

(DRAFT)

Rawls e il diritto

Abstract: Mentre nella filosofia del diritto si discute se la giustizia appartenga al concetto di diritto, in questo scritto ci si chiede se il diritto appartenga al concetto rawlsiano di giustizia come equità. Si sostiene la tesi che nell'evoluzione del pensiero di John Rawls il ruolo del diritto è andato crescendo, soprattutto in corrispondenza del capovolgimento del rapporto fra i due poteri morali della persona politica e dell'espansione dell'idea di cooperazione equa. Quest'ultima viene considerata come fine in sé, cioè come il bene politico che entra a far parte delle concezioni comprensive del bene dei cittadini di una democrazia costituzionale e permette una qualche comunanza nell'età del pluralismo. Il diritto si presenta, pertanto, non solo come il linguaggio dell'interazione sociale, ma esso stesso come portatore dei valori della ragionevolezza e della reciprocità che contribuiscono a dar forma alla giustizia come equità.

Parole chiave: Diritto e giustizia; Persona politica; Democrazia costituzionale; Cooperazione; Proceduralismo.

La concezione rawlsiana del diritto non è stata ancora sufficientemente esplorata ed evidenziata. Per la verità, almeno apparentemente, Rawls stesso non ha dedicato al diritto una particolare attenzione, assumendolo come un modello procedurale di regolazione sociale contrassegnato dal principio di eguaglianza e di reciprocità. Di fatto non s'è impegnato a sostenere alcuna specifica teoria del diritto¹.

Nel 2003 un Simposio² su questo tema s'è interessato soprattutto alle implicazioni del pensiero rawlsiano per il diritto e la scienza giuridica. In particolare, si sono discussi temi legati al diritto costituzionale, all'eguaglianza nei diritti di cittadinanza, al diritto internazionale e al diritto privato per finire con l'esame del rapporto fra la ragione pubblica rawlsiana e il funzionamento delle istituzioni giuridiche³.

¹ Nella più significativa raccolta di scritti sui temi principali del pensiero rawlsiano nessuno di essi è dedicato al diritto. Cfr. Henri S. Richardson e Paul J. Weithman (a cura di), *The Philosophy of Rawls. A Collection of Essays*, 5 voll., Garland, New York 1999.

² *Symposium: Rawls and the Law*, in "Fordham Law Review", 72, 2004, pp. 1381-2285. Un'altra raccolta dei testi principali sull'argomento si trova in Thom Brooks (a cura di), *Rawls and Law*, Ashgate, Burlington 2012.

³ Per la considerazione di Rawls come filosofo del diritto e giurista cfr. Ronald Dworkin, *Rawls and the Law*, in "Fordham Law Review", 72, 2004, pp. 1387-1405. Qui l'autore s'impegna a mostrare che la

Il nostro tema può essere affrontato da due punti di vista. Ci si può chiedere, come prevalentemente fanno le opere sopra citate, quale sia stata o possa essere l'influenza del pensiero di Rawls sulla pratica del diritto e sulla teoria giuridica contemporanee. Di fatto i riferimenti alle opere rawlsiane nella giurisprudenza americana, specie di quella della Corte Suprema⁴, sono elevati, mentre non lo stesso si può dire della loro presenza nell'ambito della filosofia del diritto. Ciò vuol dire nella sostanza che è la teoria politica a far sentire la sua influenza sulla pratica del diritto, specie quand'essa deve affrontare temi sensibili legati all'interpretazione dei diritti costituzionali o alle questioni di giustizia distributiva. Ma c'è anche un altro punto di vista, quello delle modalità in cui il diritto è presente all'interno della teoria politica di Rawls. