

Francesco Viola

## *Il Rule of Law come idea di società*

### **Sommario:**

1. Le ragioni del *rule of law*. – 2. Il *rule of law* e la validità del diritto. – 3. Il *rule of law* come idea del diritto. – 4. Due percorsi nella formazione del concetto di diritto. – 5. Il *rule of law* come ideale politico. – 6. Il *rule of law* e la pretesa di giustizia. – 7. Conclusioni.

Com'è ben noto, il *rule of law*, che oggi attira una rinnovata attenzione, può essere osservato da molteplici punti di vista e questo produce ambiguità e fraintendimenti. Sembra promettere più di quanto riesca a mantenere. Non mi illudo che i miei scritti sull'argomento siano utili per una sua migliore comprensione e spero proprio che non abbiano contribuito nel loro piccolo ad intorbidare ulteriormente le acque<sup>1</sup>. Per questo mi ripropongo di aggiungere altre considerazioni di carattere più generale, volte ad inserire la problematica del *rule of law* nel contesto più ampio di una concezione del diritto. Se si guarda da lontano, si vedono meno chiaramente le cose, ma se ne vedono di più e soprattutto le si vedono nella loro interconnessione ed interdipendenza. In ogni caso mi sembra evidente che la formula del *rule of law* non spiega se stessa, ma il suo senso dipende da una retrostante concezione del diritto.

### 1. *Le ragioni del rule of law*

Ponendosi dal punto di vista della teoria e della filosofia del diritto, che considero inscindibili in quanto unite nella comune ricerca della natura del diritto mediante giudizi di rilevanza il cui carattere filosofico è ineliminabile, sorge il problema del posto che in esse ha il *rule of law*.

È da tutti riconosciuto che l'obiettivo a cui il *rule of law* è diretto è quello

---

<sup>1</sup>Ho raccolto questi scritti, che qui presuppongo, nel mio *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011.

di evitare il più possibile l'arbitrio del potere<sup>2</sup>. Ciò si concentra semplicemente in due prescrizioni<sup>3</sup>: 1) ogni forma di uso del potere (sia esso verticale, cioè proprio dell'autorità politica, sia esso orizzontale, cioè da parte di altri individui e gruppi sociali) deve essere in qualche modo esercitato nelle forme del diritto e limitato da esse<sup>4</sup>; 2) il diritto deve essere capace di guidare l'azione umana. Quindi, il *rule of law* si riferisce congiuntamente al potere e al diritto, all'esercizio del potere e al modo d'essere del diritto. Non credo, invece, che il *rule of law* sia direttamente rivolto anche contro l'anarchia, come alcuni ritengono<sup>5</sup>, perché per evitare questa sono più efficaci i metodi polizieschi. Il male politico che il *rule of law* combatte è propriamente l'arbitrio inteso in senso specifico<sup>6</sup>. Il bene morale che il *rule of law* difende è quello di rendere gli atti dell'autorità ragioni per l'azione umana e, più in generale, di proteggere gli individui dall'interferenza arbitraria altrui. Di conseguenza, le regole giuridiche devono essere in grado di poter essere seguite da esseri ragionevoli, capaci di un'attività di deliberazione e di scelta. Si esclude, pertanto, che queste regole siano intese in modo causale (o meccanico), per determinare il comportamento dei destinatari. Al contrario esse devono essere in grado di "guidare" il comportamento umano. Per guidare il comportamento queste regole devono fornire ragioni che giustifichino in qualche modo la loro pretesa di obbedienza. Da queste complesse esigenze scaturisce la formula del *rule of law*.

Guidare un'azione umana è cosa ben diversa dal causarla o dal produrla. Per il concetto di diritto il modo dell'obbedienza ad esso è importante almeno quanto il fatto dell'obbedienza. Con ciò stesso risultano inadeguate tutte quelle concezioni del diritto che guardano esclusivamente alla sua capacità di mettere ordine nella società o all'efficacia dei suoi risultati ai fini della coordinazione sociale. Definire, ad esempio, il diritto come quell'insieme dei comandi del sovrano che ricevono un'obbedienza abituale (Austin), vuol dire eliminare dal suo concetto la pretesa di fornire ragioni per l'azione. Anche gli schiavi

---

<sup>2</sup> Cfr. B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

<sup>3</sup> Diamo qui, anche se non tutti concordano, una versione molto allargata di *rule of law* in vista del nostro obiettivo, che è quello di vedere in esso un'idea generale di associazione umana.

<sup>4</sup> Non solo non bisogna identificare l'autorità politica con l'autorità statale, cosa che è tra l'altro palese nel frequente richiamo al *rule of law* da parte del diritto comunitario europeo, ma occorre estenderla in qualche modo anche ad altri ordinamenti specifici delle relazioni umane non direttamente "politici", come alle Organizzazioni internazionali e al governo mondiale dell'economia, ed in ultima istanza a tutti i rapporti sociali che implicano l'uso di potere dell'uomo sull'uomo.

<sup>5</sup> Cfr., ad es., R. Fallon, "The Rule of Law" as a Concept of Constitutional Discourse, in *Columbia Law Review*, 97 (1), 1997, p. 7.

<sup>6</sup> L'arbitrio è da distinguersi dalla discrezionalità, che è inevitabile nelle decisioni dell'autorità. Senza discrezionalità non v'è autorità.

obbediscono ai comandi dei padroni e di solito lo fanno in modo abituale<sup>7</sup>. Anche riferirsi all'accettazione pratica delle regole da parte dei funzionari o dei cittadini (Hart) non è ancora sufficiente se quest'accettazione non è sostenuta da ragioni vere e proprie.

