del 2000, dell'Assemblea generale, che si propone il rafforzamento della *rule of law* nella sfera internazionale ed interna¹⁹, e che ha attivato innumerevoli ulteriori iniziative per implementarla. Si pensi al *Global Focal Point for the Rule of Law* (GFP), una piattaforma di coordinamento di diverse agenzie delle Nazioni unite nel campo della *rule of law*, o al *Rule of Law Coordination and Resource Group* (RoL-CRG), presieduto dal vicesegretario generale delle Nazioni unite, anch'esso dedito a coordinare attività volte a provvedere guida e supporto su obiettivi relativi alla *rule of law* nel mondo²⁰. È superfluo dire che anche le risoluzioni e le azioni per la promozione della *rule of law* dovrebbero essere guidate e attuate secondo i suoi stessi principi, ma non sempre questo accade. Questo è sicuramente uno degli ambiti in cui è richiesto un adattamento del principio alle nuove forme di regolazione, come si vedrà più avanti.

Intorno al 70° anniversario della fondazione delle Nazioni unite, il 25 settembre 2015 l'Assemblea generale ha emanato una risoluzione contenente diciassette obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals* o SDGs), chiamata anche *Agenda 2030*²¹. Dopo decenni di aiuti allo sviluppo dei paesi

¹⁸ Report of the Secretary-General, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, S/2004/616.

¹⁹ Le risoluzioni fondamentali sono A/RES/2625 (XXV) del 24 ottobre 1970 e A/RES/55/2 dell'8 settembre 2000. Si veda anche A/RES/67/186 del 20 dicembre 2012.

²⁰ Si vedano i rispettivi siti <https://rolhr.undp.org/annualreport/2022/thematic-focus/global-focal-point-for-the-rule-of-law.html> e <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/2019/10/strengthening-and-coordinating-rule-of-law-activities/> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

²¹ *Transforming our world: the 2030 Agenda for sustainable development*, A/RES/70/L. I, 25 settembre 2015.

sottosviluppati, le Nazioni unite sono pervenute alla logica comune dello sviluppo sostenibile, che non fa più differenze tra paesi sviluppati e non, che si propone uno sviluppo integrale (sociale, economico e ambientale), stabile nel tempo, inclusivo, e che ha a cuore gli interessi della presente e delle future generazioni²². Uno dei caratteri dello sviluppo sostenibile è precisamente di essere fondato sui diritti. Tra gli obiettivi di sviluppo sostenibile, al sedicesimo posto, si trova il riferimento alla *rule of law*, come strumento per promuovere società pacifiche e inclusive, che garantiscano l'accesso alla giustizia e che siano dotate di istituzioni efficaci e responsabili. La *rule of law* è dunque considerata un obiettivo tra gli altri e, allo stesso tempo, uno strumento per il raggiungimento di tutti gli altri obiettivi²³. Non è un caso, peraltro, che – nell'obiettivo sedicesimo – la *rule of law* appaia come una componente della pace e della giustizia, in coerenza con i progetti originari dello Statuto delle Nazioni unite.

Quasi contemporaneamente, nel contesto del Consiglio d'Europa – dove la *rule of law* è spesso tradotta nei documenti ufficiali come preminenza del diritto²⁴ –, nasce l'iniziativa della *European*

²² Lo sviluppo sostenibile si distingue dalla logica della crescita economica illimitata (e predatoria) che ha guidato e guida tuttora le attività economiche. È vero che quella dello sviluppo sostenibile non mette in questione alcuni dei presupposti della logica che vuole sostituire, e tra questi soprattutto la crescita economica come priorità – che resta uno tra gli SDGs e si esprime nella prosperità da cercare per tutti. Ma questa volta si pongono condizioni alla crescita, affinché appunto possa essere sostenibile, cioè a lungo termine, integrale, inclusiva. L'Assemblea generale assume la definizione di sostenibilità della Commissione Brundtland, secondo la quale lo sviluppo sostenibile è quello che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle future generazioni di soddisfare i propri bisogni. Cfr. Report del Segretario Generale delle Nazioni unite, *UN World Commission on Environment and Development*, A/42/427, Annex 1, <https://digitallibrary.un.org/record/139811?v=pdf> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

²³ J. EBBESSON-E. HEY, *Introduction: The Sustainable Development Goals, Agenda 2030, and International Law*, in EAD. (eds.), *The Cambridge Handbook of the Sustainable Development Goals and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 1-49; G. ANJINAPPA, *Rule of Law: a Fundamental Pillar Enabling Sustainable Development and Reduction of Poverty in India*, in *International Journal of Asian Business and Information Management*, 6, 1, 2015, pp. 38-50; A. MAHMUTOVIC-A. ALHAMOUDI, *Understanding the Relationship Between the Rule of Law and Sustainable Development*, in *Access to Justice in Eastern Europe*, 1, 2024, pp. 170-197.

²⁴ Art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa.

Commission for Democracy through Law, cosiddetta *Venice Commission*, che si propone di elaborare una ricerca sulle caratteristiche comuni tra la *rule of law*, il *Rechtsstaat* e l'*Etat de droit*²⁵. La commissione ha notoriamente predisposto una lista di caratteristiche condivise tra gli Stati membri (una *checklist* europea), accompagnata da strumenti per il rafforzamento della *rule of law*, che la *Venice Commission* continua a monitorare²⁶. Si può in un certo senso dire che all'integrazione attraverso i diritti, che ha segnato una fase importante del processo di unificazione europeo²⁷, è subentrata l'integrazione attraverso il diritto, che attiene al progetto di costruzione e rafforzamento della *rule of law* negli Stati membri, a supporto della prima.

Che la *rule of law* sia al cuore dell'Unione europea è provato anche dal Trattato dell'Unione, che raccoglie dal Consiglio d'Europa il riferimento ai tre pilastri alla base del progetto comune: la *rule of law*, i diritti umani e la democrazia. La triade è stata significativamente definita la *Holy Trinity* dei valori europei²⁸. La metafora della trinità non è casuale e fa riferimento al fatto che si tratta di tre in uno, cioè di pilastri che si supportano l'un l'altro sicché se cede uno crollano anche gli altri e viceversa. L'Unione europea ha compreso sulla propria pelle l'importanza di non isolare la democrazia e la *rule of law* dal rispetto dei diritti delle persone. Infatti, importanti crimini commessi sul territorio europeo durante la prima parte del Novecento (in particolare, la degradazione degli ebrei con le leggi razziali) erano stati coperti dal presunto rispetto della democrazia e della *rule of law*.

Prima ancora di guadagnare questo posto a livello internazionale e sovranazionale, la *rule of law* era (e resta) un principio

²⁵ Venice Commission, *Report on the Rule of Law*, CDL-AD(2011)003rev.

²⁶ Venice Commission, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007-e.

²⁷ L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Giappichelli, Torino, 1998.

²⁸ Art. 2 TUE. J.H. WEILER, *The European circumstance and the politics of meaning: not on bread alone doth man liveth* (Deut. 8:3; mat 4:4), in *German Law Journal*, 21, 1, 2020, p. 96. Sul progetto europeo sono importanti molti altri suoi scritti, come, per esempio, J.H. WEILER, *Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Study*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 96, 2012, pp. 13-40.

costituzionale pervasivo²⁹. Infatti, anche quando non se ne trova menzione esplicita, il principio di separazione e di bilanciamento tra i poteri, la garanzia dei diritti e dell'eguaglianza, il giusto processo, sono aspetti presenti in ogni costituzione. Le costituzioni sono però qualcosa di diverso rispetto alla *rule of law*. Esse racchiudono il progetto politico di una determinata comunità politica, mentre la *rule of law* esprime il senso e l'identità della stessa pratica giuridica. Trattandosi di progetti politici (o politico-giuridici), nelle costituzioni vi è spazio per diverse articolazioni dei principi politici e giuridici che danno vita alle diverse tradizioni, anche in termini di declinazioni specifiche di diritti fondamentali o altri principi, sicché si può riscontrare in esse sfumature risalenti al maggiore o minore peso riconosciuto alla solidarietà, alla libertà, all'eguaglianza, al pluralismo. Inoltre, è bene ricordare che le costituzioni contemporanee, con le loro caratteristiche proprie – alcune delle quali saranno esaminate nella parte sulla tradizione giuridica della *rule of law* –, sono il portato dell'evoluzione ultima (ad oggi) degli ordinamenti tipici dello Stato moderno. Quest'ultimo, però, è solo una delle possibili forme in cui si esprime la pratica giuridica, la quale è un fenomeno differenziato³⁰; e differenziato è di conseguenza anche il modo di presentarsi della *rule of law*.

2.3. Misurazioni, valutazioni e violazioni

Il dibattito internazionale odierno sulla *rule of law* assume generalmente la forma di un discorso volto a valutare la qualità dei sistemi giuridici e la conseguente formulazione di progetti di rafforzamento o riforma che scaturiscono come risultato di questa valutazione. Si può quindi dire che la *rule of law* sia pacificamente ritenuta l'ideale a cui i sistemi giuridici devono guardare.

²⁹ Per l'esperienza europea si veda T.E. FROSINI (a cura di), *Rule of Law come costituzionalismo*, il Mulino, Bologna, 2023.

³⁰ Questa idea si trova sviluppata nel capitolo 11 di F. Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2015. Nondimeno, l'idea della differenziazione non ha ricadute sostanziali sul modo di definire il diritto da parte dell'autore, per il quale l'esercizio della forza da parte degli Stati è l'elemento decisivo.

Tuttavia, questi – anche i più avanzati – difficilmente sono perfettamente all'altezza del principio, sebbene alcuni lo siano più di altri. Le differenze possono essere rilevate attraverso misurazioni³¹, e si traducono conseguentemente in strategie di correzione e consolidamento.

Il problema delle deficienze della *rule of law* è trasversale: è possibile individuare importanti e strutturali carenze della *rule of law* nei regimi autoritari³², in quelli in via di sviluppo³³, ma anche in quelli di tradizione democratica, nei quali nel tempo si palesano violazioni e deficienze³⁴. La spiegazione di questo dato, a parte essere in coerenza con la tesi secondo cui non basta stabilire un assetto di regole, istituzioni e procedure per realizzare la *rule of law*, perché altrimenti i sistemi sviluppati sarebbero a posto, è anche riconducibile al naturale cambiamento

³¹ Si veda il sito del *World Justice Project Rule of Law*, dove sono censiti 142 paesi con un punteggio ciascuno. Cfr. <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global> (ultimo accesso 23 dicembre 2024), ma anche il Freedom Index in <https://freedomhouse.org/explore-the-map?type=fiw&year=2025> (ultimo accesso 8 marzo 2025).

³² Si veda per esempio W. CHEN-H. FU (eds.), *Authoritarian Legality in Asia: Formation, Development and Transition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. I curatori, nell'introduzione (*Authoritarian Legality, the Rule of Law, and Democracy*, pp. 1-14), propongono di distinguere tra *legality* e *rule of law*, definendo *legality* e non *rule of law* la presenza di parziali elementi della *rule of law* nei regimi autoritari. Cfr. anche J. RAJAH, *Authoritarian Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

³³ È l'oggetto di studio del movimento *Law and Development*. Questo, nella sua terza fase, dagli anni Novanta in poi, ha individuato la *rule of law* come obiettivo, oltre che come strumento per lo sviluppo sostenibile. Si veda YONG-SHIK LEE, *General Theory of Law and Development*, in *Cornell International Law Journal*, 50, 3, 2017, pp. 415-472; D.M. TRUBEK-A. SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; T. GINSBURG, *In Defense of Imperialism? The Rule of Law and the State-building Project*, in J. FLEMING (ed.), *Nomos: Getting to the Rule of Law*, New York University Press, New York, 2011, pp. 224-264.

³⁴ È un tema ricorrente in Europa: in Polonia, in Ungheria, in Spagna (con la vicenda della legge sull'amnistia per il tentativo di secessione della Catalogna). Cfr. A. VON BOGDANDY-P. BOGDANOWICZ-I. CANOR-C. GRABENWARTER-M. TABOROWSKI-M. SCHMIDT (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2021 e S. SANZ CABALLERO (ed.), *La Unión Europea y el reto del Estado de Derecho*, Thomson Reuters, Pamplona, 2022.

e all'evoluzione delle pratiche sociali. Schemi, procedure, principi organizzativi che valevano ieri risultano inadeguati oggi e richiedono aggiustamenti che solo attori partecipi e vigili sono in grado di rilevare e di conseguenza innovare nella logica della continuità del principio.

Anche se difficili da distinguere, le *violazioni* sono vere e proprie infrazioni a (od omissioni nell'attuazione di) regole e/o assetti rispondenti al principio della *rule of law* già stabiliti; mentre le *deficienze* riguardano l'assenza di assetti o procedure³⁵, che rendono i sistemi carenti nei confronti del rispetto della *rule of law*. In entrambi i casi, è necessaria una reazione, una riforma, un'innovazione, e per questo si attivano processi di rafforzamento e di implementazione della *rule of law*.

Ogni sistema che aspiri ad essere ritenuto "giuridico" deve avere le carte in regola in relazione ad almeno alcuni dei requisiti richiesti dalla *rule of law*, come per esempio la generalità delle regole o la individuazione di potere legittimi. Trattandosi però di un ideale complesso, per la realizzazione della *rule of law* non bastano alcuni di questi criteri ed è una questione di scala. Essa raccoglie una sfida da realizzare e ciò ammette inevitabilmente una gamma variegata di posizioni. Come si è detto, la *rule of law* è un concetto pratico, orientato ad un fine, in cui la dimensione aspirazionale non è mai esaurita. Questa è una possibile chiave per comprendere perché alcuni regimi, che da fuori possono essere giudicati estranei al principio, invece, si auto-proclamano rispettosi della *rule of law*. Quest'ultima abbraccia molte caratteristiche diverse e vi è sempre spazio per un miglioramento (come anche per un peggioramento). Il punto fondamentale da considerare a questo proposito è che proprio perché si tratta di un concetto di scopo, la *rule of law* si può ritenere conseguita – provvisoriamente – solo se è realizzata la sua finalità, consistente in un certo modo di ordinare le relazioni tra gli individui in contesti di interazione che implicano l'esercizio di un potere. Il carattere scalare consente di descriverne il contenuto in modo più o meno articolato o ricco.

³⁵ Una classificazione articolata di violazioni e deficienze della *rule of law* (*moral/legal, stricto sensu/lato sensu, simple/complex, episodic/systemic*) in M.V. INOSTROZA KRISTAN, *Violations and Deficiencies of the Rule of Law*, manoscritto, 2025.

Quando si fa riferimento alla *rule of law* nel contesto internazionale si ricorre solitamente alla famosa definizione dell'allora segretario delle Nazioni unite Kofi Annan secondo cui si tratta di «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»³⁶.

La definizione è molto ricca e si sofferma su diversi elementi, ma l'idea complessiva che emerge è che nessuno deve essere al di sopra del diritto e tutti devono rispondere della propria azione. Il principio si applica ad ogni tipo di entità, pubblica e privata, incluso lo Stato. Il diritto che tutti senza eccezione sono chiamati a rispettare è fatto da norme e standard noti, e deve assicurare l'eguaglianza, la partecipazione nei processi in cui si prendono decisioni, e la loro trasparenza e non arbitrarietà.

Rispetto a quel concetto di *rule of law*, che sembra essere ottenuto per integrazione di elementi, nel contesto europeo la *Venice Commission* ha piuttosto cercato e trovato una convergenza intorno ad una lista di principi tra cui si trovano il principio di legalità, inteso come processo trasparente, responsabile e democratico per la produzione delle leggi; la certezza del diritto; il divieto di arbitrarietà; l'accesso alla giustizia dinanzi a tribunali indipendenti e imparziali, compreso il controllo giurisdizionale degli atti amministrativi; il rispetto dei diritti umani; il divieto di discriminazioni e l'eguaglianza davanti alla legge³⁷. La ragione per implementare la *rule of law* è che essa è capace di produrre regole certe e prevedibili, grazie alle quali è possibile garantire universalmente il diritto ad essere trattati con rispetto ed in

³⁶ UN Doc. S/2004/616, § 6. Non bisogna dimenticare che su questa aspirazione pesa il sospetto di essere l'espressione dell'egemonia dei valori dell'Occidente: cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law and the Epistemology of the South*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

³⁷ Venice Commission, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007-e, § 18.

modo eguale e ragionevole da coloro che prendono decisioni, in conformità a criteri trasparenti e prestabiliti, e dove si ha l'opportunità di impugnare le decisioni da cui si è toccati dinanzi a tribunali indipendenti e imparziali e attraverso procedure eque³⁸.

Entrambe queste descrizioni, quella di Annan e quella che emerge dalla *Venice Commission*, e i rispettivi progetti – provenienti dalla sfera internazionale e sovranazionale – hanno come caratteristica comune la non neutralità della *rule of law* rispetto alla tutela dei diritti. Anzi, ambedue i progetti includono esplicitamente la tutela dei diritti tra i requisiti della *rule of law*. Nel primo caso si fa appello agli standard internazionali di protezione; mentre, nel secondo, il riferimento è più generico ed è ai diversi sistemi di protezione costituzionali, europei e unionali. Su questo argomento si tornerà più avanti (par. 4.3).

2.4. Le *checklist* e gli indicatori

Come si è detto nell'introduzione, la questione del contenuto della *rule of law* è uno dei punti maggiormente controversi. La *rule of law* sembra infatti essere descritta in modi diversi e l'assenza di una convergenza unanime, anche solo su una lista di elementi eterogenei, può costituire una difficoltà importante. Eppure, è possibile argomentare a favore di una continuità sia diacronica sia sincronica nel modo di comprendere la *rule of law*, sebbene i problemi cui essa risponde nel tempo e nello spazio siano parzialmente diversi. (Insisto sul punto che non si sta sostenendo che il diritto si sia ispirato sempre alla *rule of law*, ma piuttosto che nella tradizione giuridica si possono rintracciare le orme della *rule of law* in alcune delle sue esperienze e che queste siano in qualche modo convergenti).

Il contenuto della *rule of law* è solitamente declinato nella forma di liste di requisiti o *checklist*. Con questo termine si vuole sottolineare, da un lato, che la *rule of law* non si esaurisce in un solo elemento ma richiede la compresenza di vari di essi. Quello della *rule of law* è dunque un ideale complesso. Dall'altro, le

³⁸ *Ibidem*.

checklist si propongono non come liste semplici, ma come *liste di controllo*, cioè elenchi i cui i requisiti sono tutti necessari, e, addirittura, talvolta seguono un ordine preciso. Non basta rispettarne alcuni per rivendicare di essere un sistema guidato dalla *rule of law*. La valutazione di un sistema in termini di rispetto della *rule of law* richiede infatti un giudizio articolato.

Una delle caratteristiche tipiche delle *checklist* è il carattere eterogeneo dei requisiti. L'eterogeneità riguarda di solito la diversità dei ruoli e di attori coinvolti. Una delle tesi più convincenti è che i requisiti della *rule of law* nascano dall'osservazione delle forme (al plurale) della coordinazione giuridica – la legislazione, la giurisdizione, ma anche ogni altra forma di coordinazione giuridica, come la contrattazione e la mediazione – e dall'esame delle caratteristiche che esse devono avere per produrre un certo risultato: quello di evitare l'arbitrarietà³⁹. In questo senso, la legislazione per non essere arbitraria deve riguardare tutti, e cioè essere generale e astratta; la giurisdizione deve essere indipendente e imparziale; la contrattazione deve essere equa; la mediazione deve essere efficace nel fornire soluzioni ai conflitti⁴⁰.

Le molteplici forme di coordinazione tipiche della pratica giuridica – e dei diversi attori in esse coinvolti – rendono dunque necessario il ricorso alle liste contenenti elementi non linearmente omogenei. Anche la dottrina dello stato di diritto, di cui diremo a breve, segue questo modello, pur soffermandosi principalmente sulle caratteristiche della legge, sia quanto alla sua formazione, sia in relazione alla sua interpretazione e applicazione⁴¹. Ognuna di queste attività è affidata ad attori diversi, che pertanto avranno responsabilità diverse: il legislatore, il giudice, il notaio o il consulente legale, il mediatore. Ogni ruolo deve soddisfare specifiche esigenze nel proprio operato per raggiungere l'obiettivo segnalato. Solo la sinergia tra questi consente di raggiungere il risultato finale della limitazione dell'arbitrarietà.

³⁹ È questa la tesi di Fuller secondo K. RUNDLE, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012.

⁴⁰ L.L. FULLER, *Mediation: Its forms and functions*, in *Southern California Law Review*, 44, 1971, pp. 305-339.

⁴¹ F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, cit., p. 5.

Oltre alla diversità di forme della coordinazione giuridica e ai diversi ruoli o attori coinvolti, il livello di disomogeneità delle diverse *checklist* si può diversificare ulteriormente in differenti livelli di formulazione delle esigenze della *rule of law*. Si possono infatti identificare almeno tre stratificazioni. Al livello più generale abbiamo il senso complessivo, la *core idea* o l'idea organizzativa della *rule of law*. La convergenza su questo punto è abbastanza diffusa. Si tratta di limitare l'arbitrarietà nelle relazioni umane. È appunto il livello del senso generale della *rule of law*.

Vi è un secondo livello in cui si iniziano a vedere differenze determinate dal riferimento ad una certa architettura istituzionale o ad un'altra: qui troviamo principi e regole come il primato del diritto sulla politica, il carattere regolato del potere, la trasparenza e la responsabilità di chi lo esercita. Seguendo le diverse tradizioni giuridiche, come si vedrà più avanti nel dettaglio, questo livello può articolarsi ulteriormente in: principio della separazione dei poteri, principio di legalità, pubblicità delle norme e dei processi, stabilità del diritto, *due process*. La ricerca può arricchirsi ulteriormente in relazione ad altre forme di potere e di arbitrarietà possibili, che la sensibilità crescente verso la *rule of law* va sviluppando.

Sistemi giuridici prevalentemente legislativi, dove cioè la legge è il perno dell'ordinamento, e sistemi in cui l'asse intorno a cui ruota la garanzia dei diritti è il potere giudiziario, metteranno in luce diversi aspetti della *rule of law*. Nel primo caso sono fondamentali le caratteristiche della legge quali generalità, chiarezza, pubblicità, coerenza, ma anche la determinazione del vincolo della legge nella sua applicazione; nel secondo caso, invece, sono cruciali l'accesso alla giustizia e alle corti, l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, la prevedibilità delle decisioni. Ovviamente, la *rule of law* mira a controllare sia le decisioni a monte, sia quelle a valle: questi elementi sono quindi da intendere come complementari.

Se ci si concentra sullo Stato moderno e sui poteri pubblici, la lista di requisiti della *rule of law* includerà certamente la loro separazione e il principio di legalità. Se invece il focus è sulle organizzazioni internazionali o sui poteri economici, le esigenze che verranno in evidenza saranno altre, quali l'*accountability*⁴² o

⁴² Per *accountability* si intende indicare la richiesta di rendere conto e

la lotta alla corruzione. Quel che è certo è che la *rule of law* si adatta e asseconda sia l'evoluzione nel tempo sia la differenziazione del diritto nello spazio e in considerazione dei diversi assetti e culture giuridiche. Alla luce di questi cambiamenti e diversificazioni, possiamo continuare a chiamare in causa la *rule of law* in modo non equivoco? La risposta è che l'unità della *rule of law* – in quanto carattere distintivo della pratica giuridica – è da trovare in quello che essa vuole realizzare, nella sua finalità.

Come si è visto prima, la *Venice Commission* constata che, in Europa, vi è un consenso intorno ad alcuni principi che andrebbero plausibilmente collocati nel secondo livello tra quelli segnalati: il principio di legalità, che in quel caso, come si è detto, riguarda il processo di formazione delle leggi; la certezza del diritto, che concerne la loro applicazione; il divieto di arbitrarietà nelle decisioni, l'accesso alla giustizia dinanzi a tribunali indipendenti e imparziali e il controllo giurisdizionale degli atti amministrativi; infine il rispetto dei diritti umani e la non discriminazione e l'eguaglianza davanti alla legge⁴³. In questo quadro, oltre all'inclusione dei diritti umani di cui si dirà più avanti, può colpire l'assenza di un riferimento ad attori privati (e non solo pubblici) o ad entità ibride. Tutto ciò si spiega perché il contenuto della *rule of law* è elaborato soprattutto pensando alla sua promozione tra gli *Stati membri* del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, che peraltro possiedono al riguardo tradizioni giuridiche tutto sommato convergenti.

Vi è ancora un terzo livello di stratificazione, che riguarda i cosiddetti indicatori della *rule of law*⁴⁴. Essi sono il frutto di un impegno volto a dettagliare aspetti importanti che attestano o meno la reale implementazione del principio o ad indicare falle che ne vanificano gli sforzi. Si tratta di strumenti concreti, anche questi specificati in relazione ai diversi attori che volta per volta vengono in scena, oppure il risultato di esigenze specifiche derivanti

ragione di una decisione, un concetto più ampio di quello di responsabilità. Cfr. J. STEFFEK, *Public accountability and the public sphere of international governance*, in *Ethics and International Affairs*, 24, 1, 2010, pp. 45-67.

⁴³ Cfr. il già citato report CDL-AD(2016)007-e, § 18.

⁴⁴ Vedi gli *UN Rule of law benchmarks* in https://www.un.org/en/events/peacekeepersday/2011/publications/un_rule_of_law_indicators.pdf (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

dall'evoluzione dei sistemi giuridici o da particolari problematiche (si pensi all'attenzione per la lotta alla corruzione dei dipendenti pubblici, che è un problema di portata internazionale⁴⁵).

In particolare, nel contesto della promozione internazionale della *rule of law*, la caratteristica di questi indicatori è che essi possono essere quantificati e dunque confrontati⁴⁶. Ne sono esempi l'esistenza di interpreti per garantire l'accesso alla giustizia di chi non parla la lingua delle corti, oppure la limitazione del numero di detenuti nelle carceri. Certamente, il discorso sugli indicatori è quello su cui vi possono essere maggiori differenze. Si tratta di guardare allo stesso obiettivo ma da diversi punti di vista ed in considerazione della molteplicità di contesti e di pratiche: dell'amministrazione della giustizia o dell'esercizio della potestà sanzionatoria, negli esempi. Ci si può concentrare sulla legge, oppure sul processo, o sulla partecipazione del soggetto su cui ricade la decisione, e così via. Le implicazioni del principio della *rule of law* sono davvero tante. Basti pensare che le Nazioni unite hanno individuato ad oggi centotrentacinque indicatori da usare per misurare la presenza della *rule of law* nei paesi del mondo⁴⁷. Parte dell'incertezza sulla questione del contenuto della *rule of law* dipende dal fatto che questi diversi livelli, ed in particolare il secondo e il terzo, possono essere facilmente confusi. È stato però notato che questi indicatori sono correlati⁴⁸, una

⁴⁵ A causa degli effetti devastanti sulla democrazia e la *rule of law*, l'Assemblea generale delle Nazioni unite ha adottato nel 2003 la Convenzione contro la corruzione, entrata in vigore nel 2005 (https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf). Si tratta di un atto che sanciva una linea di iniziative istituzionali internazionali volte ad implementare misure di prevenzioni e criminalizzazione delle diverse forme di corruzione, la cui attuazione è affidata all'Ufficio delle Nazioni unite contro la droga e il crimine.

⁴⁶ Q. QERIMI, *Operationalizing and Measuring Rule of Law in an Internationalized Transitional Context: The Virtue of Venice Commission's Rule of Law Checklist*, in *Law and Development Review*, 13, 1, 2020, pp. 59-94.

⁴⁷ *The United Nations Rule of Law Indicators. Implementation Guide and Projects Tools*, a cura del Department of Peacekeeping Operations and Officer of the High Commissioner for Human Rights, 2011, https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/un_rule_of_law_indicators.pdf (ultimo accesso 14 febbraio 2025).

⁴⁸ T. GINSBURG, *Difficulties with measuring the rule of law*, in *Handbook on the Rule of Law*, cit., pp. 48-56.

constatazione che rivela la loro sostanziale unità di senso.

La difficoltà di stilare un'unica lista di requisiti è ulteriormente aggravata se si confondono funzioni, benefici ed elementi di base della *rule of law*⁴⁹. Secondo Brian Tamanaha, le funzioni della *rule of law* sarebbero sostanzialmente due: limitare l'operato dell'autorità e ottenere una coordinazione sociale ordinata. I benefici invece sono tanti: la prevedibilità, la limitazione della discrezionalità dell'autorità, l'esistenza di un ordine sociale pacifico, diversi vantaggi economici derivanti dalla sicurezza giuridica, l'eguaglianza nell'applicazione della legge. Tra questi, peraltro, si dovrebbero distinguere benefici intrinseci ed estrinseci: tra i primi troviamo la certezza del diritto, tra i secondi la crescita economica⁵⁰. Per Tamanaha, gli elementi di base della *rule of law*, quelli che si dovrebbero considerare requisiti veri e propri, cioè strumenti necessari alla sua realizzazione, sono il primato delle regole, l'indipendenza dei giudici, la robustezza delle professioni giuridiche e il loro impegno nella costruzione della *rule of law*. Anche qui si può notare che non si tratta solo di elementi strutturali o procedurali, ma anche di responsabilità da assegnare a soggetti che svolgono ruoli specifici, in questo caso i giudici e altre professioni giuridiche⁵¹.

Ulteriore fonte di complessità proviene dal fatto che, come evidenziato, non solo la riuscita della *rule of law* è una questione di progressivo avvicinamento ad un'aspirazione, ma molti dei requisiti solitamente elencati nelle liste sono a loro volta una

⁴⁹ B. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. PALOMBELLA-N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009, p. 3.

⁵⁰ M. Krygier, *Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?*, in *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, 22, 2010, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2010/22.html> (ultimo accesso 23 dicembre 2024). La crescita economica è notoriamente collegata, secondo la Banca mondiale, allo sviluppo della *rule of law*, messa al centro di strategie e programmi sullo sviluppo fin dagli anni Novanta. Cfr. T. CAROTHERS, *The Rule of Law Revival*, in *Foreign Affairs*, 77, 2, 1998, pp. 95-106.

⁵¹ Nella formula della *rule of law* bisogna distinguere l'elencazione delle caratteristiche proprie della legge positiva e della sua applicazione dai valori e dalle istanze che ne costituiscono il fondamento. Cfr. F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, cit., p. 17.

questione di grado e di calibrazione⁵². Per esempio, regole troppo generali o un diritto eccessivamente preciso nelle sue previsioni potrebbero essere ostacoli e difetti – ben più che pregi – sul fronte della *rule of law*. Le prime potrebbero ostacolare il trattamento diverso per chi è diverso, il secondo potrebbe impedire il trattamento eguale di situazioni diverse ma simili. Il divieto di retroattività, sebbene sia un principio irrinunciabile della *rule of law*, nei sistemi giuridici evoluti non è ritenuto un difetto quando è in favore del reo. La logica dell'attuazione della *rule of law* non è infatti quella della verifica formalistica della presenza di uno o più requisiti, ma la valutazione accurata e attenta del modo in cui i diversi requisiti si armonizzano (si temperano?) e concorrono a realizzarne la finalità complessiva.

È stato notato che, paradossalmente, la gradualità dei requisiti e la complessità dell'insieme sembrano rendere quasi impossibile realizzare la *rule of law*⁵³. Il punto è che tale realizzazione richiede l'abilità di trovare una misura corretta, un equilibrio, tra una molteplicità di esigenze. In questo senso è significativo che molti racchiudano l'essenza della *rule of law* nell'idea di temperare il potere. *Temperare* significa non solo diminuire o ridurre, ma anche guidare e promuovere. In altre parole, è necessario mescolare con perizia diversi elementi⁵⁴. Non basta cioè sapere quali sono le componenti dell'opera da realizzare, o andare alla ricerca di liste esaustive di requisiti, ma sapere qual è il fine e in quale misura le diverse componenti devono essere presenti in questo o in quel contesto⁵⁵. Questo punto è particolarmente

⁵² L'idea che la *rule of law*, e dunque il diritto, sia questione di grado rappresenta un problema, soprattutto per certi approcci al diritto alla ricerca di certezze. Ma se il diritto è una pratica sociale che mira ad assumere la forma della *rule of law*, si può dire che il diritto è questione di grado. Non è però questione di grado l'esistenza di un ordinamento, ma la sua capacità di trattare tutti in modo eguale. In questo consiste la moralità dell'aspirazione. L.L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964, p. 5.

⁵³ T.A. ENDICOTT, *The impossibility of the rule of law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 1, 1999, pp. 1-18.

⁵⁴ È la tesi di M. KRYGIER, *What's the point of the rule of law*, in *Buffalo Law Review*, 67, 3, 2019, pp. 743-792.

⁵⁵ Questa combinazione sapienziale non sembra per ora poter essere attuata dall'intelligenza artificiale. Sulle problematiche sollevate dagli algoritmi riguardo alla *rule of law* cfr. J. TASIOLAS, *The Rule of Algorithm and*

importante perché è uno dei riflessi del legame tra la *rule of law* e il diritto inteso come una pratica sociale, vale a dire una attività umana volta ad un fine.

Che la realizzazione della *rule of law* sia una questione di grado proietta ulteriore luce anche sulla distinzione tra le violazioni e le deficienze. Le questioni di grado implicano necessariamente delle valutazioni e dei giudizi ed è per questo che una mentalità formalistica, che giudica solo sulla base del “tutto o niente”, tenderà ad eliminare questi problemi dall’orizzonte scientifico.

Come si diceva poc’anzi, le violazioni possono essere intese come trasgressioni ad assetti stabiliti a protezione della *rule of law*, mentre le deficienze sono mancanze di strumenti volti a realizzarla, oppure elementi di inadeguatezza⁵⁶. Mentre le prime sono in qualche modo esaustive (o si viola o non si viola la *rule of law*, ad esempio, non garantendo l’indipendenza della decisione giudiziale), o per lo meno è più facile individuare l’esistenza di una falla, le deficienze riguardano modi insufficienti di avvicinarsi ad un ideale che comunque non è assicurato una volta per tutte.

D’altra parte, ogni pratica sociale può fallire non solo non raggiungendo il suo scopo, ma anche non funzionando come si deve. Il punto è che ogni istituzione umana può essere corrotta o distolta dal suo scopo. Questo vale per il diritto come pratica complessiva, ma anche, per fare un esempio, per aspetti specifici di essa, come la pratica della tutela dei diritti umani. Si pensi alle accuse rivolte alla pratica dei diritti umani ritenuti incapaci di rispettare l’eguaglianza⁵⁷ o alle insufficienze delle logiche sottese a tali diritti, denunciate dal movimento femminista⁵⁸. Si pensi anche a tutte le volte in cui determinate precomprensioni o stereotipi rendono invisibili le violazioni contro i diritti delle donne

the Rule of Law, in *Vienna Lectures on Legal Philosophy*, 2023, <https://ssrn.com/abstract=4319969> (ultimo accesso 30 ottobre 2025).

⁵⁶ Si parla di *deficit* e non di violazioni in T.A. ENDICOTT, *The impossibility of the rule of law*, cit.

⁵⁷ S. Moyn, *Human rights and the age of inequality*, in D. LETTINGA-L. VAN TROOST (eds.), *Can human rights bring social justice?*, Amnesty International Netherlands, Netherlands, 2015.

⁵⁸ Cfr. C. GILLIGAN, *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982.

o delle minoranze⁵⁹. Per evitare questo rischio di degenerazione delle pratiche sociali al di sotto dei loro standard ottimali, è necessario che i partecipanti si sforzino di interpretarle e attuarle sempre nel rispetto delle loro finalità. Ciò vale anche per la *rule of law*, avversa peraltro sia all'abuso di potere sia all'abuso dei diritti⁶⁰.

Anche le deficienze rappresentano minacce serie alla *rule of law*, ma, rispetto alle violazioni, richiedono un lavoro di aggiustamento e sintonizzazione, piuttosto che interventi repressivi o riformatori. Di fondo, la valutazione di un sistema alla luce della *rule of law* non dipenderà né dalla presenza di regole e assetti stabiliti, né dal contare su una dotazione di strumenti, ma dalla capacità di produrre un risultato: l'esercizio del potere nel rispetto di chi ne è soggetto in modo che le relazioni risultino il più possibile eque. È proprio questo risultato finale a garantire la continuità del principio della *rule of law*⁶¹. Per questo si può dire che il sistema nazista – oltre ad essere aberrante dal punto di vista morale – non fosse nemmeno rispettoso della *rule of law*, anche se vantava alcuni dei requisiti riscontrabili nelle *checklist*. La stessa cosa si può affermare di molti altri sistemi autocratici o autoritari, che nascondono il loro disprezzo per la dignità e l'eguaglianza di individui o gruppi dietro la pretesa di seguire procedure formali (solo apparentemente) ispirate alla *rule of law*.

In ogni caso, la presenza di almeno alcuni dei requisiti è già qualcosa in tema di contrasto all'arbitrarietà. L'assenza di altri evidenzia deficienze nella *rule of law* che possono essere anche gravi (per esempio se la legislazione non è generale e astratta o la giurisdizione non è imparziale)⁶². Problema diverso sarebbe

⁵⁹ Anche su questo punto è esemplare il contributo epistemologico del femminismo. Cfr. E. ANDERSON, *Feminist Epistemology and Philosophy of Science*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/feminism-epistemology/> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

⁶⁰ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit.

⁶¹ E.H. ATIQ, *Legal Positivism and the Moral Origins of Legal Systems*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, July, 2022, pp. 1-28.

⁶² «Un ordine dello Stato che pretendesse di valere solo per alcuni individui o per alcuni casi particolari non sarebbe diritto ma arbitrio», G.

quello di eventuali pratiche di cui fosse possibile accertare il fallimento in tutti i requisiti della *rule of law*. L'accertamento della totale incapacità di contrasto all'arbitrarietà può giustificare il dubbio sul carattere giuridico della pratica.

In conclusione, le *checklist* ci dicono che la *rule of law* è un ideale complesso a cui tendere strenuamente, senza illudersi di raggiungerlo una volta per tutte. Le esigenze veicolate dalle liste devono essere contestualizzate e adattate alle diverse architetture giuridiche e agli attori in gioco, ma anche al cambiamento e all'evoluzione dei sistemi giuridici. Inoltre, i requisiti possono essere dettagliati a diversi livelli di astrattezza o concretezza. Si parla comunque correttamente di *checklist* perché si richiede la presenza contemporanea di una pluralità di requisiti come condizione per la riuscita del principio. Infine, il successo nella realizzazione della *rule of law* dipende dalla capacità di combinare adeguatamente i diversi requisiti rispetto alla finalità che ci si propone di realizzare. Sicché sono necessarie abilità diverse, sia di pensiero critico, che metta insieme fatti e aspirazioni e sappia valutare la vicinanza o lontananza degli strumenti rispetto al fine, sia di competenze operative in grado di combinare gli elementi in modo adeguato ed equilibrato. E ciò sia a livello di ideazione di assetti, sia sul piano operativo, come modi per la partecipazione ad essi.

2.5. Dall'approccio anatomico a quello fisiologico

Le difficoltà sollevate dalla variabilità delle *checklist* possono trovare soluzione nell'esigenza di passare dall'approccio anatomico

RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, a cura di G. CARLIZZI-V. OMAGGIO, Giuffrè, Milano, 2021, p. 206. Nell'introduzione alla traduzione Carlizzi osserva che già nel 1932 questo autore sosteneva che una prescrizione discriminatoria non può avere natura giuridica, G. CARLIZZI, "Un sistema filosofico deve somigliare a un Duomo gotico". *Introduzione alla Filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, ivi, p. XIII. Anche Francesco D'Agostino segnala questo carattere come fondamentale per la *rule of law*: «esiste una presunzione che ci induce a ritenere ingiuste le leggi che abbiano un numero limitato di destinatari o al limite un *unico destinatario*, come le c.d. *leggi singolari o privilegiate*). È questo il tema dell'*isonomia*, tanto caro alla cultura greca classica», F. D'AGOSTINO, *Parole di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 20.

(quello delle liste di requisiti) ad uno teleologico o funzionale⁶³, per quanto le liste, come abbiamo visto, siano giustificate e utili. Si tratta infatti di due approcci complementari. È dunque opportuno tenere presente non solo la varietà di elementi che sostanziano la *rule of law*, ma anche i fini e gli obiettivi che essa intende raggiungere. Ed è importante ricordare che la *rule of law* riguarda ruoli e attori e un loro modo specifico di partecipare all'impresa giuridica.

Le diverse ricostruzioni articolano la funzione complessiva della *rule of law* in svariati modi ma sempre intorno alla limitazione dell'arbitrarietà. È stato detto che essa ha l'ambizione di fornire protezione e rimedi contro l'esercizio arbitrario del potere con strumenti distintamente giuridici⁶⁴. Intorno a questa idea si può rintracciare un accordo diffuso, se si ha l'accortezza di notare che la stessa finalità può essere resa in modi diversi nei diversi contesti e in relazione alle diverse forme di coordinazione.

Il discorso allora dovrebbe vertere su cosa sia l'arbitrarietà e sul perché sia necessario limitarla.

Secondo alcuni, l'arbitrarietà è un concetto ancora poco teorizzato di per sé⁶⁵, e soprattutto poco centrale nelle riflessioni sulla natura del diritto. Un primo significato di arbitrarietà, ben presente sicuramente nella teoria giuridica del Novecento, emerge dall'idea della legittimità *input-oriented*: non chiunque può prendere decisioni che riguardano tutti, e questo è certamente un fattore necessario da controllare. È in parte il tema della legittimazione democratica, che ha dominato nella teoria del diritto inscritta nel paradigma dello Stato moderno. La recente discussione europea sulla legittimazione *output-oriented* ha notato, però, che la prima non è sufficiente, anche se necessaria, e ha messo l'accento sui limiti di un parametro esclusivamente in

⁶³ L'immagine dell'anatomia è presa da L.L. FULLER, *The Anatomy of the Law*, Praeger, New York, 1968. L'approccio anatomico è stato criticato da Krygier nei suoi importanti scritti sulla *rule of law*. Vedi per esempio M. KRYGIER, *The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 12, 1, 2016, pp. 199-229.

⁶⁴ G.J. POSTEMA, *Law's Rule. The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, p. 20.

⁶⁵ Cfr. M. KRYGIER, *Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares*, cit., pp. 75-76.

entrata. Conta cioè anche il modo in cui si conduce l'azione e il risultato che si raggiunge⁶⁶. D'altra parte, la legittimità che mira al risultato, cosiddetta *output-oriented*, rischia di diventare una legittimazione tecnocratica, e dunque non soddisfacente⁶⁷. La *rule of law* ambisce a strutturare le decisioni in modo non arbitrario in un senso più ampio, che appunto riguarda l'intero spettro del processo decisionale e di implementazione della decisione. La logica dell'*output* si riferisce non già al titolare dell'esercizio del potere, ma allo scopo del potere, che deve garantire sia la tutela dei diritti, sia una coordinazione più equa possibile.

