

Giovanni Cogliandro,* *Rule of law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, Giuffrè Editore 2012, pp. XIV - 434.

Il volume si propone di analizzare la nozione di *rule of law* considerandola come il crocevia di una serie di problematiche legate alla possibilità e alle diverse modalità con le quali si può postulare un contenuto morale del diritto, inteso come giustificazione della sua pretesa di guidare la condotta degli individui e dei corpi sociali, con particolare attenzione all'opera dei filosofi del diritto e della politica, in buona parte viventi, che si sono occupati del tema del *rule of law* negli ultimi due decenni.

Il volume è suddiviso in tre parti, contraddistinte da contenuti e note stilistiche differenti:

1 - Nella prima parte (capitoli I-XII) del volume vengono enucleati i problemi storici e le aporie che negli ultimi anni sono stati oggetto dell'indagine da parte dei più importanti teorici del diritto, partendo dalla ricognizione delle diverse aspirazioni e delle risorse simboliche ed etiche implicate nelle elaborazioni relative al governo della legge che si sono succedute e contrapposte nella modernità. Di recente hanno focalizzato l'attenzione su questi problemi alcune iniziative e dichiarazioni di istituzioni internazionali, come il WTO e le Nazioni Unite, oppure l'uso che del sintagma *rule of law* è stato fatto dalle Corti più influenti a livello internazionale come la la ECHR del Consiglio d'Europa, la *Supreme Court of United States* e la *House of Lords*, oggi divenuta *Supreme Court of the United Kingdom*, con una scelta politico-istituzionale improntata proprio alla concreta implementazione del *rule of law* e dalle profonde implicazioni filosofiche e sociologiche. Questa evidenza rimanda a un profondo problema di determinazione concettuale di una nozione non univocamente definibile come un *corpus* organico di dottrine politiche, ma al contrario, in maniera analoga alla nozione di diritto naturale, si presta ad opposte caratterizzazioni, che spaziano dalla giustificazione dell'ordine esistente fino alla opposta istanza rivoluzionaria, come evidenziato da teorie tanto diverse tra loro come quelle di Heuschling, Mattei e Hayek.

2 – La seconda parte (capitoli XIII-XVIII) del volume è un confronto con gli autori che negli ultimi anni più si sono dedicati alla analisi del concetto di *rule of law*, con particolare attenzione ai dibattiti di lingua inglese e recezione di questi dibattiti in Italia da parte dei teorici italiani rappresentativi dei diversi orientamenti come Ferrajoli, Comanducci, Viola, Preterossi, Pino, Villa, Schiavello. Particolare attenzione è stata dedicata ad autori come Raz, Waldron, Kramer, Marmor, Finnis e alle ampie e stimolanti questioni ermeneutiche suscitate dall'ultima produzione di Dworkin, in particolare *Justice in Robes* e *Justice for Hedgehogs*, gli ultimi due volumi pubblicati dal grande filosofo americano defunto proprio nel febbraio di quest'anno. Si esplorano alcune prospettive derivabili dall'intersezione tra il dibattito sul *rule of law* e quello sulla possibilità del contenuto morale del diritto con le problematiche derivate dalla recente ricerca metafisica e con quelle connesse alla concettualizzazione, cioè alla determinazione razionale, del diritto e alle condizioni della sua applicazione concreta, come nel caso delle recenti ipotesi di Brandom su come rendere esplicita la struttura di impegni e di diritti che caratterizza la pratica linguistica come pratica del chiedere e dare ragioni, e poi applica questa problematica al rapporto tra

giudici e *chain novel*. Viene quindi approfondita la problematica della normatività nella dinamica della decisione giudiziaria e del suo inserimento nel sempre delicato legame di questa decisione con le decisioni precedenti e della sua contestuale prescrittività per le future decisioni analoghe, partendo dalla ricostruzione che Dworkin offre della *chain novel* e muovendo quindi alcune critiche al modello del giudice Ercole. Il contenuto concettuale viene programmaticamente ricondotto al suo ruolo inferenziale, fondato sulle pratiche sociali di ritenere corretto o scorretto (a vari livelli) quanto affermato. Particolare rilievo problematico ha la concezione di *rule of law* elaborata da Waldron, da lui scandagliata con peculiare attenzione alla tematica dell'obbligo giuridico e politico e alla sua definizione concettuale, mentre Marmor e Kramer riprendono e approfondiscono da Hart la problematica della oggettività e della separabilità tra diritto e morale; Hart intendeva questa separabilità come una garanzia nei confronti della pretesa dei regimi oppressivi di convincere i propri sudditi (non cittadini) della moralità intrinseca nel diritto promulgato e vigente, una moralità che richiede interna adesione e quindi si sposta dalla convinzione razionale alla persuasione non giustificata. Smascherare questa possibile pretesa è il compito di una teoria del diritto che, anche se si comprende come descrittiva (come fanno le diverse versioni del positivismo), si pone comunque uno scopo morale, non separabile dalla sua più profonda ragion d'essere, e proprio in vista di tale scopo separa il diritto dal suo contenuto morale, contenuto che gli viene attribuito quindi a posteriori.

