



R. WACKS, *The Rule of Law under Fire?*, Oxford, Hart Publishing, 2021, pp. 167*

L'ultimo lavoro di Raymond Wacks, professore emerito di *Legal Theory* all'Università di Hong Kong e tra i più fini giuristi contemporanei, è anzitutto il sintomo di quello che potrebbe dirsi un 'revival' dell'interesse, da parte dell'Accademia, verso la categoria (giuridica, ma non solo) della *Rule of Law*, termine originato nella riflessione britannica e spesso tradotto, in un tentativo di assimilazione che però può essere operato solo parzialmente, con la nozione di derivazione europeo-continentale di 'Stato di diritto' (*Rechtsstaat*). Il suo *The Rule of Law under Fire?*, Oxford, Hart Publishing, 2021, si inserisce, infatti, in un profluvio di scritti che la dottrina, a livello internazionale, produce da almeno quattro decenni, ma che in tempi recentissimi sembra essersi intensificato.

Tale tendenza, per limitarci ad alcuni studi esemplificativi, e in lingua inglese, sembra abbracciare tanto l'analisi di particolari contesti nazionali – basti qui ricordare la collana, inaugurata da Bloomsbury lo scorso anno, sulla *Rule of Law in Context*, che attualmente conta volumi su Stati Uniti, Brasile e Russia, con Cina e Sudafrica in pubblicazione – quanto quella dell'ordinamento internazionale – *The International Rule of Law: Rise or Decline?*, a cura di H. KRIEGER, G. NOLTE E A. ZIMMERMANN, Oxford, Oxford University Press, 2019, e *The International Rule of Law: Scope, Subjects, Requirements*, di D. WOHLWEND, Cheltenham, Edward Elgar, 2021 –, e comprende esami di natura generalizzata – come l'*Handbook on the Rule of Law* curato da C. MAY E A. WINCHESTER, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, o il *Cambridge Companion to the Rule of Law*, curato da J. MEIERHENRICH E M. LOUGHLIN, Cambridge, Cambridge University Press, 2021 – quanto indagini su questioni di più recente emersione – tra cui *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, curato da G. AMATO, B. BARBISAN E C. PINELLI, Oxford, Hart Publishing, 2021, e *The Rule of Law in Europe: Recent Challenges and Judicial Responses*, a cura di M. ELOSEGUI, A. MIRON E I. MOTOC, Berlin, Springer, 2022.

Il volume di Wacks che qui si recensisce appartiene a quest'ultima categoria, e si propone di indagare sedici «potential nemesis» (p. 57), per la gran parte emerse (o acuitesi) negli ultimi decenni (p. 5), che sembrano rappresentare delle sfide con cui la *Rule of Law* è chiamata a confrontarsi. Ecco, dunque, che l'Autore decide di esplorare, attraverso brevi (talvolta fulminei, per la verità) capitoli, questioni di natura giuridica – il ruolo del potere giudiziario, ovvero la

* Contributo sottoposto a *peer review*.

discrezionalità amministrativa –, istituzionale – la sovranità dell'organo parlamentare –, economica – il capitalismo, la globalizzazione – o ideologica – nazionalismo, populismo, comunitarismo, libertarismo –, che oggi «have provoked a genuine anxiety about the wellbeing of the rule of law» (p. 3), ossia di quel «cornerstone of any liberal, free society» che «encapsulates the fundamental notions of legality and equality» (p. VII).

L'opera si divide in tre sezioni, la prima delle quali – eloquentemente intitolata “Dissecting the Rule of Law” – si occupa di individuare le caratteristiche salienti del concetto, al fine di giungere ad una definizione convincente, ma anche (e necessariamente) parziale, e strettamente congiunta alla visione di chi la propone. È infatti, quello della *Rule of Law*, tra i concetti più ostici della scienza giuridica – ma politologica anche, e filosofica in generale –, “funestato”, adoperando un termine dello stesso Autore, da «legal, ideological and semantic obscurity» (p. 35). Non è un caso che i testi che si propongono di analizzare la *Rule of Law* dedichino sempre ampia parte del lavoro – nel volume in esame circa un terzo dell'opera – a circoscriverne i contenuti e a determinarne i caratteri, spesso ripercorrendo anche le teorie che nel corso del tempo hanno tentato di giungere (senza riuscirci, è bene sottolineare) ad una soluzione univoca. Inquadrare la definizione che Wacks propone della categoria *Rule of Law* è importante, anzitutto, per comprendere i caratteri dell'analisi che viene svolta nel prosieguo del discorso a proposito delle «menaces» che paiono minarne la durevolezza. Analisi che, non a caso, «is based on the notion of the rule of law that [he] endorsed» (p. 57), e dunque possiede caratteristiche legate ad una specifica elaborazione del concetto.

Nei primi tre capitoli del volume l'Autore passa quindi in rassegna un'ampia varietà di approcci teoretici al tema, tracciando un percorso diacronico che dagli archetipi classici di Platone e Aristotele, passa per le discussioni di Cicerone e Tommaso d'Aquino, giungendo fino alle elaborazioni dei giuristi del diritto naturale – in particolare Grozio e, in Inghilterra, Blackstone. Wacks analizza poi le estrinsecazioni di queste teorie in alcuni documenti fondanti l'ordine costituzionale anglo-americano (la *Magna Carta* e il *Bill of Rights* statunitense), per poi vagliare e commentare le teorie dei principali teorici della *Rule of Law* tra XIX e XX secolo, rimanendo ancora nell'alveo della dottrina anglofona, e operando quindi un distinguo rispetto a quella continentale. L'attenzione è dedicata, nello specifico, ad Albert V. Dicey, «[t]he starting point of most modern discussion of the rule of law» (p. 17), agli autori fautori di un'interpretazione c.d. ‘formale’, o ‘ristretta’ del concetto – Friedrich A. Hayek e Joseph Raz *in primis*, ma anche Lon Fuller, che pure declina la nozione in senso morale – e al pensiero di Ronald Dworkin, promotore di una lettura in chiave ‘sostanziale’, o ‘ampia’ della *Rule of Law*, e dunque antitetica rispetto a quella dei teorici formalisti.

In questa disputa, talvolta anche animata, tra formalisti e sostanzialisti, bollata come «something of an oversimplification» (p. 17), Wacks finisce per sposare un approccio intermedio, in grado di rendere la *Rule of Law* «confined to its procedural and institutional core» (p. 36). Il metodo ‘procedurale’, peraltro già teorizzato da Jeremy Waldron nei primi anni Duemila, permetterebbe di giungere, partendo da una visione formale – «I shall adopt a formal conception whose key elements are the restraining of executive power and ensuring that all are subject to the same law» (p. 7) –, ma ampliandola tramite l'introduzione di «morally sound

institutions» (p. 43) – le corti, anzitutto, ma anche il potere legislativo –, ad una «*clearer definition*» (p. 36) del concetto.

In altri termini, sulla scia di Dworkin, Wacks lega la *Rule of Law* all'idea stessa di 'Diritto' – «[t]he rule of law is not merely a good that is attained by law; it is intimately intricated in law. To deny this association seems to me to tear the very heart out of the rule of law» (p. 40) – e giunge persino a riconoscere, seguendo l'esempio di Fuller (e, di nuovo, di Dworkin), il carattere 'morale' della nozione – «[m]oral questions permeate the law. A rigid separation between morality and the law [...] is, even to legal positivists, implausible» (p. 36), «[l]aw is not a morally neutral concept» (p. 38). La distanza dalla visione dei sostanzialisti nella visione dell'Autore opera, piuttosto, sul piano dei cosiddetti «extraneous ideals» (p. 46), per cui, pur ammettendo che la presenza di «moral institutions» sia legata alla difesa di diritti riconosciuti dall'ordinamento – «[t]he recognition and protection of individual rights requires a legal environment in which the rule of law provides access to legal institutions through which persons are able to vindicate such rights, resolve disputes and obtain protection against the abuse of public and private power» (p. 42) – egli ritiene che il contenuto di tali diritti debba rimanere fuori dalla definizione di *Rule of Law*. In altre parole, nonostante un «understandable desire to expand the scope of the rule of law to include, under its umbrella, the protection of human rights» (p. 46), questa inclinazione «does little to promote clarity about the meaning and value of [it]» (p. 47), per cui la teoria che voglia approdare ad una definizione credibile del concetto «should resist amplifying and encumbering [it] beyond its nucleus», in quanto il rischio è che esso risulti «severely adulterated when it 'propound(s) a social philosophy'» (p. 48).

Dopo aver discusso questi presupposti, Wacks propone «six overlapping principles» (p. 52) in cui si estrinseca la sua nozione di *Rule of Law*: *a*) la capacità di costituire un freno al potere arbitrario; *b*) la presenza di un sistema formale e razionale di produzione di «[l]egal rules and principles [...] promulgated authoritatively [...], published [...], accessible to all [and] hierarchically ordered» (p. 52); *c*) il rispetto dei principi di isonomia e *d*) imparzialità; *e*) la capacità di creare uno standard di condotta per le attività dei consociati; *f*) infine, quella di realizzare una cornice in cui possano operare relazioni sociali, politiche ed economiche.

Una volta chiarito che, nella sua versione 'procedurale' (e nella visione dell'Autore), «the notion [of] the rule of law encompasses the virtues it fosters, but does not explicitly constitute them» (p. 53), Wacks prosegue con l'analisi delle sedici «potential nemesis» con cui essa sembra doversi oggi confrontare. La seconda parte dell'opera, intitolata “The Firing Line”, passa in rassegna una serie di 'sfide' su cui giuristi, politologi, sociologi, ma anche la società civile generalmente considerata dibattono assiduamente, ponendole in relazione alla tenuta della *Rule of Law*. Di queste sedici categorie, meno della metà sono giudicate effettivamente destabilizzanti nei suoi confronti – sempre tenendo conto del personale approccio con cui l'Autore interpreta l'ideale mentre sarebbero molte di più se venisse adottata una lettura 'sostanziale' della *Rule of Law*.

Per alcune di queste categorie tale conclusione è piuttosto agevole da raggiungere: così, nella sezione dedicata all'autoritarismo, con particolare riguardo alla gestione cinese di Hong Kong, non può che constatarsi come alcuni regimi politici «manipulate the rule of law to camouflage

its rule by law» (p. 109), mentre nel capitolo “Populism”, trattando delle sue caratteristiche in Europa centro-orientale, Wacks avverte su come l’idea per cui si assisterebbe al «the advent of a uniquely Polish or Hungarian variety of the rule of law is preposterous», in quanto, nonostante «[t]here may be competing versions of the rule of law, [...] all share a commitment to restraining the abuse of executive power» (p. 86). Ancora, se per le *Big Tech* è agevole sostenere che esse non siano tenute ad alcuna «allegiance to a specific state or set of values» (p. 134), e che quindi possano perseguire «a strategic approach to the rule of law», per cui, «[w]hen it suits their interests, they invoke it; when it is a burden, they repudiate it» (p. 132), è altrettanto semplice ritenere, a proposito del problema della corruzione nei pubblici poteri, che essa «not only undermines trust but also corrodes the essence of the rule of law» (p. 138).

Per altre tematiche, viceversa, il discorso è più complesso. Interessanti, a tal proposito, i capitoli dedicati agli stati di eccezione e alla legislazione antiterrorismo. Nel primo caso, partendo dall’emergenza pandemica da Covid-19, Wacks stabilisce come «[o]nce declared, a state of emergency, or even emergency legislation, may gift governments an irresistible temptation to evade those legal restrictions that obtain under normal circumstances. This will have an inevitable impact on civil liberties and the rule of law» (p. 118). In questi casi, ad essere indeboliti non sono tanto gli ordinamenti con una robusta tradizione democratica, i quali «are able to implement Draconian measures without converting themselves into totalitarian regimes», quanto piuttosto «those with a fragile or pliable notion of the rule of law», che potrebbero decidere di cogliere «the opportunity to dilute fundamental restrictions on the exercise of their power» (p. 122). È importante allora, nei casi in cui si renda necessario dichiarare uno stato di emergenza, ovvero introdurre un’apposita legislazione in materia, individuare un nucleo di diritti non derogabili (p. 118), a tutela dei quali porre i poteri legislativo e giudiziario (p. 116), ossia quelle ‘*moral institutions*’ la cui importanza è già stata dimostrata da Wacks nella sua teoria della *Rule of Law*. Anche la legislazione in materia di antiterrorismo – che in un ordinamento come quello britannico è stata spesso terreno di scontro tra esecutivo e magistratura – può rappresentare una minaccia alla tenuta della *Rule of Law*. Dopo aver constatato come le norme in materia «are unlikely to disappear from the statute books of many countries» (p. 136), Wacks sostiene che «[t]he harm they wreak on the rule of law lies principally in the wide discretion they afford to unelected officials and the risk that they may offer less-than-adequate guidance as to their reach», ancora una volta giungendo alla conclusione per cui «[t]hese powers and their use always stand in need of vigilant oversight» (p. 137).

Non rientrerebbero tra le ‘*issues*’ in grado di rappresentare una minaccia alla tenuta della *Rule of Law* altre categorie, come le ideologie nazionaliste – «[h]istorically, there has, since the nineteenth century, been a symbiosis between nationalistic fervour and the structural consolidation of the rule of law» (p. 83) –, o la globalizzazione – «disproportionate market regulation» «does not, I submit, constitute a convincing case against the values embodied in the rule of law» (p. 130).

Nella visione ‘procedural-istituzionale’ di Wacks non può essere considerato terreno di scontro neppure, e anzi soprattutto, il rapporto tra sovranità parlamentare e *Rule of Law*, che pure rappresenta, dalle teorizzazioni di Dicey in avanti, un importante fonte di dibattito nella

dottrina (soprattutto britannica, ma non solo). Per la verità, Wacks sembra liquidare piuttosto sbrigativamente il problema, affermando anzitutto come «it ultimately boils down to a question of trust», sostenendo come egli si consideri «more charitable toward the courts as partners of the legislature who share the responsibility of defending the rule of law», e ricordando infine che «[i]ndeed, the Constitutional Reform Act of 2005 [...] declares in Part 1: ‘This Act does not adversely affect – (a) the existing constitutional principle of the rule of law, or (b) the Lord Chancellor’s existing constitutional role in relation to that principle’» (p. 113).

È esattamente questa «centrality of judges» (p. 43) che deve considerarsi, crediamo, il fulcro del volume, e della riflessione di Wacks sulla *Rule of Law*. Nonostante l’ampio dibattito dottrinario per addivenire ad una definizione persuasiva e risolutiva della nozione, sembra esserci «a measure of agreement concerning the central elements of the rule of law», ossia il fatto che essa «embodies a crucial check on the hegemony of arbitrary power» (p. 145). Allora, in una lettura ‘istituzionale’ del concetto, che tenga per giunta in debito conto il principio di separazione dei poteri – vero e proprio «conceptual partner» (p. 145) della *Rule of Law* – tale ruolo di controllo non può che essere attribuito al ramo legislativo ma, ancor di più, a quello giudiziario. Così, in un clima di «[c]ynicism, suspicion and mistrust» in cui «the rule of law is injured, if not wholly extinguished [...] [t]he legislature has an essential role to play [...] [b]ut the judiciary [...] is in the vanguard of the battle» (p. 149) – e non a caso l’ultima sezione del volume titola “*Defending the Rule of Law*”. Infatti, nonostante i corpi legislativi incarnino pienamente l’ideale democratico della rappresentanza popolare, essi si fanno pure portavoce di interessi di parte, e sono soggetti alle vicissitudini politiche. E allora «it is precisely because non-elected judges are not ‘accountable’ in this manner that they are often superior guardians of liberty and legality», (p. 150).

Come noto, quello del ruolo delle corti è un aspetto fondamentale della visione diceyana della *Rule of Law* e del costituzionalismo britannico sin dalle sue teorizzazioni più risalenti. Il volume di Raymond Wacks, dunque, pur proponendo un’ulteriore, autorevole, teoria della categoria di *Rule of Law*, dimostra come questo giurista decida di leggere aspetti della contemporaneità giuridica mantenendosi nel solco della tradizione di *common law*, interpretandoli in un’ottica ‘procedurale-istituzionale’ che vuole essere una valida chiave di lettura per affrontare le complessità fenomenologica odierna.

Emanuele Gabriele