Se si guarda dall'angolatura della *rule of law* si vedono emergere ulteriori significati di arbitrarietà, che in tempi e luoghi diversi sono stati al centro dell'attenzione e che sono ancora forieri di sviluppi. In un primo senso, si dà arbitrarietà quando le decisioni non sono controllate non solo in relazione al soggetto che le prende, ma anche dal punto di vista del modo in cui sono prese. Di conseguenza, la lotta contro l'arbitrarietà si concentra sul controllo dell'azione dei decisori, anche e soprattutto attraverso la verifica delle ragioni delle decisioni⁶⁸. Un ulteriore aspetto dell'arbitrarietà è quello che si dà nelle decisioni che non prevedono la consultazione delle persone interessate, per cui la lotta per eliminare l'arbitrarietà consiste nel promuovere meccanismi che assicurino la partecipazione di chi sarà toccato dalle decisioni (la democrazia può essere considerata una procedura di consultazione, quella tipica dello Stato moderno come entità politico-giuridica, ma l'esigenza di partecipazione non si arresta ai confini dello Stato). Infine, è arbitraria la mancanza di prevedibilità delle decisioni perché i destinatari delle regole non sono in grado di pianificare le proprie azioni a causa dell'incertezza del diritto⁶⁹. Su quest'ultimo punto ci si soffermerà nel prossimo paragrafo.

⁶⁶ F.W. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

⁶⁷ S. DELLAVALLE, *Il potere dell'Unione Europea*, in *Teoria politica*, 6, 2016, pp. 193-222.

⁶⁸ J. RAZ, *The Law's Own Virtue*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 39, 1, 2019, pp. 1-15.

⁶⁹ J. FINNIS, *Limited Government*, in ID., *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, vol. III, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 84-106. M. KRYGIER, *The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures*, cit.

La *rule of law* richiede che le decisioni siano prese sulla base di ragioni informate e pertinenti e che tali ragioni siano note, in modo che si possa costatare come i diversi argomenti e punti di vista in gioco siano stati presi in considerazione e vagliati con eguale attenzione – si pensi alla decisione giudiziale e agli argomenti delle parti coinvolte dai processi decisionali. Questo corrisponde al requisito della *explainability*, che equivale ad un vero e proprio diritto alle ragioni. Il termine è stato introdotto nel campo delle applicazioni dell'intelligenza artificiale, e nello specifico, del *machine learning* in riferimento ai processi decisionali. Com'è noto, i sistemi di intelligenza artificiale con apprendimento automatico implementano processi statistici stabilendo correlazioni all'interno di *data base*: su queste correlazioni si effettuano classificazioni o previsioni relative a nuovi casi. Questi processi restano spesso imperscrutabili⁷⁰, mentre i processi che rispondono alla *rule of law* devono essere trasparenti per chi li subisce.

Il diritto alle ragioni ha un senso più profondo ancora all'interno della prospettiva della *rule of law*, perché non basta che le decisioni si fondino su ragioni ed esse siano note. Nel suo ultimo lavoro sulla *rule of law*, Joseph Raz ha sostenuto che l'«[a]rbitrary government is the use of power that is indifferent to the proper reasons for which power should be used»⁷¹. E alla domanda su quali siano le ragioni appropriate per cui il potere dovrebbe essere usato egli risponde che esse riguardano gli interessi dei governati. (L'autore non si riferisce ai "diritti" degli interessati, forse nel tentativo di mantenere la *rule of law* distinta dalla protezione dei diritti in omaggio ad una concezione formale della *rule of law* di cui si dirà al par. 4.1.) Sarebbe però sbagliato usare il potere nell'interesse dei governati *in modo paternalistico*⁷². Occorre adoperarlo per le ragioni corrette, cioè a

⁷⁰ J. ZERILLI-U. BHATT-A. WELLER, *How transparency modulates trust in artificial intelligence*, in *Patterns*, 3, 4, 2022, pp. 1-10.

⁷¹ J. RAZ, *The Law's Own Virtue*, cit., p. 5.

⁷² Per evitare il possibile paternalismo nella lettura di Raz, Donald Bello Hutt ha sostenuto che più che di interessi occorra parlare di preferenze. Ma la sua analisi è centrata esclusivamente sulla prospettiva domestica. Cfr. D. BELLO HUTT, *Rule of Law and Political Representation*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 2022, pp. 1-25.

favore di coloro che saranno toccati dalle decisioni. La *rule of law*, insomma, richiede che chi esercita il potere lo faccia nell'interesse di chi ne è soggetto grazie ad un coinvolgimento attivo dei governati. Non basta che essi siano passivamente beneficiati dall'autorità perché i loro interessi sono stati presi in considerazione.

Su questa strada si arriva a ravvisare chiaramente che l'obiettivo è trattare in un certo modo chi è soggetto al potere, rendendolo protagonista, fautore esso stesso dell'ordine sociale giuridico. Ciò non significa che la *rule of law* includa o si identifichi con la democrazia (si veda il par. 4.4). Quest'ultima prevede specifiche procedure di voto indirizzate a scegliere rappresentanti e governanti. Non è infatti l'appartenenza politica (la cittadinanza) ad esaurire il titolo per la partecipazione alle procedure giuridiche. Il principio di consultazione secondo la *rule of law* – presente nella sapienza antica dei giuristi nella forma dell'adagio *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet* – è più inclusivo rispetto a quello democratico, implementato nella dimensione domestica degli Stati. È l'elemento dell'essere toccati dalle conseguenze a rilevare come titolo per la consultazione. Ciò è una conseguenza della dimensione orizzontale della *rule of law*, che non si esaurisce in quella verticale tipica delle relazioni con l'autorità, di cui la democrazia politica è una applicazione all'interno del paradigma giuridico-politico dello Stato. Il principio della *rule of law* si presta a superare le barriere nazionali e configurare un diritto capace di governare i rapporti nell'età della globalizzazione.

2.6. Natura del diritto e natura del soggetto agente nella configurazione della *rule of law*

Quanto detto nei paragrafi precedenti, sebbene a proposito del modo in cui la *rule of law* è intesa nel diritto contemporaneo, riguarda il modo di intendere il diritto, cioè la comprensione del fenomeno giuridico in quanto tale. Il modo in cui le decisioni vengono prese e la centralità delle ragioni delle decisioni si sposa bene con un certo modo di intendere la natura del diritto, oggi prevalente. Si tratta della teoria della *giving-reasons nature of*

law⁷³. Secondo questo approccio il diritto mira a fornire ragioni per agire in un determinato modo, tramite gli strumenti normativi (principi, regole, criteri), elaborati dalle istituzioni necessarie alla coordinazione in contesti di interdipendenza. L'interazione con gli altri in queste relazioni introduce elementi di eteronomia che in qualche modo giustificano il ricorso all'autorità del diritto. Le ragioni che il diritto fornisce sono certamente autoritative, ma sempre ragioni per l'azione di soggetti, che abitualmente ne hanno anche altre, siano esse ragioni di utilità o di principio.

La diversità e la pluralità delle ragioni per l'azione che i soggetti si trovano a valutare nell'azione da compiere non diminuisce l'importanza delle ragioni giuridiche né la loro forza, al contrario le esalta. Le ragioni giuridiche entrano nel ragionamento pratico – cioè nelle operazioni di deliberazione e di determinazione dell'azione da compiere – dei soggetti con le loro prerogative, principalmente con la loro autorità⁷⁴. Quest'ultima si manifesta come capacità di escludere le altre ragioni che i soggetti hanno per agire, o, in altre parole, di subentrare alle ragioni che i soggetti seguirebbero se non si trovassero in un contesto di coordinazione in cui non decidono da soli e non decidono solo per se stessi. In accordo con questa lettura, ogni applicazione del diritto, anche l'autoapplicazione necessaria nel seguire le regole in osservanza del diritto, implica un processo discorsivo, che richiede prima di tutto l'interpretazione e la comprensione di quanto viene richiesto con autorità – l'autorità dell'interdipendenza – seguito da un'eventuale argomentazione su quanto è ordinato, vietato o permesso⁷⁵, al fine di giungere alla determinazione dell'azione in ottemperanza o in violazione delle regole. Questo processo non sempre è ricostruito per esteso, perché il meccanismo dell'autorità funziona grazie ad una presunzione di fiducia. Non è solo «because I rightly trust the government, I will take it for granted that there are adequate reasons to obey its laws, and so long as the government's actions are not flagrantly

⁷³ A. MARMOR-A. SARCH, *The Nature of Law*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

⁷⁴ Per questo Joseph Raz definisce le regole giuridiche ragioni di esclusione. J. RAZ, *The Authority of Law*, cit.

⁷⁵ R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. 22.

outside its (morally justified) authority I will not examine the arguments for obedience on a case by case basis»⁷⁶. È anche che la coordinazione assume forme consuete e non problematiche se non in casi eccezionali.

Nella prospettiva della pratica giuridica sono diversi i soggetti che prendono decisioni, talvolta finali: chi deve stabilire le regole del gioco oppure il destinatario del diritto, o ancora chi deve risolvere un conflitto. L'inclusione e la partecipazione nei processi argomentativi è lo strumento che rende chi è soggetto al diritto un partecipante a pieno titolo nella decisione e dunque fornisce alla decisione un valore in sé, anche quando a sfavore del soggetto che la deve subire. A garantire questa inclusione è dunque il carattere argomentativo delle pratiche giuridiche⁷⁷. Il ricorso alle ragioni serve precisamente a limitare il potere arbitrario, certamente quello normativo, ma il principio può estendersi ad ogni altro potere di fatto, privato, economico, sociale o derivante da vantaggio posizionale. In altre parole, le decisioni, quando giustificate, possono essere discusse e accettate.

Questa rappresentazione della pratica giuridica può apparire fortemente idealizzata, soprattutto anche se non solo, se si tiene conto delle esigenze "economiche" del diritto, cioè del fatto che alcune procedure decisionali sono giustificate non tanto per la loro capacità di decidere in modo giusto, ma per l'esigenza di decidere in tempi brevi la via per la coordinazione o per la risoluzione di un conflitto. Ovviamente il diritto è anche questo, e in questo assetto il diritto canalizza inevitabilmente quanto gruppi maggioritari o di potere riescono a imporre ad altri. Ma fare luce su queste esigenze è un modo di rendere visibili i meccanismi più o meno adeguati di decisione, che diventano fonti di ispirazione, oppure fronti nei quali la lotta per il diritto è ancora da farsi.

Certamente, questo modo di accostarsi alla natura del diritto enfatizza la dimensione procedurale della *rule of law*⁷⁸. Il

⁷⁶ J. RAZ, *Liberty and Trust*, in R.P. GEORGE, *Natural Law, Liberalism, and Morality. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 124.

⁷⁷ T. ENDICOTT, *The Reason of the Law*, cit. Sul diritto come argomentazione, cfr. M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁷⁸ Cfr. H. NYE, *Waldron, Jeremy: Rule of Law*, in M. SELLERS-S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, cit.,

carattere procedurale attiene all'elemento dinamico della produzione e applicazione del diritto, che è quello che la *rule of law* si propone di governare. Il tratto distintivo dell'approccio procedurale al diritto è appunto quello di un'impresa costruita su processi argomentativi a vari livelli, che richiedono la partecipazione di più soggetti: del resto, conta non solo quello che si decide ma anche come lo si decide.

Questi processi pervadono tutti i livelli della pratica, sia quello della determinazione del diritto, che è normalmente controverso e rivedibile (a livello di legislazione e di giurisdizione), sia quello dell'osservanza del diritto, perché il soggetto destinatario viene coinvolto in un processo che ha ad oggetto l'azione guidata dalle regole attraverso le sue ragioni. Seguire le regole significa fare la propria parte nella realizzazione di un'azione contribuendo a determinarla⁷⁹. Nella risoluzione degli eventuali conflitti, poi, tutti dovrebbero potere presentare argomenti nelle sedi e nei modi opportuni. In questo senso, il diritto guidato dal principio della *rule of law* è una forma di procedura. Non è una procedura che necessariamente raggiunga un risultato adeguato, ma è una procedura adeguata a guidare l'azione umana⁸⁰.

Se, da un lato, è vero che la *rule of law* presuppone una certa idea del diritto e della sua natura; dall'altro, è già evidente che essa veicola anche un certo modo di comprendere i soggetti coinvolti nella pratica giuridica, come anche le loro relazioni. Se la natura del diritto può essere condensata nella sua capacità di guida dell'azione, la natura del soggetto è compendiata nella sua *agency*. Le sue prerogative sono la razionalità, la capacità di deliberazione⁸¹, l'autonomia e la libertà, tutte caratteristiche della

https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_26-1 (ultimo accesso 20 dicembre 2024).

⁷⁹ Questa è una tesi sviluppata in V. RODRÍGUEZ-BLANCO, *Law and Authority Under the Guise of the Good*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2014.

⁸⁰ Il riferimento è notoriamente J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, § 14, che definisce il diritto come procedura imperfetta. Sul tema, F. VIOLA, *Rawls e il diritto*, in *Biblioteca della libertà*, 48, 2013, https://www.centroeinaudi.it/images/abook_file/206-207online_Viola.pdf (ultimo accesso 14 febbraio 2025).

⁸¹ Cfr. J. TASIOLAS, *The Rule of Law*, in J. TASIOLAS (ed.), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, Cambridge Companions to Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 117-134.

dimensione pratica del soggetto umano, cioè quella volta all'azione.

Il principale contributo alla riflessione sulla *rule of law* nella prospettiva dell'*agency* dei soggetti si trova nel pensiero di Lon Fuller e in quello di coloro che hanno ripensato, criticato o riformulato alcune delle sue idee seminali. Sebbene in prima battuta egli era risultato sconfitto nel dibattito con Hart – nel quadro più ampio della diatriba tra giuspositivismo e giusnaturalismo di cui si dirà nel par. 4.1 – il suo pensiero ha continuato ad influenzare costruttivamente un dibattito mai assopito sulla *rule of law*, dibattito che è ancora oggi molto promettente⁸² e che si può dire corregga e sviluppi in maniera creativa aspetti importanti del punto di vista interno hartiano.

Fuller elabora in modo esplicito l'idea che il cuore del diritto sia la *rule of law* e ne presenta il contenuto elencando una lista di *desiderata*, forse la più famosa delle *checklist*, quella che ha dato il via alla ricerca della lista più appropriata ed esaustiva, sia da parte dei filosofi del diritto, sia da parte dei giuristi. Non è un caso che la sua lista di *desiderata* si trovi anche nel documento della *Venice Commission* più volte citato. Questa lista include il carattere prospettico e non retroattivo del diritto, la praticabilità del diritto, la sua promulgazione o pubblicità, la chiarezza e comprensibilità delle regole, la non contraddittorietà e la coerenza tra le prescrizioni, la stabilità nel tempo delle regole, la generalità e la congruenza tra funzionari e regole, nel senso che queste vanno applicate dai funzionari sottoposti alle stesse regole e l'esigenza che le regole vengano applicate con imparzialità.

Nella prospettiva di Fuller, tuttavia, a determinare il contenuto della *rule of law* non è solo l'attenzione alla particolare strutturazione delle forme di coordinazione giuridica (al plurale), come si è detto prima, ma assume un ruolo fondamentale il modo di operare di coloro che ne sono coinvolti. Quello che Fuller

⁸² K. WINSTON (ed.), *Special Issue on Lon Fuller*, in *Law and Philosophy*, 13, 3, 1994, pp. 253-418; K. RUNDLE, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, cit. In Italia si possono vedere A. PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller*, ETS, Pisa, 2016 e P. MARRA, *Per una moralità procedurale del diritto. Considerazioni attuali a partire da Lon L. Fuller*, Cacucci, Bari, 2022.

chiama la moralità interna del diritto riguarda le caratteristiche necessarie a rispettare il soggetto di diritto e le sue capacità. Tali caratteristiche esigono che il potere sia esercitato in un certo modo (non arbitrario), secondo canoni che corrispondono a precisi obblighi per chi esercita il potere.

Prima di tutto, più che di soggetti, si tratta appunto di agenti. Alla base dei requisiti della *rule of law* si trova dunque il rispetto della loro *agency*. Se si rileggono così i desiderata della *rule of law*, se ne coglie la distintività della lettura. Il carattere prospettico e non retroattivo delle regole mira ad assicurare l'autonomia e la libertà che deve essere garantita al destinatario delle regole giuridiche. La guida dell'azione è possibile, infatti, soltanto se il diritto mira a regolare comportamenti futuri, perché nessuno può cambiare il passato. In ultima istanza, le regole come ragioni per l'azione possono forgiare solo il futuro. La libertà di determinarsi del soggetto distingue il modo di operare del diritto dalla mera costrizione: il diritto guida l'azione attraverso regole che sono ragioni per agire in un determinato modo, mentre la costrizione lo fa creando ostacoli all'azione o rendendo impossibile il comportamento contrario. La praticabilità del diritto riguarda pure un'altra dimensione dell'azione da compiere, che cioè deve essere alla portata dell'agente, secondo il vecchio adagio *ad impossibilia nemo tenetur* (non si possono comandare comportamenti impossibili). La promulgazione e la pubblicità delle regole giuridiche sono caratteristiche scaturenti anch'esse dalle condizioni generali dell'azione umana: molto semplicemente, se le regole non si conoscono, non si possono seguire.

L'esigenza di sapere in anticipo ciò che ci viene chiesto è collegata alla prevedibilità delle decisioni, che non a caso è uno dei valori fondamentali delle *rule of law* nella tradizione anglosassone cui Fuller appartiene, dove il diritto è creato per via giurisprudenziale⁸³. Ancora più che per la legge, che abitualmente si può cambiare solo attraverso atti formali, i sistemi fondati sui precedenti possono rendere il diritto meno prevedibile, e ciò andrebbe a svantaggio della libertà dei soggetti agenti. Ogni decisione presa crea aspettative legittime da parte di chi si trova in condizioni simili, anche se la sola presenza di una aspettativa

⁸³ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Penguin, New York, 2010, p. 38.

legittima non giustifica la replicazione della decisione. In effetti, nemmeno in un sistema fondato sullo *stare decisis*, la sola esistenza di aspettative legittime è ragione sufficiente per riproporre una decisione. Le aspettative devono essere soppesate con adeguate ragioni indipendenti per l'azione⁸⁴.

Quello che la prevedibilità rivela sul soggetto agente è una sua caratteristica specifica, cioè la capacità di pianificazione della propria esistenza, come anche dei propri affari⁸⁵. L'enfaticizzazione dell'importanza della prevedibilità per gli affari economici ha portato a collegare la *rule of law* ad una certa cultura liberista e/o capitalista⁸⁶, oppure a identificarla con la logica del diritto privato dei contratti⁸⁷. L'idea è che la prevedibilità consenta agli attori economici di agire nei propri interessi sulla base del calcolo dell'impatto che l'azione altrui e il sistema giuridico avranno su di essi⁸⁸. Tuttavia, gli attori della pratica giuridica non appartengono esclusivamente al modello normativo di *homo oeconomicus*. Nonostante la supremazia di questo modello, lo stesso pensiero economico ha sviluppato letture antropologiche alternative⁸⁹ e la questione resta dunque discutibile. Di fondo, è difficile pensare ad un'attività pianificatrice al di fuori di un ambiente nel quale

⁸⁴ G. LAMOND, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

⁸⁵ La prevedibilità è sostenuta soprattutto come condizione della libertà economica dei soggetti in F. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago 1960, ma si può anche ricordare l'interesse della Banca mondiale sul tema: cfr. intervento di C.H. STEPHENS durante il 2023 *WJP Rule of Law Index Launch*, <https://worldjusticeproject.org/news/world-bank-leader-rule-law-essential-sustainable-development> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

⁸⁶ Cfr. F. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, cit.

⁸⁷ Cfr. L.S. AUSTIN-D. KLIMCHUK (eds.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, che esamina criticamente questa tesi, analizzando sia il contributo della *rule of law* al diritto privato, sia il contributo del diritto privato alla *rule of law*.

⁸⁸ C. MAY, *The centrality of predictability to the Rule of Law*, in *Handbook on the Rule of Law*, cit., p. 100 (pp. 96-108).

⁸⁹ Tra i tanti, A. BOITANI, *L'illusione liberista*, Laterza, Roma-Bari, 2021. Significative per il presente tema anche le ricerche di Daron Acemoglu, Simon Johnson e James A. Robinson, vincitori del Premio Nobel per l'economia 2024. Il premio è stato motivato per i loro studi su come si formano le istituzioni e come influiscono sulla prosperità.

sia possibile appunto elaborare progetti liberamente e scegliere di coltivarli. In questo senso, è stato notato che solo in un'ottica di capacitazione è possibile che i soggetti esprimano la loro *agency*, anche ma non solo economica⁹⁰. Queste considerazioni provengono peraltro da quell'ambito economico in cui, a dispetto dei riduzionismi utilitaristici, il dibattito si è giustamente aperto ad analisi più articolate degli attori sociali.

Al di là dell'aspetto economico, la pianificazione è un elemento centrale della vita umana, che la pratica sociale del diritto si propone di sostenere⁹¹. Essa implica una forma di affidamento alle istituzioni, che in ultima analisi è un affidamento nei confronti di coloro con cui siamo in una relazione di interdipendenza per quanto riguarda la realizzazione di tutti i progetti individuali. L'esigenza più generale di stabilità del diritto ingloba quella della prevedibilità. Come già si è notato, questo non significa che la stabilità e la prevedibilità prevalgano sempre, perché vi sono altre esigenze – principalmente l'esigenza che la coordinazione sia *equa* – che devono essere tenute in conto. Altrimenti non si potrebbero mai correggere le storture che inevitabilmente il sistema produce.

Tra di loro i partecipanti alla pratica giuridica sono in una relazione di eguaglianza. La generalità delle regole e la loro chiarezza e comprensibilità, la non contraddittorietà e la coerenza tra le regole, come anche la loro stabilità nel tempo sono condizioni di applicabilità, certamente collegate alla razionalità degli agenti, ma anche alla loro eguaglianza. Quello che è intuitivo per la generalità – contro le leggi *ad personam* e i privilegi – lo è forse meno per la stabilità e la non contraddittorietà del diritto, ma è chiaro che regole che cambiano costantemente e i sistemi che contengono antinomie non possono che produrre trattamenti diseguali e dunque arbitrari. Lo stesso vale per l'imparzialità nell'applicazione delle regole.

Tuttavia, ad essere in gioco nella *rule of law* non è soltanto l'eguaglianza tra i diversi soggetti sottoposti al diritto, ma anche

⁹⁰ Così A.K. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (1999), Mondadori, Milano, 2000.

⁹¹ Su come il diritto accomodi la capacità umana di *planning* si veda il fondamentale contributo di S. SHAPIRO, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.

tra chi esercita l'autorità e chi ne è sottoposto. Chi esercita il potere e chi ne è subordinato sono in una relazione di reciprocità, che si sostanzia nella corrispondenza tra i diritti dei sottoposti e i doveri di chi esercita il potere. Quella della reciprocità è pure una garanzia di eguaglianza, che questa volta equipara chi esercita l'autorità e chi è sottoposto ad essa: gli uni e gli altri vengono parificati dallo stesso diritto cui sono soggetti. Questo principio è talvolta indicato come riflessività⁹² in un senso oggettivo – in seguito si introdurrà il significato soggettivo del termine. La riflessività in senso oggettivo descrive un meccanismo fondamentale della *rule of law*: il principio per cui, ogniquale volta venga prodotta una regola, essa si applica anche a chi ne è autore e/o applicatore. Il diritto, infatti, assicura stabilità ai rapporti umani tramite un sistema circolare di regole, istituzioni e ruoli che si sostengono reciprocamente⁹³. In ultima istanza si tratta del principio per cui nessuno è al di sopra delle regole, nemmeno chi esse crea e applica⁹⁴.

A partire dalla riflessività in senso oggettivo emerge chiaramente la contrarietà tra la *rule of law* e quei modelli politici in cui il sovrano è considerato al di fuori e al di sopra della comunità su cui esercita il potere⁹⁵, oppure quelli in cui si rivendica una sovranità insindacabile rispetto ad altri soggetti. In verità, il principio della *rule of law* proietta un dubbio di fondo sul concetto stesso di sovranità in quanto essa aspira ad essere suprema e indipendente dalle regole della interdipendenza. È vero che si può riscontrare una forma di circolarità anche nel concetto di sovranità popolare, che crea diritto e contemporaneamente vi si assoggetta. Tuttavia, la riflessività come espressione del principio secondo cui nessuno è al di sopra del diritto è qualcosa di diverso rispetto all'idea che un potere sovrano possa auto-obbligarsi. Le decisioni prese nel nome del popolo si applicano al

⁹² G.J. POSTEMA, *Law's Rule*, cit., p. 56.

⁹³ Questa circolarità distingue il diritto dalla politica, che invece considera l'atto di volontà alla base delle regole. Cfr. F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 157-164.

⁹⁴ Cfr. G.J. POSTEMA, *Law's Rule*, cit., pp. 19 e 55-56.

⁹⁵ Secondo Thomas Hobbes, i funzionari formano parte del corpo del sovrano, che non è sottoposto alla legge. T. HOBBS, *Leviatano* (1651), La Nuova Italia, Firenze, 1976, cap. XXIII.

popolo stesso, ma il principio della riflessività oggettiva va oltre. Infatti, l'auto-obbligazione non è l'unica né l'esclusiva sorgente di diritto. Gli obblighi (giuridici) nascono dalle interdipendenze e queste necessitano di una coordinazione rispettosa della dignità di coloro che sono coinvolti. Laddove si dà una interdipendenza è sempre possibile ricorrere al principio della *rule of law* per la sua ordinazione in termini giuridici. Vi sono tanti tipi di obblighi quanti sono le sfere d'interdipendenza, anche oltre i confini della comunità politica sovrana. La refrattarietà ad accettare obblighi diversi da quelli prodotti da se stessi è tipica della politica ma non è compatibile con la pratica giuridica, la cui identità è appunto quella della preminenza delle regole che nascono dalle interdipendenze se le si vuole governare nel rispetto di tutti.

Il pensiero di Fuller è ancora ricco di sviluppi, anche in relazione all'evoluzione dei sistemi e alle difficoltà per farli funzionare. John Finnis ha per esempio sostenuto che agli otto *desiderata* di Fuller bisognerebbe aggiungere altri quattro relativi all'interdipendenza dei giudici, alla pubblicità dei processi (e non solo delle regole), alla revisione dei processi e, soprattutto, alla garanzia di accesso alla giustizia per i poveri, considerato che la qualità della difesa nel processo dipende da disponibilità economiche che possono minare l'eguale trattamento⁹⁶. Si tratta di esigenze coerenti con l'evoluzione delle pratiche giuridiche e delle conseguenti implicazioni per l'eguaglianza, soprattutto nell'ottica della capacitazione o *empowerment* dei soggetti. Nella stessa linea, Jeremy Waldron, enfatizzando la dimensione procedurale, aggiunge il diritto a presentare prove e argomentazioni, ad essere rappresentati da un consulente legale, il diritto al contraddittorio con i testimoni, alla motivazione della sentenza⁹⁷.

Anche Raz ha rivisitato la lista di *desiderata* di Fuller nei termini dell'esigenza di un diritto ragionevolmente chiaro, ragionevolmente stabile, in cui i processi devono essere giusti e si ha il diritto ad essere giudicati senza pregiudizi, e, più in generale, dove le decisioni, ragionevoli e fondate su informazioni e argomenti rilevanti, devono essere rese note e discusse nel contesto

⁹⁶ J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* (1992), Giappichelli, Torino, 1996, p. 295.

⁹⁷ J. WALDRON, *The Rule of Law*, cit.

di una cultura pubblica adeguatamente preparata. (Egli peraltro sostiene che un assetto del genere sia impossibile nel diritto internazionale⁹⁸). Il riferimento alla necessità di eliminare i pregiudizi, anche nella forma di stereotipi, è sotto osservazione non solo in chiave di genere⁹⁹. Questo aspetto accentua l'importanza di una cultura pubblica consapevole non solo rispetto all'operato di chi esercita il potere (che è il senso della proposta di Raz), ma anche, criticamente, in riferimento a se stessa come origine dei possibili indebolimenti o violazioni della *rule of law*.

Tutte queste e altre proposte possono essere viste come ulteriori esplicitazioni di quanto il principio della *rule of law* già esprime seminalmente nella lotta contro l'arbitrarietà delle decisioni. Si tratta di determinare più specificamente il contenuto della responsabilità di alcuni ruoli: della magistratura, della professione forense, ma anche di tutti quegli attori che contribuiscono a creare una cultura pubblica attiva e consapevole. In ultima istanza, la *rule of law* è uno strumento idoneo al fine di trattare «ordinary citizens with respect as active centers of intelligence»¹⁰⁰. Si tratta cioè di disegnare modi di coordinamento e di guida dell'azione rispettosi nei confronti di chi ne è soggetto, considerandolo attore capace di agire sulla base di ragioni, come anche di giudicare le ragioni alla base delle regole e protagonista delle forme della coordinazione.

Molto diverso è il modo di pensare la pratica giuridica a partire dalle concezioni del diritto che si concentrano sulla coercizione, per le quali il destinatario delle sanzioni è ritenuto sicuramente libero e responsabile ma caratterizzato semmai da un approccio strumentale, la cui regola fondamentale è quella di evitare le conseguenze negative che si prevedono per le violazioni delle regole¹⁰¹.

⁹⁸ J. RAZ, *The Law's Own Virtue*, cit. Si rinvia al par. 3 sull'estensione della *rule of law*.

⁹⁹ L'approccio femminista alla *Jurisprudence* ha smascherato quanto possono essere determinanti gli stereotipi nella conoscenza. Cfr. E. ANDERSON, *Feminist Epistemology and Philosophy of Science*, cit. Un'introduzione alla problematica degli stereotipi nelle decisioni giudiziali in F.J. ARENA (coord.), *Manual sobre los Efectos de los Estereotipos en la Impartición de Justicia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022.

¹⁰⁰ J. WALDRON, *The rule of law and the importance of procedure*, in *Nomos*, 50, 2011, p. 22.

¹⁰¹ È quello che viene chiamato il punto di vista del *bad man*. L'idea risale

È vero che la centralità della coercizione nella definizione del diritto è stata alimentata tra Settecento e Ottocento da motivazioni epistemologiche, cioè in ragione dell'opportunità di accostarsi al diritto con una metodologia empirica¹⁰². In questa linea, è bene ricordare che la recente ripresa della concezione sanzionatoria è proposta da Frederick Schauer come reazione contro l'eccesso di internalizzazione che egli intravede nella letteratura sulla *giving reasons nature of law* a partire dal punto di vista interno. Schauer ritiene implausibile la tesi secondo cui gli individui siano inclini a seguire le regole solo perché si tratta di regole giuridiche e considera la presenza delle sanzioni uno strumento meno impegnativo dal punto di vista morale e più efficace dal punto di vista giuridico ai fini dell'osservanza delle regole¹⁰³. La lettura di Schauer è però una semplicistica interpretazione del ruolo del diritto come guida dell'azione. Il punto non è che i soggetti destinatari del diritto siano inclini o arrendevoli rispetto all'autorità o siano propensi a seguirne i dettami. Piuttosto, a certe condizioni – cioè quando i sistemi rispettano la *rule of law* – essi possono comprendere criticamente le ragioni della coordinazione anche quando questa non asseconi non solo i propri interessi, ma anche le proprie convinzioni morali, sempre che questo contrasto possa essere ricondotto ad un quadro accettabile di articolazione del disaccordo. Tuttavia, è sempre possibile che il sistema porti i soggetti a trovarsi in situazioni di conflitto e a porsi la domanda se obbedire al diritto o meno, dovendone accettare le conseguenze.

Mentre il dovere di obbedienza al diritto è ritenuto dalla

a O. WENDELL HOLMES JR., *The Path of Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 459.

¹⁰² Questo può valere per le teorie di Bentham e Austin, ma anche per le teorie del realismo giuridico. Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, che professa un'idea di scienza giuridica verificazionista: sono obblighi giuridici solo quelle proposizioni che vengono validate dalle decisioni dei giudici.

¹⁰³ F. SCHAUER, *The Force of Law*, cit. Anna Pintore obietta a Schauer la confusione tra ragioni e motivi. Obbedire perché qualcosa è diritto significa fare appello ai motivi, non alle ragioni, ma non è questo quello che è in gioco nella prospettiva del punto di vista interno di Hart, che riguarda invece alle ragioni per obbedire al diritto. Cfr. A. PINTORE, *Coercizione e diritto*, Mimesis, Milano, 2023, p. 75.

filosofia del diritto contemporanea un dovere *pro tanto*, che il soggetto è sempre nella condizione di rifiutare, l'adesione al diritto o la virtù di conformarsi al diritto è più complessa e implica l'accettazione e l'adesione a quanto il diritto è in grado di produrre, cioè un ordine sociale giusto. Essa esclude un'obbedienza cieca alle regole, anche se riconosce sempre il diritto come ragione autoritativa. Il soggetto è capace di conformarsi alle leggi e alle decisioni legittime anche quando esse non sono ritenute moralmente adeguate dal proprio punto di vista, ma può anche non conformarsi ad esse quando questa azione, nonostante le conseguenze, possa contribuire a fare giustizia. A differenza del dovere di obbedienza al diritto, l'obbligatorietà del diritto non viene meno in quest'ultima circostanza¹⁰⁴. Si tornerà più avanti su quest'importante tema, che per restare nei confini della pratica giuridica necessita di un sostrato di riflessività – questa volta soggettiva – non indifferente. La natura del diritto come ragione per agire e la natura degli attori della pratica sociale come agenti razionali non elimina questi conflitti, talvolta tragici.

2.7. Versioni verticali e orizzontali

È vero che le questioni più note in tema di *rule of law* riguardano la dimensione verticale del diritto, cioè quella che lo vede come un insieme di direttive rivolte a individui subordinati – anche quando tali individui sono concepiti come agenti razionali e in grado di autodeterminarsi, nonché titolari di diritti. In linea con questa visione, il rapporto tra governanti e governati quando la *rule of law* riguarda i poteri pubblici (statali, per lo più) viene tipicamente concepito come unidirezionale e *top-down*.

Tuttavia, si rende necessario distinguere la *rule of law* dal modello della direzione manageriale delle azioni, come notoriamente sostiene Fuller¹⁰⁵. Entrambi sono modi di governare attraverso una struttura gerarchica, ma mentre nella direzione manageriale il superiore stabilisce i fini ed i mezzi per il loro

¹⁰⁴ Cfr. W.A. EDMUNDSON, *The virtue of law-abidance*, in *Philosophers' Imprint*, 6, 2006, pp. 1-21.

¹⁰⁵ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 222.

raggiungimento e, di conseguenza, l'eventuale azione dei subordinati ha un carattere meramente esecutivo, come si è visto, la *rule of law* è un modo di governare che rispetta l'autonomia e la dignità del destinatario delle regole. Essa, infatti, si oppone ad una mentalità puramente strumentale nei riguardi dei soggetti al diritto. In gioco c'è un modo umano di trattare i destinatari dell'azione autoritativa da parte di chi la esercita, e questo contro le forme tecnocratiche di governo, la cui minaccia torna e ritorna, oggi soprattutto nella veste di particolari forme di *expertise* ¹⁰⁶.

Nondimeno, i rapporti verticali secondo la *rule of law* non sono totalmente unidirezionali, se si considera che la *rule of law* consiste nell'imporre doveri su chi governa e stabilisce criteri di responsabilità per l'autorità. La dimensione verticale, infatti, non si spiega senza un vincolo reciproco tra l'autorità e i soggetti subordinati. In quest'ottica, la conformità alla *rule of law* è il risultato del rispetto da parte dell'autorità di alcuni requisiti, secondo un andamento, sì, verticale, ma bidirezionale. La bidirezionalità sta ad indicare il vincolo tra governanti e governati, che non è solo un vincolo di subordinazione. Le autorità stabiliscono regole generali, chiare, prospettiche, non contraddittorie, praticabili, promulgate e relativamente costanti, e quelle regole si applicano anche alle stesse autorità, e ai funzionari che devono applicarle con imparzialità e coerenza ¹⁰⁷. Solo questo sforzo giustifica l'osservanza del diritto da parte dei destinatari, che certamente possono decidere di conformarsi alle regole, oppure, se le sfidano, si devono assumere le proprie responsabilità. Nell'ultimo caso, essi stessi giustificano l'esercizio del potere coercitivo, che a sua volta deve essere adoperato seguendo i canoni della *rule of law*. In altre parole, la reciprocità implica che autorità e subordinati plasmino le loro interazioni secondo un modello cooperativo. Senza questa *partnership*, da un lato, il diritto non funzionerebbe, sia perché le ragioni giuridiche non sono conclusive e richiedono che chi ne è destinatario decida di seguirle, sia perché le direttive hanno una struttura linguistica tipica, che richiede che il destinatario cooperi nell'applicazione delle regole attraverso

¹⁰⁶ R. BROWNSWORD, *Technological management and the Rule of Law*, in *Law, Innovation and Technology*, 8, 1, 2016, pp. 100-140.

¹⁰⁷ G.J. POSTEMA, *Implicit Law*, in *Law and Philosophy*, 13, 3, 1994, p. 372.

l'interpretazione e la determinazione dei contorni dell'azione¹⁰⁸. Dall'altro, il vincolo reciproco mira all'esclusione della strumentalizzazione di chi è soggetto¹⁰⁹. Chi è subordinato in un sistema che si attiene alla *rule of law* non dovrebbe percepire questa condizione come iniqua nella misura in cui sono rispettati i suoi diritti e la sua *agency* e in quanto ha in mano la chiave per chiederne conto a chi esercita l'autorità. In questo senso si può dire che la *rule of law* è un «remedy of the dangers in having rulers»¹¹⁰. Essere sottoposti al potere altrui è sempre difficile da accettare, ma la interdipendenza delle nostre vite lo richiede anche per ragioni di economia dell'azione. Ma vi sono poteri e poteri. Il diritto attraverso la *rule of law* assicura che il potere si svolga secondo parametri rispettosi dell'*agency*.

Oltre alla dimensione verticale bidirezionale, la *rule of law* ha anche una dimensione orizzontale, che abbraccia i rapporti tra i subordinati (sulla base del principio di riflessività oggettiva lo sono tutti, anche chi esercita il potere)¹¹¹. L'orizzontalità discende dal fatto che, per la tenuta del sistema, la *rule of law* richiede a tutti i partecipanti alla pratica giuridica un ruolo nella sua realizzazione, anche se vi contribuiscono in modi diversi. Affinché le regole possano produrre l'ordine e la coordinazione, chi vuole

¹⁰⁸ Non è solo una questione linguistica, ma anche pratica secondo la grammatica dell'azione di senso comune, come spiega bene Rodríguez-Blanco, che vede le ragioni per agire come ragioni *nelle* azioni. La competenza richiesta ai subordinati è di carattere pratico, più che giuridico: l'ordine di fornire i primi soccorsi all'incidentato emanato da un poliziotto ad un testimone nel contesto di un incidente stradale non richiede solo di comprendere che il poliziotto ha una competenza giuridica per emanare un ordine, ma anche almeno intuitivamente il coinvolgimento del soggetto nel determinare quello che significa dare i primi soccorsi. Cfr. V. RODRÍGUEZ-BLANCO, *Reasons in Action v Triggering-Reasons: A Reply to Enoch on Reason-Giving and Legal Normativity*, in *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, 7, 2013, pp. 3-25, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100001&lng=es&tlng=en (ultimo accesso 15 gennaio 2025).

¹⁰⁹ G.J. POSTEMA, *Law's Rule*, cit., p. 86.

¹¹⁰ J. FINNIS, *Natural Law Theories*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020, <https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

¹¹¹ Cfr. T. GRECO, *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità nel diritto*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 1, 2014, pp. 9-26.

godere dei benefici della cooperazione deve anche accettare gli oneri che ne derivano. La *rule of law* implica relazioni di reciprocità – e dunque di eguaglianza – anche tra coloro che sono sottoposti al diritto, non solo tra le autorità e i subordinati. La *rule of law* descrive un modo di essere delle relazioni sociali secondo il diritto: si tratta di relazioni parificate da reciproci diritti e oneri. In questo senso la *rule of law* costituisce una forma di associazione dove ognuno è chiamato a fare la propria parte affinché la coordinazione sia possibile e rispettosa dei diritti di tutti. Chi esercita l'autorità facendolo nel rispetto dei sottoposti e assoggettandosi in prima persona alla regola che esige dagli altri; chi è soggetto all'autorità adempiendo gli obblighi dovuti e assumendo le proprie responsabilità nel rispetto dell'autorità ma anche dei propri pari, quelli con cui si deve stabilire una coordinazione. In questi termini, la *rule of law* non è solo un modo efficiente di guidare l'azione (anzi, ve ne saranno altri più efficienti), ma diviene anche un equo sistema di relazioni. In ciò consiste la dimensione orizzontale della *rule of law*.

Questo aspetto della *rule of law* è molto importante, soprattutto se si considera che esistono anche specifiche forme di arbitrarietà orizzontale. Tra queste si contano la presenza di trattamenti discriminatori irragionevoli, il dilagare delle disegualianze, l'anarchia sociale¹¹². L'arbitrarietà, dunque, non è solo un dato tecnico-giuridico attribuibile all'operato di funzionari o decisori, ma sociale. La *rule of law* rinvia ad un'idea di ordine sociale o ad una certa idea di società¹¹³. Si è già parlato del problema delle discriminazioni e degli stereotipi. L'anarchia può essere il risultato di dinamiche verticali – per esempio, l'assenza di regole comuni o effettive o anche una loro eccessiva abbondanza, come avviene nel caso delle iper-regolamentazioni¹¹⁴ –

¹¹² P. PETTIT, *The basic liberties*, in M.H. KRAMER (ed.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 201-211.

¹¹³ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., *passim*, e F. VIOLA, *Il Rule of Law come idea di società*, in G. ACOCELLA (ed.), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 25-40.

¹¹⁴ Cfr. T. ENDICOTT, *The Reason of the Law*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, p. 106. Cfr. anche B. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, cit., pp. 3-15.

oppure di dinamiche orizzontali – come la mancanza di consapevolezza ed impegno da parte dei consociati, interessati soltanto al proprio utile a breve termine (sul lungo termine, a tutti conviene un contesto ordinato e cooperativo).

Di recente, ad insistere sulla dimensione orizzontale della *rule of law* è stato Gerald Postema, nel solco della stessa tradizione fulleriana. Egli non sostiene che occorra aggiungere una dimensione orizzontale a quella verticale o gerarchica, tipica del modo di governare della *rule of law* (quella che si concentra sull'obiettivo di temperare il potere attraverso il diritto). Piuttosto, la sua tesi è che la dimensione verticale si spiega grazie a, e dipende da, un modello di relazioni reciproche tra i cittadini. E ciò sia perché la *rule of law* non è solo un meccanismo di controllo dell'azione di chi governa, sia perché questo meccanismo non funzionerebbe senza la partecipazione dei soggetti in una *partnership* orizzontale. Questa lettura richiede di orientare la protezione e i rimedi che offre la *rule of law* anche verso l'arbitrarietà orizzontale, cioè quella derivante dalle diseguaglianze e dalle discriminazioni, che costituiscono esse stesse forme di dominazione. È la relazione di eguaglianza in dignità, contraria ad ogni forma di dominazione pubblica o privata, a giustificare la *rule of law*. L'eguaglianza dà vita ad una relazione di mutualità e di parità (*mutuality* e *peerhood*), tale per cui ognuno è in qualche modo legato agli altri, è responsabile del trattamento che gli altri ricevono e deve rispondere per sé e chiamare a rispondere gli altri alla luce di un'appartenenza attiva.

Proprio perché ci co-apparteniamo, (a) ogni forma di abuso di potere (derivante da un vantaggio in termini di competenza, capacità o posizione), (b) qualunque uso non deliberativo del potere (che cioè non prenda sul serio la dialettica dell'inclusione argomentativa), e perfino (c) l'impersonalità del potere (che rende opaca la relazione di co-appartenenza), sono forieri di arbitrarietà. La *rule of law* è da questo punto di vista un modo umano di gestire le relazioni reciproche¹¹⁵. In accordo con la sua

¹¹⁵ Da qui le perplessità rispetto a certi usi della intelligenza artificiale che riproducono giudizi attraverso meccanismi non deliberativi ma computazionali, in cui la responsabilità non consiste più nel dare conto della decisione, ma nel fornire i calcoli fatti. (I vocaboli inglesi *accountability* e *accounting* si prestano ad esprimere bene questa differenza). Cfr. G.J. POSTEMA, *Law's Rule*, cit., pp. 264-267.

concezione orizzontale, è proprio la mancanza di coinvolgimento di tutti (l'alienazione di una massa critica ¹¹⁶) a determinare il fallimento della *rule of law*, un coinvolgimento che secondo Postema si può definire come infedeltà non solo dalla parte dei funzionari ma anche dei cittadini.

¹¹⁶ *Ivi*, pp. 74-75.

III

LA SFIDA DELL'ESTENSIONE DELLA *RULE OF LAW*

Sommario

3.1. La continuità della tradizione giuridica. – 3.2. Lo Stato e la *rule of law*. – 3.3. La *rule of law* nella scena internazionale. – 3.3.1. L'*international rule of law*. – 3.3.2. La *global rule of law*. – 3.3.3. *Rule of law* e *soft law*.

Il percorso intrapreso è iniziato con uno sguardo sulla comunità internazionale, perché essa è il luogo in cui la *rule of law* ha ricevuto un impulso decisivo e fruttuoso anche per la riforma delle istituzioni statali. Nondimeno, come si è detto, l'affermazione della *rule of law* come ideale di coordinazione non si ferma agli Stati ma dovrebbe poter estendersi all'esercizio di ogni forma di potere, pubblico e privato, e dunque a come essi si esercitano nella scena internazionale. La storia della *rule of law* è sicuramente intrecciata con quella dello Stato, ma la flessibilità e l'adattabilità del principio consentono di applicarlo in diversi contesti, anche nel diritto internazionale.

Gli obiettivi di questa parte sono due. Il primo è quello di esaminare la tradizione giuridica della *rule of law* e di saggiare se effettivamente si possa rintracciare una continuità diacronica nel progetto, sia nelle diverse esperienze giuridiche, sia nel modo di interpretarne il senso. Il secondo è quello di esaminare se e in che modo la *rule of law* opera oltre lo Stato.

3.1. La continuità della tradizione giuridica

Una lunga storia collega la *rule of law* con la massima della superiorità del governo della legge sul governo degli uomini, che

nel tempo si è articolata in tanti modi in ragione delle trasformazioni del diritto e delle forme di interdipendenza. Tra le diverse versioni possibili, alcune delle formule più note e più feconde anche per l'esperienza contemporanea sono la distinzione medievale tra *iurisdictio* e *gubernaculum*, quella dell'*habeas corpus*, il principio della preminenza della legislazione, il *Rechtsstaat*, la *natural justice* e il *due process*. In queste e altre esperienze storiche è possibile rintracciare un comune denominatore: l'obiettivo di controllare l'arbitrio del potere di chi governa la cosa pubblica. Questa storia della *rule of law*, infatti, ne racconta la valenza come limite al potere pubblico. La *rule of law* garantisce che la forza usata dal diritto sia legittima. Essa contribuisce a distinguere lo Stato da una banda di ladri¹.

Un modo tipico di praticare la *rule of law* è quello che si ricava dalla distinzione medievale tra *iurisdictio* e *gubernaculum*. Essa riguarda la diversa natura dei poteri del re, ed è stata di recente valorizzata nei termini di giustizia (*iurisdictio*) contro sovranità (*gubernaculum*). L'idea è che l'ambito della protezione dei diritti (l'amministrazione della giustizia) costituisca sempre un limite al potere sovrano². La distinzione medievale riconosceva che il potere regale di *gubernaculum* si poteva estendere senza limiti "giuridici" nella ricerca della pace e nella gestione della guerra. Non si trattava di un potere assoluto, ma i limiti non erano giuridici bensì logici, di diritto naturale, provenienti dal potere spirituale. Invece, il potere del re era fortemente limitato giuridicamente quando si trattava di amministrare la giustizia. In questo ambito ad essere determinanti erano le consuetudini e le tradizioni locali, che dovevano essere applicate dal re o dai giudici³.

In questo caso, la strategia usata per limitare l'arbitrarietà è collegata al principio della competenza, cioè alla determinazione dell'ambito di applicazione dei poteri e alle facoltà attribuite ad un determinato soggetto. La competenza ha infatti funzione di limite, poiché una volta definita, gli atti compiuti al di fuori di

¹ AGOSTINO, *De Civitate Dei*, IV.

² G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and its Core*, in G. PALOMBELLA-N. WALKER (ed.), *Relocating the Rule of Law*, cit., pp. 17-42.

³ C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), il Mulino, Bologna, 1990, pp. 99-106.

essa risultano invalidi (*nec ultra vires*). Questo principio lavora sui limiti intrinseci al potere, che deve essere esercitato secondo il proprio tenore.

Nel contesto della distinzione medievale in studio, il principio della *rule of law* operava anche una limitazione del potere di *gubernaculum* dall'esterno, cioè sottraendo ad esso l'ambito della tutela dei diritti (la competenza, infatti, consente di scavalcare il principio gerarchico di autorità). È noto che questa è una tradizione che ha trovato seguito nei sistemi di *common law*, laddove la giurisdizione esercita un controllo esterno sul potere sovrano. Un potere che non sia limitato internamente (in base al principio di competenza) ed esternamente (cioè non è il solo potere) non è compatibile con la *rule of law*. Questa osservazione solleva (di nuovo) la questione della problematicità dei rapporti tra *rule of law* e sovranità⁴, per lo meno se quest'ultima è pensata come assoluta, come si è detto a proposito del rapporto tra autolimitazione sovrana e riflessività oggettiva.

Nella formula in esame, il potere di giudicare – *iurisdictio* – è tipicamente centrato sulla protezione dei diritti, ed è da distinguere accuratamente da quello di governo, sia di legiferazione, sia di esecuzione. Oggi però, grazie alle costituzioni, la protezione dei diritti è anche il fondamento e l'oggetto dell'esercizio dei poteri legislativo ed esecutivo. La domanda da porre allora è quali effetti ha questo modo di concepire il potere in relazione ai diritti sulla distinzione tra governo e giurisdizione. In altre parole, la questione è se il collegamento con i diritti anche del potere di governo introduca qualche novità nei rapporti tra il potere di governo e la giurisdizione e in quale direzione. Talvolta questa tensione può emergere nella considerazione del giudiziario come terzo potere sullo stesso piano degli altri – che però è problematico dal punto di vista della natura dell'attività giurisdizionale –, ma forse bisognerebbe piuttosto ripensare la sostanza dell'attività di governo⁵. Quel che è sicuro è che la centralità dei diritti

⁴ Sull'opposizione tra assolutismo politico e *rule of law* si veda M. MANZIN, *Primato della legalità e ragionamento processuale. Il sillogismo giuridico nella prospettiva del rule of law*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 19, 2, 2019, pp. 153-172.

⁵ Che questo costituisca un problema urgente da affrontare lo dimostra anche il disagio dei magistrati a considerare la giurisdizione, alla stregua

negli ordinamenti contemporanei introduce dinamiche di cambiamento anche nell'articolazione classica dello stato di diritto, cioè dell'applicazione della *rule of law* allo Stato.

La vicenda dell'*habeas corpus* – storicamente e istituzionalmente – riguarda il diritto all'inviolabilità personale che i sudditi rivendicano davanti al sovrano, originariamente il diritto dell'arrestato a conoscere le ragioni dell'arresto, che non poteva essere arbitrario e dunque doveva essere convalidato dal giudice. Oggi si estende a tutte le norme con cui le costituzioni garantiscono la libertà personale. La tradizione dell'*habeas corpus* è anche confluita nella pratica dei diritti umani, che però non si riduce ad essa. Infatti, la pratica della tutela dei diritti fondamentali e umani (*in primis* quelli tutelati dalle costituzioni e poi dal diritto internazionale dei diritti umani) vuole estendere la protezione anche ad altri diritti, diversi in finalità e struttura rispetto a quelli tradizionalmente collegati all'inviolabilità e libertà della persona contro la forza dello Stato o del governo⁶.

L'esperienza dell'*habeas corpus*, come quella della *iurisdictio*, attesta inequivocabilmente il collegamento tra la *rule of law* e la protezione dei diritti degli individui, anche se questo legame non implica che sia compito della *rule of law* individuare il contenuto dei diritti. Piuttosto, questo collegamento mostra come la *rule of law* appartenga al mondo delle garanzie giuridiche.

Il contributo specifico della tradizione dell'*habeas corpus* almeno originariamente è quello di congiungere la *rule of law* con la protezione dei diritti rispetto all'uso della forza coercitiva, un

delle convinzioni settecentesche, un potere nullo. Si veda G. SANTALUCIA, *Relazione introduttiva al 36° Congresso Nazionale Magistratura e legge tra imparzialità e interpretazione*, Palermo, 10 maggio 2024, <https://www.giustiziainsieme.it/it/gli-attori-della-giustizia/3138-relazione-36-congresso-nazionale-a-nm-giuseppe-santalucia> (ultimo accesso 23 dicembre 2024). È pure vero che tra le giurisdizioni occorre fare delle distinzioni: una cosa è giudicare le leggi, un'altra giudicare le parti.

⁶ Qui vengono in evidenza le cosiddette generazioni dei diritti, che distinguono gruppi di diritti assimilabili per genealogia, per struttura, per tipologia di prestazione richiesta. Le generazioni sono state utili a mettere a punto giustificazioni diverse, ma anche diverse strategie per la tutela delle diverse tipologie di diritti, che però sono da intendere come appartenenti alla stessa unica pratica di protezione delle persone. In proposito giova ricordare il principio dell'indivisibilità dei diritti, sancito a livello internazionale nella *Dichiarazione di Vienna* del 1993.

orientamento tipico della lunga tradizione del liberalismo⁷. L'identificazione della *rule of law* con la protezione dei diritti contro il potere coercitivo dello Stato è stata talvolta richiamata come un rimedio contro le tendenze inflattive della letteratura sul tema. Il riferimento alla *rule of law* come limite alla forza coercitiva consentirebbe di trovare un nucleo chiaro e ben definito per il principio, che altrimenti rischia di essere troppo ambizioso e vago. Negli anni Ottanta è stata Judith Shklar, preoccupata per gli abusi del termine e le incertezze sul suo contenuto, a suggerire il recupero del significato originario della *rule of law* come strumento per la liberazione dalla paura generata dalla crudeltà, dall'insicurezza e dall'arbitrarietà tipiche del potere coercitivo di chi governa⁸. In questa direzione vanno molti degli indicatori delle Nazioni unite, che sono incentrati sul controllo della coercizione esercitata dagli Stati⁹.

Tuttavia, sebbene questo sia un aspetto importante e cruciale, esaurire così il significato della *rule of law* sarebbe riduttivo. L'importanza del controllo dell'aspetto coercitivo è semmai il contraltare del processo di accentramento dell'uso della forza negli Stati nazionali, e la conseguente centralità di questo elemento nella definizione del diritto (statale). Ma lo Stato è solo una delle entità che la *rule of law* deve governare, come esprime bene la definizione ricorrente in ambito internazionale richiamata nelle pagine precedenti. Inoltre, come si è visto, la pratica giuridica non è soltanto indirizzata al controllo del potere coercitivo, ma anche a realizzare un ordine sociale *equo* tra gli esseri umani.

Un'altra versione storicamente collegata alla *rule of law* è quella della preferenza illuministica per la legislazione. Su questo punto

⁷ A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1885.

⁸ J. SHKLAR, *Political Theory and the Rule of Law*, in A.C. HUTCHINSON-P. MONAHAN (eds.), *The rule of law. Ideal or ideology*, Carswell, Toronto, 1987, pp. 1-16, e ID., *The Liberalism of Fear*, in N. ROSENBLUM (ed.), *Liberalism and the moral life*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989, pp. 21-38. Di recente ha ripreso le tesi di Shklar L. CORSO, *The Rule of Law without Legalism. Putting (Government) Cruelty First*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1, 2024, pp. 157-182.

⁹ Si veda la parte relativa a *Order and security* tra gli indicatori della *rule of law* in <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2024/Order%20and%20Security> (ultimo accesso 15 febbraio 2025).

convergono diverse tradizioni. Una è quella che valorizza il carattere generale e astratto della legge e la sua idoneità a non fare trattamenti discriminatori, dottrina che si accompagna peraltro a quella dell'*iudex vox legis* e a quella del sillogismo giudiziario¹⁰. Questa triade di dottrine ha avuto ampia eco nella cultura giuridica dall'età della codificazione fino ai nostri giorni¹¹, anche se oggi va problematizzata, sia in relazione al ruolo dei giudici (per i quali si preferisce parlare di co-produzione del diritto¹²), sia in relazione alle forme di ragionamento (con il ripensamento della struttura del ragionamento giudiziale¹³).

La cultura della codificazione aveva caldeggiato l'idea dell'inerzia dell'interprete. Quest'ultima era giustificata dalla convinzione che le norme fossero compiute e determinate nel loro significato, al punto da essere sufficienti a risolvere i casi secondo procedimenti logici, quasi automatici. Tuttavia, il cuore del formalismo interpretativo della cultura della codificazione non era lontano dalla *rule of law* perché difendeva la necessità di prendere decisioni sulla base di standard esistenti e di elementi controllabili in contesti istituzionalizzati. Il formalismo interpretativo sbagliava, però, nel modo di controllare l'arbitrarietà dell'interprete, che non si realizza decretando l'irrilevanza del soggetto nell'attività di interpretazione, ma piuttosto focalizzando l'attenzione su un'attitudine precisa di questo soggetto: quella di sottoporsi volontariamente ai vincoli stabiliti e alle regole del

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Einaudi Torino, 1981.

¹¹ M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2015, pp. 163-178.

¹² L'idea della co-produzione è stata tematizzata dalla corrente dell'ermeneutica giuridica, che ritiene la legge generale e astratta al momento dell'emanazione un prodotto semilavorato che altri soggetti (ed *in primis* il giudice) concorrono a perfezionare o portare a compimento. Cfr. da ultimo F. VIOLA, *Diritto e ragion pratica*, cit., pp. 93-99.

¹³ Da un lato, il sillogismo è stato ridefinito includendo tra le operazioni problematiche la formulazione delle premesse; d'altro lato, altre forme di ragionamento sono state ritenute egualmente importanti per il diritto, quali il ragionamento analogico e quello per bilanciamento. Un classico sull'uso del ragionamento per esempi nel diritto, sottospecie del ragionamento analogico, E.H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning* (1941-48), The University of Chicago Press, Chicago, 1962. Sul ragionamento per bilanciamento, cfr. R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985), il Mulino, Bologna, 2012.

gioco. In altre parole, il formalismo interpretativo e la *rule of law* si incontrano solo se il primo è motivato come lettura dei limiti alla giurisdizione ma nel rispetto delle operazioni che la decisione giudiziale implica. Il potere del giudice si trova all'interno di un assetto costruito sulla separazione dei poteri e sui loro reciproci limiti, solitamente caratterizzato dalla superiorità della legislazione (oggi peraltro radicalmente in trasformazione, come si vedrà). In questa prospettiva, solo per fare un esempio, il primato della lettera, che è una pietra miliare nella cultura della codificazione, resta un vincolo fondamentale per l'interpretazione giudiziaria, ma non perché la norma sia precostituita all'interprete, come il legislatore codificatore pretendeva, ma perché tale primato sta ad indicare il carattere autoritativo delle regole, cioè che esse non sono a disposizione dell'interprete, ma piuttosto originano altrove (nel paradigma giuridico statalista nei parlamenti e nella volontà popolare; più in generale, le regole originano nell'interdipendenza). Ciò non significa che non sia necessario anche il contributo dell'interprete, che non è certo inerte perché – a suo modo – è pure coinvolto nella produzione del diritto.

Il punto non è dunque negare la partecipazione del giudice alla creazione del diritto, ma intendere questa partecipazione come appunto tale, cioè non come una sostituzione del legislatore (o di chi ha il potere di regolazione), ma come una cooperazione nella produzione di un diritto adatto al caso concreto, che è quello che la giurisdizione tende a conformare a diritto. A differenza di quanto il formalismo tipico del giudice *bouche de la loi* preconizzava, la *rule of law* promuove la consapevolezza che ogni soluzione giudiziale è *cooperativa* e *intersoggettiva*, come pure *problematica*. In realtà, tutto questo non vale solo per i giudici, ma anche per i regolatori, che a loro volta devono essere disponibili a sottoporsi a controlli da parte di altri. È per questo che ogni decisione deve essere sottoposta al vaglio della ragione giuridica, fatta di procedure e processi argomentativi.

Nella prospettiva della *rule of law* come ideale della decisione giudiziaria, tuttavia, non è convincente l'idea che il diritto funzioni a due gradoni, che per effetto della svolta cognitivista possono essere indicati come sistema 1 e sistema 2¹⁴. Il sistema 1 “normale”

¹⁴ M. BRIGAGLIA-B. CELANO, *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto*, in

sarebbe quello delle regole generali, che funzionano pacificamente – secondo ritmi veloci e intuitivi – fino a quando ci si scontra con un caso problematico. Allora subentrerebbe il sistema 2, lento e critico, una sorta di regime “eccezionale”, che riguarderebbe la decisione del caso concreto difficile. Questo resoconto non solo non riconosce l'importanza della dimensione riflessiva e critica del lavoro dei giuristi che è sempre necessaria (di cui si parlerà nel par. 5.3), ma soprattutto non vede l'opportunità della complementarità tra i diversi ruoli giuridici e sottovaluta il ruolo di limite all'arbitrio che gioca la consapevolezza che nessuno dei ruoli ha il monopolio nell'attuazione della giustizia nella pratica giuridica. (Cosa diversa dal monopolio dell'uso della forza, che è una caratteristica dello Stato moderno da due secoli a questa parte, ragione per cui l'esercizio dei pubblici poteri è fortemente imbrigliato, grazie alla *rule of law*¹⁵).

Un'ulteriore tradizione, convergente per certi aspetti con la precedente, è quella che nasce dall'idea antica (già presentata), secondo cui il governo di molti è migliore di quello di uno solo. L'aspetto che si vuole mettere in luce ora è quello del principio di pubblicità, da intendere in senso ampio, sia come conoscibilità della legge, sia come attenzione al bene pubblico. Secondo Jeremy Bentham, l'anima della giustizia è la pubblicità perché la legislazione è uno strumento istituzionale capace di minimizzare la tendenza dei funzionari a sacrificare al privato interesse ciò che è pubblico¹⁶. La pubblicità richiama dunque la responsabilità del legislatore verso l'interesse generale, che dovrebbe essere l'oggetto del potere legislativo. In quest'ottica, grazie alla conoscibilità, la legge è soggetta al dibattito pubblico, principale tribunale della ragione per garantire l'interesse generale.

L'obiettivo della pubblicità non è però che le manipolazioni di

Diritto & questioni pubbliche, 17, 2, 2017, pp. 523-535, https://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2017_n17-2/25_studi_4_Brigaglia-Celano.pdf (ultimo accesso 15 febbraio 2025). Gli autori si ispirano al libro di D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012.

¹⁵ Sull'immagine della briglia, si veda G. POSTEMA, *Law's rule*, cit., pp. 7-15, per il quale la *rule of law* è anche *bulwark* e *bond*, cioè baluardo e legame associativo.

¹⁶ G.J. POSTEMA, *The Soul of Justice. Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law*, in X. ZHAI-M. QUINN (eds.), *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 40-62.

chi governa possano venire allo scoperto, ma che le decisioni debbano essere prese in favore dell'interesse generale (nell'utilitarismo classico, il maggior vantaggio dei più). A tal fine, i legislatori devono esplicitare e rendere pubbliche le ragioni delle decisioni, affinché esse possano essere validate o eventualmente contestate dalla pubblica opinione. L'insistenza sulla conoscenza allargata e dunque verificata mette in evidenza un altro aspetto della *rule of law*, che non si propone tanto di rendere possibile l'obbedienza di chi è soggetto alle regole, ma piuttosto di limitare l'arbitrarietà di chi crea le regole stabilendone l'oggetto. Il maggiore vizio contro la *rule of law* è la tendenza di chi governa a far prevalere l'interesse privato su quello generale¹⁷. Senza trascurare gli effetti dei vecchi vizi della *hybris* e dell'avidità, oggi, queste tradizioni andrebbero rivisitate anche alla luce delle trasformazioni strutturali del diritto. Tra queste si trovano quelle del sistema delle fonti nei contesti costituzionali e internazionali e della presenza di nuove forme di regolazione, non solo quanto al loro statuto (di *soft law* o *hard law*, tanto per fare un esempio), ma anche in relazione ai nuovi soggetti e alle nuove forme di produzione delle regole generali, non più affidate ad un legislatore unico ed esclusivo, ma anche ad autorità sovranazionali e internazionali, spesso fondate su *expertise* specifiche, così come in relazione ai tempi e ai modi della produzione e attuazione. Purtroppo, l'attenzione verso la legislazione e la regolazione è inferiore rispetto alla giurisdizione¹⁸.

Nello spazio unionale, oggi il problema è enfatizzato anche a causa dell'interazione tra l'Unione europea e gli Stati membri. La struttura della prima non risponde a quella dello Stato, dove il parlamento assicura almeno in linea di principio la supremazia della legge. Sia dal punto di vista del contenuto della regolazione – per la prevalenza delle logiche del libero mercato –, sia dal

¹⁷ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries, and a Fragment on Government* (1776), Clarendon Press, Oxford, 1977.

¹⁸ Dal punto di vista dei suoi principi e della sua giustificazione, si veda J. WALDRON, *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. Dal punto di vista delle sfide che la legislazione deve affrontare, considerati i cambiamenti intercorsi nello stato costituzionale di diritto, cfr. F. FERRARO-S. ZORZETTO (eds.), *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2018.

punto di vista dell'articolazione dei poteri – per la prevalenza del potere giurisdizionale – alcuni vedono nell'Unione europea un possibile fattore di smantellamento dello stato di diritto¹⁹. Occorrerà capire se e come il principio della *rule of law* possa governare anche questi processi.

3.2. Lo Stato e la *rule of law*

La formula della *rule of law* più famosa in Europa continentale è certamente quella del *Rechtsstaat* (stato di diritto, *Etat de droit*, *estado de derecho*), ancora oggi spesso usata come coestensiva rispetto alla nozione di *rule of law*. La formula propone la separazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, e il principio di legalità, nelle sue due varianti, la riserva di legge o tutela dei diritti attraverso la legge, e il principio di legalità in senso stretto, secondo il quale i poteri pubblici devono agire nel rispetto della legge. Alla luce del principio di riflessività in senso oggettivo, anche l'autore delle leggi – cioè il potere legislativo, gerarchicamente superiore in questo modello – è sottoposto ad esse. Lo stato di diritto è dunque una formula giuridica che esprime il superamento dello stato di polizia, sotto il controllo del potere esecutivo, a favore del primato della legislazione²⁰.

Ci si potrebbe domandare se la superiorità della legislazione stia nella legittimazione democratica del legislatore, nel suo carattere illuminato, o nell'abilità di elaborare leggi generali che – una volta note – possano essere seguite. Quel che è sicuro è che il progetto dell'*enlightenment rule of law* implica la centralità della legislazione nella pratica del diritto contro – ora come allora – l'espansione del potere della giurisdizione²¹. L'errore da evitare a questo proposito è quello della semplificazione eccessiva, identificando

¹⁹ R. BIN, *Quali diritti nello Stato di diritto*, manoscritto, 2025.

²⁰ M.A. JOVANOVIĆ, *Interpretation in International Law and International Rule of Law – Any Lesson for Jurisprudence?*, in M.A. JOVANOVIĆ-K.E. HIMMA (eds.), *Courts, Interpretation, the Rule of Law*, Eleven International Publishing, The Netherlands 2014, pp. 33-55.

²¹ B. CELANO, *Publicity and the Rule of Law*, in L. GREEN-B. LEITER (eds.), *Oxford, Studies in Philosophy of Law*, vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 122-147.

la *rule of law* con la *rule by law*. Se si identifica il cuore della *rule of law* esclusivamente con il governo attraverso regole generali e astratte, che semmai è una delle versioni della *rule by law*, si compiono due riduzioni. Da un lato, si sostiene che il diritto è composto da regole di un solo tipo (generali e astratte)²². Dall'altro, si dimentica o si perde di vista che le regole servono solo se sono capaci di disporre azioni concrete. In altre parole, sono le azioni o i casi (questi ultimi sono in fondo azioni controverse) ad inventare le regole. Quello che si vuole dire è che il processo di individualizzazione, sia come applicazione semplice, sia come applicazione controversa – che richiede l'intervento di un terzo – è un processo ineliminabile del funzionamento del diritto, né si può sostenere – come si è detto poc'anzi – che l'applicazione delle regole sia alternativa al regime di eccezione costituito dai casi difficili. Non si può nemmeno dire che esistono solo le regole inverte, che è un'altra semplificazione²³. Il difetto di queste letture è quello di ridurre lo spettro degli attori che contano nella pratica giuridica e pertanto nell'implementazione della *rule of law*. Essa non è assicurata dal solo legislatore, nella misura in cui formula regole generali, o dal giudice, che prende decisioni sui casi concreti, ma dalla cooperazione tra i diversi ruoli – questi due e anche altri – ognuno secondo la propria funzione.

La *rule of law* chiama in causa la complessità della pratica del diritto e dunque, per lo meno, la considerazione di diversi elementi riferibili a diversi attori. Il cosiddetto modello delle regole difficilmente indicherà una versione della *rule of law*, ma solo un aspetto di essa. Semmai lo sarà un sistema che funzioni attraverso regole generali e astratte ma che consti anche di strumenti per risolvere i conflitti provocati da esse in modo non arbitrario attraverso giudici indipendenti e imparziali.

Il meccanismo dello stato di diritto (parlando dello Stato è

²² Come è noto, contro una versione di questa semplificazione si scagliava già Hart nel criticare Kelsen nel capitolo sulla distorsione come prezzo dell'uniformità, perché non aveva distinto norme di condotta e norme che conferiscono poteri, in H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 48-51. A sua volta, a Hart è stato obiettato che non abbia tenuto conto dei principi giuridici. Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), il Mulino, Bologna, 2010, pp. 79-121.

²³ La tesi del realismo giuridico, cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 38-50.

opportuno usare l'espressione italiana) mira certamente alla tutela dei diritti perché chi riceve beneficio per le limitazioni imposte dal modello sui poteri pubblici è appunto il soggetto dei diritti. Com'è noto, la formalizzazione di questo elemento avviene grazie alle costituzioni contemporanee, che – nell'evoluzione dello stato di diritto – hanno introdotto limiti alla legislazione. A scanso di equivoci, non sono solo i diritti di libertà negativi, ma anche ogni altro diritto stabilito dalle costituzioni alla cui tutela è affidata tale protezione. In questo senso, il modello dello stato di diritto è compatibile sia con la tradizione liberale e cioè con lo "stato liberale di diritto", sia con l'evoluzione dello "stato sociale di diritto" o meglio dello "stato costituzionale sociale di diritto". Nello stato di diritto, infatti, nella buona e nella cattiva sorte, il contenuto dei diritti dipende dalla legislazione. È forse per questo che la posizione degli individui in questo modello storico è stata controversa ed esso non è riuscito ad evitare i totalitarismi. Uno dei motivi potrebbe essere il prevalere del principio dell'eguaglianza davanti alla legge sulla tutela della libertà individuale, prevalenza innescata da un potere legislativo ritenuto superiore e illimitato anche quando autolimitato. Dal punto di vista degli assetti di poteri, l'evoluzione e la revisione del modello del *Rechtsstaat* hanno portato verso i sistemi costituzionali che introducono limiti precisamente alla legislazione, nonché strumenti per il suo controllo giurisdizionale.

L'introduzione del giudizio di costituzionalità non coincide necessariamente con la valorizzazione del potere giudiziario di per sé, perché quella costituzionale è una forma di giurisdizione peculiare, al punto che le corti costituzionali sono indicate come i giudici delle leggi. La posizione degli individui rileva in relazione alla tutela dei diritti fondamentali riconosciuti nelle costituzioni attraverso il controllo diffuso o grazie a strumenti come il *recurso de amparo*, la procedura che permette al cittadino di impugnare davanti alle corti costituzionali gli atti amministrativi e giurisdizionali che abbiano leso i propri diritti costituzionalmente garantiti²⁴. La vera cifra della protezione costituzionale dei diritti è sicuramente il principio di ragionevolezza, che è da riferire sia all'eguaglianza che la legislazione ma anche gli atti amministrativi

²⁴ Art. 53 Costituzione spagnola.

devono rispettare²⁵, sia al divieto di discriminazione, che ovviamente amplia notevolmente il controllo delle corti costituzionali sugli atti normativi.

L'importanza degli individui e della tutela dei loro eguali diritti è il cuore dello stato costituzionale di diritto. Finché il modello dello stato di diritto resta concentrato sulle caratteristiche della legge, sui procedimenti per la sua produzione, sulla sua promulgazione, irretroattività, generalità, astrattezza, e sulla soggezione alla legge del potere esecutivo e giudiziario, si può obiettare che anche uno Stato iniquo può operare con queste categorie, per esempio, governando attraverso leggi generali e astratte che però condannano interi gruppi di individui ad una posizione di subalternità²⁶. Come è stato già suggerito, in realtà, si può dire che il rispetto della *rule of law* è solo apparente in questi casi, perché si negano a gruppi di persone i diritti riconosciuti a tutti gli altri. Questo uso discriminatorio della legge generale e astratta si può considerare non solo un'ingiustizia, ma addirittura una forma di inumanità, perché ad alcuni viene negata la dignità di essere eguali in quanto esseri umani. Sicché si può certamente considerare disumano il trattamento degli ebrei da parte del nazismo perché quest'ultimo negava alle sue vittime la capacità di contestare ingiustizie, a differenza di quello che valeva per tutti gli altri, escludendoli dal principio della *rule of law*²⁷.

Non è un caso che il divieto di discriminazione che deriva dal principio della *rule of law* si estenda anche a coloro che si macchiano di crimini efferati, e perfino di crimini contro l'umanità. In base al principio della riflessività oggettiva, anche questi devono essere trattati con umanità, cioè secondo la *rule of law*. Ciò significa che essi devono essere sottoposti a processo con tutte le

²⁵ Sui rapporti tra eguaglianza e ragionevolezza e sulla pervasività di quest'ultima nel diritto contemporaneo si veda F. VIOLA, *Costituzione e ragione pubblica. Il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in *Persona y Derecho*, 46, 2002, pp. 35-71.

²⁶ Si usa dire che si dà una discriminazione istituzionale (o anche razzismo istituzionale) quando la discriminazione è il risultato di istituzioni che avrebbero il compito di tutelare in modo eguale e però danneggiano individui o gruppi di essi.

²⁷ E.J. WEINRIB, *Reciprocal Freedom: Private Law and Public Right*, Clarendon Law Lectures, Oxford, 2022, p. 198.

garanzie giuridiche²⁸. Anche questo ha a che fare con il significato del carattere formale e riflessivo della *rule of law*: le sue esigenze possono cambiare in base alle caratteristiche proprie dei sistemi giuridici, ma attiene alla loro strutturazione come sistemi di coordinamento e di trattamento delle persone in modo umano. Ciò vale in tutti i casi senza eccezione, anche contro chi si erge a nemico dell'umanità o della *rule of law*²⁹.

Se i limiti costituzionali al potere legislativo rappresentano la principale e necessaria correzione al meccanismo dello stato di diritto dal punto di vista del soggetto creatore delle leggi, per il soggetto protetto l'assetto dello stato di diritto è superato solo dall'universalità dei diritti umani, che porta al massimo possibile la generalità del soggetto titolare dei diritti³⁰. Negli Stati, infatti, il principio della generalità dei destinatari delle leggi ha dimostrato la sua insufficienza rispetto alla pratica dei diritti umani, che è capace di andare al di là della cittadinanza. Quest'ultima, sebbene considerata all'interno degli Stati una categoria universale, può però tradursi in discriminazioni³¹.

Al riconoscimento dei diritti agli esseri umani senza distinzioni occorre inoltre affiancare l'espansione della loro forza antidiscriminatoria, che è quella che consente di individuare disuguaglianze ad un primo sguardo invisibili. L'universalità dei diritti umani non si riduce alla generalità delle regole su tali diritti, essendo le persone (i titolari dei diritti) restie a rientrare perfettamente nelle categorie generali. La loro unicità è la chiave per

²⁸ Sul tema, D. LUBAN, *On the Humanity of the Enemy of Humanity*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 47, 2, 2018, pp. 187-199.

²⁹ Si pensi al ritorno della denazionalizzazione, l'istituto che autorizza lo Stato a privare qualcuno della cittadinanza senza il suo consenso, come strumento di lotta contro il terrorismo. F. RAIMONDO, *Il privilegio della cittadinanza: la revoca come strumento di contrasto al terrorismo. La riforma italiana nel contesto europeo*, in *Quaderni costituzionali*, *Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2, 2019, pp. 416-419.

³⁰ Pariotti sostiene che, così come i diritti fondamentali hanno avuto un ruolo centrale nella genesi dello stato di diritto, così i diritti umani possono essere propulsivi nella strutturazione della *rule of law* a livello internazionale. E. PARIOTTI, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Utet, Torino, 2008, p. 80.

³¹ L. FERRAJOLI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 9, 1993, pp. 63-76.

comprendere il carattere antidiscriminatorio dei diritti umani, difficilmente riducibile a semplici letture di parità di trattamento. La parità di trattamento deve arrivare fino al singolo individuo, passando attraverso l'eliminazione di ogni forma di discriminazione. *Universalità* e *antidiscriminazione* sono due logiche che si rafforzano reciprocamente³². L'equilibrio tra queste due logiche è compito della giurisdizione, certamente più sensibile ai casi individuali e capace di ridimensionare il peso delle categorie generali nell'applicazione ai casi particolari.

La tradizione del *Rechtsstaat* appare molto diversa da quella costruita attorno al *common law*, plasmato da un diverso sistema di fonti e vincoli giuridici, per lo più derivanti dallo *stare decisis* o vincolo del precedente. Questa versione della *rule of law* presta maggiore attenzione al ruolo della giurisdizione come strumento di tutela dei diritti come anche alla funzione dei giudici nel sistema di controlli ed equilibri tra i poteri da esercitarsi, ma soprattutto disciplina dettagliatamente il modo in cui i giudici devono operare: secondo la *natural justice* e il *due process of law*.

La *natural justice* nella tradizione del diritto inglese si connette a due canoni: la *rule against bias* o regola dell'imparzialità del giudice, secondo la quale nessuno può essere giudice in causa propria, e il *right to a hearing*, secondo cui nessuno può subire condanna se prima non è stato ascoltato³³. Com'è noto, il *due process* è stato consacrato nel V Emendamento della Costituzione americana del 1791 e consiste nel principio secondo cui nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà al di fuori di un giusto processo.

Si tratta comunque di principi che trovano spazio anche nei sistemi di *civil law*, nella regola del giudice naturale, nelle cause di incompatibilità e nei principi del giusto processo. Questi principi permeano anche l'interpretazione e l'argomentazione nei processi e nelle decisioni. Con le dovute differenze sul piano delle fonti, anche nei sistemi di *civil law* i rapporti tra la disposizione generale e il caso concreto, e tra i casi concreti nel caso di

³² Sul diritto antidiscriminatorio e le sue logiche, cfr. E. CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2020.

³³ Cfr. H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese* (1961), Giuffrè, Milano, 1969, pp. 225-287.

analogia o di applicazione di regole ricavate da precedenti, vigono regole argomentative in cui l'onere della prova è inversamente proporzionale al peso della differenziazione del caso concreto. Quelle regole sulla distribuzione dell'onere della prova poggiano su esigenze della *rule of law*³⁴.

Un sistema imperniato sul ruolo delle corti metterà in evidenza aspetti diversi della *rule of law*, mentre apparirà problematico da altri punti di vista. In questo contesto, la maggiore minaccia contro la *rule of law* è data dall'imprevedibilità delle decisioni giudiziali³⁵, come abbiamo visto a proposito della capacità pianificatrice del soggetto agente. Non è dunque casuale l'enfasi notevole della tradizione del *common law* sulla *predictability* come caratteristica fondamentale di un sistema imperniato sulla *rule of law*³⁶. La legge, fino a prova contraria – cioè fino ad abrogazione o riforma – resta la stessa per tutti. La decisione giudiziale è invece soggetta a variabilità. Da qui l'esigenza di stabilità e prevedibilità. Per questo rappresenta un paradosso solo apparente il fatto che il diritto basato sulle decisioni giudiziali sia più lento al cambiamento rispetto a quello legislativo. La stabilità del diritto fondato sul precedente è un dovere specifico derivante dal principio della *rule of law* nei sistemi di *common law*. Maggiore è la percezione del potere del giudiziario, maggiore sarà l'attenzione ad esso in termini di pesi e contrappesi. In altre parole, più determinante è il potere giudiziario, più forte è l'esigenza della coerenza delle decisioni.

³⁴ Sul rapporto tra fattispecie astratta e concreta in termini di somiglianza e non di identità si veda K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), Giuffrè, Milano, 1970, p. 79. Sul ragionamento per precedenti in termini di ragionamento analogico, si veda. N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. Una problematizzazione della logica dell'identità e della somiglianza in L. GIANFORMAGGIO, *Ragionamento giuridico e somiglianza* (1998), ora in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 156-159.

³⁵ Cfr. E.J. WEINRIB, *Reciprocal Freedom: Private Law and Public Right*, cit., pp. 200-206.

³⁶ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 160 e J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of law*, in *Michigan Law Review*, 111, 1, 2012, p. 4. Ridimensiona il valore della *predictability* e le riconosce carattere strumentale H. NYE, *Predictability and Precedent*, in T. ENDICOTT-H. DAN KRISTJÁNSSON-S. LEWIS (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 443-456.

Un problema a parte è costituito dal ruolo di presidio che il potere giudiziario svolge rispetto al potere legislativo ed esecutivo nella prospettiva del principio dei *check and balance*. Come si è già avuto modo di notare, sia la legislazione, sia il potere esecutivo, hanno subito cambiamenti strutturali nell'ultimo mezzo secolo, non solo per effetto della costituzionalizzazione, ma anche per effetto dell'internazionalizzazione³⁷. Il principio della separazione dei poteri nella dottrina del *Rechtsstaat* stabiliva compiti diversi a quei poteri che separava, riconoscendo una priorità alla legislazione. Oggi, alla luce della prevalenza della Costituzione sullo Stato, da un lato, e della centralità della protezione dei diritti, dall'altro, si pone la domanda se tutti i poteri siano sullo stesso piano. Tolto il riferimento al giudice delle leggi, almeno tra legislativo ed esecutivo, da un lato, e giudiziario, dall'altro, vi è una differenza strutturale: quest'ultimo attiene alle decisioni su casi concreti, anche nel caso del diritto fondato sui precedenti. Lo *stare decisis* richiede al giudice di ricavare una regola da un caso precedente e di applicarla all'*instant case*, non di produrre regole nuove³⁸.

Questa incursione nelle principali tradizioni giuridiche occidentali della *rule of law* ha messo in evidenza i molteplici strumenti della *rule of law* collegati alle condizioni di un governo limitato della cosa pubblica, come anche le problematiche aperte dalla loro evoluzione. Tutti i principi esaminati sono alla fine formule parzialmente sufficienti e complementari, ma capaci di segnare la differenza in termini di limitazione del potere e di tutela di chi ne subisce le decisioni. Come risultato di questa storia, è possibile osservare che, nell'evoluzione della *rule of law* come controllo del potere pubblico, il paradigma di stato di diritto più accreditato è quello dello stato costituzionale di diritto, sia per le ragioni sopra esposte e tenendo conto della sua evoluzione, sia perché il diritto statale è il diritto più tecnicamente organizzato. Ma il potere non è solo pubblico e il diritto non è solo statale.

³⁷ Sulla costituzionalizzazione e l'internazionalizzazione come *res novae* del diritto contemporaneo, rinvio a F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, in *Persona y Derecho*, 79, 2, 2018, pp. 9-36.

³⁸ Cfr. G. LAMOND, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, cit.

3.3. La *rule of law* nella scena internazionale

Se si osserva la letteratura prodotta dai giuristi internazionali, e non solo le dichiarazioni e le azioni degli attori istituzionali sovranazionali e internazionali cui si è fatto prima riferimento, si può notare come la *rule of law* sia raramente considerata come uno degli obiettivi del diritto internazionale³⁹. La minore rilevanza della *rule of law* rispetto ai progetti ritenuti tipici del diritto internazionale – per esempio la tutela dei diritti umani, la protezione dell’ambiente, la lotta contro la povertà, la promozione dell’eguaglianza e dell’inclusione anche alla luce delle questioni sollevate dai movimenti migratori – potrebbe essere dovuta ad un particolare modo di intendere quei progetti od obiettivi. L’impressione è che essi siano concepiti come, in qualche modo, esterni al diritto internazionale. Sicché la non inclusione della *rule of law* in queste liste si spiegherebbe per la sua relazione strettissima con il medesimo concetto di diritto, del quale la *rule of law* è una sorta di dover essere intrinseco. La *rule of law* cioè non è uno dei (diversi) progetti del diritto internazionale ma sta ad indicare semmai una maturazione strutturale richiesta allo stesso diritto internazionale in quanto diritto⁴⁰. Ed in effetti nelle discussioni sulla natura giuridica del diritto internazionale, che fino a ieri sollevavano tante perplessità soprattutto ai teorici del diritto, la presenza della *rule of law* potrebbe giocare un ruolo importante. La discussione in genere è costruita sul confronto tra il diritto internazionale e quello domestico, a partire da parametri ricavati dal diritto dello Stato moderno, secondo quello che si può indicare come metodo dell’analogia

³⁹ Il volume di J. CRAWFORD-M. KOSKENNIEMI (eds.), *The Cambridge Companion to international Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, ha una terza parte intitolata *Projects*, dove si trova un solo capitolo dedicato alla *rule of law*, che però è volto ad indagare le possibili radici asiatiche di tale concetto: B.S. CHIMNI, *Legitimizing the International Rule of law*, pp. 290-308. Nell’opera di P. DE SENA-R. PISILLO MAZZESCHI (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2018, si trova un’altra terza parte intitolata *New Goals for Humanity*, dove non compare la *rule of law*. Nel versante più filosofico-giuridico, il volume S. BESSON-J. TASIIOULAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, non vi dedica alcun capitolo.

