

ISABEL TRUJILLO*

Interpretazione del diritto internazionale e *rule of law*

ENGLISH TITLE

Interpretation in International Law and *Rule of Law*

ABSTRACT

The article discusses two main theses. The first one is the presence and forms of the rule of law in the international legal scenario. This task is developed through the analysis of three possible versions: the extension of the domestic rule of law to the obligations coming from international law, the rule of international law, and the international rule of law. The second thesis is that the rule of law plays a role in the interpretation of law. This role depends on legal science, considered the crucial resource of an international law of international lawyers. The final point regards then the relationships between international rule of law and legal science, and, in particular, the answering to the question about the features of a legal science able to foster the rule of law.

KEYWORDS

International law – Rule of law – Legal science – Legal interpretation – Legal virtues.

1. INTRODUZIONE

Questo contributo collega l'interpretazione del diritto internazionale alla *rule of law*. Il collegamento contiene a sua volta per lo meno altre due tesi. La prima è che la *rule of law* abbia una qualche applicazione nel diritto internazionale. La seconda tesi è che la *rule of law* sia rilevante sul piano dell'interpretazione del diritto, per lo meno quello internazionale¹. Entrambe queste tesi sono controverse e la seconda forse addirittura marginale nel dibattito sul diritto

* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza.

1. F. Viola, 2001. In questo articolo, particolarmente utile e illuminante sull'interpretazione del diritto internazionale, da parte di uno dei maggiori studiosi del tema dell'interpretazione giuridica, il riferimento alla *rule of law* è completamente assente.

internazionale contemporaneo, per cui la presente disamina potrebbe apparire troppo fantasiosa e poco utile. Si vuole invece sostenere che il legame tra l'interpretazione del diritto e la *rule of law* illumini la comprensione e la pratica del diritto internazionale, e questa tesi dischiude possibilità anche per il diritto interno o domestico.

2. LA RULE OF LAW NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Il punto di partenza è la presenza della *rule of law* nel diritto internazionale, in altre parole, l'esistenza di una *international rule of law*. Da un lato, è sotto gli occhi di tutti come la *rule of law* sia diventata uno dei valori più alti della scena internazionale dal punto di vista dei suoi protagonisti istituzionali, per lo meno negli ultimi cinquanta anni. Sul fronte della Assemblea Generale delle Nazioni Unite possiamo richiamare il preambolo della *Dichiarazione dei principi del diritto internazionale, le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati d'accordo con la Carta delle Nazioni Unite*, del 1970, o l'art. 9 della *Dichiarazione del Millennio delle Nazioni Unite*², che si propongono il rafforzamento della *rule of law* nel diritto internazionale ed interno. È nota anche la definizione del Segretario Kofi Annan, che descrive il contenuto della *rule of law* sul piano internazionale nei termini 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 transparency³.

D'altro lato, guardando la letteratura prodotta dai giuristi internazionalisti, si può notare che la *rule of law* è raramente considerata come uno dei *projects* o *new goals for humanity* del diritto internazionale⁴. La minore rilevanza della

2. Si tratta rispettivamente delle risoluzioni United Nations General Assembly 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.

3. UN Doc. S/2004/616 (2004), para. 6. Non bisogna dimenticare che su questa aspirazione pesa il sospetto di essere l'espressione dell'egemonia dei valori dell'Occidente.

4. Il volume di J. Crawford, M. Koskeniemi, 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, 2012, 290-308. Nella recente opera di R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena, 2018, 205 ss., 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. Tasioulas, 2010 non vi dedica alcun capitolo.

rule of law tra questi progetti – che sono solitamente la tutela dei diritti umani, la protezione dell’ambiente, la lotta contro la povertà, la promozione di eguaglianza ed inclusione 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, cioè importati da fuori. In un certo senso, la minore presenza 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 – che rischiano spesso di derivare da teorie della giustizia politica proiettate sul diritto internazionale o di essere interpretati come tali – ma sta ad indicare una sorta di maturazione strutturale dello stesso diritto internazionale. In termini fulleriani si potrebbe dire che si tratta dello sviluppo della sua moralità interna⁵.

La problematica di fondo è dunque quella delle relazioni tra il concetto di diritto e la *rule of law*. Il loro rapporto è innegabile. La questione è se sia conveniente mantenerli separati per paura che la natura «morale» della *rule of law* risulti essere di ostacolo alla pratica del diritto, oppure se invece si tratta di comprendere in modo diverso la stessa pratica giuridica e la presenza in essa di elementi morali⁶ di due tipi: quelli strettamente collegati alla natura della pratica e quelli che possono essere considerati come obiettivi della pratica⁷.

3. VARIANTI DELLA *INTERNATIONAL RULE OF LAW*

La condizione di possibilità per parlare dell’*international rule of law* è considerarla un principio operativo capace di adattarsi a diversi contesti⁸. Essa non è uno schema fisso, ma si modella in modo diverso in relazione alle caratteristiche del contesto. Della *international rule of law*, come della sua parente domestica, vi sono diverse formulazioni, tutte ispirate però da un significato comune che va nella direzione della limitazione dell’arbitrio del potere nel governo degli esseri umani. È infatti ragionevole pensare che se 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* si possano individuare diverse versioni. Tre mi sembrano importanti perché mettono in luce aspetti rilevanti. Le prime due potrebbero essere considerate estensioni della *domestic*

5. L. Fuller, 1964.

6. Molto chiaro su questo punto J. Waldron, 2016.

7. Questa problematica – per lo meno per quanto riguarda la tutela dei diritti – richiederebbe una più accurata riflessione. Sulle differenze tra la pratica di protezione dei diritti e la *rule of law* e i loro diversi rapporti con il concetto di diritto mi permetto di rinviare a Trujillo 2016.

