

RIFD

QUADERNI DELLA RIVISTA INTERNAZIONALE
DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

4

OMAGGIO A JOHN RAWLS

(1921 - 2002)

Giustizia Diritto Ordine internazionale

Justice Law International Order

a cura di Antonio PUNZI

Giuffrè 2004

Francesco VIOLA
Università di Palermo

Rawls e il *Rule of law*

Se ci s'interroga sulla funzione del diritto nella teoria della giustizia di John Rawls, non si può che restare delusi per il suo ruolo marginale¹. La dimensione giuridica appare svolgere un compito puramente sussidiario ed esecutivo, una volta che siano stati stabiliti i principi di giustizia. Questi “forniscono un metodo per assegnare diritti e doveri nelle istituzioni fondamentali della società, e definiscono la distribuzione appropriata dei benefici e degli oneri della cooperazione sociale”². Dall'applicazione di tali principi deriveranno regole giuridiche apposite, che a loro volta saranno applicate secondo le massime formali del *rule of law*.

Nelle poche pagine che *TJ* dedica *ex professo* al diritto l'intento esplicito è quello di mostrare che il *rule of law* è legato alla priorità delle libertà, perché definisce e protegge le legittime aspettative, precisando i confini delle libertà umane e organizzando gli schemi cooperativi³.

“Un sistema giuridico è un ordinamento coercitivo di norme pubbliche rivolte a persone razionali, allo scopo di regolare la loro

¹ Nella più recente raccolta di scritti sui temi più significativi del pensiero rawlsiano nessuno di essi è dedicato al diritto. Cfr. H. S. RICHARDSON e P. J. WEITHMAN (eds.), *The Philosophy of Rawls. A Collection of Essays*, 5 voll., Garland, New York, 1999 e la recensione critica di A.S. LADEN, *The House that Jack Built: Thirty Years of Reading Rawls*, in “Ethics”, 113, January 2003, pp. 367-390.

² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, revised edition, Oxford U.P., Oxford, 1999, p. 4 (trad. it. di U. Santini, Feltrinelli, Milano, 2002⁸, p. 22), d'ora in poi citata come *TJ*.

³ *Ivi*, pp. 206-213.

condotta e di fornire la struttura della cooperazione sociale”⁴. Niente di più ovvio. Gli autori, a cui Rawls fa esplicito riferimento sono Fuller e Hart, senza sottilizzare sulle loro differenze. In ciò è incoraggiato dall'accostamento operato da Hart stesso tra “i principi di giustizia naturale” e “la moralità interna del diritto”⁵. Tuttavia è indicativo che Rawls consideri l'una e l'altra come diretti propriamente alla conservazione dell'integrità del procedimento giudiziario inteso come il compito proprio del diritto⁶. Si tratta, infatti, di evitare che le direttive giuridiche conformi ai principi della giustizia come equità ricevano poi un'applicazione distorta che violi l'eguaglianza e la libertà delle persone. Il diritto è, dunque, secondo Rawls soprattutto un'opera dei giudici, che devono amministrare con imparzialità direttive volte a permettere a persone razionali di regolare le proprie azioni e di orientarsi⁷. A questo fine queste direttive devono essere formulate convenientemente, devono essere pubbliche e devono rispettare il principio dell'eguale trattamento e quello di legalità. Il profilo del diritto, che sta più a cuore a Rawls, è la sua capacità di guidare il comportamento umano di persone razionali, di coordinare le loro azioni e di veicolare così i principi di giustizia. Notoriamente questa è l'idea centrale del pensiero di Fuller, che – come cercheremo di mostrare – ha a nostro parere influenzato quello di Rawls molto più in profondità di quanto non appaia.

Si può, dunque, ritenere che per Rawls il diritto abbia una funzione meramente strumentale rispetto ai principi della giustizia come equità e venga identificato con la concezione formale del *rule of law*, perché questa è la più adatta a garantire la priorità delle

⁴ *Ivi*, p. 207 (trad. it. cit., p. 203).

⁵ H. L. A. HART, *A Concept of Law*, II ed., Oxford U.P., Oxford, 1994, pp. 206-207.

⁶ TJ, pp. 209-210.

⁷ Secondo Rawls il compito del legislatore è volto al futuro e quello del giudice al passato. Cfr. J. RAWLS, *Due concetti di regola* (1955), trad. it. di F. Catello, in *Id.*, *La giustizia come equità. Saggi 1951-1969*, a cura di G. Ferranti, Liguori, Napoli, 1995, p. 33.

libertà (e – bisognerebbe aggiungere – anche l'equità della cooperazione sociale).

Che il diritto sia un sistema pubblico di regole applicate secondo i criteri della giustizia formale e sostenute da apposite sanzioni, è quel minimo comun denominatore intorno a cui le più differenti concezioni del diritto convergono. Rawls non fa che ribadirla. Ed allora perché restare delusi? Del pari dovremmo esserlo nei confronti di Hart e di tutti coloro per cui il *rule of law* è il modello formale di base della civiltà giuridica. D'altronde non bisogna dimenticare che il concetto di giustizia a cui Rawls presta attenzione è quello della politica e delle istituzioni sociali di una società ben ordinata. La rivendicazione della possibilità di costruire una teoria non formale della giustizia dotata di oggettività e di persuasività, cosa negata, ad esempio, da Kelsen e da altri teorici del diritto, non implica certamente che quest'operazione possa essere compiuta anche da una concezione del diritto. La giustizia è intesa da Rawls fondamentalmente ed essenzialmente come un ideale etico-politico e solo da questo punto di vista aspira ad una giustificazione razionale. Il diritto è confinato nel suo necessario formalismo.

Nelle pagine che seguono intendo, al contrario, mostrare che il diritto è un elemento indispensabile della costruzione della giustizia come equità fin dalla formazione dei suoi principi primi⁸ e che tutta questa concezione è nella sostanza una versione etico-politica della teoria del governo della legge⁹.

I. IL DIRITTO COM'È E IL DIRITTO COME DEVE ESSERE

Se prendiamo in considerazione la distinzione benthamiana tra il diritto com'è (*what the law is*) e il diritto come dovrebbe essere

⁸ Avverto, però, che, per ragioni di brevità, in effetti qui mi occuperò soltanto del primo principio di giustizia.

⁹ Questa tesi è già adombrata da S. L. PAULSON, *Teorie giuridiche e Rule of Law*, trad. it. di P. Comanducci, in *Analisi e diritto 1992*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1992, p. 274.

(*what it ought to be*), tra una teoria del diritto (*jurisprudence*) espositiva che studia il primo e una teoria del diritto censoria che studia il secondo¹⁰, non v'è dubbio che l'interesse principale di Rawls, al pari dello stesso Bentham, è per quest'ultima. L'obiettivo della sua concezione della giustizia è – come s'è detto – quello di elaborare principi-guida per assegnare diritti e doveri e per distribuire benefici e oneri. D'altronde il compito del filosofo politico è molto più vicino a quello del riformatore che a quello dell'analitico espositore delle forme del diritto, come volle essere il discepolo di Bentham, John Austin.

Una teoria del diritto censoria critica il diritto com'è sulla base della conformità a principi etici stabiliti in modo autonomo e razionale. Com'è noto, Bentham s'è ispirato ad una teoria del bene retta dal principio etico della massima felicità del maggior numero e ha criticato il sistema del *common law* e il diritto naturale da questo punto di vista¹¹. Rawls prende, invece, decisamente le distanze da questa posizione non tanto perché dissente dall'utilitarismo, quanto piuttosto perché rifiuta il primato del bene in una teoria della giustizia. Ciò significherebbe sposare una dottrina comprensiva¹², giusti-

¹⁰ “Al commentatore (*Expositor*) appartiene il compito di mostrare che cosa il *legislatore* e il *giudice* che lavora sotto di lui hanno già fatto; al *critico* (*Censor*) appartiene invece quello di suggerire che cosa il *legislatore deve fare nel futuro*”. J. BENTHAM, *A Fragment on Government* (1776), ora in ID., *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, ed. by H. H. Burns, H. L. A. Hart, Athlone, London, 1977, pp. 397-398 (trad. it. di S. e S. Marcucci, Giuffrè, Milano, 1990, p. 43).

¹¹ Cfr. G.J. POSTEMA (ed.), *Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy*, vol. II, Ashgate, Dartmouth, 2002.