⁴⁰ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit.

domestica. Essa consiste nel riproporre quanto maturato nel paradigma statalista nel contesto internazionale. Se il modello domestico diventa normativo, in qualche misura ciò mortifica quanto di specifico si trova a livello internazionale.

Si è già detto più volte che la *rule of law* è un principio operativo capace di adattarsi a diversi contesti, che non segue uno schema fisso ma si modella in modo diverso in relazione alle caratteristiche del contesto di applicazione. Come nel caso della sua parente domestica, l'estensione internazionale della *rule of law* potrebbe manifestarsi dunque in diverse forme, tutte ispirate però dalla esigenza di limitare l'arbitrio del potere nel governo delle relazioni umane. È infatti ragionevole pensare che, se le istituzioni e i poteri si trasformano, debba mutare anche la forma di limitarli. Non è pertanto strano che, nel dibattito sulla declinazione internazionale della *rule of law*, se ne possano individuare diverse versioni. Ognuna di esse mette in luce aspetti rilevanti diversi. Ad un primo esame, alcune possono essere pensate come semplici espansioni della *domestic rule of law*. Altre sembrano avere una loro specificità in qualità di *international rule of law*.

Come era da aspettarsi, vari tentativi risultano da aggiunte alle famose liste di *desiderata* della *domestic rule of law*. Alle note caratteristiche della legge (chiara, accessibile, intelligibile, praticabile, eguale per tutti) e a quelle della sua applicazione (in modo equo e ragionevole, da soggetti sottoposti a loro volta alle stesse regole) si aggiunge per esempio l'esigenza che lo Stato adempia ai propri obblighi di diritto internazionale, cosa peraltro per nulla scontata⁴¹. In questa prospettiva, in un certo senso, si è ancora alla ricerca della definizione della migliore lista di requisiti della *rule of law* come espansione dei requisiti richiesti allo Stato, dunque ancora nella sfera della *domestic rule of law*.

Anche se si tratta di una versione limitata rispetto alle potenzialità della *international rule of law*, questa prima versione è importante e significativa perché congiunge il diritto interno e il diritto internazionale e stabilisce in modo chiaro che la principale esigenza della *rule of law* è il riconoscimento dell'obbligatorietà del diritto, qualunque esso sia, interno o internazionale.

⁴¹ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, cit.

L'implicazione in termini teorici di questa affermazione è che si debba considerare il diritto internazionale come un diritto vero e proprio, appunto obbligatorio, conclusione anche questa per nulla scontata. E ciò non perché vi sia la possibilità di sanzioni internazionali, ma perché la interdipendenza e la interazione è sempre soggetta a regole. Sul fronte della filosofia del diritto ciò significa che il concetto di diritto è uno solo e che non vi sono diritti di prima e di seconda classe, più o meno obbligatori. Non-dimeno, come il diritto, anche la *rule of law* è soggetta a differenziazione.

Una seconda versione è stata piuttosto indicata in termini di *rule of international law*⁴². La *rule of international law* mette in luce come il diritto internazionale giochi rispetto al diritto domestico un ruolo simile a quello della *rule of law* nel caso del diritto dello Stato. Il diritto internazionale – almeno in alcune delle sue parti – segna un limite al potere degli Stati sugli individui, proteggendo questi ultimi anche contro gli stessi Stati di appartenenza. Questa è sicuramente la funzione del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto umanitario. Questa volta non si tratta di aggiungere qualche elemento ad una *checklist*, ma di intendere in un certo modo i rapporti tra il diritto domestico e quello internazionale. Non credo che il problema sia quello di decidere tra monismo (con primato ora del diritto internazionale, ora dell'ordinamento statale) e dualismo, ma di comprendere il senso della pratica giuridica – che ha una sua unità ideale data precisamente dalla *rule of law* – ma che trova applicazione e si adatta a contesti diversificati. Tuttavia, anche quest'ultima versione può essere letta come un arricchimento della *domestic rule of law* in quanto, in fin dei conti, il suo focus è sempre quello di limitare il potere degli Stati. Questi devono garantire i diritti delle persone, e ciò è possibile anche grazie a questi e ad altri strumenti internazionali.

⁴² F. DE LONDRA, *Dualism, Domestic Courts, and the Rule of International Law*, in M. SELLERS-T. TOMASZEWSKI (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Springer, Dordrecht, 2010, pp. 217-243. In un senso diverso, vicino alla prima versione qui presentata, cfr. J. WALDRON, *The Rule of International Law*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 30, 1, 2006, pp. 15-30.

3.3.1. L'*international rule of law*

Per parlare in senso proprio di *international rule of law* è necessario ripensarne i suoi principi alla luce delle caratteristiche specifiche dello scenario internazionale, dei suoi attori, delle sue istituzioni, delle sue regole, delle sue procedure, cioè delle dinamiche proprie del diritto internazionale. Dai modi di caratterizzare questo contesto e dal modo di identificare il *core business* della *rule of law* dipenderà la formulazione della *international rule of law*.

Il modo più semplice di farlo è ritenere che, così come a livello domestico, il nucleo della *rule of law* sta nei principi del governo della legge, nell'indipendenza del potere giudiziario e nell'eguaglianza davanti alla legge, sicché la *international rule of law* implica (a) il rispetto del principio *pacta sunt servanda* (in quanto i trattati dovrebbero occupare il posto della legge nel diritto internazionale), (b) la giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia, e (c) l'eguaglianza degli Stati⁴³ (al posto di quella tra gli individui⁴⁴). Questa è tipicamente una lettura costruita grazie alla trasposizione di uno schema in un contesto diverso, cioè per analogia domestica. Tuttavia, va apprezzata la direzione di sviluppo, perché parte da un concetto di *rule of law* e va alla ricerca del suo adattamento al diverso contesto e alla diversa struttura del diritto internazionale, a partire dalla specificità di quest'ultimo. Si può discutere se i risultati siano soddisfacenti, ma la strada è corretta.

Da un lato, come si è detto, è importante prendere le distanze da visioni rigide su come la *rule of law* si debba articolare, combinando un approccio anatomico con quello teleologico o

⁴³ S. Chesterman, *An International Rule of Law?*, in *American Journal of Comparative Law*, 56, 2, 2008, pp. 331-361. Questo autore dice di volere indagare non cosa richiede la *rule of law* nel diritto internazionale, ma di verificare come è usata. È curioso che si tratti però di un critico del diritto internazionale, che segue H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 247-274, laddove si sostiene la tesi secondo cui il diritto internazionale è sostanzialmente un diritto primitivo.

⁴⁴ Waldron insiste sul fatto che i beneficiari della *rule of law* nel diritto internazionale sono gli individui. J. WALDRON, *Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?*, in *The European Journal of International Law*, 22, 2, 2011, pp. 315-343.

fisiologico. Dall'altro, individuare le caratteristiche specifiche del diritto nello scenario internazionale non è certamente compito facile. Nell'affrontarlo si rischiano due difetti: quello di essere influenzati dal modello più noto, del diritto statale, appunto, oppure di trovarsi nell'impossibilità di rintracciare alcuna specificità nella galassia di fenomeni che il diritto internazionale racchiude. Nondimeno, proprio la centralità del tema della *rule of law* ha portato alcuni studiosi del diritto internazionale a ripensare quest'ultimo alla luce della prima. Una proposta in questa direzione riguarda in senso stretto il diritto internazionale, una seconda invece la *rule of law* nel diritto globale.

Martti Koskeniemi individua nella contemporanea presenza di frammentazione, di deformalizzazione e imperialismo le caratteristiche del diritto internazionale. Per *frammentazione*, si intende la divisione del diritto in regimi separati e funzionalmente ordinati a regolare ambiti diversi: ora il commercio, ora i diritti umani, ora lo sport, ora il diritto del mare, ora l'ambiente, e così via, ciascuno orientato a tutelare interessi diversi e specifici⁴⁵. È importante sottolineare che, a differenza degli approcci che usano l'analogia domestica, la frammentazione qui è vista come condizione strutturale e non difettiva del diritto internazionale. Essa, quindi, non deve essere intesa alla luce del pregiudizio statalista e imputata al carattere problematico del sistema delle fonti nel diritto internazionale, a differenza di quello domestico. La tesi è invece che proprio questa frammentazione renda più necessario il ruolo centrale della *rule of law* come principio organizzativo⁴⁶. In altre parole, anche un sistema frammentato com'è quello internazionale, è compatibile con il criterio che è all'origine dei sistemi ben organizzati e strutturati verticalmente, cioè il principio della supremazia delle regole e la necessità di poteri adeguatamente bilanciati e limitati. Da questo punto di vista, il paradigma internazionalista appare più vicino all'idea di diritto come pratica sociale, ispirata all'ideale regolativo della *rule of law*, mentre il diritto dello Stato, configurandosi come risultato dell'espressione politica di un popolo (solo quando è democratico,

⁴⁵ M. KOSKENIEMI, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011.

⁴⁶ M.A. JOVANOVIĆ, *Interpretation in International Law and International Rule of Law – Any lesson for Jurisprudence?*, cit.

bisognerebbe dire), rischia di mettere in ombra la dimensione più giuridica del primato delle regole a favore della volontà di un soggetto collettivo che, ad un certo punto, interrompe la loro circolarità. Le decisioni sono certamente necessarie, ma una cosa è ritenerle all'origine del diritto e al di fuori delle regole, altra cosa è sottoporle al diritto e ai suoi processi di argomentazione e di contestazione.

Lo scenario internazionale è anche *de-formalizzato*, nel senso che il suo diritto tende a limitarsi al campo delle procedure, o a direttive molto generali rivolte ad esperti e decisori affinché questi risolvano i problemi e i conflitti trovando soluzioni effettive grazie al bilanciamento dei diversi interessi in gioco. In un contesto di tradizioni giuridiche e culturali fortemente diversificate le soluzioni giuridiche devono essere semplificate ed effettive. Nella stessa direzione si era sviluppato lo *jus gentium* alle sue origini. Esso era amministrato dal *praetor peregrinus* tra peregrini (stranieri) o tra romani e stranieri, una figura creata in seguito alla conquista della Sicilia, soprattutto nella parte occidentale, occupata dai fenici. La sua funzione era quella di rendere possibile l'interazione giuridica tra cittadini e non cittadini. Questo compito richiedeva che il *praetor peregrinus* fosse capace di semplificare le regole e le formule del diritto civile romano, in modo da renderle accessibili a chi non era parte della città, ammorbidendo così il formalismo eccessivo del diritto romano in favore della sostanza dell'azione da regolare. Sicché progressivamente anche i romani arrivarono a scegliere di risolvere i loro conflitti secondo lo *jus gentium*⁴⁷.

⁴⁷ A sostenere che l'elemento decisivo per il *revival* dello *jus gentium* nel diritto internazionale contemporaneo sia l'esistenza dello *jus cogens*, cioè norme imperative, universali e non derogabili per la comunità internazionale, è T.E. BOUDREAU, *The Modern Law of Nations: Jus gentium and the Role of Roman Jurisprudence in Shaping the Post World War II International Order*, in *The Digest National Italian American Bar Association Law Journal*, 20, 2012, p. 27. P. BENVENUTI, *Diritto delle genti in divenire: fonti e soggetti*, in *La comunità internazionale*, 55, 4, 2000, pp. 593-609, individua ulteriori elementi del diritto delle genti nel nostro tempo: l'esistenza di valori comuni nella comunità internazionale, il diritto umanitario, la democraticità (che sostiene istanze non governative alla base della produzione giuridica), la responsabilità individuale per crimini internazionali (che dimostra l'esistenza di un diritto delle persone e per le persone).

Con *imperialismo*, si intende invece l'emergere di schemi e vincoli imposti da attori dominanti nel perseguimento dei propri obiettivi, attori che ovviamente non sono soltanto di natura statale, ma anche economica o informazionale⁴⁸. Si tratta di un imperialismo più sottile di quello esercitato con le armi e invadendo il territorio altrui, anche questo praticato ora come nel passato. In particolare, sebbene il peso dell'Europa nel mondo sia molto ridimensionato rispetto alle epoche del colonialismo territoriale e quello economico, oggi si parla ancora di un colonialismo europeo, questa volta di tipo regolatorio, per l'influenza delle regole europee in diversi ambiti, di commercio o di lavoro⁴⁹.

Su tutti questi piani è rilevante la *rule of law*. Lo è sul piano della frammentazione dei sistemi orientati a beni specifici, perché essa risponde alla domanda sulla coerenza del sistema complessivo. È centrale sul piano delle decisioni concrete fondate su sistemi regolatori flessibili, che sono anch'essi contesto possibile di arbitrarietà. È pertinente anche sul piano dell'imperialismo perché la *rule of law* dovrebbe esercitare un controllo su ogni tipo di potere, anche quelli non statali, rappresentando un limite al predominio di alcuni attori su altri. Inoltre, non basta che le regole siano accettate perché corrette da qualche punto di vista – per esempio, perché mirano alla tutela dell'ambiente e dei diritti – ma è necessario, secondo il principio della *rule of law*, che chi è sottoposto a quelle regole possa partecipare o essere tenuto in conto nella loro elaborazione.

In un sistema come quello internazionale, la *rule of law* non può che essere assunta come principio di azione per gli operatori del diritto, capaci di sopperire alla rigidità dei sistemi, da un lato, e alla loro frammentazione, dall'altro. La suggestione di Koskenniemi riguarda precisamente l'approccio dal quale osservare la *international rule of law*. L'autore ha insistito sull'idea che il diritto internazionale è soprattutto il diritto dei giuristi. *The law of international lawyers* è il titolo di un volume dedicato a questo

⁴⁸ M. KOSKENNIEMI, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 8, 2007, pp. 9-36.

⁴⁹ È la difficoltà segnalata in A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University press, Oxford, 2020.

aspetto del suo insegnamento⁵⁰. Secondo Koskeniemi, il diritto internazionale non è là fuori, esso non è solo un *set* di regole, fonti o poteri che stanno davanti al soggetto, ma è il risultato dell'opera dei giuristi, del loro modo di concepire il diritto e di praticarlo. Questo richiede nei giuristi una sorta di *mindset*, che egli qualifica come costituzionale, perché capace di accostarsi al diritto attraverso i suoi principi fondamentali.

Abbiamo già visto come le letture domestiche della *rule of law* ispirate da concezioni semantiche del diritto tendono a concepirlo come una sorta di assetto o architettura istituzionale che costringe i poteri statali entro certi schemi. L'approccio alternativo mette in primo piano le procedure argomentative, le aspettative, le sensibilità, la cultura giuridica degli operatori. In un certo senso, anche le credenze⁵¹, cioè le opinioni messe alla prova dalle procedure e dall'esperienza di un sapere giuridico collettivo, possono essere plasmate dalla *rule of law*.

Storicamente è ricorrente l'idea secondo cui la scienza giuridica non si limita a descrivere il diritto, ma partecipa alla sua costruzione, al punto da potersi parlare di un *Juristenrecht* come alternativa al diritto dei giudici e al diritto dei legislatori. Negli ultimi secoli questa idea è stata inversamente proporzionale al consolidamento del potere statale. Quanto più si dà importanza al potere dello Stato, tanto meno credito viene dato alle dottrine giuridiche, perché bisogna accettare che il diritto è un prodotto politico controllato dai legislatori.

Un esempio del declino del ruolo delle dottrine giuridiche può essere osservato nell'origine e nella diffusione del divieto di citare le dottrine giuridiche nelle decisioni giudiziarie in Europa a partire dalla fine del XVII secolo. In precedenza, il ruolo delle dottrine giuridiche era stato cruciale sia per la legislazione sia per le sentenze. In questo quadro, l'operato della scienza giuridica funzionava come un limite al potere politico e a quello dei giudici, in contrapposizione all'idea secondo la quale la scienza giuridica è un mero specchio di ciò che vogliono i legislatori. Non è un caso che il tema del *Juristenrecht* ritorni in voga tra gli

⁵⁰ W. WERNER-M. DE HOON-A. GALAN (eds.), *The Law of International Lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

⁵¹ Si veda J. D'ASPREMONT, *International law as a Belief System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

studiosi del diritto internazionale. In questo contesto il giurista è abituato a confrontarsi con sistemi complessi.

Non si tratta comunque di contrapporre legislatori, giudici e giuristi. Si tratta, invece, di concepire la ricerca del diritto come un'impresa cooperativa – non per questo priva di conflitti, che fanno emergere i punti di frizione tra i vari ruoli –, nella quale il carattere corale è garanzia della limitazione dell'arbitrarietà. Per questa ragione appare importante declinare questo tema nei termini del rapporto tra *rule of law* e scienza giuridica, che è la base per tutti gli operatori del diritto⁵².

Non si tratta solo di riconoscere che la *rule of law* è una costruzione della scienza giuridica, ma piuttosto di sostenere che la realizzazione della *rule of law* è il compito della scienza giuridica, lo specifico contributo che essa offre alla costruzione del diritto, una scienza che mantiene una coerenza di fondo intorno al principio della *rule of law*, ma che è in grado di adattarne le forme nei diversi settori e in relazione ai diversi ruoli. Questo tema, a sua volta, rinvia alla problematica questione dello statuto epistemologico della scienza giuridica⁵³, del suo strettissimo legame con il suo oggetto, ma soprattutto richiede di rivisitare la scienza giuridica alla luce dell'idea di diritto come pratica sociale. Il legame con la *rule of law* implica però, da un lato, l'abbandono del principio dell'avalutatività della conoscenza⁵⁴ e, dall'altro, l'adozione del punto di vista del partecipante.

Prima però di passare a studiare i rapporti tra scienza giuridica e *rule of law*, dobbiamo ancora addentrarci in due ulteriori campi dell'evoluzione e differenziazione del diritto, che incrociano trasversalmente sia il diritto domestico, sia quello internazionale. Si tratta del diritto globale e delle forme *soft* di regolamentazione.

⁵² Qui si fa uso di una accezione inclusiva di scienza giuridica, di tipo teorico, ma anche pratico, cioè a servizio degli operatori del diritto. Una introduzione a questa tematica in G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007.

⁵³ Una buona classificazione della bibliografia sulla scienza giuridica in A. NUÑEZ VAQUERO, *Ciencia jurídica*, in J.L. FABRA ZAMORA-A. NUÑEZ VAQUERO (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, Unam, México, 2015, pp. 602-605.

⁵⁴ Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 23.

3.3.2. La *global rule of law*

La categoria del diritto globale solleva non poche diffidenze e perplessità tra i giuristi⁵⁵. Il dato inequivocabile di partenza è che, dal punto di vista fenomenologico, il diritto è molto cambiato nell'ultimo secolo proprio nella direzione della globalizzazione. Come abbiamo visto, la *rule of law* si è smarcata dallo Stato, proiettandosi sulla sfera internazionale nel tentativo di adattarsi al governo della globalizzazione. Questa constatazione non è esente da preoccupazioni, perché la de-statalizzazione dello stato di diritto potrebbe mettere a rischio quanto guadagnato da esso lungo il cammino, indebolendo quelle garanzie progressivamente conquistate⁵⁶. Ovviamente, l'obiezione varrebbe solo per quegli Stati dove sono stati raggiunti certi standard di garanzia e poggia sulla convinzione che l'estensione delle garanzie porti con sé una loro perdita di intensità.

Il dato di fatto è che il diritto globale, detto talvolta diritto amministrativo globale⁵⁷, pone davanti ai nostri occhi una realtà giuridica complessa di regolazione e amministrazione nei campi della sicurezza, della protezione dell'ambiente, dell'informazione e della comunicazione, della mobilità, del commercio, del lavoro, dello sviluppo a livello globale. Questa variegata attività è svolta certamente dagli Stati, come anche da entità intergovernative formalmente costituite da trattati internazionali. Vi partecipano anche *network* intergovernativi informali, così come assetti coordinativi di tipo ibrido, pubblico e privato, e perfino entità di esclusiva natura privata.

⁵⁵ La stessa risposta ha riscosso la cosiddetta nuova *lex mercatoria*, di cui a lungo si è discusso se fosse solo un'invenzione di giuristi fantasiosi. Questa l'obiezione mossa all'autore di una monografia di più di mille pagine sull'argomento, F. MARRELLA, *La nuova Lex Mercatoria. Principi di Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2003.

⁵⁶ È la preoccupazione di R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO-V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 37-60.

⁵⁷ Nel riferirmi ad esso, mi muoverò all'interno dal lavoro seminale del progetto *Global Administrative Law*, detto GAL, dell'Institute for International Law and Justice della New York University School of Law. Cfr. B. KINGSBURY-N. KRISCH-R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 68, 3/4, 2005, pp. 15-61.

I diversi livelli di questa attività si intrecciano tra loro, cioè non procedono in modo isolato. Vi sono interazioni non solo tra gli Stati e le loro creature – le istituzioni intergovernative e internazionali – ma anche appunto tra entità ibride e non statali o pubblicistiche. In questo contesto, comunque, l'obiettivo della *rule of law* è sempre il controllo dell'arbitrarietà. Ciò sicuramente richiede sia di approfondire ed estendere i meccanismi di controllo del potere già noti a livello domestico, sia di introdurre nuovi, dentro e fuori gli Stati, come quelli ispirati ai principi di trasparenza, di partecipazione, di ragionevolezza nelle decisioni, della loro rivedibilità. È questa senza dubbio l'aspirazione del diritto amministrativo fin dalle sue origini, se non degenera in logiche di elefantiasi burocratica o di bieco nazionalismo⁵⁸.

Un esempio paradigmatico della problematica indicata è quella della *private turn*⁵⁹ dell'impresa globale dell'Agenda 2030 delle Nazioni unite. Nel 2019, il *High Level Political Forum* (incontro di monitoraggio annuale sui *Sustainable Development Goals*, SDGs), si propone di dare un'accelerazione al processo di realizzazione di questi obiettivi, visto che il tempo incalza e rimane solo un decennio (2020-2030) per raggiungerli⁶⁰. Si solleva il problema della necessità e urgenza di attivare tutti i settori della società, non soltanto i governi locali (una delle parole chiave della strategia è infatti *localising*), ma soprattutto di coinvolgere il settore privato, che diventa una componente essenziale della sfida lanciata dalle Nazioni unite. Individui e collettività – dalle città metropolitane agli Stati, dalle istituzioni internazionali agli operatori economici e agli investitori – sono chiamati sia a promuovere un cambiamento dei modelli di consumo e di produzione affinché diventino appunto sostenibili, sia – e questa è una novità importantissima rispetto al passato – a finanziare il perseguimento di tali obiettivi. Accanto ai *public donors* – che finora erano stati gli Stati, con i fondi per la cooperazione internazionale

⁵⁸ Cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 305-329 e 506-509 e H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., pp. 225-287.

⁵⁹ E. VAN WAAYENBERGE, *The private turn in development finance*, working paper n. 140, FESSUD 2015.

⁶⁰ Il risultato prodotto è Assemblea generale, *Political Declaration of the High-level Political Forum*, A/HLPF/2019/L. 1.

allo sviluppo –, anche i privati sono invitati ad immettere flussi di capitali nei settori indicati dagli SDGs. Si promuovono dunque interazioni e *partnership* di privati con istituzioni pubbliche.

Questa svolta è possibile certamente solo se gli Stati promuovono condizioni di stabilità e trasparenza che facilitino i trasferimenti di capitali (tra questi, la tutela dei diritti di proprietà privata, ragione per cui si sospetta un legame tra gli SDGs con l'ideologia neoliberale⁶¹). Gli Stati e le organizzazioni di natura pubblica passano dall'essere i principali finanziatori a diventare catalizzatori di fondi, attraverso consulenze e *networking*, con il risultato di una contaminazione – positiva o negativa che sia – dell'ambito pubblico con quello privato.

Il contributo dei privati, se da un lato sembra in linea con un paradigma che valorizza la dimensione politica in senso lato anche a livello internazionale, intesa cioè come dimensione collettiva di azione, capace di ottenere consenso intorno ad obiettivi comuni e non esclusivamente come esercizio di potere e di forza, d'altro lato risponde a criteri di spontaneità e di autonomia necessariamente forieri di diseguaglianze e di frammentazione⁶², che sono propri dell'azione di attori non istituzionali.

Il coinvolgimento di attori diversi dallo Stato non è certamente nuovo nella dimensione internazionale e nella tutela dei valori che in essa emergono. Anche il campo dei diritti umani è caratterizzato da una partecipazione di attori diversi da quelli istituzionali, per cui si può dire che la cosiddetta società civile globale vi svolga un ruolo cruciale⁶³. È vero però che nel campo dei diritti umani è facile notare come gli attori più rilevanti siano le organizzazioni non governative, che, pure a confronto con gli attori economici privati di cui qui si tratta a proposito dell'Agenda 2030, sembrano configurarsi come attori semi-pubblici, a

⁶¹ Tuttavia, credo che si possa distinguere tra l'ideologia liberale e il portato istituzionale del liberalismo. Mentre la prima promuove il binomio libertà-proprietà come essenziale valore del sistema, il secondo fa riferimento ad una lunga tradizione di libertà attraverso le istituzioni politiche, tra cui la proprietà è solo un esempio e non necessariamente a-problematico.

⁶² M. WALZER, *Rescuing Civil Society*, in *Dissent*, 1999, pp. 62-67.

⁶³ M. FROST, *Constituting Human Rights. Global Civil Society and the Society of Democratic States*, Routledge, London-New York, 2002.

ragione del fatto che i loro obiettivi sono in genere di natura pubblica (appunto la tutela degli esseri umani o dell'ambiente), mescolati ad altri di natura economica. La perplessità riguarda la condizionalità esercitabile dagli attori privati sulla realizzazione di finalità pubbliche, per esempio, sulla base di quali criteri possono decidere dove e quando investire?

Ovviamente, gli SDGs pongono limiti e indicano strade e gli Stati e le istituzioni internazionali devono mediare e vigilare, ma la decisione tenderà a rispondere irrimediabilmente a preferenze o convenienze insindacabili. Il *private turn*, dunque, richiede la presenza forte di istituzioni pubbliche, che, a loro volta, necessitano di una partecipazione vigile da parte degli attori che le supportano. Appare comunque interessante il potenziale di corale coinvolgimento di diversi soggetti in una impresa comune, per quanto ampia e per certi versi troppo ambiziosa e divergente rispetto alla lettura tradizionale dettata dalla divisione tra pubblico e privato.

Secondo Sabino Cassese le direzioni di sviluppo della *rule of law* globale dovrebbero condensarsi intorno a due grandi nuclei, secondo quella che potrebbe essere considerata la *checklist* della *rule of law* globale⁶⁴. Il primo è quello dell'apertura a processi di democratizzazione procedimentale che consentano la partecipazione anche ad attori non istituzionali, attraendo verso il ciclo delle regole e dell'*accountability* tutti gli attori che contano o svolgono un ruolo rilevante. Il secondo è quello della centralità dei giudici globali, «garanti ultimi del rispetto della *rule of law*»⁶⁵. Si tratta di due punti di cruciale importanza. Il primo riguarda il contatto del diritto con le sue basi sociali – con la sua dimensione orizzontale – che non solo è effetto del ridimensionamento del legame tra diritto e statualità, ma amplia la pletora di attori nella partita giuridica.

Il secondo nucleo mette a tema ancora una volta il protagonismo dei giudici nel diritto contemporaneo, fenomeno che, come si è già visto, non vale solo per il diritto internazionale. Il contesto in cui questo protagonismo è emerso è quello del pluralismo

⁶⁴ La sintesi proposta nel testo è ispirata a quella di S. CASSESE, *Una furiosa espansione della legge? Spazio giuridico globale e rule of law*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2014, pp. 110-112.

⁶⁵ *Ivi*, p. 117.

giuridico, caratteristico pure della prospettiva domestica. A questo proposito, dentro e fuori lo Stato, ha assunto carattere euristico la nozione di spazio giuridico, al posto di quella di sistema giuridico⁶⁶. Allo spazio giuridico si deve far ricorso a causa del venir meno di uno stabile ordine gerarchico delle fonti del diritto. Il tradizionale sistema giuridico è già presente prima dell'applicazione del diritto, mentre lo spazio giuridico viene perimetrato in relazione alle questioni giuridiche particolari da risolvere, che volta per volta assumono contorni problematici o comunque non definibili *a priori*. È proprio il pluralismo giuridico ad esigere di conferire un ruolo centrale di unificazione del sistema a coloro che devono prendere decisioni sui casi concreti. Da questo punto di vista, la *rule of law* è una buona guida per l'operato dei giuristi nel mondo globale ed in particolare dei giudici.

Tutto ciò richiede un cambiamento di mentalità nella direzione di una maggiore responsabilizzazione personale. Lo stesso Cassese ha sostenuto che, nel contesto internazionale, uno dei drammi della *rule of law* è la sua incompletezza a causa della diversità e della disparità degli ordini giuridici, che non si completano tra loro perché sono separati, e della mancanza di istituti di democrazia rappresentativa, rispetto alla quale la democrazia procedurale è "puntiforme", cioè determinerebbe la decisione concreta ma non l'indirizzo generale⁶⁷. La tentazione è quella di pensare che vi possano essere diverse *rules of law*, e non una *rule of law* che presieda a svariate forme⁶⁸. Ancora una volta queste sono osservazioni costruite intorno ad un calco, quello dello Stato moderno, che è in trasformazione. Resta anche il problema di ripensare e reinventare il rapporto tra pubblico e privato a livello internazionale.

⁶⁶ Sulla nozione di spazio giuridico S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*. Laterza, Roma-Bari, 2003. Si veda pure F. VIOLA, *Diritto e ragion pratica*, cit., pp. 132-136, ma anche G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 13-35.

⁶⁷ S. CASSESE, *Una furiosa espansione della legge? Spazio giuridico globale e rule of law*, cit., p. 116.

⁶⁸ *Ivi*, pp. 117-120.

3.3.3. *Rule of law e soft law*

Un ulteriore ambito di estensione della *rule of law*, che si intreccia con il diritto domestico, internazionale e globale, è quello relativo alla *soft law*. Il diritto dello Stato è oggi affiancato da altri fenomeni di regolamentazione che si dimostrano nei fatti capaci di risolvere problemi di coordinazione, senza arrivare a richiedere l'esercizio della forza pubblica. Si può certamente notare che la *soft law* è complementare alla *hard law*, sia perché si affianca ad essa, sia perché talvolta sono gli stessi attori giuridici (anche gli Stati) a preferire il ricorso alla *soft law*⁶⁹. Eppure, la definizione di *soft law* suona sempre come qualcosa di paradossale: si tratta di quelle norme che in principio non sono obbligatorie, ma che possono produrre effetti giuridici⁷⁰.

Le pratiche di *soft law* e quelle di *hard law* non si articolano tra loro in modo ordinato e prefissato sì da determinare stabili criteri di validità, come farebbero astrattamente sistemi giuridici diversi distinti per validità temporale, soggettiva o materiale⁷¹, ma piuttosto tendono a interagire e a competere⁷². Né si può più sostenere che – alla fine – prevalga (o debba prevalere) sempre il diritto dello Stato, in quanto detentore della forza pubblica e custode delle violazioni del diritto in quanto diritto⁷³. Questa sarebbe una semplificazione eccessiva del ruolo della *soft law*. La possibilità che gli Stati resistano a decisioni e regole da loro non elaborate (per esempio nel caso di corti internazionali o collegi arbitrali) è una conferma del fatto che gli Stati usano la forza, ma ciò non esclude che, oltre gli Stati, vi sia il diritto. In questa linea, è particolarmente significativo il comportamento contrario, cioè quando sono gli Stati a seguire regole di *soft law*, cosa peraltro abbastanza frequente. È quello che gli osservatori di questo fenomeno studiano come il mistero o il “puzzle” della *soft*

⁶⁹ A.T. GUZMAN-T.L. MEYER, *International Soft Law*, 2, 1, 2010, pp. 171-225.

⁷⁰ L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004, p. 112.

⁷¹ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 275-292.

⁷² F. VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

⁷³ F. SCHAUER, *The Force of Law*, cit., p. 134.

law, cioè il perché gli Stati seguono regole non prodotte da loro stessi⁷⁴. La tendenza è piuttosto che sia proprio il diritto dello Stato sostenuto da minacce di sanzione (*hard law*) ad essere residuale. Non è un caso che, oggi, la parte più importante dei sistemi giuridici statali – quello che peraltro li rende competitivi – è quella che prevede regole per la risoluzione di conflitti normativi tra regole appartenenti a sistemi diversi anche di *soft law*, cioè quella parte degli ordinamenti dedicata alla gestione del pluralismo normativo⁷⁵.

Uno dei settori più importanti della *soft law* è il terreno della cooperazione sovranazionale. Nell'Unione europea, essa si è dimostrata – a dispetto della sua *softness* – un potente strumento di armonizzazione, e, con buona pace di chi si impegna a dire che si tratta di *no-law*⁷⁶, è oramai una pratica stabile sancita dal Trattato di Lisbona (artt. 288-291).

Un altro dei campi di espansione della *soft law* è, in generale, la coordinazione tra gli Stati a livello mondiale. Sono esperienze significative in tal senso la regolamentazione derivante da agenzie internazionali (oggi più di cinquemila) per la cooperazione in ambiti specifici (sanità, sicurezza, ambiente, commercio internazionale, cooperazione allo sviluppo). I protagonisti sono attori coinvolti per competenza nei settori di riferimento: istituzioni sanitarie, camere di commercio, autorità indipendenti. A queste si possono anche accostare le organizzazioni non governative, così come le normazioni derivanti da privati nel campo economico. È in quest'ultimo caso che si suole ricorrere all'espressione riassuntiva di *lex mercatoria*, che abbraccia sostanzialmente il diritto internazionale dell'economia: si tratta cioè del diritto prodotto da e intorno alla camera di commercio internazionale, dove lo Stato è anche attore, ma come contraente, non come legislatore⁷⁷.

⁷⁴ Così A.T. GUZMAN-T.L. MEYER, *International Soft Law*, cit., p. 179.

⁷⁵ Si pensi per esempio alla contestazione di decisioni arbitrali nell'ambito del diritto commerciale internazionale. Vale la pena di notare che tale residualità è proprio irrilevante: in più del 90% dei casi le sentenze si eseguono spontaneamente.

⁷⁶ R. BIN, *Soft Law, No Law*, in A. SOMMA (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31-40.

⁷⁷ Su questo tema cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 76-102.

Questo immenso plesso normativo, anche se incide pesantemente sui sistemi normativi statali, con vistosi effetti sulla vita dei cittadini (come si è visto durante la pandemia), non riguarda soltanto gli Stati.

Si tratta di norme di comportamento idonee a produrre effetti giuridici anche a livello domestico. Come è noto, il *Conseil d'Etat* nell'*Etude annuelle* già del 2013 ha definito la *soft law* in base a tre criteri: 1) si tratta di forme di regolamentazione che mirano a modificare o orientare il comportamento dei destinatari, suscitando per quanto possibile la loro adesione; 2) che non creano di per sé diritti od obblighi; 3) ma che presentano un livello di formalizzazione e strutturazione simili alle regole giuridiche⁷⁸.

Ci sono almeno due possibili interpretazioni del significato dell'espressione "soft law". Secondo la prima si tratta di una forma di diritto secondario perché non prodotto dallo Stato. In questo senso, esso è il risultato del pregiudizio statalista. L'altra versione è quella che mette in luce l'assenza di sanzioni e collega a tale elemento il carattere non giuridicamente vincolante, anche se è in grado di produrre risultati giuridici (*sic*). Questa volta l'aggettivo *soft* non si riferisce all'origine (come nel caso del diritto non statale), ma ad alcune altre caratteristiche come appunto l'assenza di sanzioni, peraltro un altro degli elementi del diritto dello Stato. È a questo proposito particolarmente interessante il modo in cui gli Stati trattano la *soft law*. Anche per i più scettici, si tratta di diritto e non di mera asserzione politica o morale. Questa «strategia di mezzo»⁷⁹ è ampiamente utilizzata nel diritto internazionale, ma anche in contesti sovranazionali e domestici. L'argomento che si usa a tal proposito è quello dell'ultima parola. In fondo, lo Stato può sempre resistere contro la *soft law*⁸⁰. Ma

⁷⁸ La raccomandazione per i poteri pubblici di usare il ricorso al *droit souple* si trova nel sito del Consiglio di Stato, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2013-Le-droit-souple> (ultimo accesso 23 dicembre 2024).

⁷⁹ A.T. GUZMAN-T.L. MEYER, *International Soft Law*, in *Journal of Legal Analysis*, cit., p. 180.

⁸⁰ Sulla prima e l'ultima parola, P. DI LUCIA-L. PASSERINI GLAZEL, *The first and the last word. Critical remarks on Himma's philosophical enterprise*, in *Revus*, 45, 2021, <https://journals.openedition.org/revus/7612> (ultimo accesso 18 febbraio 2025).

se il diritto è capace di guidare l'azione, più che l'ultima parola – la sanzione come reazione alla violazione –, conta la prima, cioè la capacità del diritto di fornire ragioni autoritative. Se ciò che conta è la reazione alla violazione in quanto tale si dovrebbe sostenere che ciò che è comune è il rispetto della regola. Sembra intuitivo invece pensare che il diritto consenta di compiere azioni insieme, e non solo di rispettare le regole. In altre parole, la finalità del diritto non è quella di garantire il rispetto delle regole, ma di fare delle cose in comune grazie alle regole. Questo tipo di coordinazione non è necessariamente da intendere in termini morali, ma anche pratico e logistico. Dipende infatti dall'interazione e l'interdipendenza tipiche del diritto.

La *soft law* può essere distinta in tre categorie diverse: *pre-law*, *post-law* e *para-law*⁸¹. Nel primo gruppo – pre-regolazione, cioè ciò che viene prima della legislazione, per esempio – rientrano gli atti preparatori (libri verdi e bianchi, programmi d'azione, dichiarazioni istituzionali), che hanno lo scopo di preparare o orientare altri atti giuridici (come leggi e regolamenti). Si tratta di una sorta di diritto orientato a produrre diritto (più) formale. Ma il punto è che esso è vincolante per i parlamenti degli Stati cui è diretto, a differenza, per esempio, delle proposte di legge, che semmai possono avere una valenza interpretativa.

Nel secondo gruppo (post-normazione) ci sono le direttive, le linee guida, i regolamenti conseguenti alle decisioni da applicare. In questo caso, si è in presenza di una forma di regolamentazione in applicazione di un'altra (più) formale. Entrambi questi gruppi potrebbero essere visti come chiaramente ordinati alla *hard law* e dipendenti da esso. Ma ciò non basta a negarne il carattere giuridico. Una ristretta dottrina delle fonti statali del diritto pretenderebbe di definire inequivocabilmente cosa appartiene al diritto e cosa no prima di applicarlo. Al contrario, il diritto non si palesa una volta e per sempre in modo fisso e statico. Esso appartiene ad un tempo continuo e non istantaneo, ed è un risultato che richiede lo sforzo e la cooperazione di diversi ruoli.

Nel terzo gruppo (para-regolamentazione) ci sono tante cose

⁸¹ L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, cit., p. 119.

diverse, difficili da mettere insieme: delibere, raccomandazioni, consigli, relazioni, autoregolamentazioni. Esse testimoniano innanzitutto che la *soft law* non è necessariamente ed esclusivamente ordinata alla *hard law*. Questo gruppo è il più diversificato e controverso per diversi motivi. La caratteristica comune più evidente è che tali forme giuridiche non provengono dai tradizionali attori del processo legislativo statale, ma da categorie professionali, economiche, sociali o altri enti settoriali produttrici di diritto: autorità indipendenti, organizzazioni internazionali o transnazionali, tutti soggetti solitamente non legittimati a produrre diritto (formale) nel contesto di un modello statale di diritto, che però convergono a limitare il potere degli Stati. Da questo punto di vista, ciò che distingue la *soft law* dalla *hard law* è il carattere formale delle fonti di quest'ultima. La *soft law* non segue il percorso tradizionale della legislazione, e questo è ovviamente un problema, nella misura in cui la legislazione assicura il controllo democratico delle decisioni. Tuttavia, la *soft law* tende a coinvolgere nella co-produzione del diritto attori diversi da quelli tradizionalmente legittimati a produrre diritto, ma sempre sulla base di criteri specifici.

Un fenomeno esemplare è quello delle forme di autoregolamentazione, come quella del mondo della comunicazione globale via internet (la *lex digitalis*), o l'esperienza dei *codes of conducts* di attori commerciali, organizzazioni internazionali e associazioni o categorie professionali. Questi fenomeni costituiscono modi per fare emergere nella realtà economica e giuridica delle imprese o delle organizzazioni o associazioni regole di comportamento coerenti con beni pubblici, come il rispetto dei diritti umani e dell'ambiente. Da qui emerge un'ulteriore caratteristica che già si è osservata in relazione al diritto globale: il progressivo sbiadire della distinzione pubblico-privato. Tale distinzione o separazione non scompare solo perché all'origine delle regole comuni vi sono anche soggetti non pubblici, quanto per l'espansione di contenuti pubblici al diritto dei privati. I *codes of conducts* delle multinazionali hanno mostrato progressivamente la maggiore attenzione per i diritti umani e per la loro tutela in termini di standard concreti relativi ai diritti dei lavoratori, al rispetto dell'ambiente⁸². È il fenomeno che è stato chiamato

⁸² F. BENATTI, *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 7-32.

«contrattualizzazione dei diritti umani»⁸³. I codici deontologici (con le loro esigenze) sono entrati a fare parte dei contratti internazionali, con la conseguenza che la loro inadempienza può arrivare ad essere causa di recesso.

La caratteristica più evidente e sorprendente del fenomeno di *soft law* – dal punto di vista giuridico – è la sua effettiva capacità di ottenere risultati di coordinazione in campi rilevanti per il diritto, pur nell'apparente non obbligatorietà (formale). In un certo senso, la sua fortuna sta proprio qui: nella capacità di ottenere adesione e osservanza. Se non è efficace, non è proprio (*soft*) *law*.

Si tratta di regolamentazioni settoriali senza pretesa di esautività, a differenza del reclamato carattere *comprehensive* del diritto statale⁸⁴. La settorialità è, a sua volta, correlata ai ruoli dell'*expertise* e dell'*involvement*, cioè del coinvolgimento di chi è esperto nel settore specifico. Talvolta l'*expertise* è proprio da riferire alla scienza o alla conoscenza tecnologica (intelligenza artificiale), tal'altra si tratta dell'*expertise* di chi svolge quel compito o quella attività. La settorialità e l'*expertise* producono certamente la dispersione e la dislocazione delle fonti di produzione del diritto, e allo stesso tempo rischiano di alimentare poteri tecnocratici. Ma il principio del coinvolgimento dovrebbe riguardare non solo coloro che sono chiamati a svolgere una determinata attività, ma anche i destinatari di essa, bilanciando così il potere dei primi. Pertanto, anche coloro sui quali le forme di regolamentazione avranno effetti sono chiamati a produrle. È il principio della consultazione degli interessati e della partecipazione.

Un'altra caratteristica trasversale ai vari fenomeni che la *soft law* abbraccia è quella della preferenza per i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, in concorrenza con l'esercizio della giurisdizione delle corti statali e internazionali. Si tratta di procedure nelle quali il giudice è scelto liberamente dalle parti e la cui decisione viene eseguita spontaneamente. È vero che lo Stato può intervenire a certe condizioni, ma ciò avviene in modo residuale, per l'appunto, quando vengono contestate le regole da

⁸³ F. MARRELLA, *Regolazione internazionale e responsabilità globale delle imprese transnazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2009, pp. 229-258.

⁸⁴ F. SCHAUER, *The Force of Law*, cit., p. 162.

applicare al caso, in casi di incertezza o conflitti normativi.

Quali sono le implicazioni che questo sviluppo del diritto ha sul progetto della *rule of law*? La prima e più vistosa conseguenza è relativa alla perdita di centralità ed esclusività della legislazione. In questo nuovo quadro, essa sembra retrocedere sullo sfondo rispetto a tutte quelle altre forme di regolamentazione. Eppure, essa non scompare, se si è compreso bene che il diritto oltre lo Stato non elimina le comunità politiche statali. Certamente, la legislazione resta cruciale nella misura in cui è, da un lato, la custode della perequazione e dell'eguaglianza all'interno degli Stati. Dall'altro, è grazie alla legislazione che si riesce a tutelare il pluralismo e l'autodeterminazione. Tuttavia, la legislazione dei parlamenti è fortemente condizionata da direttive provenienti da organizzazioni internazionali e sovranazionali, da linee guida, da *best practice*, o anche da bilanciamenti di poteri diversi. Non sempre questi condizionamenti esterni sono negativi. Del resto, sarebbe effettivamente illusorio pensare che la legislazione frutto della contrattazione politica produca sempre la migliore delle regolamentazioni. Da questo punto di vista, l'influsso sulla legislazione di altre voci, cioè l'ascolto e l'attenzione da parte delle assemblee legislative di esperti o di chi ha la conoscenza del settore da regolare perché ne forma parte, può essere il punto di partenza di legislatori capaci di produrre regole appropriate.

Il ruolo dell'*expertise* nella elaborazione delle regole, se da un lato aumenta le probabilità che le regole siano praticabili e appropriate, dall'altro rende difficile quella esigenza collegata alla conoscenza comune che implica che le regole siano non solo riconoscibili ma anche sottoposte ad una critica aperta e libera. In questa linea occorre ricordare l'esigenza diffusa di trasparenza e di *accountability*, che investe tutti questi settori di innovazione giuridica. Le nuove tecnologie della comunicazione rendono inoltre possibile la diffusione di informazioni a livelli prima difficilmente immaginabili. In questo senso, esse forniscono strumenti di controllo potentissimi: si pensi agli effetti del *naming and shaming* su multinazionali che tipicamente sfuggono al controllo degli Stati, ma non a quello della rete.

La iper-regolamentazione che caratterizza questo quadro giuridico è causata sia dall'esigenza di affrontare in maniera specifica alcuni problemi, sia da quella di avvicinare il soggetto

sottoposto e il soggetto della decisione, ma, poiché origina nella libertà e nella spontaneità della società civile, potrebbe non arrivare a garantire il trattamento eguale di tutti, soprattutto dei soggetti di volta in volta risultati più deboli. Il legame della legislazione con l'autodeterminazione, d'altra parte, può stabilire una linea di resistenza ai poteri economici forti, sempre che non si assumano acriticamente all'interno le stesse logiche che si vogliono evitare all'esterno: ciò non dipende certamente e solo dalla legislazione, ma dal coinvolgimento degli attori nella logica della *rule of law*.

Il radicamento sociale della regolamentazione che chiamiamo *soft law* mette in luce una diffusa partecipazione nella pratica giuridica. Le regole giuridiche si avvicinano ai soggetti coinvolti, attraverso la consultazione e il loro coinvolgimento attivo. La *rule of law* non esige soltanto certe caratteristiche dalle regole giuridiche, ma vive in una rete di istituzioni e di ruoli che costruiscono relazioni di interdipendenza e di responsabilità reciproche. Da questo punto di vista, la sua costruzione non è affidata soltanto ai tecnici, ma è il risultato di uno sforzo a più voci dei partecipanti alla pratica del diritto. Questo fenomeno, se da un lato rende più attrattiva l'osservanza delle regole – anche solo perché se ne comprendono le ragioni dal momento che si è preso parte alla loro elaborazione –, dall'altro, solleva la questione della tutela del terzo, che è tipicamente affidata ad istituzioni a difesa degli interessi dei più deboli. Anche questo sforzo non può che essere sostenuto da un impegno corale e plurale. Da qui l'importanza di diffondere la cultura della *rule of law* dentro e oltre i confini formali della pratica giuridica.

IV

LA RULE OF LAW E GLI IDEALI POLITICO-GIURIDICI CONTEMPORANEI

Sommario

4.1. Oltre le concezioni formali e sostanziali. – 4.2. *Rule of law* tra libertà ed eguaglianza. – 4.3. *Rule of law* e diritti umani. – 4.4. *Rule of law* e democrazia.

La *rule of law* può essere descritta come un equo sistema di regole, istituzioni, ruoli vincolati da impegni e responsabilità che esprimono l'essenza del diritto come pratica sociale. Questo concetto/descrizione risponde, in ultima analisi, al principio della limitazione dell'arbitrio in virtù del fatto che nessuno è al di sopra delle regole. Credo che si possa dire che questo sia il significato predominante della *rule of law* nella cultura contemporanea. Come si è detto, la *rule of law* è anche vista come un valore fondamentale della comunità domestica e internazionale, un ideale politico-giuridico in senso lato, che può essere confuso, abbinato o ritenuto contrario ad altri valori o ideali.

Questo capitolo sarà dedicato a esplorare i rapporti della *rule of law* con questi altri valori o ideali, in particolare, la libertà, l'eguaglianza, la protezione della persona attraverso i diritti, la democrazia. In proposito è possibile sostenere che la *rule of law* non si possa ridurre a nessuno di essi, ma anche che essa partecipi in qualche modo – che sarà precisato – di alcune delle istanze veicolate da questi ideali. La sua specificità si può ricavare da ciò che essa si propone di raggiungere in ultima istanza, cioè uno specifico modo di ordinare le relazioni di interdipendenza tra agenti liberi ed eguali.

4.1. Oltre le concezioni formali e sostanziali

Si è sottolineato più volte la relazione stretta che intercorre tra *rule of law* e protezione dei diritti. È già stato segnalato che, in Europa, la ragione principale per sostenere il legame tra la *rule of law* e la protezione dei diritti deriva dalla constatazione che vi sono sistemi giuridici e politici in grado di violare gravemente i diritti dei propri cittadini. A livello internazionale si può anche contare sulla pervasività dell'esigenza di protezione dei diritti umani, diventati principi apicali dell'ordinamento giuridico internazionale, che stanno esercitando un effetto simile a quello dell'irradiazione che i principi costituzionali determinano sugli ordinamenti giuridici. È possibile, infatti, osservare come la protezione dei diritti stia pervadendo e orientando in senso assiologico tutti i sistemi del diritto internazionale, senza per questo misconoscere la frammentazione come un carattere specifico dello stesso¹. Ciò non significa confondere o identificare la *rule of law* con la protezione dei diritti, ma sostenere che essi si supportano a vicenda e che la prima è condizione della seconda.

Sui rapporti tra la *rule of law* e gli altri ideali o valori contemporanei (oltre ai diritti, si possono elencare gli ideali di libertà, eguaglianza, democrazia, ma anche lo sviluppo e la pace) il piano giuridico e quello teorico si distanziano. Da più di venticinque anni, infatti, nella letteratura filosofico-giuridica sull'argomento si insiste sulla distinzione tra concezioni formali e sostanziali della *rule of law*². Le seconde ritengono che tra *rule of law* e diritti vi sia un legame necessario, mentre le prime lo negano. Altre varianti della contrapposizione tra concezioni formali e sostanziali si ritrovano nella questione della natura della *rule of law*, cioè se sia un concetto teorico-giuridico oppure filosofico-politico; oppure nella domanda se la *rule of law* abbia un valore strumentale o sia da considerare un valore in sé; se sia apprezzabile per la sua efficienza o per il suo valore. Nella stessa direzione si discute se

¹ Cfr. T. MERON, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006 e R. TEITEL, *Humanity Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

² P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in *Public Law*, Autumn 1997, pp. 467-487.

si tratti di un valore *thin* o *thick*³ o se addirittura la si debba considerare moralmente neutra.

Prima di affrontare il tema dei rapporti tra *rule of law* e diritti e tra *rule of law* e democrazia, vale la pena di notare che la distinzione tra concezioni formali e sostanziali può essere considerata l'esito di un certo andamento del dibattito filosofico-giuridico del Novecento, all'interno del quale le teorie dominanti sono state elaborate in modo da neutralizzare la centralità del principio della *rule of law* e di impedire il suo influsso sul diritto esistente⁴. In un panorama teorico dominato dal confronto tra giusnaturalismo e giuspositivismo, il problema della *rule of law* è stato al centro di posizioni opposte e tutto sommato sterili.

Dal punto di vista giuspositivista la tesi più diffusa era quella secondo cui il diritto può avere qualunque contenuto, per cui se sistemi anche estremamente iniqui dovessero rispettare la *rule of law*, cosa certamente possibile in questa prospettiva, essi potrebbero diventare ancora più pericolosi, come il taglio di un coltello è più letale se quest'ultimo è affilato. Così come l'avere una lama affilata è una proprietà del coltello che gli consente di svolgere bene la sua funzione, la *rule of law* è una qualità che consente al diritto di funzionare bene, ma in entrambi i casi ciò è indipendente dalla finalità per cui servono⁵. Il coltello può essere usato per uccidere e la *rule of law* per imporre un sistema di oppressione. Di questo ragionamento resta ancora oggi un diffuso attaccamento ad un certo modo di intendere il carattere formale della *rule of law*, come totalmente indipendente dal contenuto del diritto⁶. Seguendo questa linea di pensiero, la valutazione

³ Cfr. M. WALZER, *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1994.

⁴ Cfr. P. CANE (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

⁵ Per l'immagine del coltello affilato cfr. J. RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, cit., p. 225. Si noti comunque che c'è una differenza tra sistemi "estremamente" iniqui e quelli "totalmente" iniqui. Nella prospettiva della *rule of law* come cuore del concetto di diritto, quest'ultima ipotesi è impossibile.

⁶ Aspetto che ha riflessi sul tema dell'obbedienza al diritto, che dovrebbe essere assicurata indipendentemente dal contenuto delle singole disposizioni. Se il diritto propone ragioni per agire che non dipendono dalla natura

della *rule of law* rimane ambivalente, cioè essa può essere positiva o negativa, in relazione all'uso che se ne fa. L'analogia con il coltello rende abbastanza bene che il diritto rimane uno strumento nelle mani di qualcuno.

Ovviamente, l'ostilità di molte versioni del giuspositivismo nei confronti di certi resoconti della *rule of law* non è da collegare alla preoccupazione che essa rafforzi i sistemi giuridici ingiusti, ma piuttosto che diventi un criterio di giustizia interno al diritto, cioè un elemento morale. Né si può dire che sia un'ostilità contro la *rule of law* di per sé. In termini kelseniani l'avversione è verso l'idea di *rule of law* come ideale giusnaturalistico⁷. Alla luce del giuspositivismo, la *rule of law* va tenuta distinta dalla natura del diritto. La individuazione della *rule of law* come valore giuridico da perseguire e la stretta relazione tra il principio della *rule of law* e la tutela dei diritti tipica del diritto contemporaneo sembrano muovere in direzione opposta.

Dal punto di vista giusnaturalista, invece, la questione filosofico-giuridica rilevante sembrava essere quella di stabilire un contenuto necessario per il diritto. Ma la *rule of law* riguarda piuttosto il modo di operare del diritto e non il suo contenuto. Non è un caso che la posizione di Fuller⁸, il principale sostenitore dell'importanza della *rule of law* per il concetto di diritto nella filosofia del diritto del Novecento, sia stata classificata come diritto naturale procedurale⁹, cioè una versione spuria del giusnaturalismo, concezione questa in cui lo stesso Fuller non si trovava a suo agio.

Molti dei problemi nel comprendere la *rule of law* da parte della filosofia del diritto contemporanea si devono a questa contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo sullo sfondo. Il punto è però che l'opposizione tra forma e contenuto del diritto

e dai meriti dell'azione comandata, ma piuttosto dal fatto che qualcuno l'abbia comandata e perché sostenuta da minacce di sanzioni, allora l'obbedienza dovrebbe essere sempre giustificata e la disobbedienza sempre ingiustificata. F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge-London 2009, p. 40.

⁷ H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), Einaudi, Torino, 1985, p. 20.

⁸ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit.

⁹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. VI, Utet, Torino, 1990, p. 321 (pp. 314-324).

non aiuta a comprendere né il diritto, né la *rule of law*¹⁰. Per uscire da questa difficoltà bisognerebbe avere un concetto “non formale” della forma giuridica, dove formale si intende sempre come indipendente dal contenuto. La forma interagisce con il contenuto nel caso del diritto inteso come attività, nel senso che lo mantiene entro determinati confini, quello della finalità della pratica. È vero che la *rule of law* riguarda la modalità di operare del diritto, e, dunque, in un certo senso, la sua forma. Ma il termine forma è troppo usurato filosoficamente e dunque difficilmente trattabile. Vi sono però ragioni per insistere sul carattere formale della *rule of law* senza arrivare necessariamente alla tesi della totale irrilevanza del suo contenuto. In un certo senso, anzi, si può sostenere che la forma determini il contenuto del diritto. La praticabilità del diritto o la generalità delle regole impongono vincoli anche contenutistici al diritto. In altre parole, il diritto stabilisce modalità specifiche da seguire per riuscire nella finalità della pratica. Ciò significa che i mezzi non sono da intendersi come puramente strumentali, ma come il luogo in cui le finalità della pratica giuridica si raggiungono.

Posta questa difficoltà, resta da stabilire se la distinzione tra concezioni formali e sostanziali sia una distinzione necessariamente da mantenere o si possa mettere da parte. Da un lato, essa non andrebbe interpretata alla luce della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo, come prima ricostruita, in quanto quest’ultima non si è dimostrata fruttuosa. Dall’altro, le distinzioni non vanno mantenute per la sola ragione che si possono fare, sicché una volta stabilita la distinzione si debba per forza sostenere la concezione formale della *rule of law*, per amore della chiarezza che essa introduce¹¹, se non è adeguata a fare comprendere meglio il principio. È vero che la distinzione consente di distinguere *prima facie* due forme di ingiustizia, una giuridica in senso stretto (formale), e l’altra politica o sostantiva o

¹⁰ Su questo tema si veda J. GARDNER, *The Supposed Formality of the Rule of Law*, in ID., *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 195-220.

¹¹ K.E. HIMMA, *What Exactly is the Problem with Judicial Supremacy? The Rule of Law, Moral Legitimacy, and the Construction of Constitutional Law*, in M.A. JOVANOVIĆ-K.E. HIMMA (eds.), *Courts, Interpretation, the Rule of Law*, cit., p. 16.

distributiva, piuttosto relativa al contenuto delle regole¹². Esempi della prima potrebbero essere una legge retroattiva o la decisione presa senza consultare chi ne paga le conseguenze (che potrebbe, peraltro, risultare giusta nel merito). Esempi della seconda si possono trovare ogniqualvolta si ritiene una legge ingiusta per il suo contenuto, per esempio, perché vieta la libertà di stampa o impone tasse eccessive a chi non ha capacità contributiva. Eppure, a ben guardare, anche queste ultime forme di ingiustizia sono riferibili alla *rule of law*, nella misura in cui sono riconducibili ad una violazione del divieto di arbitrarietà o di discriminazione. Il punto dirimente è come porre rimedio a tali ingiustizie. Vi sono battaglie che si possono condurre con strumenti politici, per esempio cercando consensi o facendo *lobbying*. Le azioni giuridiche per individuare ed eventualmente rettificare le ingiustizie devono seguire invece lo schema della *rule of law*, cioè ricorrere a regole, argomentazioni, responsabilità.

Nella prospettiva di un concetto *thick* della *rule of law* come quello in uso nel diritto contemporaneo, la distinzione tra concezioni formali e sostanziali non sembra conservare particolare utilità. Questo non vuol dire che tale distinzione sia completamente da scartare. La distinzione, infatti, aiuta a focalizzare l'attenzione sul diritto come dinamica di coordinazione e sulla specificità dei suoi strumenti, senza che per questo si debba arrivare a sostenere che esso possa avere qualsiasi contenuto.

Un primo passo nella determinazione della sua specificità ci porterà a valutare in che modo la *rule of law* coinvolge la libertà e l'eguaglianza dei soggetti. In seguito, si discuterà dei suoi rapporti – le convergenze e le differenze – con la protezione dei diritti e la democrazia.

4.2. *Rule of law* tra libertà ed eguaglianza

Il vero problema della *rule of law* non è in cosa essa consista esattamente o se i governanti da qualche parte nel mondo non ne rispettino le regole e non proteggano i diritti e gli interessi dei soggetti che sono loro sottoposti, ma piuttosto quali sono le

¹² F. VIOLA, *Diritto e ragion pratica*, cit., pp. 28-30.

ragioni che i governanti hanno per rispettare la *rule of law*. In altre parole, la *rule of law* solleva soprattutto un problema pratico-normativo piuttosto che concettuale o empirico. Su quali basi si giustifica il doveroso rispetto della *rule of law*? Quali ragioni dovrebbero avere i governanti e – si dovrebbe aggiungere – i governati per rispettarla?¹³. Questo è il tema della giustificazione della *rule of law*.

Anche sul fronte della giustificazione sembra che la *rule of law* non raccolga consensi unanimi. Come si è visto nella parte sulle esperienze storiche, la *rule of law* è stata di sicuro uno strumento di libertà e di liberazione. Ma la lotta condotta per la libertà dei soggetti (sudditi e cittadini) non sempre ha mirato e ottenuto l'eguaglianza e l'inclusione. Nella lotta per la creazione dei parlamenti si cercava di bilanciare il peso della volontà del sovrano con quello dei signori feudali, che volevano partecipare nella decisione sull'ammontare delle tasse da pagare. Ma questi signori feudali non erano disposti a negoziare a loro volta quella tassazione con i loro sottoposti. L'impressione è che nella storia della *rule of law* sia stata prevalente la lotta per la libertà di alcuni gruppi, e non quella per l'eguaglianza. Parafrasando Benedetto Croce, non possiamo non dirci liberali, ma ciò non significa essere sostenitori della libertà a scapito dell'eguaglianza.

In astratto, invece, talvolta si ritiene che libertà ed eguaglianza si escludano a vicenda, anche se è dubbio che ciò sia possibile nel diritto, come anche nella politica. La ragione sta nel carattere ambivalente di ogni dimensione sociale, che implica una combinazione di individualità in un regime comune. Un certo grado di libertà ma anche di eguaglianza sono necessari, dunque, quando sono coinvolti individui in istituzioni e comunità. Un loro particolare equilibrio è peraltro un punto di non ritorno delle conquiste istituzionali derivanti dalla tradizione del liberalismo e del profondo sviluppo delle istituzioni in favore della libertà e della partecipazione degli individui.

L'idea che si vuole difendere qui è che la moralità della *rule of law* si trova in un particolare equilibrio tra libertà ed eguaglianza, un assetto tra questi valori che è propriamente "giuridico" e che si distingue da diversi assetti "politici". Quello giuridico è da

¹³ J. FINNIS, *Natural Law Theories*, cit.

trovare proprio nella *rule of law*. I modelli politici coprono invece un ampio spettro di versioni che vanno dalle tradizioni costituzionali – che veicolano identità storiche peculiari in cui libertà ed eguaglianza sono combinate in modi specifici – al livello più astratto delle teorie e delle ideologie politiche. Le costituzioni sono comunque generalmente intese come strumenti di mediazione tra valori pluralistici e tra questi certamente si trovano la libertà e l'eguaglianza, mentre è proprio nello scenario più astratto delle teorie e delle ideologie politiche che può prosperare la tesi dell'opposizione tra libertà ed eguaglianza. In quest'ultimo contesto, si assume talvolta che esse siano inversamente proporzionali: più libertà vogliamo, meno eguaglianza possiamo garantire, e viceversa. In un certo senso, ed in ogni caso, questo tipo di proporzionalità inversa è già il risultato di un equilibrio o di una tensione. La *rule of law* esprime invece quello che può essere ritenuto il particolare equilibrio giuridico tra libertà ed eguaglianza.

La libertà in campo giuridico non è un mezzo, ma piuttosto una prerogativa umana da proteggere nell'interazione sociale ed in particolare nello sforzo di perseguire altri beni e obiettivi legati alla prosperità: il benessere, il rispetto di sé, l'autosufficienza. Proteggere la libertà è dunque il modo appropriato di trattare gli esseri umani, in quanto la libertà è la condizione generale dell'azione in quanto umana. La libertà implica autonomia di giudizio, richiede una deliberazione non manipolata, presuppone l'autodeterminazione, tutte caratteristiche che descrivono una fonte autonoma di azione e di comportamento. La libertà è una caratteristica principale dell'agire umano e la sua protezione è dimostrazione del rispetto per gli esseri umani.

Nel contesto giuridico la libertà non si presenta come una condizione desiderabile o un diritto generale, ma si afferma come un manipolo di diritti specifici: libertà di espressione, di coscienza, una gamma di diritti di scelta e di autodeterminazione, al plurale, diritti che vanno peraltro evolvendo e cambiando in relazione ai contesti. Inoltre, la libertà è dovuta e non una questione di concessione.

La tesi secondo la quale libertà ed eguaglianza sono inversamente proporzionali sembra essere alla base della stessa tradizione del liberalismo, notoriamente rappresentata dalla dottrina

di Hayek¹⁴, ma soprattutto è sostenuta dal libertarismo¹⁵, un gruppo di teorie politiche che enfatizzano la libertà al punto da compromettere la garanzia dell'eguaglianza. Ma anche libertari e liberali devono richiedere eguale libertà per tutti, cioè eguaglianza nei diritti di libertà.

Nel campo della discussione intorno alla *rule of law* abbiamo già incontrato la tendenza a focalizzarne il contenuto nei termini di limiti all'interferenza coercitiva dello Stato nelle vite degli individui, posizione che si è ritenuta riduttiva. Per aderire alla tesi libertaria, comunque, occorre sostenere come ogni interferenza sia una costrizione o una forma di dominio. Diversa è la considerazione che un sistema di libertà possa portare alla diseguaglianza di fatto, per esempio economica, tra gli individui e che servano criteri per compensare in qualche modo le condizioni di arbitrarietà che queste diseguaglianze possono provocare¹⁶.

All'interno di questa problematica generale, è stata introdotta una distinzione tra libertà negative e positive¹⁷. Le libertà negative sono generalmente intese come immunità: esse cioè impongono restrizioni in capo alle istituzioni e agli altri attori sociali. Questo tipo di libertà protegge l'azione del singolo. Ma anche le libertà positive sono necessarie perché specificano capacità e condizioni positive per agire. In gioco è la stessa libertà, anche se tutelata in forme diverse. Ciò che realmente distingue le libertà negative da quelle positive è la posizione correlativa degli altri di fronte all'agente libero. Le libertà positive richiedono azioni e sforzi da parte dei titolari dei doveri corrispettivi, e non solo il loro astenersi dall'agire, tipico delle libertà negative. Ma è

¹⁴ F. HAYEK, *The Constitution of Liberty*. cit.

¹⁵ Sui vari significati di questa espressione cfr. B. VAN DER VOSSEN-B. CHRISTMAS, *Libertarianism*, in E.N. ZALTA-U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/libertarianism/> (ultimo accesso 15 gennaio 2024).

¹⁶ Non è infatti libertaria ma liberale la posizione di Rawls, per il quale i principi di giustizia sono due, quello di assicurare la massima libertà a tutti e quello per cui le diseguaglianze sociali ed economiche devono essere tali da risultare in un vantaggio per tutti e devono essere collegate a posizioni aperte a tutti. Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., § 11.

¹⁷ I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* (1969), in Id., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 118-172.

ovvio che la distinzione è comprensibile solo in un contesto in cui la libertà è già un valore istituzionale di riferimento. Solo alla luce dell'esistenza di una legislazione generale, di poteri esecutivi e giudicanti funzionanti, come anche di istituzioni coercitive regolate, si può comprendere la semplice idea di una libertà negativa. Da questo punto di vista, *budget* e risorse sono richiesti in entrambi i casi, per la libertà positiva e per la libertà negativa, perché le due forme di libertà richiedono istituzioni, politiche e azioni.

Alla stessa conclusione si può giungere partendo dalla prospettiva dei diritti. All'interno della pratica di tutela dei diritti umani, è stata fatta una distinzione tra le prime due generazioni di diritti: la prima, ispirata dalla libertà, si esprime come libertà di movimento, di espressione, di coscienza; la seconda, ispirata all'uguaglianza, richiede alcune condizioni per la libertà: salute, alloggio, istruzione, lavoro. Eppure, queste generazioni di diritti sono interconnesse e si aiutano a vicenda. Si può dire che ora appartengono alla stessa pratica di tutela della libertà individuale. Il punto è che la tutela della libertà in campo sociale implica sempre una dimensione di interazione o interdipendenza. Queste interazioni possono essere considerate contro la libertà solo nella misura in cui concepiamo la libertà in modo *solipsistico*, cioè alla luce di un individualismo autodistruttivo o dell'anarchismo, cioè del rifiuto di ogni esigenza di coordinazione sociale rilevante per la propria libertà e di ogni legame eteronomo legittimo.

Al contrario, nel contesto giuridico, la libertà deve prendere sul serio le interazioni e le interdipendenze. Essa è sempre radicata socialmente e in qualche modo condizionata, considerato che il diritto riguarda le interazioni. Questo aspetto sembra indebolire la libertà perché rende possibili ingerenze e dominazioni, ma allo stesso tempo la rafforza, perché la difesa della libertà diventa un impegno comune e non solo una pretesa individuale. È sempre possibile chiedersi perché e come la libertà può essere promossa, attraverso l'educazione, l'informazione, e fino a che punto ciascuno è coinvolto nella protezione della libertà altrui. Spingendo oltre questo argomento, il repubblicanesimo ha notato che le interazioni e le interferenze, e persino la coercizione, possono essere sottoposte al nostro controllo e finanche

risultare a favore della nostra libertà¹⁸. In altre parole, l'interferenza, l'interazione e persino la coercizione non sono necessariamente incompatibili con la libertà. È il paradosso della libertà umana, che non è mai astratta ma incorporata ed inserita in relazioni di responsabilità reciproca, in qualche modo collocate nello spazio di una interazione o interdipendenza proporzionata. L'opposto della libertà non è dunque l'eguaglianza, come nemmeno l'interferenza o l'interazione, né la legittima coercizione, ma semmai la costrizione e il dominio, che sono il risultato di interazioni e poteri arbitrari. La protezione dal potere arbitrario è precisamente il compito della *rule of law*.

Ancor più della libertà, l'eguaglianza deve essere declinata al plurale. Ci sono diversi tipi di eguaglianza e ci sono parametri plurali di eguaglianza: l'eguaglianza di reciprocità (tipica della giustizia commutativa o correttiva), l'eguaglianza nella distribuzione o allocazione di risorse, l'eguaglianza dei diritti o delle opportunità¹⁹. Ciò che è comune a tutte le sue versioni è l'approccio comparativo: l'eguaglianza emerge dal confronto tra due o più individui sotto un unico aspetto. Il confronto si può dire eguale quando è caratterizzato da una proporzionalità o da un equilibrio. La possibile proporzionalità può essere costruita livellando verso il basso o innalzando il livello al massimo. In ogni caso si tratta di trovare parametri per stabilire una comparazione e per giustificare l'eventuale differenza di trattamento.

Inoltre, l'eguaglianza è normativa. Quando diciamo che gli individui sono eguali in dignità e diritti, stiamo dicendo che devono essere trattati da eguali sotto quei parametri. In realtà, gli esseri umani di fatto sono diseguali. Dire che sono eguali significa stabilire un dover essere. In altre parole, l'eguaglianza indica un obiettivo da realizzare. Da questo punto di vista, quando il primo articolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani afferma che tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti, si vuol dire che *tutti* gli esseri umani devono godere

¹⁸ PH. PETTIT, *The basic liberties*, cit., pp. 201-221.

¹⁹ C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Einaudi, Torino, 1973. Cfr. anche R. DWORKIN, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000 e J. WALDRON, *One Another's Equals: The Basis of Human Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2017.

di *tutti* quei diritti che colleghiamo alla dignità. Se si sostiene che i diritti umani perfettamente realizzati sono compatibili con le diseguaglianze²⁰ è perché si presume che prendere sul serio la libertà favorisca la diseguaglianza. Ma i diritti umani perfettamente realizzati (se ciò fosse fattibile) ridurrebbero senz'altro le diseguaglianze. Infatti, l'eguaglianza è implementata quando l'accesso delle persone a condizioni di vita desiderabili – come quelle che la Dichiarazione Universale prospetta – è eguale entro i limiti personali delle ragionevoli differenziazioni²¹. Non la libertà, ma la discriminazione o differenziazione irragionevole è l'opposto dell'eguaglianza. Le diseguaglianze sono infatti contro la libertà nella misura in cui favoriscono forme di dominazione di alcuni gruppi su altri.

Come detto prima, l'equilibrio tra libertà ed eguaglianza alla base dei sistemi giuridici non esclude una loro tensione. Nonostante la posizione liberale che lo caratterizza, Ronald Dworkin ha affermato che la migliore concezione di eguaglianza prevale sulla libertà, perché i governi devono mostrare la stessa preoccupazione per la vita e la libertà di tutti i cittadini²². Questo principio conferma la tesi secondo cui la comunità politica svolge un compito fondamentale nella realizzazione dell'eguaglianza. Essa però può essere considerata solo una delle sfere dell'eguaglianza²³, che si può espandere ancora, per esempio, come si è detto, grazie alla protezione universale dei diritti umani.

In ogni caso, mentre l'opposto della libertà è il dominio e non l'eguaglianza, l'opposto dell'eguaglianza è la diseguaglianza e la discriminazione, e non la libertà. Il problema sta nel fatto che certi usi della libertà e alcune forme dell'eguaglianza possono produrre uno stato di dominazione. La *rule of law* è una forza di liberazione, come anche un limite alle diseguaglianze arbitrarie.

²⁰ S. MOYN, *Human rights and the age of inequality*, cit., p. 13.

²¹ G.A. COHEN, *Rescuing Justice and Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2008, p. 181.

²² R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, cit., p. 131.

²³ M. WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), Laterza, Roma-Bari, 2008.

4.3. *Rule of law* e diritti umani

Le concezioni sostanziali della *rule of law* sostengono il collegamento con i diritti, cioè la *rights-thesis*. Una delle posizioni più note al riguardo è la teoria dell'integrità di Dworkin. La *rule of law* «is the ideal of rule by an accurate public conception of individual rights. It does not distinguish, as the rule book conception does, between the rule of law and substantive justice; on the contrary, it requires, as part of the ideal of law, that the rules in the book capture and enforce moral rights»²⁴.

Alla *rights-thesis* i cosiddetti formalisti oppongono la *no-rights thesis*²⁵. Secondo questa posizione, la *rule of law* non è impegnata in alcun modo con la protezione dei diritti. Eppure, vi è un senso in cui *rule of law* e diritti umani sono collegati, come dimostra la più risalente tradizione giuridica della lotta contro la tirannia e contro il dispotismo attraverso la *rule of law*.

La questione dirimente anche a questo proposito è il modo in cui si intende la natura pratica del diritto. Al posto di materia e forma, l'idea di diritto come pratica sociale implica la possibilità di distinguere, ma allo stesso tempo collegare, mezzi e fine (*telos*). I mezzi non sono disomogenei rispetto al fine, anche se sono cose diverse. Un mezzo non può opporsi al fine, a meno di contraddire sé stesso. Può invece essere insufficiente o inidoneo a raggiungere il fine.

È molto significativa a questo proposito l'evoluzione del pensiero di uno dei più grandi sostenitori della concezione formale, Joseph Raz. Per decenni, egli ha sostenuto la totale estraneità tra diritti e *rule of law* e la possibilità della presenza di uno in assenza degli altri. Nel 1979 egli affermava che «[a] non-democratic legal system, based on the denial of human rights, or extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities, and religious persecution may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better than any of the legal systems of the more enlightened Western democracies»²⁶. E, ancora, la *rule*

²⁴ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985, p. 12.

²⁵ E. FOX-DECENT, *Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?* in *Law and Philosophy*, 27, 2008, pp. 533-581.

²⁶ J. RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, cit., p. 211.

of law «is not to be confused with democracy, justice, equality (before the law or otherwise), human rights of any kind or respect for persons or for the dignity of man [...]. The law may, for example, institute slavery without violating the rule of law»²⁷.

Tuttavia, intuitivamente, se la *rule of law* è capace di proteggere gli individui dal potere arbitrario di governi o di gruppi, la schiavitù non dovrebbe essere compatibile con essa. Si è già discusso del problema dei regimi iniqui, che possono soddisfare singoli requisiti della *rule of law*, ma che presentano anche molte deficienze tali per cui la valutazione complessiva è che essi non realizzino l'ideale. Di fatto, in uno dei suoi ultimi lavori, Raz considera la *rule of law* come uno dei valori che il diritto dovrebbe possedere; anzi, essa è uno specifico ideale giuridico rispetto ad alcune virtù che il diritto dovrebbe avere. «We can think of the rule of law as a virtue the law should possess. It is one of the main virtues the law should have, and as such, exploring it contributes to an understanding of the nature of law and its role in our life. [...]. The rule of law, as I will understand it, is a specific virtue or ideal that the law should conform to»²⁸.

A fronte delle incertezze dei teorici della *rule of law*, la pratica giuridica ha scommesso sulla sinergia tra questi ideali. Tom Bingham aveva sdoganato la questione dell'alternativa tra concezioni formali e sostanziali, sostenendo la tesi secondo cui «[a] state which savagely repressed or persecutes sections of its people could not in my view be regarded as observing the rule of law, even if the transport of the persecuted minority to the concentration camp or the compulsory exposure of female children on the mountainside were the subject of detailed laws duly enacted and scrupulously observed»²⁹.

Abbiamo già visto che quello della sinergia è anche l'approccio dell'Unione europea e della *Venice Commission*, particolarmente influenzata dal pensiero di Bingham. Sulla stessa linea, l'Assemblea generale delle Nazioni unite afferma l'impegno «to actively protecting and promoting all human rights, the rule of law and democracy and recognize that they

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ J. RAZ, *The Law's Own Virtue*, cit., p. 1.

²⁹ T. BINGHAM, *The Rule of Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 67, 2007, p. 76.

are interlinked and mutually reinforcing and that they belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations»³⁰.

La sinergia non significa che, a partire dal *telos* delle due pratiche e dei loro specifici strumenti, non si possano distinguere la *rule of law* e la pratica di tutela dei diritti umani. Vi sono convergenze, soprattutto perché la pratica dei diritti umani ha una dimensione giuridica (anche se è un fenomeno complesso e secondo alcuni va oltre la pratica giuridica³¹). La pratica dei diritti umani mira a proteggere gli interessi fondamentali degli individui e la loro dignità, mentre la *rule of law* ha come obiettivo garantire gli individui nel contesto della coordinazione sociale autoritativa, rendendo possibile il carattere cooperativo (e non puramente meccanico o manageriale o dispotico) della stessa.

La pratica dei diritti umani si fonda sulla separatezza delle persone, cioè sul loro valore individuale, secondo la famosa espressione di Rawls³², nonché sulla priorità istituzionale dei diritti³³. Da questo punto di vista, i diritti umani potrebbero addirittura dividerci e, a lungo andare, la loro dimensione antidiscriminatoria potrebbe condurre alla dissoluzione delle formazioni sociali. Di essi si può dire ciò che Robert Spaemann afferma a proposito del processo di costituzionalizzazione della persona: quando le istituzioni assumono il rischio della libertà delle persone, le persone cominciano a essere pericolose per la comunità³⁴. La *rule of law* è invece volta a rendere possibili le decisioni comuni e a proteggere da interazioni arbitrarie. Il suo presupposto è il trattamento degli esseri umani in modo rispettoso della loro *agency*, che è senz'altro un aspetto della loro dignità. Infatti, non vi è dubbio che la *rule of law* è anche fortemente connessa

³⁰ Assemblea generale, *World Summit Outcome*, A/60/L.1, 16 September 2005.

³¹ Questa tesi è difesa da A.K. SEN, *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Philosophy & Public Affairs*, 32, 4, 2004, pp. 315-356.

³² È quello che distingue una posizione di sostegno ai diritti da una teoria utilitaristica, cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., § 6.

³³ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit.

³⁴ R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"* (1996), Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 177-183.

alla dignità umana³⁵. Su quest'ultima sono fondati anche i diritti umani e i diritti fondamentali³⁶.

Se la *rule of law* mira a garantire un trattamento conforme alla dignità in relazione all'esercizio dell'autorità o del potere, invece la protezione che i diritti umani danno alle persone è ad ampio spettro e tende alla difesa della globalità dei diritti³⁷. In altri termini, lo scopo della *rule of law* non è la tutela ad ampio raggio dei diritti delle persone, ma di quelli necessari a regolare adeguatamente la relazione con l'autorità e le relazioni di coordinazione nelle decisioni comuni. Come si è visto, però, essi non sono soltanto i diritti collegati all'*habeas corpus* o all'inviolabilità della persona, ma anche quelli necessari per l'*agency*, tra cui si annoverano quelli che consentono la costruzione di capacità. Eppure, è frequente l'obiezione del legame della *rule of law* con una lettura libertaria dei diritti, o in chiave di esaltazione del diritto di proprietà³⁸. Anche di questa obiezione vi sono diverse varianti. Talvolta addirittura si ritiene controproducente lavorare per l'estensione e il suo rafforzamento a livello internazionale, proprio perché l'evoluzione e l'estensione della *rule of law* a livello sovranazionale e internazionale avrebbe come effetto perverso un *deficit* nella tutela dei diritti sociali a livello domestico, se non addirittura la fine del modello europeo dello Stato sociale³⁹.

Che l'espansione della *rule of law* sia la causa della crisi dello Stato sociale è certamente da dimostrare ed è una questione

³⁵ B. CELANO, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in J. FERRER-J.J. MORESO-D. PAPAYANNIS (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 175-202.

³⁶ I due fenomeni – dei diritti fondamentali e dei diritti umani – possono essere considerati insieme. Con piccole differenze relative alla loro diversa specificazione, essi si possono distinguere sul fronte della loro garanzia. I diritti fondamentali sono tutelati a livello domestico, con gli strumenti tipici degli stati costituzionali, mentre i diritti umani ricevono una tutela internazionale.

³⁷ In questo senso il diritto dei diritti umani è pleromatico. L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritti dell'uomo e diritto pleromatico*, in *Ragion pratica*, 18, 2002, pp. 155-168.

³⁸ D. LUBAN, *The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2, 2010, pp. 29-47.

³⁹ R. BIN, *Rule of Law e ideologie*, cit., p. 47.

complessa, piuttosto collegata alla prevalenza delle logiche di mercato su altre esigenze politiche. La domanda da farsi però è se la *rule of law* miri alla tutela di un più ristretto numero di diritti da ricollegare alla libertà e alla proprietà, o piuttosto essa richieda necessariamente anche un minimo di diritti sociali affinché l'individuo possa organizzare la propria vita in modo libero e autonomo e partecipare alla coordinazione secondo i canoni della *rule of law*. Come si è detto, i diritti tendono ad andare tutti insieme ed è possibile sostenere che anche e proprio i diritti sociali possano essere funzionali alla *rule of law* in quanto garanzia dello *standing* del soggetto nelle pratiche giuridiche e della partecipazione alla cultura pubblica, necessaria per supportare la *rule of law*.

Certo è però che la *rule of law* tutela l'essere umano capace di progettare la propria azione in un contesto di interdipendenza e coordinazione. Lo scopo è quello di prendere decisioni collettive e attuarle in un ordine equo di relazioni, fondato su regole. D'altra parte, la stessa pratica di protezione dei diritti umani dovrebbe avvenire secondo i canoni della *rule of law*, se non si vuole che i diritti diventino un'imposizione dei forti sui deboli, o il frutto della prevalenza di alcuni gruppi su altri. Per questo, la *rule of law* è necessaria anche a livello internazionale nella determinazione e nell'implementazione dei diritti⁴⁰.

Non si può negare che la pratica dei diritti si riferisca ad un contesto di interdipendenza. Tuttavia, la natura dell'interdipendenza nella pratica dei diritti e quella della *rule of law* sono diverse. La dimensione dell'interdipendenza nella pratica dei diritti umani ha due facce. La prima è quella determinata dalla vulnerabilità dei soggetti di cui si intende proteggere i diritti. I diritti sorgono infatti quando gli interessi dei soggetti da tutelare sono socialmente rilevanti, nel senso che sono sensibili alle dinamiche sociali che li possono influenzare positivamente o negativamente⁴¹. Questo vale per tutti i diritti ed è un elemento che contribuisce a determinarne il novero, in quanto si tratta di individuare quelle prerogative che le istituzioni e le persone devono tutelare. L'altra faccia dell'interdipendenza nei diritti è quella

⁴⁰ S. BESSON, *Sovereignty, International Law and Democracy*, in *The European Journal of International Law*, 22, 2, 2011, pp. 373-387.

⁴¹ A.K. SEN, *Elements of a Theory of Human Rights*, cit.

della correlazione tra diritti e doveri, e cioè tra soggetti di diritti e soggetti dei doveri corrispettivi. Non è qui la sede per approfondire questo punto⁴², ma si può facilmente osservare come la pratica dei diritti umani, dopo le guerre mondiali, ponga al centro i soggetti del dovere corrispettivo ai diritti. Lo stesso atto di nascita dei diritti umani è quello dell'impegno degli Stati a tutelare i diritti dei propri cittadini e di tutti gli esseri umani. Gli Stati riconoscono che alcune violazioni non devono mai più ripetersi e si impegnano, come protagonisti delle comunità domestiche e della comunità internazionale, a tutelare i diritti degli individui. L'evoluzione di questa pratica ha portato al coinvolgimento di una molteplicità di soggetti – dalle organizzazioni internazionali, alle organizzazioni non governative alla società civile e ai privati – che collaborano alla tutela dei diritti in maniera determinante, sia perché la loro azione incide sui diritti, sia perché fanno della tutela dei diritti il loro scopo. Senza esaurire tutte le dimensioni della pratica dei diritti, è nella coordinazione di questi sforzi che la *rule of law* dovrebbe svolgere un ruolo.

È chiaro, d'altro canto, che la pratica dei diritti umani include diritti che hanno per oggetto dimensioni istituzionali particolarmente cruciali per la *rule of law*, come l'*habeas corpus* o il diritto al giusto processo. Ma è anche evidente che la pratica dei diritti non si limita a questi. La *rule of law* è un principio adattabile a diversi sistemi e assetti ed è compatibile con differenti concezioni dei diritti e con diversi regimi di proprietà. In altre parole, la *rule of law* non segue per forza il modello che collega necessariamente la libertà al primato della proprietà privata⁴³. Nondimeno, essa non è compatibile con ogni possibile sistema, se la libertà e l'eguaglianza dei soggetti, e dunque la loro *agency*, non sono tutelate.