Il diritto non è volto a ordinare la società in qualsiasi modo, ma mira a farlo in un modo specifico, quello della coordinazione delle azioni di agenti razionali, che in quanto tali hanno bisogno di ragioni per agire nella vita sociale. "Guidare un'azione" si riferisce non solo al modo in cui l'autorità dirige le azioni di coloro che sono soggetti ad essa, ma anche al modo in cui questi governano se stessi. Anzi, questo secondo senso è prioritario, in quanto è per permettere che agenti liberi e consapevoli possano conservare ed esercitare le proprie prerogative morali che l'autorità deve governare mediante il diritto. Il diritto tutela la possibilità dell'agire morale nella vita sociale. Senza questo presupposto il diritto stesso perde la sua specificità rispetto agli altri metodi di controllo sociale. Il posto dei legislatori, dei giudici e dei giuristi può essere occupato senza perdita dai manager, dagli psichiatri e dai tecnocrati<sup>8</sup>.

Pertanto ritengo – come ho cercato di mostrare altrove – che non si debba negare che il *rule of law* appartenga in modo stretto ed essenziale al concetto di diritto. Certamente si può negarlo (ed è stato autorevolmente negato), ma a patto di considerare il diritto come un complesso di regole sociali staticamente considerate e non già come un insieme di attività guidate da regole. Appartiene, infatti, al concetto stesso di regola sociale l'insieme delle condizioni che ne permettono la praticabilità. Come abbiamo imparato da Wittgenstein, una regola è tale se può essere seguita come tale.

La formulazione del *rule of law* ha sempre un carattere storico e contingente, perché le forme di arbitrio possibili sono legate alla configurazione storica del potere. I *desiderata* di Fuller sono, da una parte, una formulazione canonica minima e, dall'altra, storicamente condizionata dalla centralità della legge generale ed astratta. Si può pensare, ad esempio, che nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo, il sindacato di costituzionalità entri a far parte del *rule of law*, ma questo è controverso<sup>9</sup>, oppure ci si può chiedere quale debba essere la formulazione attuale di un *rule of international law*. In ogni caso, la configurazione del *rule of law* deve mantenere un carattere elastico e flessibile, capace di adattarsi ai mutamenti della cultura giuridica e alle metamorfosi del potere. Ma su questo non ci soffermeremo più di tanto.

---

<sup>7</sup> Secondo Tommaso d'Aquino il carattere proprio della legge è quello di dirigere l'azione («*lex omnis directiva est actuum humanorum*»). La sua *vis coactiva* è secondaria rispetto alla sua *vis directiva*. Cfr., ad es., *Summa theologiae*, I-II, q. 95, a. 1.

<sup>8</sup> L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, rev. ed., Yale U.P., 1969, p. 38.

<sup>9</sup> Cfr., ad esempio, J. Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1346-1406.

## 2. *The rule of law e la validità del diritto*

Se il *rule of law* appartiene al concetto di diritto, allora bisogna anche ritenere che un capitolo centrale della teoria del diritto debba riguardare il problema dell'obbedienza e quello dell'obbligatorietà del diritto. Non si può separare un'indagine sulla natura del diritto da quella sulla sua forza giustificatoria, altrimenti parlare di normatività non avrebbe alcun senso. Conseguentemente, bisognerebbe considerare come incomplete o insufficienti tutte quelle teorie che tendono a sottodeterminare tale questione, rinviandola al campo morale o politico. Il diritto positivo pretende di essere obbligatorio in modo simile alla morale, tanto da poter entrare in competizione con essa. C'è un'obbligatorietà che è propria del diritto in quanto tale, anche se essa può essere solo *prima facie*.

Nel tentativo d'individuare una definizione del diritto, condivisa o condivisibile da tutti i principali sostenitori del giuspositivismo, John Gardner, la cui recente scomparsa ci addolora, l'esprime nei termini di un concetto determinato di "validità" delle norme giuridiche, una validità strettamente dipendente dalle fonti (intese in senso ampio) e per nulla dal valore del loro contenuto<sup>10</sup>. A suo parere questo concetto di diritto è del tutto inerte sul piano normativo, cioè non ha alcun ruolo di guida del comportamento umano, non ci dice ciò che i destinatari dovrebbero fare o non fare, ma soltanto pone una condizione che ogni direttiva giuridica in quanto tale deve avere, quella di essere valida solo in virtù della sua origine e non del suo contenuto<sup>11</sup>. Ma in tal modo si scambia una condizione che ogni accettabile concetto di diritto deve avere, cioè fare pur sempre riferimento al diritto "posto", con il concetto di diritto in quanto tale. Gardner si guarda bene dal cadere in quest'equivoco, ma lo evita solo affermando che il giuspositivismo non è una compiuta teoria del diritto, ma solo una teoria della validità del diritto<sup>12</sup>. Tuttavia ha senso di parlare di giuspositivismo solo a condizione di identificare il diritto con la sua validità fattuale, altrimenti non si fa altro che sottolineare il necessario carattere della positività che ogni concezione del diritto deve in qualche modo rispettare.

Nel concetto di diritto v'è qualcosa in più della mera positività del diritto? Nei confronti di questa domanda il giuspositivismo non può dichiararsi agnostico senza rinunciare ad essere del tutto una teoria del diritto, perché è proprio la risposta a questa domanda che lo caratterizza e lo distingue dalle altre concezioni del diritto. Poiché – come abbiamo visto – il concetto di diritto deve avere anche un carattere normativo, cioè non essere normativamente inerte,

---

<sup>10</sup>J. Gardner, *Legal Positivism: 5½ Myths*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, p. 199.

<sup>11</sup>*Ivi*, pp. 202-203.

<sup>12</sup>«*Legal positivism is not a whole theory of law's nature, after all*». *Ivi*, p. 210.

allora bisogna spiegare come qualcosa di “posto” da esseri umani possa essere guida del comportamento umano, dando vita a diritti e obblighi che entrano a far parte della deliberazione morale. D'altronde le due condizioni del concetto di diritto, l'essere posto e l'essere normativo, non sono del tutto indipendenti fra loro, poiché – come s'è detto – le ragioni del diritto come artefatto consistono nel guidare l'azione di agenti ragionevoli. Di conseguenza la stessa positività giuridica deve avere un carattere normativo. È questa la sfida che ogni accettabile concezione del diritto non deve cercare di eludere. Questa sfida non può essere vinta se si escludono del tutto dal concetto di diritto considerazioni legate all'uso delle proposizioni normative e se queste sono indipendenti dal concetto di validità giuridica.