8. F. Viola, 2011, 77-100.

rule of law. La terza versione sembra avere una sua specificità. Ma sono tutte importanti.

Secondo una prima versione, la *international rule of law* risulta da una semplice aggiunta alla famosa lista 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 alla legge) si aggiunge l'esigenza che lo Stato adempia ai propri obblighi di diritto internazionale, cosa per nulla scontata⁹. Anche se si tratta di una versione limitata rispetto alle potenzialità della *rule of law* nel ricco scenario internazionale, questa prima versione è particolarmente importante e significativa perché congiunge il diritto interno e il diritto internazionale. Stabilisce cioè in modo chiaro che la prima esigenza della *rule of law* è il riconoscimento della obbligatorietà del diritto, qualunque esso sia, interno o internazionale. L'implicazione in termini teorici è che si debba considerare il diritto internazionale come un diritto vero e proprio, appunto obbligatorio, conclusione anche questa per nulla scontata. 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 obbligatori¹⁰. Nondimeno, come il diritto¹¹, anche la *rule of law* è soggetta a differenziazione.

Una seconda versione della *international rule of law* potrebbe essere piuttosto indicata in termini di *rule of international law*¹². In questo caso si mette in luce come il diritto internazionale giochi rispetto al diritto domestico un ruolo simile a quello della *rule of law*. Il diritto internazionale – almeno in alcune delle sue parti – limita il potere dello Stato sugli individui, proteggendo questi ultimi anche contro gli stessi Stati di appartenenza: si pensi al diritto internazionale dei diritti umani o al diritto umanitario. Anche questa versione può essere letta come una estensione della *rule of law* a livello internazionale, nel senso che potenzia quella dimensione per cui lo Stato deve essere a tutela dei diritti, in questo caso grazie a strumenti internazionali.

La terza variante – la più ambiziosa – consiste nel ripensamento dei principi e degli ideali della *rule of law* alla luce delle caratteristiche specifiche dello scenario internazionale, i suoi attori, le sue istituzioni, le sue regole, le sue

9. T. Bingham, 2010.

10. La convinzione che il diritto internazionale sia un diritto secondario, imperfetto o primitivo secondo le teorie stataliste e sanzionatorie del diritto è ancora dominante nella filosofia del diritto. Da questo punto di vista la diversificazione tra *hard* e *soft law* in realtà sarebbe fondata su concetti di diritto parziali, come sono quelli derivanti dalle teorie sanzionatorie e dalle teorie stataliste del diritto.

11. Questa idea si trova sviluppata nel capitolo 11 di F. Schauer, 2015, anche se non ha ricadute sostanziali sul modo di definire il diritto da parte dell'autore.

12. F. de Londras, 2010, 217 ss. In un senso diverso, J. Waldron, 2006, vicino alla prima versione qui presentata. Questo autore sostiene che la *rule of law* è il cuore dell'etica dei giuristi.

procedure, le dinamiche proprie del diritto internazionale. Dai modi di caratterizzare questo contesto e dal modo di identificare il *core* della *rule of law*, dipende appunto la formulazione della *international rule of law*. Per esempio, si può ritenere che il nucleo della *rule of law* stia nei principi del governo della legge, nella supremazia del diritto e nell'indipendenza del potere giudiziario, oltre all'eguaglianza davanti alla legge, e dunque – secondo una traduzione quasi pedissequa del modello domestico – che la *international rule of law* implichi il principio *pacta sunt servanda* (perché i trattati occuperebbero il posto della legge nel diritto internazionale), la giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia (i giudici internazionali al posto dei giudici domestici), e l'esigenza di applicazione omogenea del diritto a tutti gli Stati (al posto degli individui da trattare in modo eguale)¹³. Questa lettura appare eccessivamente ritagliata sul modello di una *rule of law* tipicamente statale e anche di un diritto internazionale di taglio statalista, anche se già indica una direzione di sviluppo. Per percorrere adeguatamente questa terza via, piuttosto che procedere per assimilazione, come in questo caso, forse occorrerebbe riflettere sulle caratteristiche specifiche e proprie del diritto internazionale¹⁴ e modulare di conseguenza la *rule of law* adatta ad esso.

Ovviamente, l'individuazione delle caratteristiche specifiche del diritto nello scenario internazionale non è un compito facile, sia perché appunto si tende ad essere influenzati dal modello più noto, quello dello Stato, sia perché si richiede di sintetizzare e di abbracciare un contesto immenso e diversificato di fenomeni. Il modo migliore in questi casi è di ricorrere a sintesi di giuristi esperti. Riprendo due di queste sintesi, anche perché elaborate precisamente al fine di ripensare la *rule of law* nello scenario internazionale.