3 – Gli ultimi capitoli (XIX-XXV) offrono un tentativo di delineare una concezione sostanziale del *rule of law*. Per far questo si affronta la disamina delle otto regole che secondo Fuller sono necessarie se il diritto deve perseguire il suo scopo: a tal fine le norme devono poter essere riconoscibili come: 1) generali; 2) promulgate; 3) proattive e non retroattive; 4) chiaramente interpretabili; 5) non devono contraddirsi tra di loro; 6) non devono prescrivere una condotta impossibile; 7) devono essere stabili nel tempo, cioè non devono essere modificate in maniera troppo frequente o improvvisa; 8) devono essere congruenti nella loro concreta applicazione, cioè non vi deve essere palese contraddizione tra quello che la legge dichiara ed il modo in cui essa viene amministrata dai funzionari e dai giudici. A partire dalla classica esposizione di Fuller sono stati redatti vari cataloghi delle regole che il *rule of law* deve rispettare perché il suo *concetto* sia coerente con il suo *ideale*. Ulteriori forme di catalogazione sono state proposte, o diverse interpretazioni di queste, come ad esempio quelle che hanno voluto proporre Marmor e Kramer criticandone i cataloghi in nome di diverse teorie della oggettività e dell'interpretazione, mentre Waldron contesta la stessa esistenza di una tale lista, con l'accusa radicale a questi principi di essere solo una semplice *laundry list* (una lista della lavandaia). Su tali principi si concentra anche la critica di Raz, mentre al contrario esse vengono più articolatamente riproposte da Marmor e Bingham.

Viene approfondita e argomentata la necessità di ripensare le questioni aperte nella tradizione che fa capo al diritto naturale, considerando alcuni suoi esponenti poco noti in Italia come Mark Greenberg e Kenneth Eimar Himma, unitamente alle critiche che Dworkin, Nino, Finnis e Alexy muovono alle diverse versioni del positivismo e alle riflessioni degli attuali positivisti o semipositivisti oxoniensi come Endicott, Gardner, Green.

Il *rule of law* viene analizzato sulla scorta di Hart e dei suoi critici alla luce della aspirazione a un consenso coordinato ad essere guidati dalla legge da parte degli individui, intendendola come la condizione di possibilità di giustificazione della giustizia del diritto che sembra possibile ipotizzare tra gli individui, un consenso essenziale perché la legge venga riconosciuta come tale dai cittadini, in quanto si mostri in grado di guidare la condotta e, almeno secondo quanto postulato da Hart, venga riconosciuta come tale da funzionari, giudici e cittadini come legittimata a guidare la condotta, quindi come un bene comune in quanto garantisce l'armonia sociale e l'equilibrio interpersonale dei diritti e delle aspettative. Il positivismo continentale del XX secolo ha avuto un atteggiamento quasi sempre critico nei confronti della nozione ideale di Stato di diritto, muovendo dal noto giudizio di Kelsen che sardonamente qualifica come *Rechtsstaat* ogni sistema di diritto statale (in tedesco *Staatsrecht*) e trasforma il problema filosofico in un mero gioco di parole. Proprio per questo sembra più perspicuo il sintagma *rule of law* nei confronti dello Stato di diritto, in quanto l'accento viene così spostato dalla problematica architettonica-istituzionale a quella concettuale e contenutistica, nella quale l'indagine sulla possibilità sistematica di un contenuto morale del diritto oggi invece si mostra in tutta la sua potenza e problematicità teorica nei filosofi di impronta positivista provenienti dalla filosofia analitica, come risulta dal confronto aspro svoltosi in questi anni a Cambridge tra Simmonds e Kramer. Con hegeliana circolarità da questa problematica si ha la necessità di uscire proprio per evitare, a livello nazionale e internazionale, che la teoria del diritto si riduca a strumento di giustificazione teorica di ogni potere reale, per quanto sofisticato nei suoi meccanismi, a partire dalla mancanza di uno spazio di concettualizzazione per un qualsivoglia postulato di giustizia non meramente procedurale. Quella che viene interpretata nel dibattito italiano come una genealogia del nichilismo giuridico che da Nietzsche e Gentile arriva ai contemporanei Severino e Irti, in realtà ripete un paradigma ormai usurato: in questo contesto il diritto inteso come sistema giustificativo di pretese legittime viene spogliato della sua plurivocità tradizionale e dai teorici contemporanei viene trasformato in un insieme variamente sistematizzato di diritti, o di aspirazioni a diritti come nella riflessione di Portinaro e Rodotà. Nell'organico e assiomatico sistema di Ferrajoli, oltrepassando il proceduralismo, si assiste invece al più alto tentativo di giustificare la giustizia del diritto, che ci sembra caratterizzato da nobiltà e coloriture quasi leibniziane, che considera aperto il nodo problematico della legittimità e propone quella che ci sentiamo di definire una *nomodicea* nella sua indagine fondamentale sui postulati di garanzia in generale e quindi sul *perché* il diritto debba guidare la condotta, declinando in forme articolate il problema del governo della legge integrato nei due livelli di normazione dello Stato costituzionale di diritto.

* L'autore si è laureato in Filosofia presso l'Università di Roma "La Sapienza" e ha poi proseguito i suoi studi focalizzando la sua attenzione sul pensiero di Fichte al quale ha dedicato diversi saggi. Ha conseguito il Dottorato di ricerca in Filosofia presso l'Università di Perugia nel 2004, il DEA in Filosofia presso l'Università di Ginevra nel 2005 e il Dottorato di ricerca in Giurisprudenza presso l'Università di Roma TRE nel 2010, trascorrendo lunghi periodi di ricerca a Londra, Oxford, Monaco di Baviera, New York, Parigi.