Noto per inciso che un'altra operazione culturale del genere si ritrova nella separazione della problematica dell'interpretazione del diritto da quella della sua applicazione, poiché l'avalutatività della prima è più facile da sostenere una volta liberatisi dalla necessaria valutatività della seconda. È un procedimento tipico dell'ideologia giuspositivistica quello di liberarsi dei temi scomodi, sterilizzando la teoria, fino all'estremo della teoria pura di Kelsen. Se solo i “fatti” possono essere conosciuti scientificamente, i problemi che richiedono risorse diverse dai fatti sono etichettati o come pseudo-problemi o come non di pertinenza della teoria giuridica<sup>13</sup>. Ma una teoria che non rende conto della forza obbligatoria del diritto e della stretta connessione tra interpretazione e applicazione è scarsamente utile, oltre che ben poco interessante.

Ed allora è evidente che la considerazione del *rule of law* dipende a monte dal modo d'intendere i compiti e le finalità di una teoria giuridica. Le scelte del teorico su ciò che deve essere ritenuto rilevante per la formazione del concetto di diritto condizionano le sorti della considerazione del *rule of law*. Se ciò che è strettamente rilevante è la questione della validità delle norme giuridiche sulla base delle loro fonti (o del loro pedigree), allora la questione dell'uso e della pratica delle norme passa in secondo piano. Al contrario la rilevanza del *rule of law* richiede il capovolgimento di questa prospettiva. La questione della validità della norma si pone solo dopo che ci si è assicurati di trovarsi di fronte ad un sistema di regole rispettose del *rule of law* o più in generale di una forma di società governata dal diritto. La validità viene dal diritto e non viceversa. La legge può ben derivare la sua validità da una basilare regola di riconoscimento – come Hart ci ha insegnato –, ma deriva il suo carattere di diritto dal modo in cui il sistema normativo, di cui la regola di riconoscimento è parte, si approssima all'idea di diritto<sup>14</sup>. Questa è propriamente

---

<sup>13</sup> Noto per inciso che anche il dover essere kelseniano (*Sollen*) è concepito come un “fatto”, pur se di natura particolare.

<sup>14</sup> Cfr. N.E. Simmonds, *Law as an Idea We Live By*, in G. Duke and R.P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, New York, Cambridge University Press, 2017, p. 256.

la base del dovere di fedeltà al diritto da parte dei giudici e, più in generale, dei funzionari del diritto. Sarebbe molto riduttivo e inadeguato parlare di un dovere di fedeltà alla validità del diritto, come fa il legalismo.

### 3. *The rule of law come idea del diritto*

Dalla premessa che il *rule of law* è una proprietà essenziale del concetto di diritto, dalla constatazione che è normale che una teoria giuridica aspiri ad essere completa e che è difettosa se incompleta, e dall'aggiunta che una teoria completa deve occuparsi dell'obbligatorietà del diritto e delle sue condizioni di praticabilità deriva necessariamente che il concetto di diritto ha un carattere normativo. Nel concetto di diritto c'è già l'idea a cui esso deve adeguarsi, il che significa che il dover essere del diritto appartiene al suo essere. Questo – a mio parere – è sufficiente ad escludere il descrittivismo come un metodo adeguato a cogliere la natura del diritto. Una teoria del diritto ha un carattere normativo in quanto è impegnata a “descrivere” ciò che il diritto dovrebbe essere per essere riconosciuto come diritto.

I concetti della ragion pratica sono in realtà “idee” sul modo corretto di compiere un'opera<sup>15</sup>. Il diritto appartiene alla ragion pratica a tutti gli effetti, è un'opera da compiere e la riflessione su di esso riguarda il modo più corretto e appropriato di porla in essere<sup>16</sup>. Se il diritto è un artificio, non si può conoscerlo facendo appello ai fatti o ai concetti da essi estratti, come per le scienze naturali. Lo si conosce solo guardando alle ragioni perché è bene che vi sia e ai modi più corretti per soddisfare tali ragioni<sup>17</sup>.

La precomprensione del diritto, propria del *rule of law*, consiste in un'idea di società o in una forma di associazione in cui regole, pur sempre poste da uomini, sfuggono al loro potere arbitrario e costituiscono un tessuto sociale alla cui elaborazione tutti concorrono, con diversità di ruoli, in un regime cooperativo di mutua responsabilità e di reciprocità. Un regime siffatto è “affidabile” e, dunque, in grado di fornire ragioni non meramente formali che giusti-

---

<sup>15</sup> La rigida separazione tra concetto ed idea si deve soprattutto al neokantismo ed è stata da esso applicata anche al diritto. Il risultato, enfatizzato dal neopositivismo, è stato quello di riservare ogni vera e propria capacità cognitiva al campo teoretico, abbandonando quello pratico al regno delle emozioni e delle ideologie. Per questa problematica cfr. F. Viola, *Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil World*, tome 2: *Main Orientations and Topics*, eds. E. Pattaro and C. Roversi, Dordrecht, Springer, 2016, pp. 14-19.

<sup>16</sup> Particolarmente sensibili a questo aspetto sono state – com'è noto – le teorie francesi dell'istituzione, ma qui non si vuole difendere alcuna specifica concezione dell'idea di opera.