La prima è quella offerta da Sabino Cassese. Secondo questo autore, le caratteristiche di quello che egli chiama diritto globale sono, in estrema sintesi, la rottura dell'indivisibilità tra diritto e Stato; la mancanza di un potere esecutivo; la progressiva irrilevanza della distinzione pubblico-privato; la perdita della esclusività del diritto; il progressivo movimento incrementale di coesione intorno ad alcuni valori¹⁵, tutti elementi con potenziali implicazioni in tema di *rule of law*. Alla luce di questi caratteri, le direzioni di sviluppo della *rule of law* globale che l'illustre giurista intravede potrebbero condensarsi

13. S. Chesterman, 2008. 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. Hart, 1961, quando dice che il diritto internazionale è un diritto primitivo.

14. Dal punto di vista filosofico giuridico ciò dimostra come la riflessione su cosa è il diritto – il compito ontologico – non può essere svolta se non si riflette anche su come è il diritto e come si è evoluto – il compito fenomenologico della filosofia del diritto.

15. Sulla nozione di spazio giuridico S. Cassese, 2003 e 2014 (la sintesi proposta nel corpo dell'articolo è ispirata a quella di S. Cassese, 2014, 110-2).

intorno a due grandi nuclei: l'apertura a processi di democratizzazione procedimentale e alla partecipazione di attori non istituzionalizzati, in dialogo con la società civile, come modo principale di esercitare il controllo sul potere, da un lato, e la centralità dei giudici globali, «garanti ultimi del rispetto della *rule of law*»¹⁶, dall'altro. Si tratta di due punti di cruciale importanza. Il primo riguarda il contatto del diritto con le sue basi, che intanto ha l'effetto di ridimensionare il rapporto tra diritto e statualità, perché le istituzioni statuali non hanno il monopolio della giuridicità. La questione richiede di ripensare il problema dell'origine e della legittimazione del diritto e della sua forza, come anche altri aspetti sui quali non ci si può soffermare qui ma che sono fondamentali, per esempio quello del pluralismo giuridico¹⁷. Il secondo nucleo mette a tema il protagonismo dei giudici nel diritto contemporaneo, fenomeno che come è noto non vale solo per il diritto internazionale. Il contesto in cui questo protagonismo è infatti emerso è quello del pluralismo giuridico, caratteristico pure della prospettiva domestica, che conferisce un ruolo centrale a coloro che devono prendere decisioni sui casi concreti. Come è noto, per il diritto globale Cassese ha proposto la nozione di spazio giuridico, al posto di quella di sistema giuridico. Lo spazio giuridico sarebbe caratterizzato dal fatto che non è possibile individuare in esso un ordine superiore capace di garantire l'unitarietà del sistema. Nel contesto internazionale dunque il dramma della *rule of law* è la sua incompletezza, a causa della diversità e della disparità degli ordini giuridici, che non si completano tra di loro perché sono separati. Vi sarebbero più *rules of law*, ma non una *rule of law* che presieda a tutte. L'alternativa è che la *rule of law* possa fare da elemento unificatore del sistema di diritto internazionale, in un senso diverso da quello intuitivo (cioè individuando istituzioni che assumono la forma della *rule of law*).

Una proposta meno legata al calco – oramai svuotato – del diritto codificato esclusivo di Stati sovrani si può trovare nell'opera di Martti Koskenniemi¹⁸. Egli individua nella frammentazione, nella deformalizzazione, e nell'impero (o imperialismo) le caratteristiche strutturali del diritto internazionale del nostro tempo. Per frammentazione si intende la divisione del diritto in regimi separati e funzionalmente ordinati a regolare ora il commercio, ora i diritti umani, ora lo sport, ora il diritto del mare, ora l'ambiente e così via, ciascuno

16. S. Cassese, 2014, 117.

17. Si può intendere per pluralismo giuridico – in un senso molto generale – l'esistenza di plurali ordini e diversificate regolamentazioni, concorrenti tra loro. Qui si segnala soltanto che il pluralismo va d'accordo con una teoria istituzionalista del diritto, secondo la quale le diverse istituzioni producono diversi diritti. In un certo senso, la dualità tipica della *rule of law* di cui parla Palombella (tra un diritto spontaneo e un diritto-potere sovrano), e che caratterizzerebbe anche la sua versione extra-statale, si muove sul piano appunto del pluralismo. L. Palombella, 2016.

18. M. Koskenniemi, 2011.

dunque orientato a tutelare interessi diversi e specifici¹⁹. Per de-formalizzazione si intende indicare il fatto che il diritto tende a limitarsi al campo delle procedure, o a direttive molto generali rivolte ad esperti e decisori affinché questi risolvano i problemi trovando soluzioni effettive nate dal bilanciamento dei diversi interessi in gioco. Per impero o imperialismo si intende l'emergere di schemi di vincoli imposti da attori dominanti nel perseguimento dei propri obiettivi, attori che ovviamente non sono soltanto di natura statale²⁰. Su tutti questi piani è rilevante la *rule of law*. Lo è sul piano della frammentazione dei sistemi orientati a beni specifici, perché sorge la domanda su come interpretare e perseguire tali beni o interessi. È centrale sul piano delle decisioni concrete, affinché non siano arbitrarie. 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.