¹² Una dottrina “è comprensiva se contiene una concezione di ciò che ha valore nella vita umana, della personalità ideale, dei rapporti familiari e associativi ideali e di molte altre cose che devono informare di sé la nostra condotta e al limite tutta la nostra vita; è pienamente comprensiva se copre, unificati in un singolo sistema articolato in modo abbastanza preciso, tutti i valori e le virtù riconosciuti; è soltanto parzialmente comprensiva quando comprende diversi valori e virtù non politici, ma non tutti, ed è articolata in modo poco compatto” J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia U. P., New York, 1993, p. 13 (trad. it. di G. Rigamonti, Ed. di Comunità, Milano, 1994, p. 31), d'ora in poi citato come PL. Possiamo, allora, ritenere che il carattere proprio di una dottrina comprensiva sia quello di far dipendere la giustizia delle istituzioni da valori non strettamente politici e persino da più generali visioni del mondo. Cfr. il mio *Giustizia e verità*, in “Filosofia e teologia”, 15, 3, 2001, pp. 490-503.

ficando l'intolleranza nei confronti del pluralismo. La giustizia come equità si fonda, pertanto, – com'è noto – sul primato del giusto sul bene, del ragionevole sul razionale.

Tuttavia ciò non implica la rinuncia alla distinzione tra il diritto com'è e il diritto come deve essere, perché anche il giusto – secondo Rawls – pretende di fondarsi su principi stabiliti in modo autonomo che tutti possono accettare. La distinzione tra parte ideale e parte non ideale della teoria della giustizia come equità¹³ si colloca pur sempre all'interno della distinzione tra l'essere e il dover essere del diritto. Le istituzioni giuridiche esistenti sono innanzi tutto giudicate alla luce della concezione ideale e, in un secondo tempo, si valuta fino a che punto è accettabile sulla base delle circostanze una deviazione dal modello ideale ovvero dalla "giustizia perfetta". A parte questa maggiore duttilità rispetto al riformismo benthamiano, resta confermato che *TJ* non s'interessa del diritto com'è, ma del diritto come deve essere. Vedremo che, invece, in *PL* il diritto com'è ha un ruolo ben più rilevante all'interno della giustizia come equità.

L'atteggiamento rawlsiano nei confronti del diritto ha, dunque, alcuni punti di somiglianza con quello benthamiano. Anche se per Bentham la legge è un artefatto e non vi sono leggi naturali, tuttavia vi sono principi naturali e razionali che servono a guidare i legislatori e a criticare le leggi¹⁴. Il progetto di Rawls apparentemente non è diverso e, tuttavia, il rifiuto del primato del bene sul giusto non è senza rilevanti conseguenze sull'approccio al diritto come deve essere.

La teoria del diritto censoria, essendo costruita sul primato del bene, implica che il dover essere del diritto sia guidato da valori e da beni esterni al diritto stesso. La legge diventa uno strumento per la realizzazione di questi fini. Non si tratta per Bentham di uno strumento cieco e inerte, in quanto ha una funzione pedagogica nei con-

¹³ *TJ*, p. 216.

¹⁴ Cfr. H. L. A. HART, *Bentham and the Demystification of the Law* (1973), ora in G. J. Postema (ed.), *op. cit.*, p. 7.

fronti del giudizio personale. D'altronde i principi di utilità ci offrono solo una buona ragione per le leggi, ma una buona ragione non è di per sé ancora una legge¹⁵. Bentham non ricorre all'argomento di autorità, che escluderebbe il giudizio personale, e ritiene che la legge si diriga all'intelletto piuttosto che alla volontà, creando le condizioni per correggere il giudizio individuale in direzione dell'utilitarismo. Ma ciò significa che il diritto, anche se intelligente, è pur sempre uno strumento del progetto politico e a servizio di valori etico-politici ad esso esterni. La teoria del diritto censoria è una *politica del diritto*. Si può forse affermare che anche la concezione della giustizia come equità sia una politica del diritto nello stesso senso? Non credo.

Quando al posto del bene dell'utilità subentra il giusto (*right*), non è più possibile distinguere nettamente il diritto dai principi etico-politici che lo governano. Il diritto come dev'essere entra a far parte della stessa procedura che stabilisce i principi primi di giustizia, che a loro volta servono a giudicare del diritto com'è. Ciò vuol dire che i valori e i beni che guidano il diritto come dev'essere non sono esterni al diritto stesso, ma interni a quell'*impresa cooperativa* che lo definisce. Se questo è vero, allora il progetto di Rawls non si sostanzia in una politica del diritto, ma in una *politica giuridica*, cioè in una trasformazione del *rule of law* in una concezione politica, propriamente in quella della giustizia come 'equità', che non a caso è un concetto appartenente da tempo memorabile alla tradizione giuridica. È significativo che – come ha ben messo in rilievo MacIntyre¹⁶ – la traduzione più adeguata di *epieikeia* non sia a stretto rigore 'equità', termine il cui significato tende oggi a confondersi con quello di 'egualianza', ma *ragionevolezza*, che assumerà – come vedremo – un ruolo centrale in *PL* in esplicito collegamento al diritto.

Ora esamineremo alcuni significativi indizi volti ad avvalorare l'ipotesi che la giustizia come equità sia una sorta di *rule of law*

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ A. MACINTYRE, *Giustizia e razionalità* (1988), vol. I, trad. it. di C. Calabi, Anabasi, Milano, 1995, p. 149.

politico. Questi segnali aumentano progressivamente nel passaggio da *TJ* a *PL*¹⁷.

2. IL *RULE OF LAW* E LA POLITICA

La teoria del *rule of law* è tradizionalmente legata alle caratteristiche essenziali che una legge giuridica dovrebbe avere: la pubblicità, la generalità, l'irretroattività, la chiarezza, la coerenza, la durevolezza, la praticabilità e la congruenza nell'applicazione¹⁸. Tutte queste condizioni sono formali, ma devono essere proprio queste e non altre, affinché la legge svolga compiti che rimandano ad obiettivi o valori sostanziali¹⁹. Mentre tutti in linea di massima concordano sul modo di descrivere gli elementi del *rule of law*, v'è ampio disaccordo sull'individuazione di questi obiettivi o di questi valori²⁰. E tuttavia una giustificazione ideale è pur sempre necessaria se non si vuole cadere nell'insensatezza o nell'arbitrarietà. Anche una concezione 'formale' deve giustificarsi in qualche modo e questo non potrà che essere in qualche modo 'sostanziale'.

¹⁷ Non intendiamo qui addentrarci nell'analisi delle profonde differenze fra l'una e l'altra opera. Accenneremo a questo problema solo alla fine di questo articolo.

¹⁸ Cfr. L. L. FULLER, *La moralità del diritto* (1969), a cura di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano, 1986, cap. II. Bisogna, però, ricordare che a questo nucleo ristretto di caratteristiche se ne dovrebbero aggiungere altre parimenti essenziali, emerse anche in seguito alla pratica dei diritti, come la separazione dei poteri, la rigidità della costituzione, la riserva di legge o di giurisdizione, il divieto di analogia della legge penale, il *favor libertatis*, la presunzione di non colpevolezza, la determinazione tassativa dei casi in cui si possono limitare i diritti, il principio del contraddittorio e così via. Il che conferisce incerti confini alla nozione di *rule of law* e al contempo mostra quanto il suo preteso formalismo sia dipendente da valori percepiti come fondamentali. Cfr., in generale, l'ampia raccolta di testi curata da P. COSTA e D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.

¹⁹ Si può senz'altro ritenere che l'insistenza di Bentham sulla "pubblicità" della legge appartenga all'evoluzione della concezione del *rule of law*. Cfr. G. J. POSTEMA, *Bentham on the Public Character of Law* (1989), ora in G. J. Postema (ed.), *op. cit.*, pp. 65-85.

²⁰ Cfr. P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in "Public Law", 1997, pp. 467-487, che sviluppa una proposta di mediazione fra concezioni formali e sostanziali.

A conferma di ciò, coerentemente Kelsen espunge la teoria del *rule of law* dalla dottrina pura del diritto, cioè dall'oggetto della scienza giuridica, considerandola come "un pregiudizio giusnaturalista"²¹. La recupera in un'altra ottica, quella di una politica del diritto che abbia a cuore il valore della sicurezza nel campo del diritto, legata alla possibilità di prevedere le attività degli organi pubblici per adattarvi il proprio comportamento. A suo avviso 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'azione²².

Anche se non può essere messo in dubbio che il *rule of law* è funzionale alla realizzazione di determinati valori, ciò non significa che la sua applicazione conduca per ciò stesso ad un diritto giusto. Come ha osservato Hart, purtroppo il *rule of law* è compatibile con la più grande iniquità²³. In effetti esso è solo una condizione necessaria, ma non sufficiente, della giustizia²⁴. Un diritto giusto dovrà anche essere rispettoso di questi principi e di queste caratteristiche della legge, ma ciò ancora non basta.

Com'è noto, Fuller ha collegato la 'moralità interna' del diritto al suo fine principale, che a suo parere è quello di "assoggettare la condotta umana al governo di norme"²⁵ sulla base dell'assunto che si tratti di guidare il comportamento di esseri ragionevoli in modo rispettoso della loro capacità di autodeterminazione. Anche se pos-

²¹ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. di R. Treves, Einaudi, Torino, 1952, p. 147.

²² H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia* (1955-56), trad. it. di A.M. Castronuovo, in ID., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 354-361.

²³ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 207.

²⁴ Waldron sottolinea che la relazione tra *rule of law* e giustizia non è contingente, ma è come quella della parte nei confronti del tutto. J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in "Ratio juris", 2, 1, 1989, p. 94 e, più di recente, ID., *Legal and Political Philosophy*, in J. Coleman e S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford U. P., Oxford, 2002, pp. 352-382.

²⁵ L. L. FULLER, *op. cit.*, p. 142.

siamo accettare che questo sia un aspetto morale del diritto, non significa che con ciò stesso il fine verso cui la legge guida la condotta umana sia morale o accettabile sul piano politico. Non direi che Fuller manchi di una visione morale, ma che certamente questa è insufficiente a fondare una concezione completa del diritto giusto²⁶. Del resto una cosa è sostenere che il *rule of law* richieda un appello ad una dimensione morale e un'altra è richiedere una vera e propria teoria morale come suo fondamento²⁷.

Il carattere incompleto della dimensione morale del *rule of law* rinvia la problematica della giustizia alla teoria morale e a quella politica. Il diritto come deve essere dipende dai valori etico-politici che ne dettano le finalità. Sembra così ribadita la distinzione di Bentham che la 'moralità interna' del diritto non è riuscita a superare e – secondo alcuni – neppure a scalfire. Non c'è, quindi, da meravigliarsi se al *rule of law* abbiano prestato attenzione i filosofi politici interessati più al diritto come deve essere che al diritto com'è. Le loro riflessioni sul tema non si allontanano di molto dall'ambito ideale individuato da Fuller, cioè dal valore dell'autodeterminazione umana²⁸.

Secondo Fuller la dimensione procedurale del diritto implica una concezione dell'uomo. "Intraprendere l'impresa di assoggettare la condotta umana al governo delle norme, necessariamente implica l'adesione alla visione secondo cui l'uomo è, o può divenire, un agente responsabile, capace di comprendere e seguire delle norme, e di rispondere alle sue mancanze"²⁹. Qui la persona liberale è defi-

²⁶ J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 211.

²⁷ Questa è la critica che si può muovere a Paulson, che sembra non distinguere tra l'una e l'altra prospettiva. Cfr. S. L. PAULSON, *art. cit.*, pp. 251-274.

²⁸ Per un confronto tra alcune principali concezioni del *rule of law* è di utile consultazione Ch. COVELL, *The Defence of Natural Law. A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshott, F. A. Hayek, Ronald Dworkin & J. Finnis*, St. Martin's Press, New York, 1992. Cfr. anche N.B. REYNOLDS, *Grounding the Rule of Law*, in "Ratio Juris", 2, 1, 1989, pp. 1-16.

²⁹ L. L. FULLER, *op. cit.*, p. 211.

nita sulla base del solo potere dell'autodeterminazione e della capacità di agire responsabilmente. In questo senso ogni violazione dei principi della morale interna del diritto implica un'offesa alla dignità dell'uomo così concepito. Se perdessimo di vista l'uomo come centro responsabile di azione, tutta l'impresa del diritto perderebbe di senso e si trasformerebbe in qualcosa di minaccioso per la dignità umana.

Hayek considera il *rule of law* come "a meta-legal doctrine or a political ideal"³⁰, il cui obiettivo fondamentale è quello della custodia del valore della libertà individuale e della capacità delle persone di agire moralmente (*moral agency*). Secondo Hayek il vincolo di una clausola fondamentale, che imponga di limitare la libertà individuale solo in forza di norme generali concepite al fine di proteggere tale libertà, è una garanzia ben superiore all'elencazione costituzionale di determinati diritti fondamentali, che implicherebbe una restrizione a monte dell'ampiezza dell'agire umano³¹. Come vedremo, Rawls sembra seguire, invece, proprio quest'ultima strada quando s'impegna a definire le libertà fondamentali come parte essenziale della sua concezione della giustizia come equità.

Secondo Oakeshott il *rule of law* definisce una forma di associazione umana (*civil association*) che non intende dirigere i suoi membri verso fini o scopi particolari, ma coordinare la loro libertà di scelta per renderla effettiva. A questo fine basta il rispetto dei principi procedurali già sopra indicati, ma con un'attenzione particolare verso quelli della 'giustizia naturale' relativi al giudizio³². La concezione negativa della libertà intesa come assenza d'impedimenti esterni, e in particolare di coercizione, è ritenuta da Oake-

³⁰ F. A. von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, p. 206. Per le variazioni interne di questa concezione del *rule of law*, su cui qui non posso soffermarmi, cfr. R. WESTMORELAND, *Hayek: the Rule of Law or the Law of Rules?*, in "Law and Philosophy", 17, 1998, pp. 77-109.

³¹ F. A. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà* (1973-79), trad. it. di P. G. Monateri, Il Saggiatore, Milano, 1986, pp. 483-485.

³² M. OAKESHOTT, *The Rule of Law*, in ID., *On History and Other Essays*, Blackwell, Oxford, 1983, p. 140.

shott più conforme al carattere formale del *rule of law* e al suo compito non finalistico³³. Come vedremo, non è questa la concezione rawlsiana della libertà politica e, tuttavia, la *social union* di Rawls non è certamente una comunità di fini ultimi identificati da una dottrina comprensiva, ma qualcosa d'intermedio tra la *societas* (priva di scopo comune) e l'*universitas* (diretta verso un obiettivo comune), se vogliamo ancora servirci della perspicua distinzione di Oakeshott³⁴.

Da questo breve *excursus* di alcune concezioni che sono attente alle basi valoriali del *rule of law*, si evince – con l'eccezione di Kelsen – la chiara tendenza a vedere in esso una necessaria difesa del valore liberale dell'autonomia, in quanto la prevedibilità del comportamento degli organi pubblici permette di pianificare meglio le nostre vite³⁵. Questo valore è minacciato dalla tirannia del potere politico, che tende a soffocare la varietà delle scelte individuali e che deve essere controllato, impedendone la concentrazione e sottoponendolo a rigorose condizioni procedurali³⁶. Tuttavia il problema che Rawls si propone di affrontare non è soltanto questo, non è soltanto quello della difesa della libertà individuale dall'ingerenza del potere politico, ma soprattutto quello della giustizia, cioè di una coesistenza di posizioni pluralistiche in un assetto sociale che non sia un mero *modus vivendi*, bensì il risultato di un accordo ragionevole intorno ad istituzioni ritenute giuste. Mentre il valore dell'autonomia di per sé considerato esclude ogni riferimento al modo in cui essa debba essere usata e, quindi, ben si accorda con una visione formalistica del *rule of law*, invece una concezione della giustizia, che aspiri ad un'oggettività, richiede l'accettazione comune di regole dotate di contenuti determinati nei cui confronti il *rule of law* tradizionale non ha nulla da dire. Il rispetto delle sue caratteristiche

³³ ID., *Hobbes on Civil Association*, Blackwell, Oxford, 1975, p. 65.

³⁴ Per il rapporto tra il pensiero di Rawls e quello di Oakeshott su questo punto cfr. PL, pp. 40-41.

³⁵ J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, cit., p. 84.

³⁶ Cfr. J. R. LUCAS, *The Principles of Politics*, Oxford U. P., Oxford, 1966.

formali è – come s'è detto – solo una condizione necessaria, ma non sufficiente alla progettazione e alla realizzazione di una società giusta. Il diritto come dev'essere è modellato dall'esterno da questa concezione della giustizia politica. Questo, infatti, *sembra* essere l'atteggiamento di Rawls nei confronti del governo della legge. Ma non è esattamente così.

La giustizia come equità, pur non rinunciando ad una concezione contenutistica, non intende essere una dottrina tra le altre e in competizione con le altre, ma intende sviluppare i principi che dovrebbero ispirare istituzioni in grado di essere accettate da tutte le dottrine comprensive ragionevoli presenti in un contesto socio-politico determinato al fine di salvaguardare un "pluralismo ragionevole", visto come il fatto positivo del dispiegarsi di una ragion pratica libera³⁷. La giustizia come equità è una dottrina non comprensiva che permette la cooperazione di persone legate a dottrine comprensive. Essa svolge, dunque, nei confronti della politica le stesse funzioni che il *rule of law* assicura nei confronti del diritto. Parafrasando Fuller, potremmo dire che la giustizia come equità si presenta come la moralità interna della politica o di istituzioni politiche che vogliano essere giuste nel regime del pluralismo ragionevole.

A differenza del *rule of law* la giustizia come equità è presentata da Rawls come una condizione necessaria e sufficiente della giustizia, in quanto è basata su un proceduralismo puro (qual è quello della posizione originaria), i cui risultati sono per ciò stesso giusti senza richiedere una valutazione sulla base di un criterio indipendente di giustizia, come avviene invece nel caso del *rule of law*³⁸. Se le cose stanno così, allora la nostra domanda iniziale deve essere ulteriormente raffinata in tal modo: svolge il diritto un qualche ruolo nella determinazione di quella procedura mediante cui la concezione della giustizia come equità dà forma ai suoi principi e alla lista delle libertà fondamentali?