<sup>17</sup> Cfr. J. Finnis, *Law and What I Truly Should Decide*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, pp. 107-129.

fichino l'obbedienza ai suoi precetti. Quest'idea si presenta, dunque, come un ideale a cui gli ordinamenti giuridici concreti si approssimano in gradi differenti. Possiamo anche considerare questo come un ideale morale, seguendo in certo qual modo la "moralità interna del diritto" di cui ha parlato Fuller. Questa è ben reinterpretata, in senso allargato, da Postema quando fa poggiare la fedeltà al diritto non tanto nel rispetto di requisiti formali, quanto piuttosto su una forma di vita sociale segnata dalla correttezza e dalla reciprocità, sicché il *rule of law* si presenta nella sostanza come una pratica sociale specifica, un modo d'intendere la pratica del diritto, un'etica dell'*homo juridicus* e delle sue virtù<sup>18</sup>. Di conseguenza, su questo punto c'è indubbiamente una connessione tra diritto e morale, ma non già a livello del contenuto delle norme giuridiche, ma a livello delle forme della vita pratica in questione. L'idea del diritto appartiene in generale alla forma della moralità, sicché il possibile conflitto tra diritto e morale, tra ciò che è legale e ciò che è giusto, è da intendersi come interno alla moralità stessa, cioè è un conflitto di valori commensurabili in quanto appartenenti alla stessa famiglia. Non sarebbe così se il diritto fosse una mera tecnica di controllo sociale. In questo caso non si potrebbe di parlare né di obbligatorietà né di conflitto di valori. La tecnica o funziona o non funziona.

#### 4. Due percorsi nella formazione del concetto di diritto

Cerchiamo ora di immaginare come dovrebbe essere inteso un concetto di diritto che sia "pratico" nel senso già detto, cioè come possiamo configurare una possibile concezione del diritto che sia rispettosa delle presupposizioni già avanzate. Quali dovrebbero essere i passi successivi? Che posto e che funzione avrebbe in essa il *rule of law*? Anche sulla base delle esplorazioni già compiute e delle presupposizioni già formulate, credo che possiamo ipotizzare due possibili percorsi teorici, per altro effettivamente praticati da alcuni teorici del diritto. Entrambi riconoscono che il *rule of law* fa parte del concetto di diritto, ma differiscono tra l'altro per il ruolo che esso vi svolge.

Il primo percorso sostiene che il compito principale del teorico del diritto è quello di configurare un concetto pieno di diritto che costituisca il caso esemplare, in modo da mettere a fuoco il significato focale del diritto (*focal meaning*). Sulla base di questo modello, che non è ideale perché tratto da ciò che una persona praticamente ragionevole dovrebbe pensare del ruolo del diritto negli affari umani, è possibile commisurare i casi manchevoli, difettosi o devianti. Questi casi appartengono purtuttavia al diritto nella misura in cui si salva l'analogia del concetto. Il diritto è un concetto analogico nel senso della tradi-

---

<sup>18</sup> G.J. Postema, *Fidelity in Law's Commonwealth*, in *Private Law and the Rule of Law*, ed. D. Klimchuk, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 17-40.

zione scolastica, opposto cioè alla logica univoca ed essenzialista dell'*analytic jurisprudence*. Il caso esemplare è il suo analogato principale, quello in cui il concetto si realizza in tutta la sua pienezza, mentre i casi difettosi sono gli analogati secondari fino ad una certa soglia al di sotto della quale non c'è diritto del tutto<sup>19</sup>.

Se poi ci interroghiamo sul modo d'intendere questo "caso esemplare" di diritto, dobbiamo riconoscere che la sua configurazione dipende da una filosofia morale e politica retrostante incarnata dalla persona "praticamente ragionevole" a cui il teorico s'ispira. Il diritto non è un'isola ed è vano pretendere di comprenderlo nella sua isolata, e sterile, purezza. Un esempio (ma non l'unico possibile) di "caso esemplare" è offerto da Finnis che fa ricorso ai principi della ragionevolezza pratica (o di diritto naturale), che sono necessari per giustificare la legittimità dell'autorità e il suo esercizio nel rispetto dei diritti umani e del bene comune, nonché nella generale osservanza del *rule of law*<sup>20</sup>. Il tutto è articolato dal ragionamento pratico. In quest'ottica il *rule of law* è solo un aspetto del concetto di diritto o una delle proprietà caratterizzanti il senso focale di diritto. La sua funzione non è quella di additare i valori centrali del diritto, ma di mettere in grado di partecipare ad essi in modo consapevole e cooperativo, cioè di fare bene il bene. E tuttavia queste proprietà del concetto di diritto non devono essere trattate come aspetti separati, perché il modo di fare il bene appartiene al concetto contenutistico del bene, com'è evidente dal fatto che il rispetto dei principi del *rule of law* è rispetto di diritti che appartengono ai fini stessi del diritto e alla sua giustizia. Voglio dire che nel caso esemplare di diritto il *rule of law* assume per contagio un senso sostanziale che lo riscatta dal mero legalismo<sup>21</sup>.

Il secondo percorso possibile della formazione del concetto di diritto va nella direzione opposta. Non si tratta di mirare ad un concetto pieno (*wide concept of law*), ma ad un concetto minimo (*narrow concept of law*), cioè all'individuazione del caso più elementare di diritto. È la linea di pensiero perseguita da Fuller e sviluppata, tra altri, da Simmonds, al cui pensiero faremo più diretto riferimento<sup>22</sup>. La nostra conoscenza del diritto ha inizio dalla considerazione di pratiche stabilite, ancora comprese confusamente ed indistintamente, ma designate dalla formula del *rule of law*, qual è quella espressa da Fuller, seppur

---

<sup>19</sup> Si sarà facilmente riconosciuta in questa silloge la teoria del diritto di John Finnis, che qui uso solo come esempio.

<sup>20</sup> Cfr. J. Finnis, *Natural Law & Natural Rights*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, *Postscript*, p. 418.

<sup>21</sup> È noto che Kelsen espunge drasticamente la teoria del *rule of law* dalla dottrina pura del diritto, cioè dall'oggetto della scienza giuridica, considerandola come «un pregiudizio giusnaturalista». Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. di R. Treves, Torino, Einaudi, 1952, p. 147.