La suggestione più feconda di Koskenniemi riguarda però l'approccio dal quale guardare la *international rule of law*. L'autore infatti 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 aspetto del suo insegnamento²¹. Secondo Koskenniemi, il diritto internazionale non è là fuori, esso non è 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, e dunque è nelle loro mani. Mentre le letture domestiche della *rule of law* tendono a supporre che il diritto sia là fuori e a concepirlo come una sorta di assetto o architettura istituzionale, la proposta per il diritto internazionale è invece di pensare la *rule of law* dal punto di vista del giurista. Questo implica mettere in primo piano le procedure argomentative, le credenze²², le sensibilità, la cultura giuridica. L'approccio ovviamente non è nuovo in tema di *rule of law*, se si pensa per esempio alle sue letture come fedeltà al diritto²³. Sembra invece che sia meno frequente declinare questo approccio nei termini del rapporto tra *rule of law* e scienza giuridica²⁴. A questo argomento è destinata la seconda parte di questa riflessione. Non si tratta già di riconoscere che la *rule of law* è ed è stata una costruzione della scienza giuridica, ma piuttosto di sostenere che, per un verso, la realizzazione della *rule of law* è il suo compi-

19. La differenza di prospettiva rispetto a Cassese sta nella considerazione della frammentazione come condizione strutturale e non difettiva del diritto internazionale, così come nella valorizzazione dell'orientamento dei molteplici regimi a finalità e interessi rilevanti.

20. M. Koskenniemi, 2007.

21. W. Werner, M. de Hoon, A. Galan, 2017.

22. Si veda J. D'Aspremont, 2017.

23. G. Postema, 2014.

24. Qui si fa uso di una accezione inclusiva di scienza giuridica, di tipo teorico, ma anche pratico, cioè che è a servizio degli operatori del diritto. Una introduzione a questa tematica in G. Pavlakos, 2007.

to, lo specifico contributo che la scienza giuridica offre alla costruzione del diritto, e anche che, per altro verso, la scienza giuridica ruota intorno alla *rule of law*. Questa idea rinvia alla questione dello statuto epistemologico della scienza giuridica²⁵, del suo strettissimo legame con il suo oggetto, il diritto, del suo ruolo e delle sue mansioni, temi che non possono essere affrontati adeguatamente²⁶. Si tenterà invece di delineare alcuni tratti di una scienza giuridica plasmata dalla *rule of law* e volta alla implementazione della *rule of law*, e pertanto idonea a destreggiarsi nel contesto del diritto contemporaneo, e a dare concretezza alle forti esigenze di *rule of law* cui prima si accennava.

Il collegamento tra *rule of law* e scienza giuridica dovrebbe servire anche a rivedere alcuni aspetti della posizione proposta da Koskeniemi, non già per sola *vis polemica*, ma perché è in gioco il modo di comprendere la scienza giuridica. La proposta mira ad aprire un dibattito anche in prospettiva di formazione del giurista.

In partenza è possibile notare come il rapporto tra scienza giuridica e *rule of law* sia incompatibile con le letture riduttive del passato che tendevano a identificare la scienza giuridica con l'analisi del linguaggio del legislatore²⁷. Anche se, a ben guardare, questa stessa definizione mostra che la tesi qui difesa non è troppo fuori strada perché alla base di tale definizione si può riscontrare una istanza di *rule of law* ispirata dalla separazione dei poteri.

4. INTERNATIONAL RULE OF LAW E SCIENZA GIURIDICA

Il punto di partenza di Koskeniemi a proposito della *international rule of law* – che è quello che si assumerà qui – è diventato un tema di grande attualità nel diritto internazionale. Si tratta del *cynical international law*²⁸. Con questa espressione si vuole indicare il problema dei frequenti abusi nel diritto internazionale e dei tentativi di eludere i suoi obiettivi e le sue regole per ragioni di interesse nazionale o di interessi particolari. Secondo l'autore l'alternativa classica tra utopisti e scettici è meglio descritta in termini di cinismo, da un lato, e di impegno (*commitment*), dall'altro²⁹. Il cinismo è una forma di reali-

25. Una buona classificazione della bibliografia sulla scienza giuridica in A. Nuñez Vaquero, 2015, 602-5.

26. Si tratta di un aspetto collegato alla definizione del diritto come pratica sociale, che richiede fra l'altro di abbandonare il principio dell'avalutabilità della conoscenza. Cfr. F. Viola, 1990, 23.

27. N. Bobbio, 1976, per esempio.

28. Nei giorni 6-7 settembre 2019 si è svolta a Berlino una conferenza con questo titolo: *Cynical International Law? Abuse and Circumvention in Public International and European Law*, promossa dal Working Group of Young Scholars in Public International Law and the German Society of International Law.

29. M. Koskeniemi, 2011, 271-93 (chapter 11: *Between Commitment and Cynicism*:

simo (pessimista e scettico), per il quale la pratica del diritto internazionale non è altro che esercizio di potere, e la professione giuridica è totalmente marginale e insignificante rispetto a tale potere, al quale è asservita. Il problema di questa posizione è che essa nega l'autonomia e la specificità del diritto, e di conseguenza anche quella della scienza giuridica. Autonomia non significa certamente indipendenza e isolamento, ma nemmeno ancillarità e asservimento a poteri di fatto.

Come è noto, le posizioni realistiche, mosse da premesse epistemologiche di tipo empirista e critiche verso l'astrattezza di una scienza giuridica fondata su concetti normativi, hanno alimentato versioni della scienza giuridica in cui predominerebbe il problema dell'indeterminatezza del linguaggio del diritto e del conseguente arbitrio delle decisioni dell'interprete, irrimediabilmente riconducibili a fattori extra-giuridici. La scienza (giuridica?) dovrebbe dunque studiare questi fattori – insieme a politologi, economisti, sociologi, statistici – e tutt'al più arrivare a prevedere le decisioni future. In ultima istanza, e nonostante le apparenze, si tratta di una posizione che nega scientificità alla conoscenza del diritto in senso stretto. Discorso diverso richiederebbe la interdisciplinarietà e il confronto con altri saperi, che è un aspetto necessario per tutte le scienze e ora più che mai. Ma non al prezzo di perdere la specificità del diritto e della sua conoscenza³⁰.

Dalla parte opposta al cinismo sta il *genuine commitment*, cioè un impegno, un attaccamento al diritto, un coinvolgimento, che porta il giurista ad essere convinto dell'obbligatorietà del diritto internazionale e a intuire le sue possibilità di realizzare la giustizia. Secondo Koskenniemi, questo impegno genuino non sarebbe però razionale, in quanto deriverebbe dalla combinazione di una fede e una passione personali e di un dovere pubblico, legati dalla fiducia nell'ideale della *rule of law* e della giustizia come scopi e guide del diritto³¹. Qui nasce la possibilità di dissenso con l'autore, la cui posizione può esse-

Outline for a Theory of International Law as Practice). La contrapposizione tra cinismo e impegno richiama quella tra formalismo e scetticismo nell'interpretazione delle norme di Hart (H. Hart, 1961), ma è significativo notare che la posizione opposta al cinismo-scetticismo non è il formalismo, ma l'impegno. Per il formalista di Hart, come è noto, le norme preesistono all'interprete, che scopre i significati pre-confezionati, d'accordo con l'idea che tutti i casi sono determinati e facili, mentre nello scetticismo non si crede all'esistenza delle norme, così che l'interprete crea i significati in un contesto in cui tutti i casi sono indeterminati e difficili, e lasciati dunque all'arbitrio.

30. In A. Nuñez Vaquero, 2015, 624, si segnala il pericolo di dissoluzione della scienza giuridica di taglio realista nella interdisciplinarietà.

31. Implicherebbe un certo eroismo, anche per sapere affrontare rischi e fallimenti, così come l'andare contro i propri interessi. Egli sostiene chiaramente che l'attaccamento al diritto si colloca a distanza dalla verità e dalla fede. È distante dalla verità perché i dati concreti ed esperienziali sono contro un «diritto» internazionale, come d'altra parte afferma il cinismo, che è tipicamente empirista. È distante dalla fede perché tale impegno deriva da un atto esistenziale di

re piuttosto articolata come valorizzazione della scienza giuridica, secondo un certo modo di intenderla.

Si può infatti rintracciare nella posizione di Koskenniemi una difficoltà ricorrente nelle cosiddette teorie critiche del diritto e nelle loro varie declinazioni³². I moduli tipici di queste sono, da un lato, la tendenza a vedere (e dunque a denunciare) nel diritto il peso delle ideologie politiche, ed in particolare quella del libertarismo individualista, e, dall'altro, la decisione di impegnarsi personalmente nella direzione della giustizia sociale. Questa posizione – se coerente – dovrebbe portare a concepire il diritto come un'altra forma di attività politica, cosa che peraltro Koskenniemi afferma esplicitamente³³.

Dal punto di vista epistemologico questo tipo di approccio ha dalla sua parte il definitivo rifiuto del dogma della avalutatività della scienza, ed in particolare della scienza giuridica. Il problema è però quale tipo di valutatività sia propria della scienza giuridica. Se non vi è possibilità di contare su qualche valore criticamente oggettivo e propriamente giuridico e non ideologico, la strumentalizzazione del diritto è servita. Invece, la *rule of law* è un'ottima candidata ad essere ritenuta il valore proprio del diritto, anche per la sua natura giuridicamente «formale». Anche questo è un tema classico del *rule of law*, che richiederebbe approfondimenti adeguati³⁴. In realtà, come abbiamo visto, la proposta dello stesso Koskenniemi va proprio in tale direzione. Per ovviare alla de-formalizzazione del diritto internazionale, egli ha suggerito di promuovere una cultura formalista. Per formalismo si intende la capacità di prendere decisioni sulla base di standard esistenti e di elementi controllabili in contesti istituzionalizzati come le corti e le procedure arbitrali (le cosiddette *authoritative audiences*), valorizzando dunque quella che viene chiamata la parte procedurale della *rule of law*³⁵. Questo tipo di formalismo è molto diverso da quello che la scienza giuridica dell'età della codificazione caldeggiava, e che supposeva la preesistenza delle norme all'interprete, sufficienti a risolvere i casi secondo procedimenti logici quasi automatici. La nuova cultura del formalismo comporta il rispetto delle procedure, l'atteggiamento di chi si sottopone volontariamente ai vincoli stabiliti dalle istituzioni giuridiche, e l'ottemperanza delle regole del gioco. A differenza del formalismo tipico del giudice *bouche*

adesione al diritto, da un atto di responsabilità personale, non è qualcosa di «dato», come la fede religiosa. M. Koskenniemi, 2011, 273.

32. Si veda A. Bianchi, 2016, 135 ss.

33. M. Koskenniemi, 2011. Per spiegare la vicinanza di diritto e politica, egli usa il bel paragone dello stesso paesaggio visto all'alba e al tramonto. Come all'alba vediamo soprattutto la luce e i colori e al tramonto i volumi e i contorni, così quando guardiamo lo stesso fenomeno dal diritto vediamo le regole e le procedure e quando guardiamo dalla politica vediamo le decisioni e le responsabilità.

34. P. Craig, 1997.

35. Su questo argomento, J. Waldron, 2016.

de la loi è possibile sostenere che la nuova cultura formalista implichi anche la consapevolezza che ogni soluzione giuridica è problematica, ed è pertanto da sottoporre al vaglio della ragione giuridica, che è fatta da argomenti e da procedure e processi argomentativi. Il diritto internazionale lascia vedere più chiaramente quello che il diritto domestico talvolta nasconde, e cioè che ogni soluzione giuridica è contestuale e contingente, ma per questo occorre sottoporla alla prova delle ragioni.

In questa direzione muovono sicuramente coloro che valorizzano la centralità dell'argomentazione giuridica³⁶, anche più dell'interpretazione giuridica. Quest'ultima può essere, infatti, assorbita nella prima perché ogni interpretazione deve essere suscettibile di vaglio critico, attraverso la verifica degli argomenti che la sostengono. E alla luce di un principio di partecipazione, in particolare, il controllo dovrebbe essere esercitato da coloro che devono sottoporsi ad essa, d'accordo con un criterio di legittimazione dal basso. Anche su questo punto il diritto internazionale è particolarmente istruttivo. In condizioni di pluralismo e in assenza di una base comune di riferimento, l'interpretazione deve essere il più possibile concertata tra le parti³⁷.

Il diritto internazionale costringe anche a correggere una lettura riduttiva della *rule of law* che la familiarità con il diritto statale talvolta ispira. La *rule of law* non riguarda infatti solamente rapporti verticali unidirezionali, che vanno cioè dall'autorità al subordinato, come la riflessione sulla *rule of law* riferita ai poteri pubblici statali sembra suggerire. Innanzitutto, i rapporti verticali non sono unidirezionali, se si considera che i vincoli che la *rule of law* impone ai poteri pubblici rispondono a legami di reciprocità: tali vincoli si comprendono solo come condizione perché chi deve essere guidato dalle regole possa decidere liberamente di farlo (perché la legge è chiara, praticabile, non retroattiva, per esempio). Così come, d'altra parte, l'osservanza del diritto è la risposta leale di chi riconosce che l'autorità ha adempiuto alle sue funzioni secondo diritto. In aggiunta, però, la *rule of law* è anche vincolo orizzontale tra soggetti egualmente liberi in situazione di interdipendenza³⁸. Questo modo di guardare alla *rule of law* lascia intravedere come essa garantisca i valori della libertà e dell'eguaglianza, in un senso specificamente giuridico e non ideologico. Si può, cioè, sostenere che la libertà e l'eguaglianza che la *rule of law* assicura sono di un tipo particolare, appunto giuridico, e non politico. Essa protegge un particolare bilanciamento tra libertà ed eguaglianza, che non potrà coincidere con tutte le teorie della giustizia politica, e che, se coincide con qualcuna, è però grazie alla *rule of law* e non ad altre ragioni politiche o ideologiche³⁹.

36. R. Alexy, 1998, M. Atienza, 2006.

37. F. Viola, 2001, 67.

38. G. Postema, 1994.

39. Al di là della condivisione delle premesse e dei risultati dell'analisi, è interessante la rifles-

Il richiamo ai valori della libertà e dell'eguaglianza, ma anche ai diritti e altri beni rilevanti, consente di menzionare un altro punto: l'irruzione dei valori nel diritto e la difficoltà della scienza giuridica classica (la dogmatica) di gestirli. Per avere a che fare con essi è necessario mettere a punto specifici modelli di ragionamento e di argomentazione, con cui i giuristi dovrebbero avere dimestichezza. E soprattutto tutti coloro che sono coinvolti nella formulazione o esecuzione di decisioni giuridiche dovrebbero possedere tali abilità⁴⁰. La sfida, anche da questo punto di vista, è quella di mettere a punto lo specifico modo giuridico di trattare con gli elementi morali. Anche su questo punto la *rule of law* offre una buona chiave di lettura. Sicuramente si tratta di valorizzare la sua parte procedurale, quella dei principi che hanno a che fare con le modalità di risoluzione di controversie attraverso decisioni autoritative, cioè riservate a soggetti terzi sulla base di regole e in condizioni di eguaglianza.

È allo stesso tempo necessario un atteggiamento epistemologicamente accorto che faciliti il riconoscimento della complementarità dei diversi ruoli giuridici. Per fare un esempio che vale anche in tema di diritto domestico, occorre tornare a comprendere la specificità della giurisdizione, caratterizzata dalla bipolarità della decisione da prendere, a differenza della policentricità di ogni regolamentazione del carattere generale come è quella della legislazione⁴¹. Ciò impedisce generalizzazioni improprie di casi e di soluzioni valide solo temporalmente e *rebus sic stantibus*. In questo senso, la *rule of law* è una impresa cooperativa, risultato della collaborazione tra i diversi ruoli del diritto. Questo giustifica anche la difesa di una comune scienza giuridica per tutti gli operatori del diritto, che devono comprendere il contributo peculiare del loro ruolo rispetto agli altri.

In filigrana si è potuto probabilmente cogliere come la *rule of law* sia necessaria al fine di evitare un dominio arbitrario su individui liberi ed eguali. Essa esige sicuramente la separazione dei poteri, il principio di legalità, la costitu-

sione sviluppata in L. M. Austin, 2014. L'autrice esamina, alla luce del contrasto tra versioni formali e sostanziali della *rule of law*, la protezione della proprietà privata nel *common law*. La conclusione è, in estrema sintesi, che, se nel *common law* vi è una preferenza giuridica per la tutela della proprietà, ciò non è dovuto alla proprietà e ai suoi presupposti, ma al modo in cui la *rule of law* riesce a regolamentarla.

40. Koskeniemi sottolinea la necessità di aderire ad una *constitutional mindset* (M. Koskeniemi, 2007). Forse, più che mentalità costituzionale, si dovrebbe parlare di mentalità da *rule of law*, per meglio comprendere questa direzione di sviluppo e per non identificare questa mentalità con le costituzioni storiche o con i processi di costituzionalizzazione del diritto internazionale. In ogni caso, la *rule of law* ha la priorità sulla mentalità costituzionale anche solo per il fatto che essa richiede non soltanto che le tradizioni costituzionali si rafforzino e si sviluppino, ma anche che si evolvano, cioè che quelle che consideriamo corrette interpretazioni delle costituzioni cambino adeguatamente nel tempo (J. M. Balkin, 1989).

41. L. Fuller, K. Winston, 1978.

zionalizzazione: queste non sono però la *rule of law*, ma esigenze derivanti dalla *rule of law*. Per questo essa è opportunamente adattabile anche a diverse categorie di poteri: pubblici ma di portata diversa dallo Stato (le istituzioni internazionali), ma anche poteri diversi dai poteri pubblici, che nell'ambito internazionale sono ben presenti. La possibilità di applicazione della *rule of law* a livello internazionale viene infatti incontro ad una caratteristica del diritto contemporaneo, la sua continua espansione e apertura⁴². La *rule of law* può radicarsi laddove è possibile un'azione arbitraria, dando forma giuridica all'esercizio di quella competenza o diritto (anche nel caso dei gruppi di pressione che premono perché *moral rights*, nel contesto dei diritti umani, si trasformino in *legal rights*). In tutto questo grande spazio rileva il lavoro artigianale dei giuristi, che devono essere edotti a muoversi – per così dire – ai confini porosi del diritto, in quell'area in cui tale pratica si incontra con altre pratiche sociali confinanti, come l'economia, la politica, la morale. Queste ultime propongono lecitamente argomenti e contenuti per il diritto, ma per potere diventare giuridici essi devono essere conformati alla *rule of law*. A differenza della scienza di stampo realista, non si tratta di lavorare con elementi extra-giuridici, ma di sottoporre quegli elementi al test di giuridicità che la *rule of law* rappresenta.

5. VIRTÙ DEI GIURISTI, VIRTÙ DEL DIRITTO

L'insistenza sull'impegno personale del giurista è la ragione perché alcuni interpreti di Koskenniemi abbiano letto le sue proposte nei termini di una posizione etica da declinare nella forma di virtù: la fedeltà al diritto, la giustizia, l'integrità, la buona fede⁴³. Enfatizzare le virtù dei giuristi senza riconoscere la *rule of law* come virtù del diritto significa però osservare solo una faccia della medaglia. Sarebbe sbagliato concepire le virtù dei giuristi come capacità che essi possiedono in quanto persone e che poi esercitano (i migliori tra essi) nel diritto. È preferibile invece parlare di virtù professionali che tutti i giuristi dovrebbero acquisire. Le virtù dei giuristi sono in sostanza quelle che si misurano con la natura del diritto e con la sua specificità. Il diritto infatti deve avere una certa forma perché lo si possa assecondare e per non abusare di esso. Il contenuto delle virtù dei giuristi scaturisce dalla specifica natura del diritto e dalla sua conoscenza. La lealtà dipende dalla tutela dell'affidamento da garantire e dall'esigenza della cooperazione, l'imparzialità serve a garantire l'egualianza di trattamento da assicurare e il rispetto della dignità delle persone e

42. S. Cassese (2014, 114) parla di una quantità di diritto impressionante nel diritto globale.

43. J. Klabbers, 2013, 420. Queste virtù scaturiscono dal giuramento di fedeltà al diritto che starebbe ad indicare che non bastano le competenze tecniche, ma che il giurista o l'operatore del diritto hanno il dovere di interpretare non solo la lettera del diritto ma anche il suo spirito (ivi, 432).

così via⁴⁴. Come non bastano le posizioni ideologiche, non bastano nemmeno decisioni morali individuali aleatorie. Occorrono competenze specifiche adeguate alla natura del diritto, perché anche i benintenzionati possono strumentalizzare il diritto, mentre la *rule of law* è precisamente l'opposto della mentalità strumentale o manageriale, quella che usa il potere per ottenere altri fini. Non è un caso che una delle esigenze della *rule of law* sia quella di applicare il diritto secondo il proprio tenore. Le virtù dei giuristi sono quelle che consentono di partecipare alla pratica del diritto rispettando il senso generale dell'impresa giuridica.