La *rule of law* è infatti uno schema di equilibrio tra libertà ed eguaglianza in una pratica sociale di coordinazione di agenti umani. Essa non è dunque compatibile né con regimi che sacrificano l'eguaglianza a vantaggio della libertà né con quelli che

⁴² Cioè quello della struttura dei diritti. Cfr. I. TRUJILLO-F. VIOLA, *What Human Rights Are Not (or Not Only)*, Novascience Publishers, New York, 2014, pp. 1-30.

⁴³ L.M. AUSTIN, *Property and the Rule of Law*, in *Legal Theory*, 20, 2014, p. 81.

rinunciano alla libertà in favore dell'eguaglianza. Essa è tanto lontana dal valore assoluto della proprietà privata quanto dalla negazione di qualsiasi diritto alla proprietà privata, nella misura in cui si argomenta adeguatamente che questo diritto debba essere ritenuto uno strumento necessario nell'interazione umana, anche se non è l'unico. Peraltro, se e fino a che punto il diritto di proprietà debba essere annoverato tra i diritti umani è un problema che qui non può essere affrontato adeguatamente⁴⁴.

Vale la pena di notare infine un altro punto di contatto tra *rule of law* e diritti umani. In entrambi, la centralità della cittadinanza è relativizzata: soggetto della *rule of law* non è necessariamente il cittadino, ma l'agente coinvolto o influenzato dall'esercizio del potere. I diritti di un prigioniero non americano di Guantánamo sono tutelati se l'amministrazione americana si attiene alle regole della *rule of law*, e sono violati se non lo fa⁴⁵. Lo stesso si può dire del migrante clandestino che entra nell'Unione europea, rimanendo alla mercé di un potere arbitrario laddove la *rule of law* non sia rispettata. La *rule of law* tutela gli esseri umani attraverso un trattamento di pari attenzione e rispetto⁴⁶ al di sopra dei criteri territoriali, e in questo modo introduce un principio cosmopolita di governo delle interazioni umane.

4.4. *Rule of law* e democrazia

Il rapporto tra *rule of law* e democrazia è presto sintetizzato nella formula secondo cui la democrazia riguarda «chi» governa

⁴⁴ Esso forma parte della tradizione dei diritti naturali, che però non coincidono pienamente con la categoria dei diritti umani. Cfr. F. VIOLA, *I diritti umani sono naturali?*, in F. BOTTURI-R. MORDACCI (a cura di), *Natura in etica. Annuario di Etica* 6, Vita e Pensiero, Milano, 2009, pp. 69-92. Il diritto di proprietà non può essere ritenuto il diritto umano per eccellenza, né il suo paradigma. Se, inoltre, come si è sostenuto, la caratteristica peculiare della pratica giuridica dei diritti umani è quella di proteggere i diritti degli altri, il diritto di proprietà appare davvero problematico.

⁴⁵ E. FOX-DECENT, *Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?*, cit.

⁴⁶ R. DWORKIN, *A New Philosophy for International Law*, in *Philosophy & Public Affairs*, 41, 1, 2013, p. 29.

mentre la *rule of law* riguarda il «come» si governa⁴⁷. Certo è che, nell'affrontare questo tema, siamo ancora una volta culturalmente determinati dal pregiudizio statalista, o per lo meno dalla familiarità con il diritto dello Stato e con la sua commistione di procedure politiche e giuridiche. Queste dimensioni tendono ad identificarsi e addirittura si ritiene che le seconde dipendano dalle prime. Sebbene abbiamo ormai familiarità con altre dimensioni giuridiche – sovrnazionale, internazionale – il pregiudizio statalista è duro a morire, soprattutto quando si affronta il tema della partecipazione.

Un modo per dipanare la questione dei rapporti tra *rule of law* e democrazia è quello di identificare alcune caratteristiche della democrazia in senso politico e distinguerle dalla partecipazione che promuove la *rule of law*. La democrazia politica moderna è caratterizzata dall'eguale peso di ciascuno – ognuno vale un voto –, dagli equilibri di maggioranze e minoranze, che sono quelli che determinano la scelta dei governanti, e dal meccanismo della rappresentanza. Il diritto interviene in questi processi istituendo regole e procedure. Ma poi, a sua volta, il diritto statale è determinato dalle maggioranze, soprattutto nelle democrazie parlamentari.

Proprio a causa del pregiudizio statalista, spesso si parla di deficit democratico nel diritto sovrnazionale e in quello internazionale, quasi che vi sia un unico modo per partecipare, per cui si deve riprodurre lo stesso schema statale. Se così fosse, si dovrebbe lavorare in vista di uno Stato mondiale, dotato di un parlamento, un potere esecutivo e di un'unica corte suprema. Ancora una volta, questo modo di ragionare manca di riconoscere la differenziazione del fenomeno giuridico.

L'alternativa va invece nella direzione dell'individuazione di forme di partecipazione diverse, tipiche del diritto. L'interrogativo preliminare è se il diritto costituisca una *membership*, simile o diversa da quella della comunità politica, dalla quale consegue un diritto alla partecipazione. Sul primo fronte è facile rispondere di sì alla luce delle considerazioni svolte, dato che la *rule of law* mira alla coordinazione in situazioni di interdipendenza di soggetti liberi ed eguali. I tratti della *rule of law* non sono

⁴⁷ G.J. POSTEMA, *Law's Rule*, cit., pp. 110-112.

escludenti e infatti il diritto – da questo punto di vista il diritto dello Stato moderno ne è un caso eccezionale – tende ad essere inclusivo e aperto. (Si può sostenere che è il diritto statale a costituire un caso speciale di diritto, la cui specialità sta proprio nel limitare la partecipazione piena alle procedure giuridiche a quegli attori che vantano l'appartenenza politica⁴⁸).

Nondimeno, l'interdipendenza che determina l'esigenza del diritto non si dà soltanto all'interno della comunità politica: il diritto ha oggi e ha avuto sempre la capacità di rendere possibile un ordine sociale anche con gli estranei, cioè oltre i confini territoriali e politici. E in tutti questi casi il principio della *rule of law* richiede pure la partecipazione.

Il primo dei meccanismi con cui il diritto coinvolge nella partecipazione è quello del consenso. Quest'ultimo ha in genere la forma di un'accettazione performativa, come nel caso della consuetudine giuridica. La ripetizione di comportamenti uniformi accompagnati dal convincimento della loro obbligatorietà è opera di attori che concorrono a identificare e a consolidare strategie di coordinazione. Paradossalmente, persino gli obiettori permanenti contro le consuetudini internazionali – cioè gli Stati che si dichiarano contro un determinato corso di azione seguito dalla maggioranza – contribuiscono al rafforzamento della consuetudine cui si oppongono, rendendola visibile come regola di azione generalizzata.

Oltre al consenso, che è espressione significativa di una partecipazione, vi sono altri elementi che possono essere inquadrati come modalità di partecipazione giuridica. A differenza del voto, che alla fine è l'espressione di una preferenza, la partecipazione giuridica è argomentativa. Poiché il confronto è con la democrazia politica, però, più che su temi concernenti le istituzioni e i

⁴⁸ Della complementarità tra la dimensione di garanzia e quella della partecipazione democratica tipica delle costituzioni contemporanee si è occupato abbondantemente Fioravanti, per esempio in M. FIORAVANTI, *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999, pp. 139-162. Tuttavia, la sua è una convincente e profonda trattazione di un aspetto dell'evoluzione del diritto nello Stato moderno. La tesi qui sostenuta vuole invece guardare al diritto in tutte le sue espressioni e non solo al diritto dello Stato. La partecipazione che la *rule of law* esige non può dunque esaurirsi nelle forme della partecipazione politica. Ringrazio uno dei referee anonimi per avere segnalato questo punto.

ruoli professionali, può risultare significativo mettere a fuoco il modo di partecipare dei cittadini, cioè di coloro che non sono operatori del diritto. Questi partecipano al diritto in vari modi: o confermando le regole attraverso l'obbedienza ad esse, o usando quando si tratta di norme attributive di poteri, oppure violandole e/o contestando la validità delle regole nelle sedi istituzionali opportune e secondo le procedure disponibili. La prima delle dinamiche è paragonabile a quella del consenso performativo. La seconda è da collocare sul piano delle pratiche argomentative, anche quando si dà in sedi alternative di risoluzione di conflitti (cioè non per via giurisdizionale ma arbitrale).

A proposito della partecipazione alle procedure argomentative, Fuller sostiene una tesi importante: la giurisdizione rende possibile una peculiare forma di partecipazione alla decisione da parte degli interessati nel conflitto⁴⁹ (ma si potrebbe dire lo stesso anche dell'arbitrato). Tale partecipazione si esplica in modo consono alla natura dell'attività giurisdizionale e delle pratiche giuridiche, cioè mediante argomentazioni motivate. Le parti, attraverso i propri avvocati, producono ragioni per interpretare in un certo modo i fatti e il diritto che li riguarda. In questo senso, gli avvocati sono gli operatori giuridici più a contatto con la realtà sociale in tutta la sua ricchezza e complessità. Svolgono una funzione di filtro, certo, ma esercitano anche indubbiamente il compito epistemologico di importazione di argomenti e di comunicazione tra ordinamento giuridico e vita reale.

Una conferma dell'importanza di questa specifica partecipazione si trova nel fatto che gli ordinamenti giuridici contemporanei sono sempre più sensibili all'effettivo contributo delle parti in tutti i processi che le riguardano. Si può pensare, ad esempio, all'espansione del principio del contraddittorio a tutte le fasi del processo, dall'interpretazione del diritto alla costituzione delle prove, come anche alla partecipazione all'atto amministrativo. Si tratta della concretizzazione di una delle classiche garanzie giuridiche, riconducibile alla *rule of law*, secondo cui nessuno può essere condannato senza essere ascoltato.

Questa è un'altra delle tessere del mosaico dell'idea di diritto come pratica di coordinazione, con importanti risvolti non solo

⁴⁹ L.L. FULLER-W. KENNETH, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 92, 2, 1978, pp. 353-409.

giuridici ma anche sociali. Il problema è quali siano le competenze epistemologiche adeguate ad accogliere e valorizzare le ragioni delle parti in questo contesto di interazione. Per i giudici è certamente richiesta l'imparzialità, non solo in senso negativo, ma anche positivo, come capacità di individuare e discernere le ragioni delle parti e di lasciarsi guidare da esse, nonché di trattare le parti con uguale considerazione e rispetto.

Le procedure arbitrali accentuano ancora di più il protagonismo delle parti, poiché esse richiedono che le parti non solo scelgano l'arbitro, ma si facciano carico della individuazione dei termini dell'accordo e della esecuzione della decisione. La diffusione di questi metodi alternativi di risoluzione dei conflitti è una ragione che rende ancora più necessaria la diffusione della cultura della *rule of law*. Ed è in fondo una conferma della sua dimensione orizzontale.

V

LA *FORMA MENTIS* DI CHI PARTECIPA ALLA PRATICA DEL DIRITTO

Sommario

5.1. La *rule of law*, virtù del diritto. – 5.2. Abilità e virtù dei partecipanti. – 5.3. Cosa imparare dalla svolta riflessiva. – 5.3.1. Riflessività e scienza giuridica. – 5.3.2. La portata della riflessività: la grammatica di base dell'azione secondo diritto.

Lungo il percorso esplorato è emerso che la *rule of law* è un progetto giuridico che coinvolge una pluralità di attori, non solo quelli qualificati come operatori giuridici, ma più in generale tutti i partecipanti alla pratica del diritto. E ciò perché il diritto è una pratica sociale caratterizzata da un modo specifico di ordinare le azioni e le relazioni umane. In questo senso, la *rule of law* riguarda principalmente la “forma” del diritto, cioè il suo modo di operare, anche se, come si è detto, ciò non significa che la forma sia del tutto indifferente al contenuto. Sono peraltro già comparsi molti elementi caratteristici della modalità di partecipazione secondo la *rule of law*, ma ora è arrivato il momento di affrontare in modo esplicito la tesi secondo cui essa richiede e forgia una specifica mentalità in coloro che vi prendono parte.

Si discute di *forma mentis*, sebbene non in modo esplicito, ogniquale volta ci si interroga sulla mentalità giuridica, sulla coscienza giuridica¹, o su cosa significa pensare da giuristi², ma anche più in generale quando si riflette sulle caratteristiche

¹ G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, in ID., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 219-241.

² Parafrasando il titolo di F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, cit.

specifiche della formazione giuridica, che non è solo quella di chi si prepara a diventare giurista, ma riguarda tanto la formazione professionale e l'aggiornamento dei professionisti, quanto l'istruzione di base e l'educazione civica.

In un senso ristretto e specialistico, la questione della *forma mentis* trova riscontri nell'indagine sul metodo giuridico, che a sua volta può riferirsi alla conoscenza del diritto (concettuale, teorico-sistemica, teorico-interpretativa, casistica) oppure all'applicazione del diritto (con le ricerche sulle forme di ragionamento giuridico candidate a rappresentare il metodo giuridico per eccellenza – deduttivo, induttivo, analogico, di bilanciamento)³. Peraltro, occorre segnalare che ognuna di queste versioni del metodo – teorico e pratico – illustra un aspetto diverso dell'approccio giuridico, che però risulta solitamente incompleto se uno di questi è inteso come esclusivo⁴.

A differenza della questione del metodo, la domanda sulla *forma mentis* è più pervasiva, in quanto coinvolge in modo più pregnante il soggetto, definendone l'approccio mentale e la capacità di percezione. La *forma mentis* è più personale della formazione giuridica, essendone semmai un risultato in termini di maturazione del soggetto. È però meno soggettiva della coscienza giuridica, in quanto collegata al modo di svolgersi di un'attività sociale – cioè di una pratica socialmente determinata –, e in quanto implica un modo di operare o uno stile d'azione, più che un giudizio sull'azione. Inoltre, la *forma mentis* si presta ad essere descritta nei termini olistici di approccio o prospettiva (sensibilità, fiuto), oppure come una somma di virtù o abilità (cioè capacità acquisite e competenze operative). Nel nostro caso, la *forma mentis* riguarda la precisa comprensione del diritto che i partecipanti alla pratica giuridica devono coltivare per attuare il diritto alla luce della *rule of law*. Anche quando si tratta di virtù da acquisire, l'obiettivo non è quello di rendere migliori le

³ La bibliografia sul metodo giuridico è troppo estesa per essere riportata qui. Due classici italiani significativi a mio modo di vedere sono la voce di enciclopedia poi pubblicata in rivista U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, 26, 1971, pp. 553-574 e la raccolta di saggi di L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁴ È la tesi del brillante libretto di A. NIETO-A. GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003.

persone, ma piuttosto quello di fare riuscire la pratica del diritto. Che le persone ne risultino migliorate è un effetto possibile ma non indispensabile.

5.1. La *rule of law*, virtù del diritto

Come si annunciava all'inizio, al fine di articolare il contenuto della *forma mentis* giuridica risulta doveroso misurarsi – almeno schematicamente – con la tradizione di studi filosofico-generale e filosofico-giuridici che studia il tema delle virtù. Questi studi ne hanno rinverdito l'attualità e lo hanno applicato al diritto attraverso gli studi della *virtue jurisprudence*, che sta già offrendo contributi rilevanti alla teoria del diritto, alla teoria della ragione giuridica, al dibattito sull'interpretazione. Molti sono gli ambiti in cui questi approcci sono ancora potenzialmente fruttuosi⁵.

L'approccio della *virtue ethics* – di cui la *virtue jurisprudence* è l'applicazione al campo del diritto – è tipicamente centrato sulle qualità degli agenti nella pratica del diritto. Questa focalizzazione, sebbene da precisare, può essere vista come un vantaggio se si considerano due elementi. Per un verso, le specifiche caratteristiche del diritto contemporaneo sul profilo della diversificazione e frammentarietà (basti pensare al pluralismo giuridico e alla concorrenza degli ordinamenti) e la simultanea necessità di trovare una sintesi, che non può più essere ricercata in modo esclusivo nella presunta legittimità dell'autorità dello Stato e nella sua legalità interna, invitano a guardare al principio della *rule of law* come principio unificatore. Per altro verso e di conseguenza, l'emergere del singolo individuo come attore, come soggetto giuridico cui imputare la riuscita della pratica del diritto, conferisce un valore aggiunto al punto di vista interno o dei partecipanti alla pratica giuridica, su cui la riflessione teorica da tempo lavora.

È vero che il significato principale del concetto di virtù è sicuramente quello di essere una qualità degli agenti umani, che cresce attraverso la pratica e l'apprendimento, e non già come

⁵ Sono già stati citati C. FARRELLY-L.B. SOLUM (eds.), *Virtue Jurisprudence*, e A. AMAYA, *Law and virtue theory*, cit.

risultato della conformità a un sistema di principi⁶ (il modo in cui è solitamente concepita la dinamica delle azioni umane). In un tempo di multiculturalismo e pluralismo, in cui il disaccordo sui principi comuni arriva ad essere molto profondo, e dunque difficile da superare, le virtù sono mezzi interessanti da considerare anche come risorse istituzionali⁷. Tuttavia, affinché diventi percorribile la via della *forma mentis* giuridica come insieme delle virtù collegate alla *rule of law* è necessario che siano soddisfatte alcune condizioni preliminari nel modo di concepire le virtù giuridiche.

Per applicare l'approccio delle virtù al diritto si possono infatti seguire due strade. La prima consiste nel partire da una visione generalista delle capacità umane e delle virtù correlate ad esse, cioè quelle che le possono perfezionare. Questo approccio produce tassonomie e classificazioni delle virtù (cardinali, intellettuali, morali) da sperimentare e applicare nei diversi contesti⁸. Partendo da tale premessa, vi sarebbe un approccio standard delle virtù da applicare alla medicina, agli affari, alla ricerca, all'insegnamento e, in questo caso, al diritto. In altre parole, una volta che abbiamo un'idea di quali modi di agire possano diventare virtù, lo stesso schema è applicabile a diverse attività umane e dunque anche ai diversi ruoli professionali⁹.

L'alternativa parte dalle pratiche sociali e a partire da esse individua forme adeguate di realizzazione degli scopi delle pratiche, che allora vengono identificate come virtù o standard di eccellenza. Nel caso del diritto, si muove dalla pratica del diritto nella sua migliore espressione, la *rule of law* (intesa come sua virtù), per arrivare alle virtù dei giuristi. Le virtù giuridiche specifiche sono quelle che meglio realizzano la natura della pratica del diritto. Questa direzione di ricerca è consonante con il tentativo di MacIntyre di spiegare la vita morale nella forma di virtù

⁶ P.C. RIVOLTELLA, *Le virtù del digitale. Per un'etica dei media*, Morcelliana, Brescia 2015, p. 6.

⁷ Per una ricostruzione degli effetti di questi disaccordi profondi nella pratica giuridica, si veda V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi*, Giapichelli, Torino, 2017.

⁸ Cfr. R. HURSTHOUSE-G. PETTIGROVE, *Virtue Ethics*, cit.

⁹ J. OAKLEY-D. COCKING, *Virtue Ethics and Professional Roles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

appartenenti a pratiche sociali specifiche¹⁰. Quello che questo approccio sottolinea è che la prospettiva delle virtù, più che essere incentrata sulla perfezione dell'agente, è focalizzata sulla realizzazione migliore della pratica, dal momento che le virtù sono intese come modalità eccellenti di realizzazione delle pratiche. Da questo punto di vista, solo le pratiche sociali, che mirano a beni particolari, offrono dunque un contesto intelligibile per le virtù. MacIntyre non è l'unico a seguire questa strada. Al contrario, in qualche modo, il carattere situazionale delle virtù è una caratteristica comune a tutti gli approcci, anche se con sfumature diverse. Le virtù mirano a produrre azioni adeguate in contesti specifici, azioni che sono contingenti e la cui determinazione dipende dai soggetti agenti. D'altra parte, ciò non significa che le pratiche sociali – e le virtù ad esse collegate – siano totalmente autoreferenziali.

È vero che le virtù aiutano lo sviluppo delle persone nel senso che guidano gli esseri umani a svolgere determinate attività, addestrandoli in quelle pratiche. Questo è il significato delle virtù come standard di eccellenza delle pratiche sociali. In altre parole, guardando dall'interno delle pratiche è possibile identificare le virtù adatte al tipo di scopo che si prefiggono di raggiungere e, allo stesso tempo, definire le qualità degli agenti necessarie per la loro riuscita. Questa lettura si adatta bene alla tesi secondo cui la *forma mentis* del diritto può essere costruita a partire dalla *rule of law* come ideale giuridico. Le virtù dei giuristi sono dunque le abilità necessarie per sostenere questo scopo. In altre parole, la *rule of law* come ideale regolativo del diritto offre agli operatori del diritto un criterio per individuare le azioni virtuose tipiche della pratica, intendendo per virtuosi gli atti che consentono di realizzarne il fine.

Prima di passare alla trattazione delle virtù della pratica giuridica e considerata la carica moralistica del termine, un'ultima

¹⁰ Il motivo per citare il suo lavoro è che egli ha sviluppato questa visione in maniera decisa, all'interno di una prospettiva filosofica più ampia, che comprende anche un'idea di razionalità e un punto di vista sulle culture. A. MACINTYRE, *Dopo la virtù*, cit., Id., *Whose Justice? Which Rationality?* University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1988, e Id., *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Encyclopedia, Genealogy, and Tradition*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1990.

questione va chiarita per il lettore aduso alla filosofia del diritto. Quello che si vuole ricostruire qui non è un'ulteriore strada per arrivare alla tesi della connessione tra diritto e morale, intesi come sistemi normativi distinti ma che (in qualche modo) si intersecano. Ad essere in gioco è la migliore comprensione della pratica del diritto e, nello specifico, la sua riuscita grazie al contributo dei partecipanti. Più che un approccio etico al diritto, si cerca di delineare un approccio pratico al diritto.

In ogni caso, per fornire delle coordinate generali, dei tre modelli di connessione/separazione tra diritto e morale delineati da Carlos Nino (connessione/separazione concettuale, giustificatoria e interpretativa¹¹), questa lettura si avvicina al terzo perché si pone in chiave pratica, cioè di applicazione del diritto. Inoltre, più che solamente interpretativa, la connessione pratica è piuttosto applicativa perché adatta alla universalità del soggetto agente coinvolto: non riguarda cioè solo il lavoro tecnico di creazione del diritto e di applicazione, ma l'approccio di ogni partecipante alla pratica giuridica.

A chi sostiene la connessione interpretativa-applicativa tra diritto e giustizia insieme alla separazione a livello concettuale – una posizione considerata compatibile con il giuspositivismo – si può obiettare che disgiungere giustizia e diritto concettualmente e poi applicare il diritto secondo giustizia è per lo meno problematico sul piano dell'identificazione dello statuto della giustizia: quale giustizia serve ad interpretare-applicare il diritto? Da dove viene? Questa difficoltà non riguarda la *rule of law* perché, dalla prospettiva dell'azione pratica, il punto non è che il concetto di diritto includa un elemento morale, ma che il diritto sia una pratica volta alla realizzazione di un suo scopo specifico attraverso strumenti idonei (in questo consiste la *rule of law*). La relazione tra la pratica e il suo scopo consente di dire che la sua riuscita è certamente un bene. In questo senso, è indicata in termini di moralità, purché si intenda che si tratta di una moralità interna alla pratica. Più che i

¹¹ La connessione/separazione concettuale riguarda la presenza/assenza della giustizia nel concetto di diritto, la connessione/separazione giustificatoria attiene alla possibilità/impossibilità di giustificare l'obbligo di obbedire al diritto ricorrendo o non ricorrendo alla giustizia, la connessione/separazione interpretativa sostiene la necessità/non necessità della giustizia nell'interpretare il diritto. C.S. NINO, *Il diritto come morale applicata* (1994), Giuffrè, Milano, 1999.

rapporti tra diritto e morale, qui è in gioco la natura pratica (aspirazionale) del diritto, la sua ambivalenza tra fatto e aspirazione¹².

Essendo la *rule of law* formale nel senso in cui si è detto in precedenza, cioè appartenente al mondo dei *pattern*, principi, schemi pratici (anche se non coincidente con una lista di requisiti o di meccanismi), l'idea della *forma mentis* funziona meglio di altre. Le componenti della mentalità giuridica non possono essere completamente ricondotte a specifiche tecniche (collegate a liste di requisiti), ma nemmeno a doveri etico-generalisti o deontologici. È vero che, talvolta, il tema delle virtù giuridiche viene proposto come alternativa al modello deontologico (fondato sui doveri) e consequenzialista (calcolato sulle conseguenze delle azioni) in materia di etica professionale¹³. Questa è sicuramente un'interpretazione dell'etica professionale che presenta alcuni vantaggi, non ultimo la sua radicale opposizione alla matrice patologica dell'etica professionale, cioè all'idea che essa serva solo a correggere comportamenti disonorevoli o scandalosi. Le virtù, infatti, sono forme e pratiche di eccellenza umana e professionale, che richiedono deliberazioni accorte, esperienza professionale e affinate abilità tecniche. Inoltre, l'etica professionale costruita come un bagaglio di virtù che il professionista è chiamato ad esercitare presuppone una dinamica – un *training* – e una crescita personale e non solo azioni di contenimento e deterrenza. Tuttavia, l'identificazione della *rule of law* e delle sue virtù con il contenuto dell'etica professionale è riduttiva anche in considerazione del soggetto cui si imputa quella *forma mentis*, che non è solo l'operatore del diritto ma ogni partecipante alla pratica. La riuscita della pratica giuridica è certamente la finalità dell'etica professionale dei giuristi, ma più radicalmente è la giustificazione della sua esistenza. Cosa diversa è sostenere che la *rule of law* sia il cuore dell'etica professionale dei giuristi precisamente perché essa è il cuore della pratica giuridica¹⁴.

¹² Questo credo sia il senso del titolo dell'opera di Fuller, "la moralità del diritto" dove "del diritto" non sta ad indicare la presenza della moralità (ordinaria, per esempio) nel diritto, ma la sua propria moralità. L'assunto è che l'ambito della moralità non è monolitico, ma questo aspetto non può essere esaminato in questa sede.

¹³ D.J. LUBAN-W. BRADLEY WENDEL, *Philosophical Legal Ethics: An Affectionate History*, in *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 30, 3, 2017, pp. 337-364.

¹⁴ È la tesi di J. WALDRON, *The Rule of International Law*, cit.

5.2. Abilità e virtù dei partecipanti

All'interno della problematica generale della virtù si deve ora indagare il rapporto tra virtù e abilità, queste ultime oggi spesso indicate – in ambito professionale e non – come *skills*. La dottrina classica della virtù offriva un criterio per distinguere virtù e abilità intese in senso lato come competenze, arti, tecniche: le virtù perfezionano il soggetto, mentre le abilità perfezionano l'opera che il soggetto compie¹⁵. In altre parole, le virtù appartengono al mondo dell'agire mentre le abilità appartengono al mondo del fare. Ciò significa che le virtù richiedono sempre una dimensione di abilità, mentre le abilità non sono per forza virtuose.

Le abilità sono quelle capacità che rendono possibile il raggiungimento del fine della pratica stessa: non è una virtù saper ben guidare l'auto, ma un'abilità che realizza la funzione per cui la guida e l'auto esistono, cioè quella generica della mobilità o trasporto. Nel diritto, come in ogni altra impresa umana, ci vogliono certamente abilità adatte a raggiungere il fine. È però importante rappresentare correttamente il fine del diritto. Se la sua finalità è la limitazione dell'arbitrio e la costruzione di relazioni eque, come la lettura incentrata sulla *rule of law* suggerisce, le abilità richieste per la riuscita della pratica sono più complesse di come solitamente si rappresentano le abilità (e virtù) giuridiche. Nondimeno, a partire dalla prospettiva del collegamento tra le virtù e la *rule of law*, sarà più facile cogliere il nesso tra le varie virtù o abilità.

D'altra parte, a differenza delle abilità, è difficile sostenere che ci vogliano anche delle virtù in senso proprio per i partecipanti nel diritto. In seguito, si proverà a mostrare in che senso alla luce della *rule of law* come carattere distintivo del diritto questa esigenza può essere sostenuta (si veda la questione della fedeltà al diritto). Nelle pratiche sociali – e quindi anche nella pratica giuridica – si possono coltivare le une e le altre, ma senza le abilità idonee a realizzare la *rule of law* questa non può certo riuscire.

L'identificazione del contenuto e la concettualizzazione delle virtù non sono univoci. Vi sono modi diversi di intendere le virtù che mettono in evidenza aspetti differenti. Secondo un primo

¹⁵ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1105a25-30.

significato, quando si parla di virtù si fa riferimento ad una disposizione – solitamente immaginata come irriflessa o spontanea – da parte di chi ha già imparato a fare qualcosa o ad agire in un determinato modo. Questa idea è confermata dalla tesi aristotelica per cui si diventa giusti facendo ciò che è giusto¹⁶, e rende bene la convinzione che la virtù sia un abito acquisito. Paradossalmente, una volta “acquisito”, l’abito diviene “naturale”, dove per naturale si intende che le azioni sembrano facili, anche se non è detto che lo siano: il soggetto ne risulta capace, cioè ne possiede la disposizione ma può anche agire in modo diverso.

Si suole dire che le virtù non si insegnano, ma si imparano attraverso gli esempi e la pratica¹⁷. Questa lettura è alla base di una seconda versione delle virtù secondo cui esse costituiscono una forma di sensibilità, tale per cui il soggetto virtuoso agisce secondo la sua disposizione anche quando non è in grado di giustificare le sue azioni. L’idea qui è che la capacità di rendere ragione dell’azione virtuosa non sia parte integrante del comportamento virtuoso, che piuttosto consiste nella capacità di compiere “spontaneamente” certe azioni¹⁸. Questa apparente automaticità o scioltezza nel compimento dell’azione è caratteristica di ogni *expertise*, e quindi anche delle abilità professionali. Attraverso questo percorso si può arrivare a sostenere che le virtù sono abilità o *skill*¹⁹,

¹⁶ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1103a32-1103b3.

¹⁷ Sul ruolo dell’esemplarità nella teoria e nella pratica della virtù, cfr. L.T. ZAGZEBSKI, *Exemplarist Moral theory*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

¹⁸ Tipico delle concezioni della virtù come tratti del carattere e come sensibilità. Cfr. rispettivamente C.B. MILLER, *Virtue as a Trait*, e B. CLARKE, *Virtue as a Sensitivity*, in N.E. SNOW (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford University Press, Oxford, 2018, <https://academic.oup.com/edited-volume/28109/chapter/212245983?login=true> (ultimo accesso 30 dicembre 2024).

¹⁹ È la posizione di Annas, che ha costruito la sua versione delle virtù lavorando sull’analogia tra virtù e *skills*. Cfr. J. ANNAS, *Virtue as a Skill*, in *International Journal of Philosophical Studies*, 3, 2, 1995, pp. 227-243, Id., *The Morality of Happiness*, Oxford University Press, Oxford, 1993 e Id., *Intelligent Virtue*, Oxford University Press, Oxford, 2011. Una versione alternativa a quella di Annas ma sempre a favore dell’analogia con le *skills* in M. STICHTER, *The Skillfulness of Virtue*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. Di quest’ultimo pure *Virtue as a Skill*, in N.E. SNOW (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, cit., che insieme ai due contributi citati nella nota precedente costituiscono le tre voci del *handbook* dedicati alla concettualizzazione della virtù: come tratto del carattere, come sensibilità, come *skill*.

secondo una terza accezione o sfumatura nel concetto di virtù. La differenza tra virtù e abilità è che quest'ultima, essendo una forma di *expertise*, dovrebbe sempre essere in grado di rispondere sulle ragioni dell'azione.

Si tratta comunque di distinzioni difficili da stabilire perché il concetto di virtù e quello di abilità sono consonanti. Un aspetto di questa consonanza è collegato al fatto che le virtù sviluppano capacità percettive oltre che operative, per cui chi le possiede vede le cose in un modo caratteristico²⁰: solo chi è coraggioso si rende conto che una certa situazione richiede un atto di coraggio o che agire in quelle circostanze non è coraggioso ma impudente o temerario. Anche questa intuizione collega virtù e *skill*, laddove entrambe sono forme di sapere (saper agire e saper fare). Si tratta non solo di possedere una sensibilità sviluppata in una certa direzione, ma anche di accompagnare ad essa una forma di conoscenza riflessa e consapevole.

La distinzione tra virtù e *skill* non coincide ma converge parzialmente con la distinzione classica tra virtù etiche e dianoetiche. Le prime sono virtù del comportamento e del carattere, implicano la gestione delle emozioni e dei desideri e si ottengono attraverso un *training* spesso guidato da altri in chiave evolutiva. Le seconde sono virtù del pensiero e della ragione e nascono e si potenziano con l'insegnamento, lo studio e la riflessione²¹. Questa distinzione è problematica nella misura in cui tende a separare il piano della conoscenza (intelletto, intelligenza, saggezza) da quello delle emozioni, passioni e desideri, cioè quello della volontà: una separazione non del tutto convincente, ma abbastanza diffusa. In fondo, la tesi delle diverse forme di intelligenza da cui si sono prese le mosse è un tentativo di superare questa divisione tipica del pensiero classico o della sua tradizione. Esiste una forma di intelligenza delle emozioni, come anche delle relazioni²². Per quanto riguarda il diritto, come si è detto e si

²⁰ J. McDOWELL, *Virtue and Reason*, in *The Monist*, 62, 3, 1979, pp. 331-50.

²¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1103a 14-26 e 1139a e ss.

²² Sul contributo delle emozioni alla conoscenza cfr. M.C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca* (1986), il Mulino, Bologna, 1996 e ID., *L'intelligenza delle emozioni* (2001), il Mulino, Bologna, 2004.

spiegherà in seguito, è difficile che la sua conoscenza non vada unita all'adesione all'ideale della *rule of law*²³, in altre parole, che il sapere necessario alla pratica non richieda anche un'adesione allo scopo fondamentale della pratica.

In estrema sintesi, è possibile distinguere virtù e abilità, ma anche interpretare le virtù alla luce delle abilità. In quest'ultima ipotesi vanno enfatizzati l'elemento della conoscenza e del sapere come origine e causa del potenziamento delle virtù, quello della sua necessaria concretizzazione in un'opera o azione esterna, e quello della capacità di fornirne una giustificazione. Se è vero che per le virtù giuridiche questa identificazione può risultare soddisfacente – forse lo è per tutte le forme di *expertise* e di virtù professionali –, essa potrebbe chiedere troppo sul piano generale della moralità.

La proposta è che la scienza giuridica possa operare come terreno di coltura delle virtù giuridiche (che dunque sarebbero da intendere come abilità o *skill*), grazie alla focalizzazione sulla *rule of law*. In altre parole, la conoscenza del diritto collega la virtù del diritto (la *rule of law*) e le virtù giuridiche. Ovviamente, il termine virtù è usato in due accezioni diverse quando riferito alla *rule of law* e quando riferito ai partecipanti alla pratica del diritto. Nel primo caso, peraltro secondario dal punto di vista semantico, la virtù del diritto sta ad indicare la sua forma migliore, in particolare alla luce del controllo dell'arbitrio come descritto in precedenza. Le virtù come qualità o *skill* dei giuristi invece sono intese come quelle capacità soggettive necessarie per partecipare adeguatamente ed efficacemente alla pratica del diritto. Per il legame con la riuscita della pratica, esse vengono a costituire anche risorse istituzionali, piuttosto che tratti del carattere legati soprattutto ad una sensibilità soggettiva o volte al miglioramento o perfezionamento delle persone²⁴. Ciò è ancora più

²³ A proposito del metodo giuridico, Scarpelli afferma che esso – il metodo giuridico – sottintende una presa di posizione quanto al problema filosofico politico della legittimità dell'ordinamento giuridico e una accettazione della norma fondamentale dell'ordinamento. U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, cit., p. 563.

²⁴ La tesi è che un'azione virtuosa non dipenda solo dal carattere dell'agente, ma piuttosto da alcune caratteristiche dell'azione stessa. Per questa lettura, S. HIRJI, *Acting virtuously as an end in Aristotle's Nicomachean Ethics*,

convincente se si considera che la giustizia nella tradizione classica ha una sua specificità particolare, e cioè, essendo interpersonale, la sua perfezione sta nell'azione esterna più che nel soggetto²⁵. Le virtù servono a rendere il comportamento dell'agente coerente con lo scopo della pratica sociale in gioco e con i suoi modelli più riusciti. Le virtù fanno sì che le decisioni adeguate alla pratica siano prese da decisori autonomi anche quando questi seguono delle regole, quelle stesse regole che i non virtuosi sentono come limitazioni imposte²⁶.

Non si tratta di internalizzare le regole, perché l'internalizzazione può anche essere il risultato di una manipolazione. Si tratta invece di comprendere non solo le regole del gioco ma anche il suo senso complessivo e accettare di giocare secondo le regole. In questa accettazione o adesione – alcuni parlano di *fedeltà al diritto*²⁷ – sta la dimensione motivazionale e personale della virtù, perché per un operatore del diritto realizzare la *rule of law* significa decidere da che parte stare. La fedeltà consiste in una forma di devozione disciplinata verso certi ruoli e affiliazioni. Essa non è una qualità di giovani e adolescenti, ma si dà ad un certo stadio della maturazione personale, quando l'individuo è arrivato ad identificare e a scegliere i ruoli e le affiliazioni che conferiscono significato alla propria esistenza. Allora, la fedeltà si accompagna ad un senso di irreversibilità²⁸. Ciò ha implicazioni per se stessi, prima ancora che per gli altri o per la pratica giuridica. Per questo era necessario sviluppare e fare emergere il senso orizzontale e corale della *rule of law*. Non si aderisce ad un meccanismo organizzativo o ad una procedura, ma ad un ideale di ordine sociale e ad un modello di relazioni. Certamente questa lettura potrà apparire al lettore estremamente lontana dalla vita quotidiana dei giuristi. Come si vedrà più avanti a proposito della

in *British Journal for the History of Philosophy*, 2018, <https://philarchive.org/archive/HIRAVA> (ultimo accesso 29 dicembre 2024).

²⁵ Questa caratteristica viene indicata da Aristotele come bene allotrio, cioè in rapporto con gli altri. Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1130a, p. 5.

²⁶ Secondo il principio per cui il soggetto virtuoso giudica tutto correttamente. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1113a.

²⁷ G.J. POSTEMA, *Law's Rule*, cit., pp. 72-77.

²⁸ E.H. ERIKSON, *Fidelity and Diversity*, in *Daedalus*, Winter, 91, 1, 1962, pp. 5-27.

riflessività, non si tratta di scrivere ogni atto o di accompagnare ogni istanza giuridica con uno sforzo titanico per tenere presente questa descrizione. Si tratta invece di trovare il senso della partecipazione alla pratica giuridica.

Le virtù richiedono giudizio e deliberazione e queste sono sempre personali e situate, per cui soltanto il soggetto che si trova ad agire in termini reali e concreti può comprendere quale comportamento debba essere messo in atto nel caso specifico. La valutazione delle regole e delle eventuali conseguenze delle proprie azioni – rispettivamente lo zoccolo duro del deontologismo e del consequenzialismo²⁹ – nella prospettiva aretaica sono pure elementi utili per la deliberazione, ma hanno un peso moderato, perché è il *know how* degli agenti e la loro adesione allo scopo della pratica giuridica a determinare il corso di azioni da seguire. Le regole stabilite e le conseguenze da valutare non forniscono da sole la risposta alla domanda su come agire qui ed ora. La risposta a questa domanda è il risultato di una valutazione complessa, che tiene conto di regole, di conseguenze ma anche dei beni in gioco nella pratica giuridica e dei suoi modi specifici di operare. In un certo senso, ciò spiega perché la scienza giuridica sia definita come giurisprudenza, cioè come un sapere pratico che mira all'azione. Questo non significa che le virtù siano il prodotto di una deliberazione individualistica. La loro origine e collocazione in pratiche specifiche le rende il portato di un'impresa collettiva. Sono forme di competenza che i partecipanti vanno selezionando con il tempo e i sopravvenuti imparano a seguire e anche ad innovare. Da un punto di vista evolutivo, chi entra nella pratica apprende ciò che è necessario per farla funzionare, acquista un *know-how* specifico grazie anche alla riflessione sui principi su cui la pratica è fondata e osservando le buone pratiche presenti, come anche i suoi fallimenti. In altre parole, è attraverso la formazione e l'esperienza che i partecipanti modellano i propri comportamenti.

Questo è il quadro in cui si possono ora introdurre le virtù giuridiche e prima di tutto quella che sarà indicata come riflessività in senso soggettivo. Sul significato oggettivo della riflessività è stato già sostenuto che essa è strettamente collegata alla

²⁹ Cfr. J. KAWALL, *In Defence of the Primacy of Virtues*, in *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 3, 2, 2009, pp. 1-21.

rule of law come principio che assicura che non vi sia nessuno al di sopra del diritto. Ora dobbiamo guardare più attentamente alla riflessività in senso soggettivo, cioè come caratteristica di coloro che prendono parte alla pratica del diritto. Lo scopo è anche valutare se la riflessività in senso oggettivo – che esprime il nucleo della *rule of law* – abbia ricadute e implicazioni sul modo di operare del partecipante alla pratica (sicuramente, almeno, quella di accettare la guida del diritto). La riflessività come abilità si trova all'intersezione tra il patrimonio intellettuale tipico della pratica giuridica (la conoscenza del diritto) e il sapere pratico adeguato a prendervi parte.

Non si ha la pretesa di ricondurre il ricco e variegato patrimonio di qualità e di virtù giuridiche auspicabili, sebbene eterogenee, ad un'unica radice, ma piuttosto di abbozzare uno stile di approccio al diritto. Il lavoro di approfondire il significato della riflessività è facilitato dalla presenza del tema in diversi ambiti del dibattito giuridico.

5.3. Cosa imparare dalla svolta riflessiva

La riflessività in senso soggettivo è comparsa alla fine del XIX secolo come reazione al dualismo oggetto/soggetto in campo epistemologico, sociologico e filosofico, cioè come una strategia contro le semplicistiche letture della conoscenza del soggetto come osservatore esterno soprattutto nelle scienze pratiche. L'idea che veicola la riflessività dal punto di vista epistemologico è che occorre considerare se stessi in relazione ai contesti e viceversa³⁰.

Dal punto di vista pratico, la riflessività diventa importante quando le tradizioni perdono la capacità di guidare l'azione delle persone. Il declino dell'inerzia tipica della tradizione rende necessaria la ricerca di nuove risorse, diverse rispetto al passato, risorse che devono venire dall'interno, cioè dai soggetti coinvolti.

³⁰ M.S. ARCHER, *Making our Way through the World. Human Reflexivity and Social Mobility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 4. Si veda anche M.S. ARCHER (ed.), *Conversations About Reflexivity*, Routledge, London, 2010. In Italia il principale protagonista nel dibattito sulla riflessività è stato P.P. DONATI, *Sociologia della riflessività. Come si entra nel dopo-moderno*, il Mulino, Bologna, 2011.