<sup>22</sup> N. Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007.



in modo contingente e rivedibile. Questo modello archetipo minimo e provvisorio, che è già un ideale morale, perché – come abbiamo già visto – riflette una forma di associazione umana, è quello della legalità, da ben distinguersi da quello della giustizia. La riflessione giuridica, quella della scienza e della teoria del diritto, che sono anch'esse forme di riflessione morale, ulteriormente arricchisce questo elementare concetto di diritto sulla base delle circostanze storiche, dei contesti particolari in cui prende forma e si concretizza la giustizia e il bene comune propri di una determinata società. Il risultato finale sarà quello di un concetto pieno o meno magro di diritto. Resta però il fatto che il tasso di giuridicità è pur sempre misurato sulla base del *rule of law*, le cui caratteristiche non debbono tutte essere necessariamente presenti in ogni occorrenza e sono suscettibili di essere soddisfatte a vari gradi d'intensità. Anche qui, dunque, il *rule of law* non deve essere identificato nell'ottica positivista della validità, ma anche qui sorge il problema della soglia minima di soddisfazione dei suoi requisiti.

Uno dei vantaggi, che rivendicano i sostenitori di questa linea di pensiero, è quello di esibire un concetto di diritto che può essere accettato da tutti, cioè anche dai giuspositivisti, perché non dipende da una determinata concezione della morale (come nel caso del concetto pieno). Si ritiene che una volta accettato questo modello, si sarà condotti ad ammettere l'ingresso della morale nel diritto e le sue inevitabili conseguenze. Il giuspositivista dovrà ricredersi. Ma in realtà non è stato così, come dimostra tra l'altro la ben nota polemica tra Hart e Fuller, conclusasi con la vittoria provvisoria del primo. Infatti, il vero ostacolo non consiste nella plausibilità di questo concetto minimo di diritto, ma nell'intenderlo come vero e proprio ideale morale autosufficiente, se non addirittura – come a volte sembra intenderlo Fuller – come ideale che conduce ad assicurare, almeno in grado minimo, la giustizia dell'ordinamento giuridico. Resta vero – come ha notato Hart – che il *rule of law* è compatibile con una grande ingiustizia, anche se è altrettanto vero che la giustizia giuridica non è compatibile con una grave violazione dei requisiti del *rule of law*. Insomma, il *rule of law* sembra essere una condizione necessaria, ma non sufficiente della giustizia giuridica.

## 5. *Il rule of law come ideale politico*

Se ora ammettiamo che il *rule of law* sia un'idea morale, resta da chiarire in cosa essa consista. Secondo Simmonds essa combatte la sottomissione alla volontà altrui e di conseguenza difende il valore della libertà nel senso kantiano di una coordinazione delle libertà in un ordine giuridico. Questa idea morale è, quindi, legata ad un ideale politico, che è quello del liberalismo. Per questo la concezione di Simmonds si avvicina molto al modo in cui Hayek ha trattato

il *rule of law*<sup>23</sup>. Ma a rigore vedere nel *rule of law* l'ideale della libertà politica nella sua pienezza è eccessivo, anche considerandola nel modo ampio di uno stile di vita sociale, cioè al modo in cui Postema l'ha opportunamente raffigurato (*fidelity thesis*). In fondo, pur se a certe condizioni, resta la sottomissione alla volontà altrui, perché le leggi sono pur sempre fatte dagli uomini. Ciò che si vuole evitare non è la sottomissione, ma l'arbitrio, cioè l'essere alla mercé degli altri, poiché offrire ragioni per l'obbedienza significa da parte del legislatore, e più in generale dell'autorità, a sua volta vincolarsi a responsabilità di cui si deve render conto<sup>24</sup>.

A mio parere, il *rule of law* assicura soltanto la *libertà giuridica*, che è appunto la libertà di non essere alla mercé dei pubblici funzionari e non già la libertà di avere quanto più opzioni di scelta possibili<sup>25</sup>. Come ben nota Simmonds, l'uomo libero si distingue dallo schiavo non già per avere maggiori possibilità di scelta, ma per poter scegliere in senso proprio, deliberando sulle ragioni dell'azione. Ma da ciò consegue non solo che la libertà giuridica si deve distinguere dalla *libertà personale*, per cui l'azione di governo non deve invadere tutti gli spazi dell'autonomia personale, ma anche che non coincide con la *libertà politica*, per cui i cittadini partecipano in qualche modo alla produzione delle norme a cui sono soggetti (*self-rule*)<sup>26</sup>. A rigore ci può essere libertà giuridica in regimi illiberali e antidemocratici. Tuttavia la formula canonica del *rule of law* spinge certamente verso l'indipendenza del potere giudiziario e, quindi, verso un allargamento dei *desiderata* che comprenda almeno la separazione dei poteri. Si potrebbe anche pensare che i principi dello Stato costituzionale di diritto non siano altro che una logica espansione delle finalità del *rule of law*, come ad esempio quelli della rigidità della costituzione, della riserva di legge o di giurisdizione, del *favor libertatis*, della presunzione di non colpevolezza, della determinazione tassativa dei casi in cui si possono limitare i diritti (ad esempio, motivi di ordine pubblico e di sanità). Ma tutti questi sviluppi della formula del *rule of*

---

<sup>23</sup> Hayek ha contribuito potentemente ad accreditare l'idea che il *rule of law* sia un ideale politico, baluardo indispensabile della libertà personale minacciata dal *welfare state* e da un governo amministrativo. Cfr. F.A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, p. 206.

<sup>24</sup> Come nota Postema, un potere arbitrario non è necessariamente esercitato in modo irragionevole ed imprevedibile, ma soprattutto è ciò di cui non si deve render conto.

<sup>25</sup> Secondo Kelsen è fuor di luogo invocare il *rule of law* come garanzia della libertà del cittadino, perché una legislazione, rispettosa delle suddette caratteristiche, può essere talmente invadente da limitare grandemente la libertà d'azione. H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia* (1955-56), trad. di A.M. Castronuovo, in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 354-361.

<sup>26</sup> Cfr., ad es., F. Viola, *La libertà come valore politico*, in L. Archideo (a cura di), *La libertad*, Buenos Aires, Ciafic Ediciones, 2005, pp. 31-55. L'ideale di un *Law-Rule* come *Self-Rule* rende indubbiamente il *rule of law* un ideale politico. Cfr. F. Michelman, *Law's Republic*, in *The Yale Law Journal*, 97 (8), 1988, pp. 1500-03.

*law* sono possibili solo in seguito all'avvento dei regimi costituzionali, della costituzionalizzazione della persona, del riconoscimento dei diritti. È successo qualcosa al di fuori del *rule of law* che ha messo in moto il suo ulteriore sviluppo. Questa constatazione – a mio parere – è una chiara conferma che il *rule of law* è un'idea che è volta a dar forma, la forma della legalità, a ciò che va avvenendo nella vita sociale e politica. Il *rule of law* non è la causa di queste conquiste di civiltà, ma un fattore di stabilizzazione o di governo di esse.

In queste condizioni il *rule of law* deve intendersi come un ideale giuridico a tutti gli effetti, e non già come ideale politico, in quanto è un aspetto del concetto di diritto che non avrebbe senso al di fuori del diritto. È ciò che di più “giuridico” v'è nel diritto, ma al contempo ci dice che nel concetto di diritto, o nella natura del diritto, v'è qualcosa d'altro. Si tratta di un ideale giuridico in senso forte: sia perché è strutturalmente interno – come s'è già detto – al concetto di diritto, sia perché è volto all'espansione della pratica giuridica e delle sue garanzie al di sotto e al di sopra dello Stato, che è un'istituzione giuridica contingente. Il rispetto dei principi del *rule of law* è ritenuto spesso un passo necessario nel cammino verso riforme politiche e sociali<sup>27</sup>, ma ciò non significa che si tratti di un ideale politico, ma solo che la libertà giuridica, pur non essendo la pienezza della libertà sociale in tutti i suoi aspetti più rilevanti, ne è una componente necessaria. In più, bisogna riconoscere – come accenneremo in seguito – che di per sé il valore della libertà non basta ad esaurire tutte le aspirazioni del diritto.

L'essere il diritto un artefatto non vuol dire che sia essenzialmente legato al potere politico o alle funzioni di governo della società. La formazione sociale di regole giuridiche o di modi condivisi di fare le cose è già sufficientemente giustificata dall'esigenza di orientarsi nella vita sociale e di sviluppare nella misura del possibile i propri piani di vita in una società in cui le aspettative sono tutelate e gli impegni mantenuti<sup>28</sup>. Il prevalere del principio della sovranità statale ha condotto ad intendere il *rule of law* come “governo della legge” e ad identificarlo con il principio di stretta legalità<sup>29</sup>, ma ciò è riduttivo per molteplici profili.

Innanzitutto la legge non è l'unica forma di prescrizione giuridica, sia perché un sistema giuridico contiene anche prescrizioni particolari, sia perché vi sono ancor oggi, e oggi più che mai, norme giuridiche che non sono prodotte dal potere legislativo ordinario, quali fra tutti i principi giuridici, che – com'è

---

<sup>27</sup> Per una critica di questa convinzione cfr. G. Silverstein, *Globalization and the Rule of law: “A Machine that Runs of Itself?”*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, 3, pp. 427-45.

<sup>28</sup> È interessante notare la recente applicazione del *rule of law* alla gestione dei “beni comuni”, cioè al di fuori di una dimensione propriamente politica. Cfr. F. Viola, *Beni comuni e bene comune*, in *Dir. e società*, 2016, 2, pp. 381-398.

<sup>29</sup> Qui è appena il caso di richiamare alla mente la dottrina tedesca del *Rechtsstaat* e il carattere espansivo che la forma di legge ha ivi assunto.

noto – nell’epoca attuale di costituzionalizzazione del diritto vanno assumendo un rilievo sempre maggiore. Si deve ritenere che il *rule of law* debba occuparsi di tutte le forme di normatività giuridica, perché tutte concorrono a guidare il comportamento sociale. Ma ognuna di esse deve essere trattata secondo la sua specie e sulla base delle minacce che possono provenire da essa alla libertà giuridica, cioè dall’uso arbitrario del potere che ognuna di esse rende possibile. Oggi – come già s’è notato – è certamente il caso di parlare di un *constitutional rule of law*, che introietti i metodi interpretativi delle corti costituzionali, quali – primo fra tutti – il principio di ragionevolezza, che non è certamente estraneo alla tradizione giuridica<sup>30</sup>.

## 6. Il rule of law e la pretesa di giustizia

Se ora ritorniamo a meditare sui due percorsi nella formazione del concetto di diritto e sul loro differente modo di trattare il *rule of law*, salta agli occhi che la differenza tra la proposta del caso esemplare, che senza dubbio presenta il diritto come un modello morale e della morale, in sé compiuto, e quella del caso elementare, che pur vede nel *rule of law*, con cui l’identifica, un’idea morale. Il primo percorso è molto impegnativo per le sue presupposizioni etiche, ma il secondo appare troppo esile, perché nel concetto di diritto vi sono altri aspetti che il *rule of law* non riesce da solo a catturare se non in modo vagamente esigenziale. Mi riferisco, soprattutto, alla proprietà della giustizia. È vero che il *rule of law* prefigura una forma di associazione umana guidata da regole pubbliche, applicate con imparzialità, ma una società giusta richiede molto di più. È vero che in assenza del *rule of law* l’obbligatorietà della regola giuridica viene rimessa in discussione, ma lo è anche per un difetto di giustizia, pur nel rispetto del *rule of law*.

Quindi dobbiamo ritenere che, anche se vogliamo seguire il percorso minimale nella formazione del concetto di diritto, bisogna includere nel caso elementare di diritto, accanto al *rule of law*, anche la pretesa di giustizia (o di non ingiustizia)<sup>31</sup>, o, se vogliamo, una promessa di giustizia<sup>32</sup>, che ogni regola giu-

---

<sup>30</sup> Cfr. R. Fallon, “The Rule of law” as a Concept of Constitutional Discourse, cit., pp. 24-36. Il *constitutional rule of law* resta pur sempre un modello formale e, quindi, non deve essere confuso con la *rights conception* di Dworkin e neppure con quella di T.R.S. Allan, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of law*, Oxford, Oxford U.P., 2001. Entrambi sono concezioni sostanziali del *rule of law*.

<sup>31</sup> Sulla *claim to correctness* cfr., ovviamente, da ultimo R. Alexy, *The Ideal Dimension of Law*, in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, cit., pp. 314-341. Qui si nota che tale pretesa è avanzata necessariamente dal diritto così come la pretesa di verità è avanzata necessariamente dalla scienza e quello della bellezza dall’arte.

<sup>32</sup> Cfr. J. Waldron, *Does Law Promise Justice?*, in *Georgia State University Law Review*, 17, 2000-2001, p. 776.

ridica porta inevitabilmente in se stessa in riferimento al suo contenuto. Ovviamente non voglio dire che per ciò stesso la regola giuridica sia giusta, perché questo sarebbe una forma di giuspositivismo ideologico. Una pretesa può ben essere infondata e una promessa non essere mantenuta. Forse è più corretto usare la definizione di Radbruch per cui il diritto è quella realtà il cui senso è quello della ricerca della giustizia<sup>33</sup>. Voglio dire soltanto che il difetto di giustizia costituisce un problema serio per la piena obbligatorietà della regola giuridica. E tuttavia ciò significa che appartiene alla natura del diritto, accanto al *rule of law*, e distinto da esso, quella di dover essere giusto<sup>34</sup>, o normativamente giustificato, sicché i suoi interpreti cercheranno quei significati delle regole giuridiche che realizzano al meglio questa pretesa, cioè nella misura del possibile sulla base dei materiali giuridici esistenti. Una regola giuridica ingiusta è difettosa non solo dal punto di vista della morale, ma anche – ed è ciò che qui importa – dal punto di vista giuridico. In più, se l’obbedienza non è più motivata dalla credenza nella giustezza o nella ragionevolezza della regola, allora la sanzione non sarà più giustificata e sembrerà molto simile ad un atto di mera forza.

Possiamo, dunque, affermare che il concetto di diritto, anche se inteso in senso minimale, dovrà contenere due dimensioni ideali, quella del *rule of law* e quella della giustizia, ma questo induce a riconoscere nella natura del diritto un’apertura tale da rendere ben difficile afferrarne l’identità. Sembrerebbe paradossalmente che il non diritto faccia parte essenziale della natura del diritto. Infatti, attraverso l’ideale della giustizia penetrano nel diritto criteri che vengono dall’esterno, cioè dalle altre sfere della vita pratica, cioè dalla morale, dalla politica, dall’economia, e più in generale dalla società. Mentre l’ideale del *rule of law* – come s’è detto – è generato dal diritto (o – come sostiene Waldron – è il presupposto del concetto di diritto), è un ideale giuridico, quello della giustizia è generato dalla morale e dalla politica. Certamente la giustizia correttiva, basata sull’eguaglianza e sulla reciprocità nelle compensazioni, è ancora ascrivibile in buona misura al *rule of law* (ed infatti è considerata la vera e propria giustizia “giuridica”), ma quello della giustizia distributiva, che è prioritario in quanto presupposto dalla giustizia correttiva, viene dal di fuori<sup>35</sup>. E tuttavia viene interiorizzata dal diritto fino al punto da far parte della sua natura, sicché, ad esempio, le giustificazioni morali che supportano i diritti umani diventano argomenti giuridici o le ragioni che supportano le scelte poli-

---

<sup>33</sup> Cfr. *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, trans. By K. Wilk, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1950, p. 75.

<sup>34</sup> È interessante notare che etimologicamente non è *ius* che viene da *iustitia*, ma al contrario *iustitia* da *ius*.

<sup>35</sup> Cfr. F. Viola, *Equità e giustizia*, in Marco Ferrari (a cura di), *Il problema della giustizia*, Milano-Udine, Mimesis, 2017, pp. 79-94.

tiche di giustizia distributiva diventano *ratio legis*, cioè argomenti che supportano decisioni giuridiche.

Di conseguenza, il diritto assume un carattere “riflessivo”, appropriandosi di giudizi di valore che provengono dalla società e continuando a suo modo la loro rielaborazione. È interessante notare che è la pretesa della giustizia a conferire al diritto questa dimensione riflessiva, che apre la via all’importanza della dottrina e della giurisprudenza, e non già il *rule of law*<sup>36</sup>. Tuttavia quest’ultimo ha il compito di porre limiti ai tentativi di realizzare la giustizia in modo arbitrario<sup>37</sup>, cioè di fare male il bene, e, costruttivamente, di preparare il terreno alla ricerca della giustizia sostanziale con un’idea di società basata sull’eguaglianza, sul rispetto delle persone, sulla fedeltà al diritto, sul *self-restraint* nell’uso del potere a cui si chiedono giustificazioni ragionevoli. Come s’è già notato, legalità e fedeltà al diritto costituiscono insieme il *rule of law* inteso come pratica sociale.

Se il valore della giustizia è interno al concetto di diritto, al pari del valore del *rule of law*, allora sarà possibile un conflitto di valori interno al diritto. Questo conflitto ha un carattere morale in quanto è tra valori morali: da una parte l’istanza di giustizia e, dall’altra, il valore dell’ordine giuridico, rappresentato dal *rule of law*. Ben sappiamo che molto spesso questo conflitto si risolve a favore di quest’ultimo, a conferma dell’importanza di un ordine stabile che sarebbe minacciato dall’incertezza delle regole. Ma ci sono i casi estremi, quelli dell’intollerabile ingiustizia previsti dalla formula di Radbruch. Essi stanno a dimostrare che nella pratica giuridica la questione della giustizia è sempre presente, anche quando è silente. È presente, nell’ambito della deliberazione pratica, come ragione per obbedire o meno alla legge ed entra così in concorrenza con altre ragioni possibili contrastanti.