6. CONCLUSIONE

La scienza giuridica necessaria perché i giuristi possano destreggiarsi nel diritto internazionale, anche ai fini della sua interpretazione e applicazione, dovrebbe avere certe caratteristiche. Deve sapere riconoscere la specificità del diritto e allo stesso tempo la sua autonomia dalla politica, dall'economia, dalla morale. Non è avalutativa e nemmeno ideologica, perché muove dal riconoscimento del valore della *rule of law* al cuore del concetto di diritto e come suo progetto fondamentale. È capace pertanto di comprendere e promuovere il modo giuridico di gestire elementi non giuridici. È una scienza giuridica che enfatizza le procedure e gli standard nell'attività di prendere decisioni, d'accordo con uno stile formalista che non solo non nega i vincoli e i controlli cui sottoporre le decisioni, ma è anche consapevole della problematicità e della provvisorietà delle decisioni, invitando a controlli della loro razionalità o ragionevolezza, anche e soprattutto da parte di chi deve obbedire al diritto. Valorizza il contributo dei diversi ruoli giuridici, che si completano l'un l'altro al fine di realizzare quella impresa collaborativa che è la realizzazione della *rule of law*. Richiede virtù professionali che nascono dalla, e sono funzionali alla, virtù del diritto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEXYS Robert, 1998, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Giuffrè, Milano.
- ATIENZA Manuel, 2006, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Ariel, Barcelona.
- AUSTIN Lisa M., 2014, «Property and the Rule of Law». *Legal Theory*, 20: 79-105.
- BALKIN Jack M., 1989, «The Rule of Law as a Source of Constitutional Change». *Constitutional Commentary*, 6: 21-7.
- BESSON Samantha, TASIOULAS John (eds.), 2010, *The Philosophy of International Law*. Oxford University Press, Oxford.

44. I. Trujillo, 2013.

- BIANCHI Andrea, 2016, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford University Press, Oxford.
- BINGHAM Tom, 2010, *The Rule of Law*. Penguin, New York.
- BOBBIO Norberto, 1976, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio». In U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, 287-324. Edizioni di Comunità, Milano.
- CASSESE Sabino, 2003, *Lo spazio giuridico globale*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2014, «Una furiosa espansione della legge? Spazio giuridico globale e rule of law». *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 109-22.
- CHESTERMAN Simon, 2008, «An International Rule of Law?». *American Journal of Comparative Law*, 56, 2: 331-61.
- CHIMNI B. S., 2012, «Legitimizing the International Rule of law». In J. Crawford, M. Koskenniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, 290-308. Cambridge University Press, Cambridge.
- CRAIG Paul, 1997, «Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework». *Public Law*: 467-87.
- CRAWFORD James, KOSKENNIEMI Martti (eds.), 2012, *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press, Cambridge.
- D'ASPREMONT Jean, 2017, *International law as a Belief System*. Cambridge University Press, Cambridge.
- DE LONDRAS Fiona, 2010. «Dualism, Domestic Courts, and the Rule of International Law». In M. Sellers, T. Tomaszewski (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, 217- 43. Springer, Dordrecht-Heidelberg-London-New York.
- FULLER Lon L., 1964, *The Morality of Law*. Yale University Press, New Haven.
- FULLER Lon L., WINSTON Kenneth I., 1978, «The Forms and Limits of Adjudication». *Harvard Law Review*, 92, 2: 353-409.
- HART Herbert L. A., 1961, *The Concept of Law*. Oxford University Press, London.
- KLABBERS Jan, 2013, «Towards a Culture of Formalism? Martti Koskenniemi and the Virtues». *Temple International Comparative Law Journal*, 27, 2: 417-36.
- KOSKENNIEMI Martti, 2007, «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization». *Theoretical Inquiries in Law*, 8: 9-36.
- ID., 2011, *The Politics of International Law*. Hart Publishing, London.
- NUÑEZ VAQUERO Alvaro, 2015, «Ciencia jurídica». In J. L. Fabra Zamora, A. Nuñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, 601-31. Unam, México.
- PALOMBELLA Gianluigi, 2012, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*. Il Mulino, Bologna.
- ID., 2016, «Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law». In G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, 61-88. Il Mulino, Bologna.
- PAVLAKOS George, 2007, *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*. Hart Publishing, London.
- PISILLO MAZZESCHI Riccardo, DE SENA Pasquale (eds.), 2018, *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*. Springer, Berlin-Heidelberg.
- POSTEMA Gerald, 1994, «Implicit Law». *Law and Philosophy*, 13, 3: 361-87.

- ID., 2014, «Fidelity in Law's Commonwealth». In D. Klimchuk, L. M. Austin (eds.), *Private Law and the Rule of Law*. Oxford Scholarship Online, Oxford.
- SCHAUER Frederick, 2015, *The Force of Law*. Harvard University Press, Cambridge (Ma)-London.
- SELLERS Mortimer, TOMASZEWSKI Tadeusz (eds.), 2010, *The Rule of Law in Comparative Perspective*. Springer, Dordrecht-Heidelberg-London-New York.
- TRUJILLO Isabel, 2013, *Etica delle professioni legali*. Il Mulino, Bologna.
- ID., 2016, «Estado de derecho y práctica de los derechos humanos». *Persona y derecho*, 73, 2: 161-80.
- VIOLA Francesco, 1990, *Il diritto come pratica sociale*. Jaca Book, Milano.
- ID., 2001, «Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica». *Ragion pratica*, 17: 53-71.
- ID., 2011, *Rule of Law. Il governo della legge ieri e oggi*. Giappichelli, Torino.
- WALDRON Jeremy, 2006, «The Rule of International Law». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 30, 1: 15-30.
- ID., 2016, «The Rule of Law». In E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition), in <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/> (22 settembre 2019).
- WERNER Wouter, DE HOON Marieke, GALAN Alexis (eds.), 2017, *The Law of International Lawyers*. Cambridge University Press, Cambridge.