Questa evoluzione si rafforza inoltre a causa del processo di individualizzazione degli agenti sociali che caratterizza la cultura contemporanea.

La tesi dei sociologi della società del rischio è che la disintegrazione delle tradizioni in una società di carattere globale porti alla liberazione degli individui, ma implichi allo stesso tempo anche un richiamo alla loro responsabilità³¹. La riflessività è la qualità tipica di attori sociali che riconoscono di essere parte della soluzione del problema³² e, forse, prima ancora, di essere parte del problema. Oltre che a livello di approcci teorici³³, elementi riconducibili a questa dinamica sono rintracciabili in molte caratteristiche della società contemporanea, anche sul fronte delle istituzioni politiche e sociali. Si pensi al mondo del volontariato, al cosiddetto terzo settore, al fenomeno della società civile internazionale³⁴, nei quali emerge come la nostra non è solo l'età della rivendicazione dei diritti, ma anche quella della responsabilità e del coinvolgimento degli individui in dinamiche prima ritenute incombenze di istituzioni impersonali. Ovviamente la traiettoria dalla consapevolezza alla responsabilità non è automatica. Inoltre, la perdita di forza delle tradizioni non porta necessariamente alla riflessività, né la riflessività porta necessariamente alla responsabilità dell'individuo.

La riflessività attiva però alcuni processi tipici. Il primo è la consapevolezza, che si esprime come percezione di sé rispetto al mondo, cioè consapevolezza del proprio ruolo. Il secondo è la

³¹ U. BECK-E. BECK-GERNSHEIM, *Individualization*, Sage, London, 2002, p. 31.

³² Archer ha sviluppato un'accurata teoria sulla *reflexivity*, distinguendone varie forme. Si parla di *meta-reflexivity* quando si vuole fare riferimento alla nostra capacità di sollevare questioni anche su noi stessi. M.S. ARCHER, *Structure, Agency and the Internal Conversation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 255.

³³ Penso alla critica che Catharina MacKinnon rivolge alle femministe postmoderne, alle quali ritiene di dover chiedere non "cosa stanno dicendo", ma "cosa stanno facendo", in considerazione dell'atteggiamento negazionista nei confronti del genere e l'identità, ritenuto dalla MacKinnon un esercizio accademico irresponsabile. C.A. MACKINNON, *Le donne sono umane?*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 174.

³⁴ Cfr. J.F. HAUGSETH-E. SMEPLASS, *The Greta Thunberg Effect: A Study of Norwegian Youth's Reflexivity on Climate Change*, in *Sociology*, 57, 4, 2023, pp. 921-939.

capacità di stabilire priorità, grazie, a sua volta, all'attitudine a distinguere e apprezzare diversamente il peso di valori più o meno importanti. Da una consapevolezza di questo tipo emerge, in terzo luogo, l'impegno personale nel proteggere gli interessi più importanti stabilendo priorità, nel coinvolgimento nel prevenire decisioni, nella partecipazione ai processi di *decision making*.

Un problema aggiuntivo è se la riflessività possa essere propriamente un abito oppure no³⁵. In parte la difficoltà è che la riflessività – più che essere reattiva – è attiva consapevolezza critica, se non vuole smentirsi. Infatti, una riflessività solo reattiva o passiva è un paradosso. Certamente, la riflessività rifugge la ripetitività che caratterizza gli abiti in senso stretto. La questione richiama a sua volta quella del significato di virtù prima sommariamente ricostruita. Certamente, la virtù non può essere identificata con la sola ripetizione di comportamenti o con abiti indotti dall'esterno. In ogni caso, come si è detto, questa lettura è incompatibile con la virtù vista nell'orizzonte delle abilità come *expertise*. Le abilità come *expertise*, rispetto alle virtù del carattere, non possono fare a meno della consapevolezza critica necessaria, quella derivante da un sapere scientifico adeguato. Con le virtù del carattere, le virtù intellettuali o abilità condividono la dimensione dell'impegno o adesione a quanto criticamente ritenuto degno di essere perseguito o protetto³⁶.

³⁵ P. BOURDIEU, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977, p. 95.

³⁶ Un esempio di riflessività a livello politico lo si può osservare nelle cosiddette iterazioni democratiche di Seyla Benhabib, anche se l'autrice non pare ispirarsi alla letteratura prima segnalata. Benhabib intende le iterazioni democratiche come «complessi processi pubblici di argomentazione, deliberazione e scambio che hanno luogo tra le diverse istituzioni giuridiche e politiche e nelle associazioni della società civile, attraverso i quali le rivendicazioni e i principi universalistici dei diritti vengono contestati e contestualizzati, invocati e revocati, proposti e situati». S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini* (2004), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2006, p. 143. Si tratta appunto di una lettura politica che apre – secondo l'autrice – alla universalizzazione della cittadinanza attraverso norme cosmopolitiche.

5.3.1. Riflessività e scienza giuridica

La riflessività non è solo un tema epistemologico generale, ma è stata frequentata anche dai giuristi negli ultimi vent'anni. Ne esaminerò tre di questi indirizzi, dal particolare al generale. Hanno a che fare con gli stereotipi nella decisione giudiziale, con lo stile di pensiero necessario alla determinazione del diritto valido per il caso concreto, con il modo di intendere il concetto di diritto e di *rule of law*. Provengono dalla *feminist jurisprudence*, dal dibattito sulla natura del diritto internazionale e dalla filosofia del diritto.

Un primo ambito nel quale si può osservare la riflessività all'opera – e che può facilmente essere riportato alla questione della *rule of law* – è quello della lotta contro gli stereotipi, problema suscitato soprattutto dalle teorie femministe, ma con evidenti ricadute su vari fronti (razza, religione, *status* sociale o politico). La questione può ben ritenersi rilevante per un possibile aggiornamento delle *checklist* della *rule of law*. Come si è già visto, le diverse *checklist*, ma anche le diverse tradizioni giuridiche che ne hanno tentato l'implementazione, ottemperano all'obiettivo di precisare progressivamente quanto necessario per evitare che l'esercizio di un potere sia arbitrario. In fondo è essa stessa esercizio di riflessività, poiché consiste nel cercare e trovare un significato organico alla *rule of law* nella pluralità delle sue manifestazioni, comprendendo le diverse istanze specifiche come originate da un fondamento unitario (proteggere dall'arbitrarietà).

Il punto chiave di una epistemologia femminista è che il genere influenza la conoscenza. La conoscenza è situata e rispecchia la particolare prospettiva del conoscente in base al genere. Questo condizionamento agisce sul piano del contesto della scoperta³⁷, cioè, nell'ambito in cui l'operatore del diritto (o il partecipante alla pratica giuridica) reperisce i parametri di base di cui si serve per valutare il mondo esterno e quindi anche il caso concreto. È lì che si rivela la parzialità, che è generata da processi

³⁷ L'applicazione della distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione al diritto è di R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, 1961.

sociali e dunque è difficilmente evitabile, perché la conoscenza origina sempre da processi sociali. Il pensiero femminista ha approntato soluzioni al riguardo, ispirate alla riflessività. Riguardo agli stereotipi, ha distinto le condizioni epistemologiche alle quali è possibile usare un pregiudizio come strumento di conoscenza³⁸ e quando è foriero di discriminazione. Prima di tutto è necessario avere consapevolezza del pregiudizio e coscienza della sua parzialità. Inoltre, bisogna ricorrere a forme di controllo, con verifiche che nell'ambito della ricerca non possono che provenire dall'interno di una comunità epistemologica allargata e aperta. Questi elementi sono molto utili anche nella pratica della decisione giudiziale, dove la problematica è ancora in studio, ma dove iniziano ad esserci ricerche e indicazioni metodologiche di rilievo³⁹. In prospettiva di formazione e di aggiornamento del giurista, questo significa insegnare a valorizzare la dimensione comunitaria della conoscenza e della pratica giuridica, sia esaltando le forme di conoscenza dialogiche – non ultima il processo ispirato al principio del contraddittorio – sia anche tutte le forme di confronto e verifica intersoggettiva.

Un secondo campo in cui la riflessività oggi prospera è il diritto internazionale⁴⁰, e non casualmente. Esso è concepito talvolta, come si è già detto, come un diritto prodotto dai giuristi ed effettivamente può trarre vantaggio dalla più generale svolta riflessiva della ricerca⁴¹. Ad essere valorizzata in questo caso è una caratteristica tipica della ricerca sociale, dove i metodi utilizzati per descrivere i fenomeni contribuiscono alla costruzione dei fenomeni stessi⁴². Nel campo della teoria del diritto

³⁸ E. ANDERSON, *Feminist Epistemology and Philosophy of Science*, cit. e S. HARDING, *The Method Question*, in *Hypatia*, 2, 3, 1987, pp. 19-35.

³⁹ F.J. ARENA (coord.), *Manual sobre los Efectos de los Estereotipos en la Impartición de Justicia*, cit.

⁴⁰ S. SINGH-J. D'ASPREMONT, *Introduction: The Life of International Law and Its Concepts*, in IDD., *Concepts for International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, 1-24.

⁴¹ K. LUMSDEN, *Reflexive Theory. Method and Practice*, Routledge, New York, 2020.

⁴² E.M. WHITAKER-P. ATKINSON, *Reflexivity in Social Research*, Palgrave MacMillan, Cham, 2021. La riflessività è stata al centro della revisione dei punti di vista interno ed esterno nella sociologia del diritto in P. BOURDIEU,

internazionale, Andrea Bianchi ha definito la riflessività come l'attitudine a «turn on the relationship between the object and the subject of investigation»⁴³. Il richiamo strutturale tra l'oggetto e il soggetto della conoscenza giuridica è osservabile in alcune direzioni ricorrenti nel diritto internazionale, come per esempio la tendenza a ricostruirne storie, ciascuna di esse intesa come un esercizio di comprensione della natura del diritto internazionale⁴⁴; oppure l'abbondanza di indagini sul *background* degli attori del diritto internazionale e sul modo in cui essi affrontano le problematiche principali; non ultima l'attenzione al ruolo dei giuristi internazionalisti nella costruzione del diritto internazionale⁴⁵.

Nella prospettiva internazionalistica – ma ha applicazioni anche nel diritto domestico –, l'evoluzione del diritto degli Stati nei loro crescenti rapporti di cooperazione, da un lato, e la porosità degli ordinamenti giuridici, dall'altro, rilanciano il ruolo della scienza giuridica nel compito di fornire una lettura intelligibile del diritto, che renda palese il senso unitario dell'impresa. A differenza del livello domestico, dove però la decostruzione dello schema tradizionale delle fonti ha pure scartato l'adeguatezza di soluzioni basate su gerarchie normative, nel diritto internazionale l'accertamento del diritto è stato sempre un'operazione più complessa. In questo contesto, la riflessività è intesa come il marcatore del contributo degli studiosi alla pratica del diritto.

Nondimeno, anche nel diritto domestico l'idea di legalità intesa come dovere di agire secondo la legge non è più una guida esaustiva e soddisfacente. Nel diritto internazionale, ma anche sovranazionale, si sta saggiando la capacità della «interlegalità»⁴⁶,

In Other Words: Essays Towards a Reflexive Sociology, Stanford University Press, Stanford, 1990.

⁴³ A. BIANCHI, *International Law Theories*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 3.

⁴⁴ Sulla impossibile neutralità della storia del diritto internazionale e il ruolo creativo dei giuristi, cfr. A. ORFORD, *International Law and the Politics of History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

⁴⁵ Una sintesi in M. KOSKENNIEMI, *To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power, 1300-1870*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021. Si veda pure J. D'ASPREMONT, *International law as a Belief System*, cit.

⁴⁶ G. PALOMBELLA (ed.), *Approaching Inter-legality*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 11, 1, 2022, pp. 7-90.

espressione da precisare ma che sintetizza bene l'idea del primato del diritto nelle interconnessioni tra ordinamenti giuridici diversi. La complessità dell'individuazione delle norme giuridiche negli ordinamenti giuridici pluralistici richiede uno sforzo e una responsabilità particolari, che si declinano in modo diverso in attenzione al ruolo di ciascuno. Legislatori-regolatori, giudici, avvocati, funzionari e giuristi in generale sono attori principali nel compito di trovare l'unità del diritto pluralistico e differenziato. Grazie alle risorse della scienza giuridica e ciascuno secondo il proprio compito, legislatori e regolatori devono essere capaci di individuare regole comuni compatibili con vari sistemi locali; i giudici devono decidere i casi concreti in modo legittimo – dunque vincolato – in situazioni complesse e pluralistiche, come anche, a loro modo, i funzionari pubblici o di istituzioni internazionali; gli avvocati e gli esponenti di altri ruoli giuridici (arbitri, notai, mediatori, consulenti) devono sapere essere affidabili interpreti del diritto e delle esigenze dei partecipanti in contesti di interdipendenza allargati. Non si tratta solo di precisare o di aggiustare ad un contesto cangiante la tradizionale teoria dell'organizzazione dei poteri tipica dello stato di diritto, ma di interpretare i diversi ruoli alla luce della *rule of law*. In fondo, è proprio questo il compito della scienza giuridica, che ognuno deve poi sviluppare in modo adatto al proprio ruolo, ma senza perdere di vista il contributo degli altri e l'unità dell'impresa.

Il caso delle storie del diritto internazionale è illustrativo perché esse mettono in luce processi innovatori del diritto. In queste storie (volutamente al plurale) si tenta di narrare come gli operatori del diritto hanno reagito alle sfide giuridiche e culturali del loro tempo. In generale, la tesi è che essi abbiano utilizzato in modo nuovo le categorie giuridiche già disponibili in quanto appartenenti al bagaglio della scienza giuridica. Koskeniemi, per esempio, sottolinea il potere dell'"immaginazione giuridica", una combinazione di cultura giuridica e di consapevolezza dei problemi, che l'autore abbina alla capacità di *bricolage* giuridico, cioè all'abilità di espandere concetti e categorie⁴⁷. Questo processo, se non vuole essere manipolatorio e dunque arbitrario, deve essere

⁴⁷ M. KOSKENIEMI, *To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power*, cit., p. 1. Si tratta in fondo dell'uso della analogia, considerato dall'autore un importante mezzo per fare progredire la scienza.

guidato dal principio della *rule of law*. È interessante notare che, nella nascita del diritto internazionale moderno, questo sforzo di immaginare nuovi strumenti giuridici inizia all'interno dello Stato e si espande oltre i confini nazionali, dal diritto degli Stati europei al diritto della comunità internazionale. La tesi è dunque che la conoscenza giuridica non proceda in modo discendente – contro i diversi usi dei modelli deduttivi – ma operi piuttosto in forma di ricerca ascendente, con ricerche innovative costruite su ragionamenti analogici, vale a dire, come ricerca a partire da casi simili (che è una buona strategia per espandere la conoscenza). A queste si unisce la dimensione critica, che va alla ricerca della migliore giustificazione per le necessarie concettualizzazioni, ma anche per azioni e decisioni⁴⁸.

Che la scienza giuridica non si limiti a descrivere il diritto o a dedurlo da premesse già poste, ma partecipi alla sua costruzione è una vecchia idea che risulta inversamente proporzionale al consolidamento del potere degli Stati, come si ha avuto modo di notare in precedenza. Quanto più si dà importanza al potere dello Stato, tanto meno credito viene dato al contributo della scienza giuridica e alle sue dottrine, perché il diritto viene concepito come un prodotto politico controllato dai legislatori. In quest'ultimo contesto, la scienza giuridica è concepita come un metadiscorso, cioè un discorso sul discorso del legislatore, o meglio, sull'insieme di entità linguistiche prodotte dai legislatori⁴⁹. Questa lettura – che ha avuto un certo successo nell'età della codificazione – è ben lontana dalla riflessività, oltre ad apparire totalmente estranea allo stadio di evoluzione del diritto contemporaneo in cui il diritto è parlato a più voci. È pur vero che resta la difficoltà di articolare compiutamente una lettura alternativa⁵⁰,

⁴⁸ *Ivi*, pp. 4-12.

⁴⁹ La famosa definizione di scienza giuridica secondo N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. SCARPELLI (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 287-324. Nella stessa direzione, C.E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1996), Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2000.

⁵⁰ Come è noto, Thomas Kuhn ha sostenuto la tesi che la scienza proceda per rivoluzioni. Queste si danno quando un vecchio paradigma, che tende a resistere per inerzia sia pure con aggiustamenti strutturali, lascia il posto ad un paradigma nuovo. T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*

di cui le considerazioni qui esposte sono solo uno stimolo.

Quel che è certo è che non tutti i modi di intendere e di praticare la scienza giuridica sono riflessivi. Per contribuire alla costruzione e alla pratica del diritto, la scienza giuridica deve prendere le distanze sia da letture meramente descrittive dei fatti (o descrizioni di prescrizioni⁵¹), sia da letture esterne, cioè manipolative o ideologiche, del diritto. A ciò aiuta un certo modo di accostarsi al concetto di diritto, secondo quello che può essere considerato il (terzo) contributo della dottrina giuridica sulla riflessività. Come ha recentemente scritto Julie Dickson, «[l]aw exists both as an institutional practice and social fact, and as a normative, reason-giving, and value-aspiring phenomenon»⁵². La scienza giuridica dovrebbe rendere giustizia alla specifica dualità del diritto – quella che collega una pratica al suo scopo – ed è qui che la riflessività gioca un ruolo importante. Le letture puramente descrittive del diritto (o ancora di più dei discorsi dei legislatori) misconoscono la dimensione aspirazionale del diritto, mentre le letture manipolative e ideologiche immettono nel diritto valori esterni ad esso. Alla luce della riflessività, il compito della scienza giuridica è quello di articolare la *migliore versione possibile del diritto*, dove “migliore” è riferito al suo ideale regolativo (il diritto come dovrebbe essere, cioè secondo la *rule of law*), e “possibile” riguarda le condizioni fattuali della sua esistenza. Il movimento tra dati di esistenza e aspirazioni è certamente una delle dinamiche circolari della riflessività. La

(1962), Einaudi, Torino, 2009. Siamo nella fase in cui la scienza del diritto costruita intorno alla teoria statalista del diritto dovrebbe lasciare il posto ad un nuovo paradigma.

⁵¹ È difficile dare un giudizio dal punto di vista della riflessività sulla concezione kelseniana di scienza giuridica, a ragione anche della sua ascendenza neokantiana. Una ricostruzione convincente si trova in T. WIDLAK, *The Teleology of Peace and Kelsen's Philosophy of International Law*, in J.E. NÚÑEZ-G. VILLA-ROSAS-J.L. FABRA-ZAMORA (eds.), *Kelsen's Legacy. Legal Normativity, International Law and Democracy*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2025, pp. 241-257. L'autore distingue tra le opere kelseniane di teoria del diritto e quelle di filosofia del diritto, queste ultime dedicate al diritto internazionale, dove emerge il *telos* del diritto, cioè la pace, che secondo l'autore è trattato in modo filosofico e quindi anche riflessivo. Almeno in relazione al diritto internazionale Kelsen risponde alla domanda come deve essere il diritto in termini teleologici.

⁵² J. DICKSON, *Elucidating Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, p. 87.

dimensione aspirazionale deve essere costruita a partire dalle condizioni reali del diritto, perché appunto si tratta di una pratica sociale e non di un'utopia.

Nel 2008 Nigel Simmonds ha sviluppato la tesi secondo cui il diritto è un'idea "morale" incarnata in pratiche consolidate, laddove morale deve essere inteso nel senso che la *rule of law* è l'ideale interno al diritto. La *rule of law* è cioè l'obiettivo di quelle pratiche consolidate e, allo stesso tempo, costituisce il parametro immanente (implicito o esplicito) per criticare quelle pratiche⁵³, e anche per guidare gli operatori nell'azione giuridica. In questa luce, Simmonds ha definito la riflessività come la capacità di fare appello esplicito o implicito alla *rule of law* nella pratica del diritto⁵⁴.

Gli operatori del diritto sono chiamati a riflettere sull'azione giuridica in gioco e a commisurarla alla *rule of law*. La riflessività è precisamente la capacità cognitiva necessaria a collegare l'azione giuridica con le finalità della pratica. In altre parole, si tratta di agire secondo il diritto o, se si preferisce, secondo la forma del diritto. Da questo punto di vista, la riflessività può essere considerata la capacità di chi adotta il "punto di vista interno", particolarmente refrattario ad approcci strategici o manipolativi. La mentalità strategica si avvicina al cosiddetto punto di vista del *bad man*, o del *free rider*, che opera in modo prudentiale, dove la prudenza è intesa come l'abilità di scegliere secondo il calcolo costi-benefici. Il soggetto prudente agisce in modo da evitare la sanzione come conseguenza negativa (costo) della propria azione. Il punto di vista interno invece è quello del soggetto aperto a seguire le norme e che a tal fine realizza una deliberazione. Nella deliberazione, la norma si propone come una ragione autoritativa per agire in un determinato modo, anche se non è conclusiva.

Per spiegare come funziona la riflessività, Simmonds fa un

⁵³ Secondo Simmonds, la *reflexivity* implica il riferimento alla *rule of law* come una sorta di idea regolativa nel modo di partecipare all'impresa giuridica. Si veda N. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, cit. e ID., *Reflexivity and the Idea of Law*, in *Jurisprudence*, 1, 1, 2010, pp. 1-23.

⁵⁴ La *reflexivity* è anche al cuore della reazione contro l'espansione del diritto in tutte le sfere della vita, in altre parole, è anche la premessa per comprendere i limiti del diritto. Cfr. G. TEUBNER, *Susbtantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 17, 2, 1983, pp. 239-286.

paragone tra la *rule of law* e l'amicizia⁵⁵. Di tanto in tanto, tutti ci interroghiamo sul modo in cui il nostro comportamento o quello degli altri rientra nella categoria di ciò che farebbe un "buon amico". Mi sto comportando da buon amico? I miei/loro comportamenti sono tipici dei buoni amici? Allo stesso modo, possiamo chiederci se le nostre istituzioni e le nostre azioni corrispondono ad una buona pratica giuridica, quella ispirata alla *rule of law*. La differenza tra il caso dell'amicizia e quello della *rule of law* è che le ragioni per sostenere quest'ultima sono istituzionali e non facoltative o soggettive⁵⁶. L'impegno per la realizzazione della *rule of law* è la conseguenza della scelta di operare secondo il diritto. La riflessività è, in questo senso, connessa con la fedeltà al diritto, che piuttosto richiede l'adesione al modo di operare del diritto. Mentre la riflessività è un'abilità cognitiva, la fedeltà è l'impegno concreto nel compito di attuare il diritto per quello che è, cioè una pratica volta a realizzare la *rule of law*. È una questione di promesse: la fedeltà si fonda sulla promessa che il diritto fa a chi ne accetta il suo governo – quella di offrire protezione contro i poteri arbitrari. Questa promessa talvolta si rafforza in quella solennemente assunta dagli operatori del diritto quando accettano i loro ruoli, anche se tale promessa non è strettamente necessaria, perché la fedeltà è sufficientemente giustificata dall'adesione alle regole del gioco.

⁵⁵ C'è una lunga storia su questa analogia. All'inizio del Novecento, a coloro che sostenevano la tesi secondo cui una legge ingiusta non è una vera legge così come un falso amico non è un amico, Rudolf Stammler obiettava che il paragone più appropriato non è con l'amicizia, che è un concetto già pregno di valore, ma con la predica: una legge ingiusta è una legge vera così come una cattiva predica è tuttavia una predica vera. Sebbene Stammler sostenga l'idea che il concetto di diritto non è contraddetto da contenuti ingiusti, egli non nega che la natura del diritto sia informata dal principio del rispetto reciproco tra le persone unite da esso, un'idea di giustizia che potrebbe essere riportata alla *rule of law*. R. STAMMLER, *The Theory of Justice*, The Lawbook Exchange, Union NJ, 2000. Sul significato di questo dibattito, F. VIOLA, 1900-2020. *Una storia del diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 18-25.

⁵⁶ N. SIMMONDS, *Reflexivity and the Idea of Law*, cit., p. 11.

5.3.2. La portata della riflessività: la grammatica di base dell'azione secondo diritto

Una delle tesi sostenute in queste pagine è che la *forma mentis* giuridica descritta in termini di riflessività, sebbene abbia applicazioni diverse nel caso degli operatori del diritto e dei cittadini, sia necessaria anche a questi ultimi. Sicuramente, ciò che è comune ad entrambe le tipologie di soggetti è l'incompatibilità dell'atteggiamento riflessivo con approcci esclusivamente esterni o manipolativi del diritto. Da questo punto di vista, paradossalmente, per coloro che non sono operatori del diritto, cioè per i cittadini comuni potrebbe essere più facile discernere l'approccio appropriato al diritto. Le persone comuni infatti tendono ad aspettarsi giustizia dal diritto e sono sempre pronte a osservare se e come la giustizia viene fatta da chi dovrebbe farla (gli operatori del diritto). Questa valutazione generica sullo scopo e la funzione del diritto e sulla congruità dei mezzi adottati rispetto allo scopo complessivo è un buon punto di partenza per partecipare adeguatamente alla pratica giuridica, ma a certe condizioni. La prima e più importante è che sarà necessario precisare cosa si intenda per giustizia quando si tratta di diritto. A questo proposito una conoscenza più accurata della *rule of law* e dei suoi meccanismi potrebbe essere d'aiuto. Intuitivamente, infatti, chi chiede giustizia al diritto vuole solitamente un trattamento equo, o per lo meno questo è quanto si dichiara⁵⁷.

Senza riflessività è difficile comprendere perché il successo della pratica dipenda dal coinvolgimento di ogni attore, e quindi anche dei cittadini, che sono partecipanti a pieno titolo nella pratica sociale. Da questo punto di vista, la riflessività porta non solo a sostenere le regole rispettandole come parte del contributo alla realizzazione del principio della *rule of law*, ma anche ad esigere responsabilità e trasparenza a coloro che quelle regole creano e applicano. Nel paragrafo su *rule of law* e democrazia (4.4) si è già discusso del titolo e della forma di partecipazione tipiche del diritto. In queste pagine conclusive ci si soffermerà sulla dinamica

⁵⁷ È nota la tesi secondo cui l'argomentazione fondata su ragioni imparziali prevalga sulla negoziazione, che è invece fondata sugli interessi, almeno in ragione della «forza civilizzatrice dell'ipocrisia». J. ELSTER, *Argomentare e negoziare* (1993), Anabasi, Milano, 1993, p. 127.

basilare dell'applicazione delle regole e su come questa implichi un approccio almeno intuitivamente riflessivo.

Il tema dell'autoapplicazione viene solitamente osservato da due punti di vista, che però qui saranno trascurati per ragioni diverse, anche in considerazione del fatto che alcune di queste problematiche sono già state esplorate. Il primo, più tecnico, è quello dello studio delle dinamiche di applicazione delle regole ad altri (cioè, il lavoro di giudici e funzionari). È un tema classico della teoria e della scienza giuridica relativamente al metodo giuridico. L'attività di applicazione viene distinta chiaramente da quella della formazione o creazione delle regole (generalmente, in questo caso), perché rivolge l'attenzione ai casi individuali. Questo primo approccio ha come protagonisti alcuni attori specializzati – giudici, funzionari, arbitri. La ragione per escludere questa via è che qui la domanda è relativa alla partecipazione *in senso lato* alla pratica giuridica, cioè considerando anche il punto di vista dei cittadini comuni.

Il secondo punto di vista classico, che conta pure su una lunga tradizione, più nella filosofia del diritto che nella scienza giuridica, è quello dell'indagine sul dovere di obbedienza al diritto, cioè la riflessione circa la giustificazione dell'obbligatorietà del diritto. Questo dibattito si colloca – secondo alcuni – al confine con la filosofia politica⁵⁸, soprattutto quando la teoria del diritto da cui si parte è di taglio statalista. Generalmente, in questa prospettiva, si tende a distinguere chiaramente il piano del diritto come sistema di norme da quello della norma singola e si tende ad inquadrare la domanda d'obbedienza come una questione di sistema, che si accende o spegne in relazione ad alcune caratteristiche del diritto. Tra questi fattori emergono soprattutto quelli relativi alla comunità politica di riferimento e alla legittimazione dell'autorità. Ma qui l'attenzione non è sul perché e sul come si debba obbedire al diritto di questo o quello Stato. Né la questione può essere ricondotta ad una proprietà generale del sistema, per esempio, la legittimità dell'autorità⁵⁹, perché nel diritto essa non

⁵⁸ Che si tratti di una questione di confine è discusso in B. BIX, *Teoria del diritto. Idee e contesti* (2015), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 227-238.

⁵⁹ Si veda la ricostruzione della questione in ottica hartiana in A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.

è sempre chiaramente identificabile nella forma di una gerarchia fissa di fonti (vedi il diritto internazionale e sovranazionale). In ogni caso, l'autoapplicazione delle regole si riferisce sempre ad una regola singola e, per essere obbedita, non basta che essa appartenga ad un sistema legittimato *ab origine*. Resta sempre uno spazio per il vaglio della singola regola, che potrebbe portare a esiti diversi in termini di obbedienza rispetto a quanto si debba al sistema nel suo complesso.

Come si è detto, tra il piano delle ragioni per agire e quello dell'osservanza reale vi è un divario non sempre colmabile, considerato che le ragioni giuridiche non sono conclusive. Per agire secondo le regole vengono in aiuto particolari abilità quali la fedeltà al diritto, che attiene come si è detto all'adesione alle regole del gioco⁶⁰, o la virtù di rispettare il diritto e assoggettarsi ad esso⁶¹, che è diversa dalla semplice obbedienza. Quest'ultima, infatti, è anche quella del *badman* che calcola i rischi dell'azione e decide di seguire la regola per evitare la sanzione. Non basta sapere che il diritto è obbligatorio, né essere minacciati da sanzioni. Si richiede una riflessione minima che passa attraverso la considerazione dello scopo del diritto e dei beni che esso è capace di assicurare, così come attraverso la consapevolezza critica della natura dei suoi strumenti (le regole e i loro modi di applicazione), così come del ruolo e della posizione personale del soggetto.

La dinamica dell'autoapplicazione attiene alla grammatica dell'azione secondo diritto (uso volutamente la parola diritto per includere regole, principi, standard, criteri, cioè tutte le forme che possono assumere le ragioni giuridiche). Si tratta cioè di indagare cosa significa accettare il governo del diritto. Peraltro, il punto non è guardare all'autoapplicazione come fenomeno alternativo a quello dell'applicazione a terzi, perché pure l'applicazione a terzi implica una forma di autoapplicazione, ma di coglierne la peculiarità del fenomeno.

Waldron distingue l'autoapplicazione dalla semplice *compliance* od obbedienza, che indica la conformità materiale di un

⁶⁰ Il riferimento è a G.J. POSTEMA, *Law's Rule*, cit., *passim*, ma anche a W.BRADLEY WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2010.

⁶¹ W.A. EDMUNDSON, *The virtue of law-abidance*, cit.

comportamento a parametri o standard giuridici, ma anche dai fenomeni delle norme amministrate individualmente e dalla creazione privata del diritto attraverso i contratti⁶². A contraddistinguere l'autopPLICAZIONE è il coinvolgimento nell'applicazione del diritto della stessa persona che è soggetta ad esso. L'autoapplicAZIONE è dunque la dinamica tipica della partecipazione di ogni attore alla pratica giuridica. In questo senso, sia la creazione del diritto attraverso i contratti, sia il fenomeno dell'applicAZIONE a terzi includono pure una forma di autoapplicAZIONE, nella misura in cui i contraenti, nel primo caso, e i funzionari, nel secondo, si fanno guidare dal diritto, non solo dalle disposizioni riguardanti il proprio ruolo e le modalità di applicazione delle regole, ma anche nel disporre dell'azione secondo un certo indirizzo. Se è così, il diritto vive soprattutto grazie all'autoapplicAZIONE, contro la tesi che esso funzioni soprattutto grazie alla coercizione. L'autoapplicAZIONE è una forma di agire responsabile e dunque produce fiducia⁶³.

Si può osservare che l'autoapplicAZIONE risponde al criterio della riflessività oggettiva, ed in quanto tale è un meccanismo che esemplifica la dinamica della *rule of law*. Per osservare una regola occorre interpretare le sue esigenze come provenienti da una dimensione intersoggettiva (la cui ampiezza sarà di volta in volta diversa), e richiede la capacità di riconoscere autonomamente di trovarsi nelle circostanze previste dalle norme. Da questa consapevolezza nasce la possibilità di adeguarsi alle regole. Tutto ciò è possibile grazie alla capacità del destinatario-soggetto di comprendere ciò che il diritto chiede e le sue ragioni, nonché dalla capacità personale di autocontrollo e autodeterminazione. Non si tratta però di una forma di obbligazione verso se stessi, ma semmai di auto-obbligazione reciproca. In altre parole, riconoscere la obbligatorietà delle regole significa accettare di essere interdipendenti da e con altri, e di accettare l'autorità derivante da questa interdipendenza, che è in fondo la più forte ragione dell'autorità del diritto.

La riflessione sull'applicazione a terzi ha abbondantemente

⁶² J. WALDRON, *Self-Application*, in ID., *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2023, pp. 96-119.

⁶³ Su questo tema, da ultimo, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2021.

spiegato come le formulazioni che veicolano le esigenze giuridiche – perché la natura intersoggettiva del diritto poggia sulla possibilità della comunicazione – sono articolate in diversi strati. Il significato normativo ricavabile da un enunciato letterale è infatti collegato a ragioni giustificative sottostanti, che riguardano il senso intersoggettivo dell'azione richiesta. Prima di orientare le azioni, il diritto orienta infatti le ragioni dell'azione. Queste ragioni sono di tipo pratico nel senso di utile e concreto per qualcosa, ma anche di tipo coordinativo: non è solo la mia azione a contare, ma la mia azione insieme a quella degli altri e nella misura in cui interagisce con quella degli altri. Questa dimensione intersoggettiva spiega come e perché, dal punto di vista interno, la ragione giuridica possa scalzare altre ragioni che il soggetto può avere per agire. Il solo limite a questa dinamica dovrebbe essere determinato dall'idoneità dei mezzi alla realizzazione del fine. Tale valutazione, necessariamente guidata dalla riflessività, questa volta in senso soggettivo, è sempre problematica, non solo perché difficile da realizzare, ma anche perché non è una valutazione da fare in astratto, ma in relazione ai sistemi giuridici esistenti, che in quanto tali sono sempre imperfetti. La fedeltà al diritto è dunque sempre anche consapevolezza della limitatezza del diritto. In ogni caso, la fedeltà è una promessa che anticipa in qualche modo la linea di comportamento che il soggetto terrà.

È opportuno però richiamare la distinzione tra fedeltà al diritto e fedeltà a leggi particolari (questa volta è corretto usare il termine legge perché il problema si pone solitamente in relazione alla produzione del diritto legislativo ad opera di poteri legittimi). La seconda trae forza da un atto di accettazione di un'autorità verticale, mentre la prima da un impegno reciproco che coinvolge i soggetti nella dimensione orizzontale (che, dunque, non si ferma alle autorità pubbliche dello Stato). La seconda può essere soddisfatta dalla mera obbedienza, mentre la prima no. La prima comporta il rispetto del diritto e produce un'osservanza riflessiva, distinta appunto dalla mera obbedienza. La virtù di conformarsi al diritto richiede la virtù della riflessività e la capacità di aderire a ciò che il diritto mira a produrre, cioè una ordinazione equa delle relazioni sociali. Se è vero che la fedeltà esclude l'obbedienza cieca, è pure vero che essa riconosce sempre il diritto come ragione autorevole (e non autoritaria). La fedeltà porta a conformarsi alle direttive fornite dall'autorità, anche

quando ritenute imperfette, purché sostanzialmente orientate ad una coordinazione intersoggettiva equilibrata, che è la finalità del diritto.

La modalità di partecipazione alla pratica giuridica guidata dalla riflessività, per come descritta, sembra collocarsi all'interno di un orizzonte piuttosto conservativo di istituzioni e ruoli, dove è possibile muoversi con flessibilità ma sempre rispettando l'assetto di fondo. Questa impressione non è del tutto corretta perché – come si è detto fin dal principio – il progetto della *rule of law* può risultare frustato per tante cause, non ultima l'apporto inidoneo o insufficiente dei partecipanti, e richiede continui aggiustamenti e ripensamenti migliorativi. In altre parole, vi sono momenti in cui occorre partecipare in maniera dirompente al miglioramento dell'assetto complessivo. In questi casi nella letteratura si usa ricorrere alla giustizia trasformativa⁶⁴, che coinvolge operatori del diritto e cittadini nella revisione delle regole del sistema. La giustizia trasformativa è cioè orientata a produrre cambiamenti sociali. Essa è generalmente considerata un'alternativa alla giustizia retributiva e riparativa perché è diretta a mettere in discussione le premesse su cui si fondano tali pratiche. Nella prospettiva domestica, questo intervento è affidato agli operatori giuridici e ai laici, tutti in quanto cittadini, comunque sollecitati da spinte costituzionali di cambiamento. Come si è già detto, però, il progetto della *rule of law*, pur essendo un principio presente nelle costituzioni, si distingue da esse. Le costituzioni sono documenti giuridici portatori di progetti politici specifici, legati alle condizioni e alle tradizioni statali particolari, e sono comunque – per le caratteristiche dello Stato moderno – selettive quanto al titolo di partecipazione (comunemente la cittadinanza in senso tecnico-giuridico).

Così come l'implementazione del progetto della *rule of law*, anche le sue possibili e consistenti revisioni, laddove necessarie, non possono che avvenire con gli stessi strumenti giuridici – cioè all'interno della pratica sociale giuridica –, nella forma di azioni e argomentazioni su vari livelli – statali ma con aperture globali,

⁶⁴ P. GREADY-S. ROBINS (eds.), *From Transitional Justice to Transformative Justice: A New Agenda for Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

poiché essa è un principio idoneo a governare le relazioni anche oltre i confini degli Stati. Il titolo a questa partecipazione è universale nel senso che riguarda chiunque sia coinvolto nella pratica perché le decisioni hanno effetti sulla loro esistenza. Ancora una volta bisogna puntualizzare che le pratiche sociali non sono statiche, ma evolvono, riescono e si trasformano soltanto grazie al contributo dei partecipanti.

CONCLUSIONI

Il principio della *rule of law* è presente nel diritto contemporaneo come aspirazione necessaria a costruire relazioni non arbitrarie in contesti di interdipendenza. Il principio è tuttavia insidiato da molti pericoli. Alcuni di questi attengono al modo di concepirlo, quando lo si identifica riduttivamente con alcuni dei mezzi che servono ad implementare la *rule of law*, oppure con liste eterogenee di requisiti dai quali non si riesce a ricavare una lettura organica. Altri pericoli derivano dall'incapacità di vedere che la sua attuazione si misura sullo scopo da raggiungere, cioè nella realizzazione di una coordinazione ragionevole secondo diritto, e non sulla presenza formale di alcuni dei requisiti di cui alla fine si può fare un uso retorico. Altri ancora derivano più semplicemente dalla volontà di manipolare le istituzioni e le regole a proprio uso e consumo.

Nel corso di queste pagine sono state esaminate difficoltà provenienti dalla ricerca teorica e dalla dottrina, confrontandole con il modo in cui la comunità internazionale ha inteso interpretare e implementare il principio della *rule of law*, al fine di trovare chiavi di lettura unificanti. Non bisogna dimenticare che il dibattito teorico sulla *rule of law* si era svolto in gran parte in assenza della presa di coscienza dell'importanza del principio oggi consacrata in molti documenti giuridici e praticata secondo specifiche direttive. Una delle tesi qui sviluppate è che occorra tornare su quel dibattito alla luce del ruolo che la *rule of law* svolge nel diritto contemporaneo, perché proprio questo può servire a rinverdirlo e a fecondarlo. D'altra parte, la filosofia del diritto non dovrebbe andare lontana dalla pratica del diritto né avere paura di confrontarsi con essa. Anzi, dovrebbe aiutare a comprendere il senso dell'impresa giuridica e a riflettere sulle forme di partecipazione alla pratica giuridica che ne possano garantire la riuscita.

Sul fronte del contenuto, sono stati distinti diversi piani, presentando un concetto scalare di *rule of law* che, a partire da un'idea organizzativa, si articola progressivamente in principi e anche in indicatori che è possibile calibrare e misurare rispetto ai diversi contesti.

Sul fronte della sua estensione, si è sostenuto che la *rule of law* è un principio adattabile a diverse e nuove situazioni, come quelle della ristrutturazione dei poteri pubblici nell'attuale riconfigurazione dello stato costituzionale di diritto, nel diritto internazionale, nella gestione di nuove forme di regolazione (*soft law* e diritto globale) e anche nell'emersione dei poteri privati nella sfera pubblica. L'applicazione del principio richiede una particolare creatività da parte dei giuristi, in particolare, ma anche, in generale, da parte dei partecipanti alla pratica giuridica.

Alla questione cruciale sul perché nonostante tante esperienze riuscite – sia pure solo parzialmente riuscite, insieme a molte altre fallimentari – la *rule of law* sia ancora tanto lontana o costantemente in crisi si è voluto offrire una risposta che rilegge in un'ottica nuova la tradizionale formula secondo cui il governo della legge è superiore al governo degli uomini. Non si tratta di capovolgere il principio, ma di cogliere la complementarità delle istituzioni, procedure e regole, da un lato, e le abilità dei giuristi e cittadini, dall'altro. Questa complementarità è stata costruita sulla riflessività, di cui si è identificato un senso oggettivo e uno soggettivo. La riflessività in senso oggettivo consiste nel principio secondo cui nessuno è al di sopra del diritto, principio che descrive la circolarità tipica della pratica giuridica in cui vengono sempre prima le regole, i criteri, gli standard. La riflessività in senso soggettivo invece riguarda una particolare qualità dei giuristi – necessaria anche ai cittadini – che si concreta nella comprensione della finalità del diritto e dei suoi mezzi e nell'adesione e adozione del suo modo di operare.

La *rule of law* – come ho cercato di mostrare – non è garantita soltanto da regole, procedure, meccanismi istituzionali, ma richiede altresì un impegno personale e cooperativo da parte di tutti coloro che sono coinvolti nella pratica giuridica. Non solo di coloro che svolgono una funzione o esercitano un potere, ma anche dei destinatari del diritto, cioè di coloro che, obbedendo alle regole giuridiche, contribuiscono ad interpretarle e applicarle. La *rule of law* è una difesa nei confronti dell'uso arbitrario

del potere da qualsiasi parte esso provenga, da parte di tutti quelli che in qualche modo partecipano al suo esercizio. Ma il richiamo all'aspetto soggettivo, ad una mentalità che sia in grado di cogliere il senso del diritto e di metterlo in pratica, dimostra che il governo della legge non potrà mai fare a meno del fattore umano. D'altronde, se il diritto ha necessariamente bisogno dell'interpretazione per essere operativo, allora avrà pur sempre bisogno di quell'attività ermeneutica che è propria dell'essere umano. Pertanto, il principio della *rule of law* comprende necessariamente anche le disposizioni soggettive in grado di farlo valere nella pratica giuridica. Che la legge governi al posto gli uomini non significa un'esclusione del fattore umano, cosa impossibile, ma che il potere umano sia soggetto a restrizioni e limiti.

BIBLIOGRAFIA GENERALE

- ALCHOURRÓN C.E.-BULYGIN E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1996), Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2000.
- ALEXY R., *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino, 1997.
- ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali* (1985), il Mulino, Bologna, 2012.
- AMAYA A., *Law and virtue theory*, in M. SELLERS-S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht, 2019, https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6519-1_159.
- ANDERSON E., *Feminist Epistemology and Philosophy of Science*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/feminism-epistemology/>.
- ANJINAPPA G., *Rule of Law: a Fundamental Pillar Enabling Sustainable Development and Reduction of Poverty in India*, in *International Journal of Asian Business and Information Management*, 6, 1, 2015, pp. 38-50.
- ANNAS J., *The Morality of Happiness*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- ANNAS J., *Virtue as a Skill*, in *International Journal of Philosophical Studies*, 3, 2, 1995, pp. 227-243.
- ANNAS J., *Intelligent Virtue*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- ARCHER M.S., *Structure, Agency and the Internal Conversation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- ARCHER M.S., *Making our Way through the World. Human Reflexivity and Social Mobility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- ARCHER M.S. (ed.), *Conversations About Reflexivity*, Routledge, London, 2010.
- ARENA F.J. (coord.), *Manual sobre los Efectos de los Estereotipos en la Impartición de Justicia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022.
- ATIENZA M., *Diritto come argomentazione* (2006), Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

- ATIQ E.H., *Legal Positivism and the Moral Origins of Legal Systems*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, July, 2022, pp. 1-28.
- AUSTIN L.M., *Property and the Rule of Law*, in *Legal Theory*, 20, 2014, pp. 79-105.
- AUSTIN L.M.-KLIMCHUK D. (eds.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- AZZENA L., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Giappichelli, Torino, 1998.
- BAETTY D.M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2015, pp. 163-178.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), Einaudi, Torino, 1981.
- BECK U.-BECK-GERNSHEIM E., *Individualization*, Sage, London, 2002.
- BELLO HUTT D., *Rule of Law and Political Representation*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 2022, pp. 1-25.
- BENATTI F., *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, il Mulino, Bologna, 2014.
- BENHABIB S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini* (2004), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2006.
- BENTHAM J., *A Comment on the Commentaries, and a Fragment on Government* (1776), Clarendon Press, Oxford, 1977.
- BENVENUTI P., *Diritto delle genti in divenire: fonti e soggetti*, in *La comunità internazionale*, 55, 4, 2000, pp. 593-609.
- BERLIN I., *Four Essays on Liberty* (1969), Oxford University Press, Oxford, 2002.
- BESSON S., *Sovereignty, International Law and Democracy*, in *The European Journal of International Law*, 22, 2, 2011, pp. 373-387.
- BESSON S.-TASIOULAS J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- BIANCHI A., *International Law Theories*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- BIANCHI A. (ed.), *Theory and Philosophy of International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017.
- BIN R., *Soft Law, No Law*, in A. SOMMA (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31-40.
- BIN R., *Rule of law e ideologie*, in G. PINO-V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 37-60.
- BINGHAM T., *The Rule of Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 67, 2007, pp. 67-85.
- BINGHAM T., *The Rule of Law*, Penguin, New York, 2010.

- BIONDO F., *Disobbedienza civile e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.
- BIX B., *Teoria del diritto. Idee e contesti* (2015), Giappichelli, Torino, 2016.
- BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. SCARPELLI (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 287-324.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.
- BOITANI A., *L'illusione liberista*, Laterza, Roma-Bari, 2021.
- BOUDREAU T.E., *The Modern Law of Nations: Jus gentium and the Role of Roman Jurisprudence in Shaping the Post World War II International Order*, in *The Digest National Italian American Bar Association Law Journal*, 20, 2012, <https://www.niaba.org/Publications>.
- BOURDIEU P., *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977.
- BOURDIEU P., *In Other Words: Essays Towards a Reflexive Sociology*, Stanford University Press, Stanford, 1990.
- BRADFORD A., *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- BRADLEY WENDEL W., *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2010.
- BRIGAGLIA M.-CELANO B., *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 17, 2, 2017, pp. 523-535, https://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2017_n17-2/25_studi_4_Brigaglia-Celano.pdf.
- BROWNSWORD R., *Technological management and the Rule of Law*, in *Law, Innovation and Technology*, 8, 1, 2016, pp. 100-140.
- BUCHANAN A.-GOLOVE D., *Philosophy of International Law*, in J. COLEMAN-K.E. HIMMA-S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 868-934.
- BURGESS P., *The Rule of Lore in the Rule of Law: Putting the Problem of the Rule of Law in Context*, in *Hague Journal of the Rule Law*, 12, 2020, pp. 333-361.
- CANE P. (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- CAPOGRASSI G., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959.
- CAROTHERS T., *The Rule of Law Revival*, in *Foreign Affairs*, 77, 2, 1998, pp. 95-106.
- CARTY A., *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007.

- CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- CASSESE S., *Una furiosa espansione della legge? Spazio giuridico globale e rule of law*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1, 2014, pp. 110-112.
- CELANO B., *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in J. FERRER-J.J. MORESO-D. PAPAYANNIS (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 175-202.
- CELANO B., *Publicity and the Rule of Law*, in L. GREEN-B. LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, vol. 2, pp. 122-147.
- CELANO B., *La teoria del diritto di H.L.A. Hart. Un'introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 2023.
- CHEN W.-FU H. (eds.), *Authoritarian Legality in Asia: Formation, Development and Transition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- CHESTERMAN S., *An International Rule of Law?*, in *American Journal of Comparative Law*, 56, 2, 2008, pp. 331-361.
- COHEN G.A., *Rescuing Justice and Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2008.
- CONSIGLIO E., *Chinese Legal Theory and Human Rights. Rearticulating Marxism, Liberalism, and the Classical Legal Tradition*, College Publications, London, 2019.
- CONSIGLIO E., *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2020.
- CORSO L., *The Rule of Law without Legalism. Putting (Government) Cruelty First*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1, 2024, pp. 157-182.
- COSTA P.-ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- CRAIG P., *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in *Public Law*, Autumn 1997, pp. 467-487.
- CRAWFORD J.-KOSKENNIEMI K. (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- D'AGOSTINO F., *Lezioni di Teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006.
- D'AGOSTINO F., *Parole di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2006.
- D'ASPREMONT J., *International law as a Belief System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- DE LONDRAS F., *Dualism, Domestic Courts, and the Rule of International Law*, in M. SELLERS-T. TOMASZEWSKI (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Springer, Dordrecht, 2010, pp. 217-243.
- DE SENA P.-PISILLO MAZZESCHI R. (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2018.
- DE SOUSA SANTOS B., *Law and the Epistemology of the South*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

- DELLAVALLE S., *Il potere dell'Unione Europea*, in *Teoria politica*, 6, 2016, pp. 193-222.
- DELMAS C.-BROWNEE K., *Civil Disobedience*, in E.N. ZALTA-U. NODERMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2024 <https://plato.stanford.edu/archives/fall2024/entries/civil-disobedience/>.
- DI LUCIA P.-PASSERINI GLAZEL L., *The first and the last word. Critical remarks on Himma's philosophical enterprise*, in *Revus*, 45, 2021, <https://journals.openedition.org/revus/7612>.
- DICEY A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1885.
- DICKSON J., *Elucidating Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022.
- DONATI P.P., *Sociologia della riflessività. Come si entra nel dopo-moderno*, il Mulino, Bologna, 2011.
- DUXBURY N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.
- DWORKIN R., *L'impero del diritto* (1986), Il Saggiatore, Milano, 1989.
- DWORKIN R., *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio* (1977), il Mulino, Bologna, 2010.
- DWORKIN R., *A New Philosophy for International Law*, in *Philosophy & Public Affairs*, 41, 1, 2013, pp. 2-30.
- EBBESSON J.-HEY E. (eds.), *The Cambridge Handbook of the Sustainable Development Goals and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- EDMUNDSON W.A., *The virtue of law-abidance*, in *Philosophers' Imprint*, 6, 2006, pp. 1-21.
- ELSTER J., *Argomentare e negoziare* (1993), Anabasi, Milano, 1993.
- ENDICOTT T.A., *The impossibility of the rule of law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 1, 1999, pp. 1-18.
- ENDICOTT T.A., *The Reason of the Law*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, pp. 83-106.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), Giuffrè, Milano, 1970.
- ERIKSON E.H., *Fidelity and Diversity*, in *Daedalus*, 91, 1, 1962, pp. 5-27.
- FERRAJOLI L., *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 9, 1993, pp. 63-76.
- FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- FERRARESE M.R., *Poteri nuovi*, il Mulino, Bologna, 2022.

- FERRARO F.-ZORZETTO S. (eds.), *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2018.
- FINNIS J., *Legge naturale e diritti naturali* (1992), Giappichelli, Torino, 1996.
- FINNIS J., *Human Rights & Common Good. Collected Essays vol. III*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- FINNIS J., *Natural Law Theories*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020, <https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.
- FIORAVANTI M., *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999.
- FLANAGAN B., *The Burning Armchair: Can Jurisprudence be Advanced by Experiment?* 2023, <https://ssrn.com/abstract=4624493>.
- FLANAGAN B.-HANNIKAINEN I.R., *The Folk Concept of Law: Law Is Intrinsically Moral*, in *Australasian Journal of Philosophy*, 100, 1, 2020, pp. 165-179.
- FOUCAULT M., *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977.
- FOX-DECENT E., *Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?* in *Law and Philosophy*, 27, 2008, pp. 533-581.
- FROSINI T.E. (a cura di), *Rule of Law come costituzionalismo*, il Mulino, Bologna, 2023.
- FROST M., *Constituting Human Rights. Global Civil Society and the Society of Democratic States*, Routledge, London-New York, 2002.
- FULLER L.L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964.
- FULLER L.L., *The Anatomy of the Law*, Praeger, New York, 1968.
- FULLER L.L., *Mediation: Its forms and functions*, in *Southern California Law Review*, 44, 1971, pp. 305-339.
- FULLER L.L.-KENNETH W., *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 92, 2, 1978, pp. 353-409.
- GARDNER H., *Formae mentis. Saggio sulla pluralità dell'intelligenza* (1983), Feltrinelli, Milano, 1987.
- GARDNER J., *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- GIANFORMAGGIO L., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008.
- GILLIGAN C., *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982.
- GINSBURG T., *In Defense of Imperialism? The Rule of Law and the State-building Project*, in J. FLEMING (ed.), *Nomos: Getting to the Rule of Law*, New York University Press, New York, 2011, pp. 224-264.

- GREADY P.-ROBINS S. (eds.), *From Transitional Justice to Transformative Justice: A New Agenda for Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- GRECO T., *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità nel diritto*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 1, 2014, pp. 9-26.
- GRECO T., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2021.
- GUZMAN A.T.-MEYER T.L., *International Soft Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 2, 1, 2010, pp. 171-225.
- HARDING S., *The Method Question*, in *Hypatia*, 2, 3, 1987, pp. 19-35.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino, 1965.
- HAUGSETH J.F.-SMEPLASS E., *The Greta Thunberg Effect: A Study of Norwegian Youth's Reflexivity on Climate Change*, in *Sociology*, 57, 4, 2023, pp. 921-939.
- HAYEK F., *The Constitution of Liberty* (1960), The University of Chicago Press, Chicago, 1976.
- HIMMA K.E., *Conceptual Jurisprudence. An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory*, in *Revus*, 26, 2015, pp. 65-92.
- HIMMA K.E., *What Exactly is the Problem with Judicial Supremacy? The Rule of Law, Moral Legitimacy, and the Construction of Constitutional Law*, in M.A. JOVANOVIĆ-K.E. HIMMA (eds.), *Courts, Interpretation, the Rule of Law*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014, pp. 9-32.
- HIRJI S., *Acting virtuously as an end in Aristotle's Nicomachean*, in *British Journal for the History of Philosophy*, 2018, <https://philarchive.org/archive/HIRAVA>.
- HOBBS T., *Leviatano* (1651), La Nuova Italia, Firenze, 1976.
- HURSTHOUSE R.-PETTIGROVE G., *Virtue Ethics*, in E.N. ZALTA-U. NODERMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023 <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/ethics-virtue/>.
- INOSTROZA KRISTAN M.V., *Violations and Deficiencies of the Rule of Law*, manoscritto, 2025.
- JOVANOVIĆ M.A., *Interpretation in International Law and International Rule of Law – Any lesson for Jurisprudence?*, in M.A. JOVANOVIĆ-K.E. HIMMA (eds.), *Courts, Interpretation, the Rule of Law*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014, pp. 33-55.
- JOVANOVIĆ M.A., *The Nature of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- JOVANOVIĆ M.A.-HIMMA K.E. (eds.), *Courts, Interpretation, the Rule of Law*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014.
- KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012.
- KAWALL J., *In Defence of the Primacy of Virtues*, in *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 3, 2, 2009, pp. 1-21.

- KELSEN H., *Teoria generale delle norme* (1979), Einaudi, Torino, 1985.
- KINGSBURY B.-KRISCH N.-STEWART R.B., *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 68, 3/4, 2005, pp. 15-61.
- KOSKENNIEMI M., *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 8, 2007, pp. 9-36.
- KOSKENNIEMI M., *The Politics of International Law*, Hart Publishing, Oxford & Portland, 2011.
- KOSKENNIEMI M., *To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power, 1300-1870*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- KRYGIER M., *Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?*, in *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, 22, 2010, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2010/22.html>.
- KRYGIER M., *The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 12, 1, 2016, pp. 199-229.
- KRYGIER M., *What's the point of the rule of law*, in *Buffalo Law Review*, 67, 3, 2019, pp. 743-792.
- KUHN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), Einaudi, Torino, 2009.
- LAMOND G., *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>.
- LEE Y.S., *General Theory of Law and Development*, in *Cornell International Law Journal*, 50, 3, 2017, pp. 415-472.
- LEFKOWITZ D., *Philosophy and International Law. A Critical Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- LEVI E.H., *An Introduction to Legal Reasoning* (1941-48), The University of Chicago Press, Chicago, 1962.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Diritto naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. VI, Utet, Torino, 1990, pp. 314-324.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Diritti dell'uomo e diritto pleromatico*, in *Ragion pratica*, 18, 2002, pp. 155-168.
- LUBAN D., *The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2, 2010, pp. 29-47.
- LUBAN D., *On the Humanity of the Enemy of Humanity*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 47, 2, 2018, pp. 187-199, https://www.boomportal.nl/tijdschrift/NJLP/NJLP_2213-0713_2018_047_002_007.
- LUBAN D.-BRADLEY WENDEL W., *Philosophical Legal Ethics: An Affectionate History*, in *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 30, 3, 2017, pp. 337-364.

- LUMSDEN K., *Reflexive Theory. Method and Practice*, Routledge, New York, 2020.
- MACINTYRE A., *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale* (1981), Feltrinelli, Milano, 1988.
- MACINTYRE A., *Whose Justice? Which Rationality?*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1988.
- MACINTYRE A., *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Encyclopedia, Genealogy, and Tradition*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1990.
- MACKINNON C.A., *Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory*, in *Signs*, 7, 3, 1982, pp. 515-544.
- MACKINNON C.A., *Le donne sono umane?*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- MAHMUTOVIC A.-ALHAMOUDI A., *Understanding the Relationship Between the Rule of Law and Sustainable Development*, in *Access to Justice in Eastern Europe*, 1, 2024, pp. 170-197.
- MANNORI L.-SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- MANZIN M., *Primato della legalità e ragionamento processuale. Il sillogismo giuridico nella prospettiva del rule of law*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 19, 2, 2019, pp. 153-172.
- MARMOR A.-SARCH A., *The Nature of Law*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>.
- MARRA P., *Per una moralità procedurale del diritto. Considerazioni attuali a partire da Lon L. Fuller*, Cacucci, Bari, 2022.
- MARRELLA F., *La nuova Lex Mercatoria. Principi di Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2003.
- MARRELLA F., *Regolazione internazionale e responsabilità globale delle imprese transnazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2009, pp. 229-258.
- MAY C.-WINCHESTER A. (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.
- MCDOWELL J., *Virtue and Reason*, in *The Monist*, 62, 3, 1979, pp. 331-350.
- MCILWAIN C.H., *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), il Mulino, Bologna, 1990.
- MEIERHENRICH J.-LOUGHLIN M. (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996.
- MERON T., *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- MILLER D., *Virtues and Practices*, in *Analyse & Kritik*, 6, 1984, pp. 49-60.
- MOYN S., *The Last Utopia. Human Rights in History*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010.

- MOYN S., *Human rights and the age of inequality*, in D. LETTINGA-L. VAN TROOST (eds.), *Can human rights bring social justice?*, Amnesty International Netherlands, The Netherlands, 2015.
- MUNRO V.E., *Feminist Critiques of the Rule of Law*, in J. MEIERHENRICH-M. LOUGHLIN (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 340-356.
- NIETO A.-GORDILLO A., *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003.
- NINO C.S., *Il diritto come morale applicata* (1994), Giuffrè, Milano, 1999.
- NUÑEZ VAQUERO A., *Ciencia jurídica*, in J.L. FABRA ZAMORA-A. NUÑEZ VAQUERO (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, Unam, México, 2015, pp. 602-605.
- NUSSBAUM M.C., *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca* (1986), il Mulino, Bologna, 1996.
- NUSSBAUM M.C., *L'intelligenza delle emozioni* (2001), il Mulino, Bologna, 2004.
- NYE H., *Predictability and Precedent*, in T.A. ENDICOTT-H. DAN KRISTJÁNSSON-S. LEWIS (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 443-456.
- NYE H., *Waldron, Jeremy: Rule of Law*, in M. SELLERS-S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht, 2019, https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_26-1.
- OAKLEY J.-COCKING D., *Virtue Ethics and Professional Roles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- ORFORD A., *International Law and the Politics of History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- PALOMBELLA G., *The Rule of Law and its Core*, in G. PALOMBELLA-N. WALKER (ed.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009, pp. 17-42.
- PALOMBELLA G. (ed.), *Approaching Inter-legality*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 11, 1, 2022, pp. 7-90.
- PALOMBELLA G.-WALKER N. (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009.
- PARIOTTI E., *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.
- PARIOTTI E., *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Utet, Torino, 2008.
- PAVLAKOS G., *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007.
- PERELMAN C.-OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Einaudi, Torino, 1973.

- PETTIT P., *The basic liberties*, in M.H. KRAMER (ed.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 201-211.
- PINTORE A., *Coercizione e diritto*, Mimesis, Milano, 2023.
- PORCIELLO A., *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller*, ETS, Pisa, 2016.
- POSTEMA G.J., *Implicit Law*, in *Law and Philosophy*, 13, 3, 1994, pp. 361-387.
- POSTEMA G.J., *The Soul of Justice. Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law*, in X. ZHAI-M. QUINN (eds.), *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 40-62.
- POSTEMA G.J., *Law's Rule. The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022.
- QERIMI Q., *Operationalizing and Measuring Rule of Law in an Internationalized Transitional Context: The Virtue of Venice Commission's Rule of Law Checklist*, in *Law and Development Review*, 13, 1, 2020, pp. 59-94.
- RADBRUCH G., *Filosofia del diritto* (1932), Giuffrè, Milano, 2021.
- RAIMONDO F., *Il privilegio della cittadinanza: la revoca come strumento di contrasto al terrorismo. La riforma italiana nel contesto europeo*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2, 2019, pp. 416-419.
- RAJAH J., *Authoritarian Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- RAWLS J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- RAZ J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- RAZ J., *Liberty and Trust*, in R.P. GEORGE, *Natural Law, Liberalism, and Morality. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 113-129.
- RAZ J., *The Law's Own Virtue*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 39, 1, 2019, pp. 1-15.
- RENZO M.-GREEN L., *Legal Obligation and Authority*, in E.N. ZALTA-U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022 <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/legal-obligation/>.
- RICOEUR P., *Le Juste 2*, Esprit, Paris, 2001.
- RIVOLTELLA P.C., *Le virtù del digitale. Per un'etica dei media*, Morcelliana, Brescia, 2015.
- RODRÍGUEZ-BLANCO V., *Reasons in Action v Triggering-Reasons: A Reply to Enoch on Reason-Giving and Legal Normativity*, in *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, 7, 2013, <http://www.scielo.org>.

mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100001&lng=en&tlng=en.

- RODRÍGUEZ-BLANCO V., *Law and Authority Under the Guise of the Good*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2014.
- ROSS A., *Diritto e giustizia* (1959), Einaudi, Torino, 1965.
- RUNDLE K., *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012.
- SADURSKI W., *Rule of Law v. the Rule of Men and Women: What's in the Distinction? A Very Short Essay for Martin Krygier*, Sydney Law School Research Paper No. #19/64, October 23, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3474689>.
- SANTALUCIA G., *Relazione introduttiva al 36° Congresso Nazionale Magistratura e legge tra imparzialità e interpretazione*, Palermo 10 maggio 2024, <https://www.giustiziainsieme.it/it/gli-attori-della-giustizia/3138-relazione-36-congresso-nazionale-anm-giuseppe-santalucia>.
- SANZ CABALLERO S. (ed.), *La Unión Europea y el reto del Estado de Derecho*, Thomson Reuters, Pamplona, 2022.
- SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, 26, 1971, pp. 553-574.
- SCHARPF F.W., *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- SCHAUER F., *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2009.
- SCHAUER F., *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2015.
- SCHIAVELLO A., *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.
- SELZNICK P., *American Society and the Rule of Law*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 33, 1, 2005, pp. 28-39.
- SEMPILL J., *The Rule of Law and the Rule of Men: History, Legacy, Obscurity*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 12, 3, 2020, pp. 511-540.
- SEN A.K., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia* (1999), Mondadori, Milano, 2000.
- SEN A.K., *Elements of a Theory of Human Rights*, in *Philosophy & Public Affairs*, 32, 4, 2004, pp. 315-356.
- SENDEL L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004.
- SEVEL M. (ed.), *Routledge Handbook of the Rule of Law*, Routledge, New York, 2025.
- SHAPIRO S., *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.
- SHKLAR J., *Political Theory and the Rule of Law*, in A.C. HUTCHINSON-P.

- MONAHAN (eds.), *The rule of law. Ideal or ideology*, Carswell, Toronto, 1987, pp. 1-16.
- SHKLAR J., *The Liberalism of Fear*, in N. ROSENBLUM (ed.), *Liberalism and the moral life*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989, pp. 21-38.
- SIMMONDS N., *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- SIMMONDS N., *Reflexivity and the Idea of Law*, in *Jurisprudence*, 1, 1, 2010, pp. 1-23.
- SINGH S.-D'ASPREMONT J. (eds.), *Concepts for International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.
- SNOW N.E. (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford University Press, Oxford, 2018, <https://academic.oup.com/edited-volume/28109/chapter/212245983?login=true>.
- SPAEMANN R., *Persone. Sulla differenza tra "qual-cosa" e "qualcuno"* (1996), Laterza, Roma-Bari, 2005.
- STAMMLER R., *The Theory of Justice* (1925), The Lawbook Exchange, Union NJ, 2000.
- STEFFEK J., *Public accountability and the public sphere of international governance*, in *Ethics and International Affairs*, 24, 1, 2010, pp. 45-67.
- STEIN R.A., *What Exactly Is the Rule of Law?*, in *Houston Law Review*, 57, 1, 2019, pp. 185-201.
- STICHTER M., *The Skillfulness of Virtue*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- TAEKEMA S., *Methodologies of Rule of Law research: why legal philosophy needs empirical and doctrinal scholarship*, in *Law and Philosophy*, 40, 2021, pp. 33-66.
- TAMANAH B., *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. PALOMBELLA-N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009, pp. 3-15.
- TANESINI A.-LYNCH M.P. (eds.), *Polarisation, Arrogance, and Dogmatism*, Routledge, London, 2021.
- TASIOULAS J., *The Rule of Law*, in J. TASIOULAS (ed.), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 117-134.
- TASIOULAS J., *The Rule of Algorithm and the Rule of Law*, in *Vienna Lectures on Legal Philosophy*, 2023, <https://ssrn.com/abstract=4319969>.
- TEITEL R., *Humanity Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- TESON F., *A Philosophy of International Law*, Westview Press, Boulder Col., 1998.
- TEUBNER G., *Susbtantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 17, 2, 1983, pp. 239-286.

- TRUBEK D.M.-SANTOS A. (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- TRUJILLO I., *Rule of law, rule of men, and rule of women. Reforming power and decision-making processes*, in *Milan Law Review*, 5, 1, 2024, <https://riviste.unimi.it/index.php/milanlawreview/article/view/24199>.
- TRUJILLO I., *The complementarity between the virtue of law (the rule of law) and the legal virtues*, in *The Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 53, 2024, <https://www.njlp.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieen-theorie/2024/Pre-publications/NJLP-D-23-00002>.
- TRUJILLO I.-VIOLA F., *What Human Rights Are Not (or Not Only)*, Nova-science Publishers, New York, 2014.
- UNGER R.M., *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York Free Press, London, 1976.
- VAN DER VOSSEN B.-CHRISTMAS B., *Libertarianism*, in E.N. ZALTA-U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/libertarianism/>.
- VAN WAEYENBERGE E., *The private turn in development finance*, working paper n. 140, FESSUD, 2015, <https://fessud.org/wp-content/uploads/2015/03/The-private-turn-in-developing-finance-Working-Paper-140.pdf>.
- VELLUZZI V. (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Edizioni ETS, Pisa, 2012.
- VILLA V., *Disaccordi interpretativi profondi*, Giappichelli, Torino, 2017.
- VIOLA F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.
- VIOLA F., *Costituzione e ragione pubblica. Il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in *Persona y Derecho*, 46, 2002, pp. 35-71.
- VIOLA F., *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- VIOLA F., *I diritti umani sono naturali?*, in F. BOTTURI-R. MORDACCI (a cura di), *Natura in etica. Annuario di Etica* 6, Vita e Pensiero, Milano, 2009, pp. 69-92.
- VIOLA F., *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011.
- VIOLA F., *Rawls e il diritto*, in *Biblioteca della libertà*, 48, 2013, https://www.centroeinaudi.it/images/abook_file/206-207online_Viola.pdf.
- VIOLA F., *Il futuro del diritto*, in *Persona y Derecho*, 79, 2, 2018, pp. 9-36.
- VIOLA F., *Il Rule of Law come idea di società*, in G. ACOCELLA (ed.), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 25-40.
- VIOLA F., *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 2021.
- VIOLA F., *Diritto e ragion pratica. A colloquio con Enrico Caterini*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025.
- VIOLA F.-ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

- VIOLA F.-ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna, 2017.
- VON BOGDANDY A.-BOGDANOWICZ P.-CANOR I.-GRABENWARTER C.-TABOROWSKI M.-SCHMIDT M. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2021.
- WADE H.W.R., *Diritto amministrativo inglese* (1961), Giuffrè, Milano, 1969.
- WALDRON J., *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- WALDRON J., *The Rule of International Law*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 30, 1, 2006, pp. 15-30.
- WALDRON J., *The Concept and the Rule of Law*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-50, 2008, <https://ssrn.com/abstract=1273005>.
- WALDRON J., *Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?*, in *The European Journal of International Law*, 22, 2, 2011, pp. 315-343.
- WALDRON J., *The rule of law and the importance of procedure*, in *Nomos*, 50, 2011, p. 22.
- WALDRON J., *Stare decisis and the Rule of law*, in *Michigan Law Review*, 111, 1, 2012, <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1/>.
- WALDRON J., *One Another's Equals: The Basis of Human Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2017.
- WALDRON J., *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in MEIERHENRICH J.-LOUGHLIN M. (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 121-136.
- WALDRON J., *The Rule of Law*, in E.N. ZALTA-U. NODELMAN (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>.
- WALDRON J., *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2023.
- WALZER M., *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1994.
- WALZER M., *Rescuing Civil Society*, in *Dissent*, 1999, pp. 62-67.
- WALZER M., *Sfere di giustizia* (1983), Laterza, Roma-Bari, 2008.
- WASSERSTROM R.A., *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, 1961.
- WEILER J.H., *The European circumstance and the politics of meaning: not on bread alone doth man liveth (Deut. 8:3; mat 4:4)*, in *German Law Journal*, 21, 1, 2020, pp. 1140-66.
- WEILER J.H., *Deciphering the Political and Legal DNA of European*

- Integration: An Exploratory Study*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 96, 2012, pp. 13-40.
- WEINRIB E.J., *Reciprocal Freedom: Private Law and Public Right*, Clarendon Law Lectures, Oxford, 2022.
- WERNER W.-DE HOON M.-GALAN A. (eds.), *The Law of International Lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- WHITAKER P.-ATKINSON E.M., *Reflexivity in Social Research*, Palgrave MacMillan, Cham, 2021.
- WIDLAK T., *The Teleology of Peace and Kelsen's Philosophy of International Law*, in J.E. NUÑEZ-G. VILLA-ROSAS-J.L. FABRA-ZAMORA (eds.), *Kelsen's Legacy. Legal Normativity, International Law and Democracy*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2025, pp. 241-257.
- WINSTON K. (ed.), *Special Issue on Lon Fuller*, in *Law and Philosophy*, 13, 3, 1994, pp. 253-418.
- WOLFF R., *In difesa dell'anarchismo* (1970), Elèuthera, Milano, 1999.
- ZACCARIA G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna, 2022.
- ZAGZEBSKI L.T., *Exemplarist Moral theory*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- ZERILLI J.-BHATT U.-WELLER A., *How transparency modulates trust in artificial intelligence*, in *Patterns*, 3, 4, 2022, pp. 1-10.

Finito di stampare nel mese di novembre 2025
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Recta Ratio

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

Volumi pubblicati

Prima serie:

1. V. MATHIEU, *Luci ed ombre del giu-snaturalismo*, 1989, pp. 328.
2. D. CAMPANALE, *Il diritto naturale tra metafisica e storia. Leibniz e Vico, I. Leibniz*, 1988, pp. 180.
3. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, terza edizione, 1993, pp. 200.
4. F. VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, 1989, pp. 220.
5. S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, 1989, pp. II-322.
6. B. MONTANARI, *Fenomeni sociali e lettura giuridica*, 1989, pp. 300.
7. C. BRUAIRE, *La forza dello spirito e lo spirito del diritto*, a cura di Pierfranco Ventura, 1990, pp. XVIII-166.
8. B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Prefazione di Enrico Opocher, 1990, pp. 308.
9. G. FIASCHI, *Il desiderio di nulla. Compimento rivoluzionario e sessualità moderna*, 1990, pp. 120.
10. S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, 1990, pp. 280.
11. A. DAL BROLLO, *La giustizia rivoluzionaria*, 1990, pp. 172.
12. H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, a cura di Luigi Ciaurro, 1990, pp. 180.
13. B. CELANO, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, 1990, pp. 344.
14. G. ZACCARIA (a cura), *Diritto positivo e positività del diritto*, 1991, pp. XIV-366.
15. P. AMSELEK (a cura), *Teoria degli atti linguistici etica e diritto*, ed. it. a cura di Angiola Filipponio, 1991, pp. 300.
16. F. TODESCAN, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991, pp. 156.
17. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, 1992, pp. 232.
18. V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, 1993, pp. 372.
19. B. MONTANARI (a cura), *La norma subita*, 1993, pp. 216.
20. R. MENEGHELLI, *Frammenti di filosofia minima*, 1993, pp. 140.

Seconda serie:

1. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, 1993, pp. X-302.
2. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, seconda edizione ampliata, 1996, pp. VIII-280.
3. G. COSÌ, *Il Logos del diritto*, 1993, pp. X-430.
4. O. HÖFFE, *Persino un popolo di diavoli ha bisogno dello Stato. Contributi filosofici per un'etica del diritto e dello Stato*, a cura di Agata C. Amato Mangiameli, 1993, pp. 194.
5. L. TRIOLO, *La norma ignota. Metateoria e teoria del diritto in Kelsen*, 1993, pp. X-410.
6. A. ARGIOFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, 1994, pp. XII-236.
7. E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, a cura di Luigi Ciaurro e Clemente Forte, 1994, pp. 98.

8. AA.VV., *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di Mario Jori, 1994, pp. 274.
9. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, 1994, pp. 274.
10. AA.VV., *Ontologia e fenomenologia del giuridico*, Studi in onore di Sergio Cotta, a cura di Francesco D'Agostino, 1995, pp. VIII-356.
11. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, quarta edizione, ristampa anastatica del 1995, pp. 200.
12. M. CASCAVILLA, *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*, 1995, pp. VIII-176.
13. C. SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, 1995, pp. XII-332.
14. J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di Francesco Viola, 1996, pp. XXXII-476.
15. AA.VV., *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, a cura di Francesco D'Agostino, 1996, pp. 382.
16. P. SAVARESE, *Schelling filosofo del diritto. Introduzione alla lettura e commento di testi fondamentali*, 1996, pp. 238.
17. A.C. AMATO MANGIAMELI, «Desiderai essere un cittadino». *Oltre il retaggio simbolico della moderna sovranità*, 1996, pp. 198.
18. L. TRIOLO, *Primato del diritto e giustizia*, 1996, pp. VIII-296.
19. L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, 1996, pp. VIII-304.
20. M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, 1996, pp. X-414.

Terza serie:

1. F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, terza edizione ampliata, 1998, pp. X-358.
2. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, 1996, pp. X-262.
3. E. PARIOTTI, *Individuo, comunità, diritti tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, 1997, pp. 284.
4. F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia del diritto*, terza edizione riveduta ed ampliata, 1997, pp. 322.
5. F. D'AGOSTINO (a cura di), *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, 1998, pp. VI-402.
6. I. TRUJILLO PÉREZ, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, 1997, pp. 214.
7. F. CONIGLIARO, *Dominium terrae. L'uomo nel mondo della natura*, 1998, pp. 256.
8. A. OLLERO-TASSARA, *Diritto "positivo" e diritti umani*, a cura di Isabel Trujillo Pérez, 1998, pp. VI-210.
9. L. PALAZZANI, *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius. La questione del concubinato*, 1998, pp. VIII-348.
10. G. COSÌ, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, 1998, pp. XVI-452.
11. S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, 1998, pp. VIII-266.
12. F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, quinta edizione, 1999, pp. XII-220.
13. M.F. RABAGLIETTI, *Diritto e legge nell'intramontabile mito di Antigone e Creonte*, 2000, pp. VI-154.
14. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e Cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, 2000, pp. VIII-292.

15. V. MATHIEU, *L'uomo animale ermeneutico*, 2000, pp. VI-282.
16. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, terza edizione ampliata, 2000, pp. VIII-296.
17. D. FALCIONI, *Natura e libertà in Kant. Un'interpretazione del progetto. Per la pace perpetua (1795)*, *Presentazione di Reinhard Brandt*, 2000, pp. VIII-172.
18. L. TRIOLO, *Legalismo e legalità*, 2000, pp. VIII-192.
19. D. CANALE, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, 2000, pp. 310.
20. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, 2000, pp. 232.

Quarta serie:

1. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, 2000, pp. XII-232.
2. F. CONIGLIARO, *La libertà. Estasi e tormento*, 2001, pp. VIII-328.
3. S. AMATO, *Coazione, coesistenza, compassione*, 2002, pp. VI-230.
4. F. D'AGOSTINO (a cura di), *La sterilizzazione come problema biogiuridico*, 2002, pp. VI-158.
5. V. BELLVER CAPELLA, *Clonare? Etica e diritto di fronte alla clonazione umana*, 2002, pp. XX-244.
6. A. ARGIROFFI, *Identità personale, giustizia ed effettività. Martin Heidegger e Paul Ricoeur*, 2002, pp. XVI-212.
7. I.T. MUCCICONI, «Matrimonio di fatto» e pensiero giuridico, 2002, pp. VIII-276.
8. M. GENTILE, *Giustizia e desiderio. La verità della vittima nel pensiero di René Girard*, 2003, pp. XIV-274.
9. I. TRUJILLO, *Imparzialità*, 2003, pp. XII-324.
10. F. BIONDO, *Benessere, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, 2003, pp. VI-256.
11. M. CASCAVILLA, *Il diritto insufficiente e necessario*, 2003, pp. XIV-214.
12. F. D'AGOSTINO-P.A. AMODIO (a cura di), *Le libertà religiose e di culto. Contenuto e limiti*, 2003, pp. XIV-130.
13. B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, 2003, pp. VIII-184.
14. F. D'AGOSTINO, *Parole di bioetica*, 2004, pp. VIII-236.
15. V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, 2004, pp. X-326.
16. G. SADUN BORDONI, *L'ordine infranto. Il declino dello Stato nazionale tra diritto e politica*, 2004, pp. VIII-264.
17. P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004, pp. XII-292.
18. E. PARIOTTI, *La giustizia oltre lo stato: forme e problemi*, 2004, pp. 240.
19. V. MATHIEU, *Privacy e dignità dell'uomo. Una teoria della persona*, 2004, pp. X-146.
20. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Stati postmoderni e diritto dei popoli*, 2004, pp. XII-216.

Quinta serie:

1. G. SOLARI, *Il problema del diritto e dello Stato nella filosofia del diritto di Giorgio Guglielmo Federico Hegel*, a cura di F. D'Agostino, 2005, pp. XVIII-126.
2. E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, 2005, pp. XIV-338.
3. F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, 2005, pp. VI-274.

4. G. SARACENI, *Il Profeta e la legge. Riflessioni bergsoniane di filosofia per il diritto*, 2005, pp. VI-130.
5. M.A. FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, 2005, pp. XVIII-414.
6. S. BAUZON, *La persona biogiuridica*, 2005, pp. XIV-138.
7. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, quarta edizione riveduta e ampliata, 2005, pp. VIII-308.
8. F. D'AGOSTINO, *Parole di giustizia*, 2006, pp. X-150.
9. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Teoria del Diritto*, 2006, pp. X-206.
10. F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2006, pp. XVI-280.
11. M. BORRELLO, *Diritto e forza. La questione della regola come limite all'arbitrio giuridico*, 2006, pp. X-366.
12. M. CASCAVILLA, *Diritto e morale nell'età dell'Illuminismo*, 2006, pp. X-250.
13. S. AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, 2006, pp. XII-188.
14. D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, 2007, pp. XXIV-332.
15. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Corpi docili. Corpi gloriosi*, 2007, pp. XVIII-172.
16. G.R. MORCHON, *Teoria del diritto. Fondamenti di Teoria comunicazionale del diritto*, vol. I, a cura di G. Zaccaria, 2007, pp. XXVI-426.
17. F. MACIOCE, *Una filosofia della laicità*, 2007, pp. X-202.
18. L. CORSO, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, 2008, pp. 248.
19. M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, 2008, pp. XVI-360.
20. M. MANGINI-F. VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, 2009, pp. XIV-194.

Sesta serie:

101. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*, seconda edizione riveduta e aggiornata, 2015, pp. XII-348.
102. F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, 2010, pp. X-202.
103. C. SARTEA, *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, 2010, pp. XVIII-294.
104. F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, 2011, pp. XII-248.
105. P. GOMARASCA, *Comunità e partecipazione. L'idea di democrazia in Pier Luigi Zampetti*, 2011, pp. XX-228.
106. F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, 2011, pp. XII-172.
107. F. ZINI, *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, 2011, pp. XIV-190.
108. G. SADUN BORDONI, *Diritto e politica. Studi sull'epoca post-globale*, 2011, pp. X-266.
109. L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, 2011, pp. X-214.
110. F. D'AGOSTINO, *Corso breve di filosofia del diritto*, 2011, pp. 168.
111. S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, edizione riveduta e ampliata, 2015, pp. XIV-234.
112. F. D'AGOSTINO, *Jus quia justum. Lezioni di filosofia del diritto e della religione*, 2012, pp. XVI-168.
113. F. BIONDO, *Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio*, 2012, pp. XXII-250.
114. M. MANGINI, *Il ragionamento giuridico tra formalismo e retorica*, 2012, pp. XII-212.
115. C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, 2012, pp. X-174.

116. G. SOLARI, *Il problema della giustizia e dello Stato nell'antichità classica*, a cura di A. Votrico, 2013, pp. XII-200.
117. G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, 2016, seconda edizione, pp. XIV-322.
118. F. MACIOCE, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, 2014, pp. X-222.
119. S. BAUZON, *Il divenire umano. Riflessioni etiche sui fini della natura*, 2014, pp. XII-124.
120. V. SALA, *Italo Mancini. Filosofo del diritto*, 2014, pp. VIII-128.
121. F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, 2014, pp. XX-160.
122. L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, 2015, pp. XII-172.
123. E. ANCONA, G. DE ANNA (a cura di), *Il tomismo giuridico del XX secolo. Antologia di autori e testi*, 2015, pp. XXIV-344.
124. M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, 2016, pp. XXXIV-286.
125. L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, 2016, pp. X-254.
126. L. CORSO, *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, 2016, pp. XVI-272.
127. L. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, 2017, pp. XII-364.
128. L. NEPI, *Violenza sessuale e soggettività sessuata*, 2017, pp. XII-140.
129. L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, 2017, pp. XII-404.
130. C. SARTEA, *Diritti umani. Un'introduzione critica*, 2018, pp. X-158.

Settima serie:

131. M. POMPEI, *Abuso del diritto. Un approccio tra filosofia e teoria*. Prefazione di F. D'Agostino, 2019, pp. XVI-248.
132. C. SARTEA, *Bioetica e biogiuridica. Itinerari, incontri e scontri*. Premessa di F. D'Agostino, 2019, pp. XVI-200.
133. M. KRIENKE, *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, 2020, pp. X-358.
134. A.C. AMATO MANGIAMELI, M.N. CAMPAGNOLI, *Strategie digitali. #diritto_ educazione_tecnologie*, 2020, pp. XIV-402.
135. E. CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, 2020, pp. XIV-242.
136. E. ANCONA, *Veritas est adaequatio rei et intellectus. Epistemologia tommasiana di fronte alle problematiche del processo penale*, 2020, pp. XII-212.
137. F. VIOLA, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, 2021, pp. XII-196.
138. I. TRUJILLO (a cura di), *Storie dei diritti umani*, 2021, pp. VIII-184.
139. L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, seconda edizione, 2022, pp. X-278.
140. G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, terza edizione, 2022, pp. XIV-322.
141. D. CANALE, *Per una filosofia inferenzialista del diritto*, 2022, pp. XX-308.
142. C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, seconda edizione, 2022, pp. XII-188.
143. M. DAVERIO, *Perché la tortura? Un'interpretazione filosofica*, 2023, pp. XII-228.
144. R. LUPPI, *Ragione pubblica e religioni in tempi di ingiustizia. Ricostruzione di un dibattito sempre attuale*, 2023, pp. X-214.

145. C. SARTEA, *Ecotecnologia. Sfide etico-giuridiche della civiltà tecnologica*, 2024, pp. XII-276.
146. M. BARBERIS, *Geo-diritto. Una teoria terra-Terra*, 2025, pp. XX-268.
147. C. GRIECO, *Enhanced Justice. La provocazione tecnologica nella cultura e nell'esperienza giuridiche*, 2025, pp. XII-236.
148. I. TRUJILLO, *La multiformità della rule of law e il fattore umano*, 2025, pp. XIV-186.