Le ragioni per obbedire alla legge non possono limitarsi alla necessità di un’autorità e alla sua legittimità, ma si devono estendere ai modi e alle forme del suo esercizio ed ai contenuti normativi che ne derivano. Tutte “ragioni” (anche quelle procedurali del *rule of law*) che si fondano su valori e si trovano sullo stesso piano. Nessuna di esse è per definizione un asso di briscola che annulla a priori tutte le altre<sup>38</sup>. Se qualcuna di esse fa difetto, il concetto di diritto è manchevole sotto qualche aspetto. E tuttavia il fatto che a certe condi-

---

<sup>36</sup> Simmonds sottolinea l’importanza della dimensione riflessiva del diritto, ma erroneamente la collega al *rule of law* e non già alla pretesa di giustizia. Cfr. N.E. Simmonds, *Reflexivity and the Idea of Law*, in *Jurisprudence*, 1, 2010, pp. 1-23.

<sup>37</sup> J. Waldron, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris*, 2, 1989, 1, p. 94.

<sup>38</sup> Ovviamente qui l’obiettivo polemico è la tesi di Raz riguardante le *exclusionary reasons*, che annullerebbero la deliberazione giuridica. Cfr. J. Raz, *Practical Reason and Norms* (1975), Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 64-65 e la critica di V. Rodriguez-Blanco, *Law and Authority Under the Guise of the Good*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 139-160.

zioni, in assenza di una giustizia sostanziale, il diritto positivo possa restare obbligatorio, tutto considerato, mostra l'esigenza di salvare il più possibile la stabilità delle relazioni sociali e le aspettative in esse maturate, cosa che è la stessa ragion d'essere del *rule of law*.

## 7. Conclusioni

Quindi, la proposta di prendere le mosse da un concetto minimale di diritto, da arricchire progressivamente mediante le sue implicazioni e le acquisizioni storiche e culturali, a me sembra più attraente, a condizione – come s'è detto – di renderlo meno esile con l'introduzione della pretesa di giustizia. Esso permetterebbe di saggiarne la flessibilità e l'inclusività nei confronti dell'evoluzione del diritto contemporaneo, segnatamente in seguito alla sua progressiva costituzionalizzazione, che ne esalta i suoi elementi costitutivi, perché rafforza l'idea di giustizia ed esige una proiezione del *rule of law* a livello transnazionale ed internazionale, a vantaggio soprattutto del ruolo dei giuristi e dei giudici. Il diritto non è fatto solo di regole, ma anche di dottrina, di giurisprudenza e di principi pratici.

Nell'ottica di una considerazione del diritto come opera da compiersi, qual è quella qui adottata, la teoria giuridica non è separata dalla filosofia politica e morale, ma ciò non significa che non abbia una sua autonomia relativa.

Non è separata, perché il senso del diritto s'inscrive all'interno dell'impresa complessiva della vita associata, della coordinazione delle azioni sociali, della cooperazione per raggiungere fini comuni. Il diritto vi contribuisce assicurando continuità, stabilità, regolarità, cioè ordine, che è già un valore rispetto allo stato di natura<sup>39</sup>. Ma non è uno strumento cieco, in quanto partecipa ai fini generali della società, alle esigenze di giustizia, alla difesa dei diritti e alla ricerca del bene comune. In questo campo i mezzi non sono uno strumento, ma una specificazione del fine. Così si può dire che questi fini della vita politica diventano propri del diritto, interni ad esso<sup>40</sup>, sicché non qualsiasi ordine sociale è per ciò stesso un ordine propriamente giuridico, ma solo quello giusto o non ingiusto.

La teoria giuridica conserva però una sua autonomia relativa, perché il diritto governa a suo modo il conflitto di valori che è l'oggetto della deliberazione pratica. La problematica dell'interpretazione delle regole giuridiche e della loro applicazione, che è alla base dell'obbedienza ad esse, e quella dell'argo-

---

<sup>39</sup>J. Finnis, *What is the Philosophy of Law?*, in *Riv. di Filosofia del diritto*, 1, 2012, 1, pp. 67-69.

<sup>40</sup>L. Ferrajoli, *La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, in *Riv. di Filosofia del diritto*, 1, 2012, 2, pp. 249-250.

mentazione giuridica, che conduce alla deliberazione e alla decisione, sono settori governati da vincoli e procedure particolari che li rendono speciali. In tal modo la morale e la politica sono filtrate dal diritto e debbono sottostare alle sue condizioni di praticabilità. E qui torna a far capolino la formula del *rule of law*, che è – come s'è detto – l'ideale propriamente giuridico, ma bisognoso di nutrimento socio-politico.

Per questo, piuttosto che attardarsi in inutili discussioni sulla connessione o separazione tra morale e diritto, bisognerebbe osservare con maggiore attenzione come il diritto tratta la morale che porta in se stesso e quella a cui partecipa nella pratica sociale. Solo che non si tratta della morale *tout-court*, ma di una visione condizionata dai vincoli giuridici e dalla prassi giurisprudenziale, nonché dalla sensibilità etica degli operatori del diritto<sup>41</sup>. Si configura così un'etica del diritto positivo, da non confondere con la moralità del diritto di cui parlava Fuller, poiché si tratta di un'etica materiale, che può collocarsi tra la moralità positiva e l'etica normativa. Non è moralità positiva, perché i comportamenti sociali sono misurati da norme la cui validità non dipende dalla prassi sociale, e tuttavia quest'etica del diritto non può allontanarsi troppo dalla moralità positiva senza perdere la sua rispondenza sociale e con ciò stesso la sua vitalità. Non è neppure un'etica normativa non solo per il suo carattere asistemico e frammentario, ma anche perché le sue giustificazioni sono condizionate da quella ragione artificiale in cui consiste il diritto positivo. E tuttavia ha qualcosa dell'etica normativa nella misura in cui tra le sue giustificazioni vi sono anche quelle tratte dalla ragione naturale, com'è palese, ad esempio, nell'articolazione giurisprudenziale dei diritti umani.

---

<sup>41</sup> Cfr. J. Waldron, *Judges as moral reasoners*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, 1, pp. 2-24 e anche Id., *Refining the question about judges' moral capacity*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, 1, pp. 69-82.