³⁷ PL, p. 37.

³⁸ *Ivi*, p. 72.

Per rispondere adeguatamente bisogna preliminarmente aver presente che vi sono due modi di affrontare la questione di come il diritto deve essere.

Il primo, una volta stabilito quali siano i valori etici e politici fondamentali, va alla ricerca delle regole giuridiche più idonee a realizzarli o in generale o in riferimento ad una società politica data. Quest'orientamento è quello seguito da Bentham e anche – come s'è visto – dalla maggior parte dei teorici del *rule of law*, cosicché il dover essere del diritto è insieme una questione ad esso esterna, in ragione dei valori politici presupposti, e una questione interna di tecnica giuridica. In questo senso la teoria del diritto censoria appartiene alla scienza giuridica, oltre che essere per altro verso una politica del diritto.

Il secondo modo, invece, non ritiene accettabile questa separazione tra la dimensione giuridica e i valori etico-politici comuni, poiché questi sono, sin dal loro porsi, modellati dalla vita sociale e segnati dal fatto dell'interazione fra soggetti eguali ma differenti per i piani di vita. Conseguentemente, i valori politici possono essere comuni a patto che si sottopongano a criteri di regolamentazione, cioè a principi di giustizia. In questi è già all'opera il senso del diritto. Un esempio emblematico di quest'orientamento può ritrovarsi nella concezione di Dworkin, che proprio per questo è stata definita come 'prebenthamiana', in quanto volta a rifiutare la distinzione tra diritto com'è e diritto come deve essere, tra teoria del diritto espositiva e teoria del diritto censoria³⁹. A mio parere, Rawls appartiene a questa linea di pensiero, con la non trascurabile differenza rispetto a Dworkin che la sua ottica di osservazione non è giuridica, ma politica. Pertanto, il suo interesse è esclusivamente rivolto a come deve essere una società giusta e la sua risposta riguarda quali principi di giustizia (*right*) debbano essere accettati da un'assemblea costituente che elabora una costituzione per

³⁹ Cfr. N. MACCORMICK, *Dworkin as a Pre-Benthamite*, ora in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa, N. J., 1983, p. 183.

una società siffatta. Molteplici indizi confermano quest'interpretazione del pensiero di Rawls.

3. LA PRESENZA DEL DIRITTO NELLA POSIZIONE ORIGINARIA

Il primo di questi indizi riguarda direttamente il primo principio di giustizia, quello dell'eguale libertà, che è così formulato: "each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others"⁴⁰. Con ciò si evidenzia – com'è esplicitamente riconosciuto da Rawls⁴¹ – che non è la libertà in quanto tale che è al centro di questa concezione, non è essa lo scopo principale e il valore prioritario, ma fin dal principio sono in questione specifiche forme di libertà (*basic liberties*). Si può, invece, affermare che nel pensiero di Hayek o di Oakeshott, per esempio, sia la libertà in quanto tale il valore politico fondamentale, mentre la sua articolazione e restrizione vengono in un secondo tempo per le esigenze della coesistenza. Per Rawls le libertà nascono come già qualificate e come appartenenti ad un sistema o ad una famiglia, che deve fare i conti con il suo ordine interno. A questo deve aggiungersi l'ulteriore problema dell'eguaglianza dei grappoli di libertà attribuiti ad ogni individuo.

Se osserviamo in che modo Rawls affronta il problema della determinazione di questa lista di libertà fondamentali, specie in seguito alle osservazioni critiche mossegli da Hart⁴², dobbiamo

⁴⁰ TJ, p. 53. Ricordo che, in seguito alle critiche di Hart, Rawls ha sostituito l'espressione "the most extensive scheme", che suggerisce una dimensione quantitativa che non fa distinzione fra casi più o meno significativi, con "a fully adequate scheme". Cfr. PL, p. 5 e, per la spiegazione di questo mutamento, pp. 291ss.

⁴¹ *Ivi*, pp. 291-292. Cfr., anche, R. ALEXY, *La teoria delle libertà fondamentali di John Rawls*, trad. it. di A. Castelli e F. Sciacca, in F. Sciacca (a cura di), *Libertà fondamentali in John Rawls*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 13.

⁴² Hart aveva osservato, tra l'altro, che non erano spiegate in modo adeguato le ragioni per cui le parti nella posizione originaria adottano proprio quelle libertà fondamentali, e non altre, e ne sanciscono la priorità. Cfr. H. L. A. HART, *Rawls on Liberty and Its Priority*, in *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 223-247.

constatare che le parti nella posizione originaria non decidono – come ci si aspetterebbe – prima sui contenuti di questa lista e poi sui principi di giustizia che ne governano la distribuzione, ma contemporaneamente sull'una e sugli altri⁴³. È questa una conferma che i valori politici vengono alla luce già modellati dal diritto, cioè da regole che ne specificano l'ambito di estensione e il loro bilanciamento, almeno in linea di principio.

In effetti, quando si afferma che un valore è 'politico', si vuol dire qualcosa in più rispetto alla sua pura e semplice dimensione etica. Si vuol dire che esso riguarda la vita associata di persone, che peraltro, da parte loro, potrebbero essere guidate da differenti concezioni del bene. La politica non è semplicemente il luogo in cui queste visioni personali debbono comporsi tra loro in qualche modo, ma il luogo in cui deve raggiungersi un accordo su valori condivisi che strutturano la vita comune. Per questo, molto opportunamente, Rawls individua nella giustizia il valore politico fondamentale, cioè quello che governa direttamente il problema di come il diritto deve essere. Ed allora dobbiamo dire che tra una teoria morale generale e il diritto come tecnica, controllata dai principi del *rule of law*, si interpone il terreno di raccordo di una teoria politica, che opera una mediazione fra le istanze etiche, la loro proiezione politica e la loro equa distribuzione sociale. La teoria politica è il risultato dell'interrelazione fra etica e diritto, cosa d'altronde richiesta dal suo compito fondamentale, cioè dalla determinazione di ciò che è giusto, di ciò che deve essere attribuito o riconosciuto a coloro che partecipano alla vita comune.

In quest'ottica, che a mio parere è più corretta di quella benthamiana e, più in generale, di quella dei sostenitori della rigida dicotomia fra diritto e morale, alla base del *rule of law* non sta propriamente una teoria morale, ma una teoria politica nel senso rawlsiano di una teoria della giustizia, che a sua volta dipende in qualche modo da una teoria morale. Questa teoria politica è il frutto di una

⁴³ La cosa è acutamente notata da R. ALEXY, *art. cit.*, p. 11.

interazione di esigenze etiche essenziali con una regolamentazione che le renda praticabili in contesti sociali, cioè con vincoli in certo qual modo già forniti di una dimensione giuridica.

Una teoria della giustizia indicherà, dunque, valori di base uniti da una certa qual regolamentazione strutturale e consisterà negli uni e nell'altra inscindibilmente considerati. Così Rawls, nell'indicare le libertà fondamentali, le presenta come già regolate sin dalla loro definizione e come ulteriormente specificabili con criteri che hanno a che fare con il diritto e con istituzioni tipicamente giuridiche, cioè riguardanti le fasi costituente, legislativa e giudiziaria. Il problema della giustizia non riguarda soltanto l'elenco delle libertà fondamentali, ma anche quello della loro compatibilità e della loro eguale distribuzione.

È significativo che Rawls, nel precisare le ragioni per cui le parti nella posizione originaria scelgono proprio quelle libertà, e non altre, chiami in causa l'esigenza della cooperazione sociale in termini equi e, conseguentemente, il concetto di persona. Non è, quindi, la posizione originaria a decidere quali e quante debbano essere le libertà fondamentali, ma il concetto rawlsiano di persona come appartenente alla precomprensione della giustizia come equità⁴⁴, che – come tale – non è diretta a giustificare queste libertà fondamentali, ma solo a inferirle dai poteri morali della persona. La libertà nelle sue varie forme rappresenta il versante etico⁴⁵, ma la persona è pensata sin dall'inizio non soltanto come fornita della capacità di concepire il bene, ma anche come dotata della capacità di avere il senso del diritto e della giustizia⁴⁶. Ciò vuol dire che l'at-

⁴⁴ Lo ammette Rawls stesso: "a conception of the person given in advance". PL, p. 308.

⁴⁵ Secondo Pogge i tre valori morali centrali per Rawls sono la libertà, l'eguaglianza e la partecipazione. Cfr. T. POGGE, *The Interpretation of Rawls' First Principle of Justice* (1982), ora in H. S. Richardson e P. J. Weithman (eds.), *op. cit.*, vol. 2: *The Two Principles and Their Justification*, pp. 55-83. Qui si troverà anche un confronto tra le libertà fondamentali di Rawls e i diritti positivizzati nei documenti internazionali.

⁴⁶ Questo concetto di persona è ben più ricco di quello presupposto da Fuller, perché include in essa anche la dimensione della socialità, che per la verità compare anche negli ultimi scritti di Fuller attenti al diritto come linguaggio dell'interazione.

tività cooperativa, pur essendo richiesta come mezzo necessario per la realizzazione del bene, deve rispettare condizioni interne, quali quelle della reciprocità e della mutualità, deve essere appropriata alle finalità dell'iniziativa comune e, una volta istituzionalizzata, deve essere onorata come un fine in se stesso, perché è l'ottica attraverso cui i cittadini devono pensare se stessi e considerarsi l'un l'altro nelle loro relazioni reciproche⁴⁷.

L'idea di cooperazione sociale in termini equi è una componente essenziale o un'*idea fondamentale* della giustizia come equità. Questi termini equi, che sono tali in quanto specificano i diritti e i doveri fondamentali, modellano quella forma di cooperazione che è la struttura di base della società nelle sue istituzioni principali, quali la costituzione, il regime economico, l'ordinamento giuridico. Tutto ciò si configura come un sistema unico di cooperazione⁴⁸. Non credo si possa negare che in tal modo il diritto, nelle sue istituzioni fondamentali e nelle sue regole principali (e non già soltanto per i principi della 'giustizia naturale'), entri a far parte della giustizia come equità⁴⁹.

La stessa definizione generale di 'cooperazione' si presenta come legata al concetto di diritto, proprio per questo, infatti, si può distinguere dalla mera coordinazione⁵⁰. "La cooperazione è guidata

⁴⁷ Cfr. PL, pp. 299-304.

⁴⁸ Per questo Rawls non accetta la classificazione della sua teoria fra le *rights-based theories*, come l'aveva intesa Dworkin, e la definisce come *an ideal-based view*, cioè come fondata su alcune idee intuitive tratte dalla cultura della democrazia costituzionale: le persone sono libere ed eguali, la società deve essere ben ordinata, la concezione della giustizia politica deve avere un ruolo pubblico, la società è un equo sistema di cooperazione sociale che si estende nel tempo da una generazione alla successiva. Che non siano i *diritti* il punto focale della sua teoria non esclude che essa abbia bisogno del *diritto*. Cfr. R. DWORKIN, *Justice and Rights*, in *Id.*, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, p. 173 e J. RAWLS, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, in "Philosophy and Public Affairs", 14, 1985, p. 236, n.19.

⁴⁹ Secondo Bentham è il diritto ad introdurre la dimensione cooperativa e il senso del bene pubblico, cosicché egli può dire che il diritto è il più splendido trionfo dell'umanità su se stessa. Cfr. G. J. POSTEMA, *Bentham on the Public Character of Law*, cit., p. 58.

⁵⁰ Cfr. F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 40 ss.

da regole e procedure pubblicamente riconosciute, che chi coopera accetta e considera buone regolatrici della propria condotta”⁵¹. Questo modo d’intendere la pubblicità è molto più vicina all’idea hartiana di diritto che a quella di Bentham, per cui il diritto deve essere materia di standards pubblici, dichiarati, sanciti e accessibili pubblicamente. Per Rawls la pubblicità non è questione di segni esteriori inequivocabili, ma di consenso sociale che si manifesta nell’uso delle regole da parte dei cittadini nella convinzione di onorare in tal modo i termini equi della cooperazione. Da quest’idea di ‘pubblicità’ si svilupperà il concetto di ‘ragione pubblica’, a cui tra breve accenneremo.

Anche se la cooperazione sociale è presente in tutte le fasi della costruzione della giustizia come equità, bisogna riconoscere che il suo ruolo cambia di segno e si accresce, man mano che il velo d’ignoranza si assottiglia e si guarda al cittadino in carne ed ossa e non più ai suoi fittizi rappresentanti. Nella posizione originaria le parti rappresentano in primo luogo solo l’aspetto razionale della persona, cioè la capacità di concepire il bene; esse non conoscono i particolari piani di vita dei loro rappresentati, né sono legati ad alcun piano di vita particolare. Di conseguenza, secondo la logica utilitarista, sceglieranno quei principi di giustizia che permettano l’accesso ad una gamma di fini ultimi sufficientemente ampia. Le regole connesse alla cooperazione sono viste come una restrizione esterna dettata dalle condizioni imposte dall’accordo⁵². Ciò dipende dal fatto che le parti si trovano in posizione simmetrica e, quindi, devono mirare ad un accordo ragionevole. Le parti sono ancora pensate nella sostanza come soggetti benthamiani e la ragionevolezza, che soddisfa il potere morale del senso del diritto e della giustizia, è vista come un vincolo funzionale e necessario per promuovere le concezioni determinate del bene dei loro rappresentati⁵³.

⁵¹ PL, p. 16 (trad. it. cit., p. 32).

⁵² *Ivi*, p. 305.

⁵³ *Ivi*, p. 316.

Questa presentazione della posizione originaria e dell'uso della razionalità in essa all'opera non contraddice la nostra tesi interpretativa riguardante la presenza del diritto sin dalle prime fasi della costruzione della giustizia come equità. Il diritto è ben presente, anche se appare come un vincolo esterno a cui sottostare. Piuttosto si deve notare che qui si riproduce il primo modello, a cui sopra abbiamo accennato, cioè quello di valori etico-politici in linea di principio assoluti, ma che vengono ristretti estrinsecamente dai vincoli della convivenza. C'è da dire, però, che nella posizione originaria la restrizione della libertà per motivi utilitari non è del tutto intesa come un male, anche se necessario, perché corrisponde al senso del diritto e della giustizia, che già hanno le parti in quanto persone. Ma questo potere morale è ancora subordinato all'altro relativo alla concezione del bene nel senso che un equo sistema di cooperazione appare come vantaggioso per il bene di ciascuno e per questo accettato. Nelle fasi successive già gli equi termini della cooperazione sono entrati a far parte della definizione delle libertà fondamentali, i due poteri morali raggiungono la piena autonomia e si costituisce la giustizia come equità in tutta la sua integralità.

Infatti, nella seconda fase, quella della scelta di una costituzione storica, i protagonisti non sono più le *parti* della posizione originaria, ma i *delegati*, che sono anch'essi rappresentanti, ma sono chiamati a svolgere un ruolo diverso. Si tratta soprattutto di difendere la priorità delle libertà fondamentali mediante restrizioni che sono giustificate ancora una volta "dalle concezioni della persona e della cooperazione sociale che hanno più probabilità di essere congeniali alla cultura pubblica di una società democratica moderna"⁵⁴. È interessante notare che questa giustificazione non s'ispira direttamente e in prima istanza al bene della libertà, ma al valore della cooperazione. Queste restrizioni sono ormai chiaramente vincoli giuridico-costituzionali interni alla definizione delle libertà fondamentali. Insomma, laddove c'è cooperazione in termini equi c'è

⁵⁴ *Ivi*, p. 339 (trad. it. cit., p. 283).

diritto. Così c'è un diritto come regola della ragione già presente nell'opera di definizione delle libertà fondamentali, seppur ancora in un ruolo subordinato, e c'è un diritto come regola positiva che specifica queste libertà e le concretizza, rendendole realizzabili nei contesti culturali di una società democratica, e quindi con un ruolo ben più determinante, cosicché Rawls può affermare che in ogni fase il ragionevole (il giusto) dà forma al razionale (il bene) e lo subordina a sé⁵⁵.

Quando, nella fase della legislazione e in quella della giurisdizione, alle parti e ai delegati subentrano i cittadini di una società ben ordinata, allora lo sviluppo e l'esercizio del senso del diritto e della giustizia diventa un *fine in se stesso* e non già soltanto un modo per promuovere le concezioni personali del bene⁵⁶. La cooperazione viene ricercata per se stessa e si pone come un orizzonte generale di vita per i cittadini liberi ed eguali che possono così accedere ad un bene più comprensivo e ricco rispetto a quello perseguito per proprio conto nei piani di vita individuali⁵⁷. Ciò vuol dire che per il cittadino la giustizia come equità è una componente essenziale e autonoma della sua visione generale del bene⁵⁸. Si può, pertanto, parlare di una moralità interna di questa concezione politica negli stessi termini in cui Fuller applicava quest'espressione al *rule of law*, ma con la differenza del riferimento a valori sostanziali coincidenti con la cultura pubblica della democrazia costituzionale.

Certamente resta incomprensibile come si possa operare questo capovolgimento tra una cooperazione intesa come funzionale al perseguimento della propria concezione del bene e una cooperazione come valore autonomo e fine in se stessa. Perché mai il cittadino dovrebbe essere condotto a vedere nelle restrizioni costituzionali, e in quelle che via via si aggiungono nella fase legislativa e nella fase giudiziaria, non più dei sacrifici necessari per il conse-

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ivi*, pp. 317-320.

⁵⁷ *Ivi*, p. 323.

⁵⁸ *Ivi*, p. 40.

guimento del proprio bene, ma il prender forma di un valore morale indipendente e ben più che semplicemente complementare? Questa conversione di prospettive resta ben poco spiegata e conduce – a nostro parere – ad una profonda revisione del proceduralismo rawlsiano.

4. IL RUOLO DEL DIRITTO NELLA SPECIFICAZIONE DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

Secondo la prima opera di Rawls, i primi principi di giustizia sono stabiliti mediante un proceduralismo puro, perché nel regime del pluralismo non vi sono già criteri di giudizio indipendenti e dobbiamo costruirli mediante una procedura imparziale accettata dalle parti nella posizione originaria. Ma, una volta scelti questi principi di giustizia, si suppone che “le parti ritornino al loro posto nella società, e di conseguenza giudichino per mezzo di questi principi le loro pretese riguardo al sistema sociale”⁵⁹. Il secondo stadio è quello dell’elaborazione di una costituzione giusta, cioè di una procedura che dovrebbe essere predisposta per garantire come risultato l’applicazione dei principi di giustizia, che ora funzionano come criterio indipendente dalla procedura costituzionale⁶⁰. Poiché questa non può garantire infallibilmente questo risultato, siamo ora di fronte ad un proceduralismo imperfetto. Lo stesso, in linea di massima⁶¹, si deve affermare per gli stadi successivi, quello della legislazione ordinaria e delle politiche economiche e sociali, nonché quello della giurisdizione e dell’amministrazione. In generale, il diritto chiama in causa il proceduralismo imperfetto e tale è, infat-

⁵⁹ TJ, p. 172 (trad. it. cit., p. 172).

⁶⁰ La trasformazione delle libertà fondamentali in diritti fondamentali viene compiuta dall’assemblea costituente, che applica i principi di giustizia.

⁶¹ Non sempre è possibile arrivare ad un’unica soluzione giusta. In molti casi vi sono soluzioni alternative che potrebbero tutte legittimamente essere scelte entro un ambito consentito. Ciò avviene specialmente nel campo delle politiche economiche e sociali. Nella stessa misura la giustizia è indeterminata ed ha un carattere di proceduralismo *quasi puro*. Cfr. *Ivi*, p. 176 (trad. it. cit., pp. 175-176).

ti, – come s'è detto – il *rule of law*, di per sé compatibile con l'ingiustizia⁶².

Negli sviluppi ulteriori della concezione rawlsiana della giustizia come equità, e in particolare in *PL*, questo processo di *applicazione* dei principi è inteso piuttosto come una *specificazione* (*specification*) delle libertà fondamentali che trova il suo assetto definitivo solo al termine della sequenza a quattro stadi. Già in *TJ* la prima formulazione della lista era considerata come una 'specificazione', ma la scarsa attenzione dedicata alle fasi successive dipendeva dalla convinzione che nella sostanza l'assetto generale delle libertà fondamentali fosse già sufficientemente tracciato⁶³.

Nel passaggio dalla prima fase a quelle successive il ruolo del diritto va crescendo. Già nella fase costituzionale queste libertà vengono trasformate in diritti e doveri istituzionali, cioè espresse nel linguaggio del diritto⁶⁴. Non si tratta soltanto di una mera concretizzazione di queste libertà in contesti storici determinati al fine della loro effettiva praticabilità, ma ancor più di uno sviluppo e di un adattamento del loro contenuto, cosicché esse prendono forma e significatività per cittadini interessati ad usarle per realizzare i loro piani di vita.

Certamente nella fase iniziale della formulazione della lista si devono indicare “il ruolo speciale e la gamma di applicazione centrale delle libertà fondamentali in modo abbastanza chiaro da guidare l'ulteriore processo di specificazione nelle fasi successive”⁶⁵. Tuttavia non si può più sostenere che ci troviamo di fronte a criteri

⁶² Per le difficoltà di adattare al diritto la distinzione tra giustizia procedurale pura e imperfetta cfr. B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in “Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto”, n. 3, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 101-142.

⁶³ Anche qui Rawls deve far fronte ad un'altra obiezione di Hart, che aveva lamentato l'insufficienza dei criteri di specificazione delle libertà fondamentali nel passaggio alla fase costituente e da questa a quella legislativa e a quella giudiziaria. Cfr. H. L. A. HART, *Rawls on Liberty and Its Priority*, cit., p. 233.

⁶⁴ *PL*, p. 325.

⁶⁵ *PL*, p. 298 (trad. it. cit., p. 249).

indipendenti che le procedure giuridiche costituzionali, legislative e giudiziarie si sforzano di applicare, ma più correttamente si deve dire che esse contribuiscono a configurare nel contenuto e nelle relazioni interne la concezione della giustizia come equità, che comprende in sé tutto questo processo di specificazione. In tal modo la ragionevolezza giuridica è incorporata nella giustizia come equità e ne costituisce l'elemento determinante fino al punto di identificarsi con la ragione pubblica⁶⁶. Solo così può spiegarsi la considerazione della stessa Corte Suprema come “paradigma della ragione pubblica”⁶⁷.

I soggetti della ragione pubblica non sono solo i giudici, ma anche i funzionari e i rappresentanti politici e, tuttavia, essa trova la sua espressione più piena solo nei giudici costituzionali. Perché mai se non per il fatto che in quanto giudici, da una parte, sono interpreti fedeli e, dall'altra, in quanto la loro interpretazione ha per oggetto gli elementi costituzionali essenziali, devono produrre ragionamenti a sostegno della migliore interpretazione possibile della costituzione stessa? Quando si parla di ‘migliore’ interpretazione, vuol dire che non si tratta solo di una ‘interpretazione’. Da una parte, c'è un vincolo e, dall'altra, una valutazione nei termini di ciò che può essere accettato da tutti sulla base di una concezione politica pubblica. Tutti riconoscono che il ruolo delle corti costituzionali è insieme e inscindibilmente giuridico e politico. Per questo agli occhi di Rawls esse offrono la maggiore garanzia, affinché quel processo di specificazione, a cui sopra s'è accennato, non si risolva in uno stravolgimento della lista delle libertà fondamentali così com'essa è stata trasfusa nella costituzione e nei diritti costituzionali. La stessa garanzia non è offerta dalla legislazione, che può esse-

⁶⁶ Ho già notato il carattere giuridico della ragione pubblica rawlsiana nel mio *La ragionevolezza politica secondo Rawls*, in C. Vigna (a cura di), *Etiche e politiche della post-modernità*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, p. 168.

⁶⁷ PL, pp. 231-240 (trad. it. cit., pp. 198-204). È anche significativa quest'affermazione: “Per controllare se stiamo seguendo la ragione pubblica possiamo chiederci come apparirebbe il nostro argomento se ci fosse presentato come parere della Corte Suprema: ragionevole o vergognoso?”. *Ivi*, p. 254 (trad. it. cit., p. 214).

re preda di maggioranze transitorie e diretta da interessi particolaristici. In ragione di questo intreccio fra politica e diritto si può affermare che la giustizia come equità, considerata in tutta la sua estensione, incarna un *rule of law* politico che dovrebbe essere accettato da tutti.

Alexy s'è a ragione stupito che, data l'importanza della Corte Suprema, la giustizia costituzionale non sia stata inserita in modo sistematico nella sequenza a quattro stadi mediante cui le libertà fondamentali vengono specificate⁶⁸. Il fatto è che questo modello di sviluppo valeva soprattutto quando l'idea direttiva era fondamentalemente quella di un'applicazione dei principi di giustizia già compiuta nelle sue linee essenziali con la specificazione della lista delle libertà fondamentali nella posizione originaria. Di conseguenza il resto era affidato o al proceduralismo imperfetto proprio del diritto o al proceduralismo quasi puro proprio della politica contingente. Ma ora prevale la convinzione che le libertà fondamentali vanno prendendo forma progressivamente e che, quindi, bisogna affidarsi a istituzioni a cavallo tra il proceduralismo puro e quello imperfetto, cioè alle corti costituzionali.

Se ci poniamo nell'ottica di una procedura di revisione costituzionale, dobbiamo riconoscere che, mentre v'è un criterio esterno (a differenza del proceduralismo puro), esso non è compiutamente formato prima della procedura e non è totalmente indipendente da essa (a differenza del proceduralismo imperfetto), tant'è che essa concorre a specificarlo. I principi di giustizia sono al contempo esterni ed interni alla procedura di revisione costituzionale⁶⁹. Insomma, nel giudizio costituzionale non è possibile una netta separazione tra la

⁶⁸ R. ALEXY, *art. cit.*, p. 17.

⁶⁹ Questa constatazione è condivisa in una certa misura da Forst quando nota che "the normative standards that *transcend* existing procedures and results of democratic justification are at the same time standards *immanent* to these procedures". R. FORST, *The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy*, in "Ratio Juris", 14, 4, 2001, p. 374. Cfr. anche il mio *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in "Ragion pratica", 11, 20, 2003, pp. 68-71.

procedura e il criterio di valutazione dei suoi risultati, perché la specificazione del criterio è l'oggetto stesso della procedura. Sono gli stessi giudici costituzionali che identificano gli elementi costituzionali essenziali, li interpretano e li specificano.

Altrove⁷⁰ ho designato questa modalità di giudizio e di decisione come 'proceduralismo ragionevole', perché la ragionevolezza è la capacità di dar forma al giusto, cioè a quegli equi termini della cooperazione sociale che – come abbiamo visto – costituiscono per Rawls l'idea stessa di società ben ordinata. In questo senso la stessa concezione della giustizia come equità, considerata in tutta la sua estensione, è la pratica sociale interpretativa della democrazia costituzionale, che si autogiustifica con l'artificio della posizione originaria e si articola in gradi successivi di specificazione e di adattamento. Può, quindi, essere considerata come una *self-critical enterprise*, ovvero come un controllo interno e una rigorizzazione di ciò che già è praticato nei regimi democratici del nostro tempo. Così la giustizia come equità si pone come il loro *rule of law*, come l'uso corretto del costituzionalismo democratico.

Waldron ha giustamente notato che questa concezione della democrazia è troppo ristretta, perché assimila i dibattiti fra i cittadini sugli elementi costituzionali essenziali a quelli dei giudici, che sono per loro natura conservativi⁷¹. Ma Rawls parte dal presupposto che le differenti concezioni del bene presenti nella società sono tra loro incommensurabili e che, quindi, bisogna elaborare una visione della giustizia puramente politica⁷². Ciò non vuol dire che non si tratti di una concezione morale, ma che la sua moralità è di tipo ben diverso di tutte le dottrine che sono seguite in una società pluralista, tant'è che è compatibile con tutte quelle ragionevoli. È la moralità proprio di un *rule of law* politico. Per questo Rawls è portato a ritenere che i

⁷⁰ Cfr. F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002⁴, pp. 38-44.

⁷¹ J. WALDRON, *Religious Contributions in Public Deliberation*, in "San Diego Law Review", 30, 1993, p. 829.

⁷² Nel 1985 Rawls si allontana dall'influsso fortemente kantiano presente in TJ. Cfr. J. RAWLS, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, cit., pp. 223-251.

soggetti più adatti a custodire e a specificare le libertà fondamentali siano i giudici, che per il loro ruolo non sono collocati all'interno di alcuna dottrina comprensiva. Ma in tal modo si corre il rischio d'ignorare le interrelazioni contestuali e storiche delle dottrine che abitano una società politica, separando artificialmente da esse la problematica della giustizia⁷³. In effetti l'accentuazione dell'aspetto puramente politico (e non metafisico) della concezione della giustizia, contribuisce a rafforzare l'incommensurabilità e l'incomunicabilità delle dottrine piuttosto che favorire il dialogo tra di esse.

Bisogna, però, riconoscere una presa di coscienza da parte di Rawls di questo difetto della sua teoria. In uno dei suoi ultimi scritti il vero e proprio soggetto della ragione pubblica è il cittadino (e non più il giudice costituzionale), la democrazia si fa più chiaramente deliberativa e i dibattiti sugli elementi costituzionali essenziali e sulle questioni basilari di giustizia diventano più porosi nei confronti delle opinioni dei cittadini e di una cultura politica pubblica storicamente condizionata⁷⁴. A questo punto, tuttavia, diventa arduo escludere che valori altri rispetto alle libertà intervengano o debbano intervenire necessariamente nel processo di specificazione delle libertà stesse.

5. LA GIUSTIZIA COME EQUITÀ IN QUANTO IL *RULE OF CONSTITUTIONAL LAW*

L'ultima notazione riguarda la considerazione delle libertà fondamentali come un sistema e non già come una mera aggregazione. Ciò dipende dal fatto che il contenuto di ogni singola libertà è lega-

⁷³ Critiche del genere sono state ripetutamente avanzate. Cfr., ad esempio, da una prospettiva individualistica, le critiche di K. GREENAWALT, *On Public Reason* (1994), ora in H. S. Richardson e P. J. Weithman (eds.), *op. cit.*, vol. 5: *Reasonable Pluralism*, pp. 247-267 e, da una prospettiva più comunitaria, quelle di D. HOLLENBACH, *Contexts of the Political Role of Religion: Civil Society and Culture* (1993), ora in H. S. Richardson e P. J. Weithman (eds.), *op. cit.*, vol. 5: *Reasonable Pluralism*, pp. 269-293.

⁷⁴ Cfr. J. RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited*, in "The University of Chicago Law Review", 64, 3, 1997, pp. 765-807.

to alla specificazione delle altre, poiché i suoi limiti, più o meno grandi, sono dettati dall'importanza che le si attribuisce nei confronti delle altre e dalle esigenze imposte dall'esercizio del suo contenuto. Ad esempio, la libertà di parola richiede restrizioni ragionevoli che governino il discorso, altrimenti essa sarà insieme illimitata e vana⁷⁵. Lo stesso criterio generale della specificazione delle libertà è che ogni libertà fondamentale si deve adattare a tutte le altre, cosicché il fine generale è l'armonizzazione del sistema nel suo complesso⁷⁶. Rawls – ancora una volta in risposta alle obiezioni di Hart – sottolinea ripetutamente che quest'obiettivo non deve essere inteso come una massimizzazione quantitativa delle singole libertà o del sistema nel suo complesso, ma come diretto alla messa a punto di uno schema "pienamente adeguato"⁷⁷. Per la verità quest'espressione è altamente vaga e sibillina e si può accostare per molti versi alla concezione dworkiniana dell'*integrità* del diritto, con cui condivide l'esigenza della globalità⁷⁸.

Adeguato rispetto a cosa? Il criterio generale di riferimento è quello del pieno sviluppo dei due poteri morali della persona. Si tratta di rispondere in modo armonioso alle esigenze dettate dalla propria concezione del bene e, insieme, a quelle dettate dall'egualianza e dall'equità nell'impresa cooperativa. Il ruolo della teoria politica della giustizia è, dunque, quello di giudicare se le libertà sono egualmente distribuite e se sono adeguatamente estese. Infatti il primo principio di giustizia viene violato sia quando una classe di persone gode in linea di principio di maggiore libertà di un'altra, sia

⁷⁵ È quasi superfluo notare che quest'argomentazione è del genere di quelle solitamente usate per giustificare le caratteristiche e le procedure del governo della legge. Il diritto assicura la praticabilità dei valori nei contesti sociali.

⁷⁶ PL, p. 357.

⁷⁷ Cfr., sopra, n. 40.

⁷⁸ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino, 1998. L'integrità dworkiniana si rifà – com'è noto – ad una reinterpretazione del *rule of law* alla luce dei principi giuridici. Il giudice deve prendere le proprie decisioni sulla base dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

quando una libertà fondamentale è compressa in modo inaccettabile o inadeguato si da vanificarla. A tal fine si stabiliscono le seguenti condizioni di principio: le libertà fondamentali hanno uno statuto speciale per cui non possono essere limitate da considerazioni di bene pubblico o di valore perfezionistico (*priorità delle libertà*); ogni libertà fondamentale può essere “limitata o negata”⁷⁹ solo per difenderne un’altra (o più altre) e non per realizzare altri valori; una libertà fondamentale è più o meno *significativa* sulla base del peso che essa ha nell’esercizio pieno, informato ed efficace dei poteri morali⁸⁰; bisogna fare in modo che, tra le altre, le eguali libertà politiche abbiano per tutti un *equo valore*, cioè conservino per ognuno un’utilità pressoché eguale⁸¹.

Queste sono le più importanti condizioni a cui è sottoposto il processo di specificazione delle libertà fondamentali e sono, sul versante politico, del tutto paragonabili ai vincoli tradizionali del *rule of law*. La giustizia come equità non ha una propria concezione del bene, neppure se esso è la libertà in quanto tale, come ritiene il liberalismo comprensivo. Il suo obiettivo è quello di assicurare un

⁷⁹ PL, p. 295 (trad. it. cit., p. 247). Quest’ammissione della possibilità di negare una libertà fondamentale è palesemente in contrasto con l’esigenza di assicurare la gamma centrale di applicazione di ogni libertà fondamentale. C’è, quindi, il pericolo che il “sistema totale delle libertà” prenda il posto dell’imprescindibilità di ogni singola libertà fondamentale con il rischio di una deriva non immune da risonanze utilitaristiche. Questa preoccupazione è confermata quando Rawls afferma che le libertà fondamentali formano una famiglia e “che è questa famiglia ad avere la priorità, non una qualsiasi libertà singolarmente presa”. *Ivi*, p. 357 (trad. it. cit., p. 297). Ancora una volta l’ideale politico è accettato solo in quanto sia già giuridicizzato nel suo complesso. Una famiglia ha già un suo ordine interno.

⁸⁰ *Ivi*, p. 335.

⁸¹ *Ivi*, pp. 324-331. Bisogna considerare che le libertà politiche tra le altre libertà fondamentali sono quelle più chiaramente strumentali. Il loro valore risiede in ciò che gli uomini possono fare con queste libertà, che quindi non sono fini in sé. E qui si tratta di far sì che una legislazione sia giusta e che sia garantito l’accesso di tutti alla specificazione politica dei principi di giustizia. Quando, invece, una libertà è un fine in sé, sembrerebbe che non si possa distinguere tra essa e il suo valore o, almeno, Rawls evita di farlo. Distingue, invece, l’autonomia della scelta dalla bontà della scelta stessa J. RAZ, *Liberalism, Autonomy, Politics on Neutral Concern* (1982), ora in H. S. Richardson e P. J. Weithman (eds.), *op. cit.*, vol.5: *Reasonable Pluralism*, pp. 1-32.

sistema complessivamente equo delle libertà fondamentali. Non la libertà, ma l'equità nella distribuzione delle libertà è il suo fine proprio.

Se le cose stanno così, allora è ancor più evidente che il contenuto della giustizia come equità dipende da un processo politico equo che non ha mai termine. Quando le parti nella posizione originaria fissano la lista delle libertà fondamentali, possono soltanto disegnare la cornice generale, entro cui si articolerà l'opera della loro armonizzazione, e le condizioni generali a cui essa è sottoposta, e neppure tutte. Ma poi il resto, che non è poca cosa, viene deciso sulla base di procedure giuridiche o paragiuridiche ed è condizionato dalla presenza di condizioni favorevoli nella cultura della società. Progressivamente Rawls è costretto a rinunciare a prefigurare i contenuti della sua concezione della giustizia, attestandosi più su considerazioni formali che sostanziali. Il risultato sarà una grande eterogeneità fra quelle democrazie costituzionali che pure adottano la giustizia come equità come concezione politica di base. Non si può pensare che i loro sistemi delle libertà fondamentali, per quanto riguarda le loro relazioni interne, siano gli stessi. E Rawls, in effetti, non lo pensa. Significherebbe misconoscere che ogni comunità politica ha una sua storia istituzionale nei cui confronti la giustizia come equità assolve la funzione di controllo politico formale e sostanziale insieme, cioè quello proprio di quello che potremmo chiamare il *rule of constitutional law*.

Se confrontiamo, anche superficialmente, la teoria di Rawls con la prassi attuale del costituzionalismo democratico, dobbiamo riconoscere che, accanto a significativi accostamenti, vi sono anche rilevanti differenze. Certamente, per fare qualche esempio, il principio di ragionevolezza, la dottrina del contenuto essenziale, il bilanciamento dei diritti, la problematica della restrizione dei diritti fondamentali, i giudizi di equità trovano un certo qual riscontro all'interno della concezione di Rawls⁸². Non è un caso se nelle sentenze

⁸² Cfr. il mio *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in "Persona y Derecho", 46, 1, 2002, pp. 35-71.

della Corte Suprema degli Stati Uniti si possono incontrare non rari riferimenti ai suoi scritti. Tuttavia sicuramente su un punto l'esperienza attuale non si accorda con gli orientamenti della teoria rawlsiana.

Intendo riferirmi all'idea che almeno la stessa costituzione configuri un sistema organico dei diritti fondamentali già sufficientemente armonizzati tra loro, sicché nelle fasi successive la specificazione degli elementi costituzionali essenziali si opera all'interno di una griglia già sufficientemente definita. In realtà le costituzioni del nostro tempo individuano certamente i diritti fondamentali, ma sono ben lungi dal presentarli come un sistema globale in cui ogni libertà è adattata alle altre, e resa compatibile con esse, e dal presentarli soltanto come 'libertà'. L'intento delle costituzioni è quello d'individuare istanze prioritarie, orientamenti valorativi dominanti legati al rispetto della dignità delle persone. Soltanto in riferimento ai casi concreti, nella fase dell'applicazione, i diritti vengono a confliggere e richiedono di essere aggiustati l'uno nei confronti degli altri. Sicuramente ciò richiede un'opera sistematica, ma la costruzione interpretativa del sistema dei diritti vale in riferimento a quel caso e si dissolve non appena esso è risolto per riproporsi in forme nuove nei casi futuri. Voglio dire che la pratica interpretativa dei diritti esige una rilevante elasticità di movimento e verrebbe soffocata da una lista bloccata, anche se questa riguarda solo le libertà strettamente fondamentali e i loro rapporti interni. Da questo punto di vista il principio di ottimizzazione propugnato da Alexy o l'istanza dell'interpretazione migliore avanzata da Dworkin catturano la pratica dei diritti nelle democrazie costituzionali del nostro tempo certamente meglio delle tesi di Rawls.

Tuttavia non bisogna dimenticare che la concezione rawlsiana ha un carattere politico e come tale propone criteri-guida per la definizione e limitazione delle singole libertà fondamentali per una società pluralista che intenda restare tale. Nella misura in cui questi criteri pretendono di valere per tutte le società democratiche, come d'altronde è necessario per una concezione della giustizia, tenderanno a divenire sempre più formali, cioè segnate dallo stesso difet-

to del tradizionale *rule of law*⁸³. Il rilievo di Hart, per cui nella soluzione dei conflitti tra diverse libertà deve intervenire qualche criterio esterno al sistema totale delle libertà⁸⁴, è nella sostanza la stessa critica che Hart stesso aveva rivolto al *rule of law*, cioè quello di essere compatibile con l'iniquità o comunque insufficiente ad assicurare di per sé la giustizia. Il fatto è che la giustizia per Rawls non è la realizzazione della libertà o di qualche altro valore dominante, ma l'equità delle libertà, cioè un obiettivo che non esito a definire più giuridico che politico.

Alla luce delle considerazioni già fatte, appare chiaro che il passaggio da *TJ* a *PL* è segnato insieme da una svolta epistemologica e da un mutamento dell'obiettivo centrale della giustizia come equità. Il metodo di *TJ* è chiaramente analitico ed è funzionale all'individuazione dei principi e della lista delle libertà fondamentali, ritenuti già di per sé come compiutamente caratterizzanti la concezione della giustizia come equità. L'obiettivo è quello di produrre argomenti a favore del modo giusto di distribuire diritti e beni sociali in una società fondata sulla democrazia costituzionale. Il metodo di *PL*, invece, si avvicina considerevolmente (anche se non pienamente) ad un metodo ermeneutico, in cui l'applicazione produce un riassetamento della teoria di base, contribuisce a ridefinirne le relazioni interne e a svilupparne le implicazioni fino all'avvicinamento ad una concezione dialogica della giustizia. L'obiettivo ora è quello di far fronte ad una giustizia nel regime del pluralismo ed è diretto a produrre argomenti che favoriscano la possibilità di soddisfare concezioni differenti della vita buona. Ora la preoccupazione dominante non è più quella di assicurare un'eguaglianza sostanziale delle opportunità, ma di garantire la stabilità di uno Stato pluralista. La stabilità di una società ben ordinata diventa il fine principale. Ognuno può rendersi conto fino a che punto il diritto sia essenziale per garantire il raggiungimento di questo obiettivo. L'ordine e la stabilità sono valori giuridici dello stesso genere dell'esi-

⁸³ Per questo il § 7 del cap. VIII di *PL* è dedicato alla difesa da quest'accusa.

⁸⁴ H. L. A. HART, *Rawls on Liberty and Its Priority*, cit., p. 233 ss.

genza di una regolare e imparziale amministrazione delle regole pubbliche (*justice as regularity*). La giustizia come equità lavora all'interno di un diritto che c'è già. La cultura democratica e costituzionale è il suo presupposto. Si può, così, concludere che questo *rule of law* politico è nella sostanza una versione allargata del *rule of law* tradizionale, cioè comprendente i diritti costituzionali e la loro mutua delimitazione, ma anche che non per questo la giustizia è assicurata. Basta l'equità nelle libertà fondamentali perché una società sia giusta?

Se le cose stanno così, cioè se è corretta quest'interpretazione della giustizia come equità nel senso del *rule of constitutional law*, allora bisognerà affrontare due questioni centrali: 1) in quest'ottica è soddisfacente la formulazione rawlsiana basata sulla priorità delle libertà con esclusione di altri valori?; 2) più in generale, è accettabile la riduzione della problematica politica della giustizia ad una teoria del governo della legge, per quanto estesa ai diritti costituzionali?

Su entrambe le questioni quasi nulla s'è detto in queste pagine, dedicate esclusivamente ad alcuni aspetti dei rapporti tra la giustizia come equità e il diritto.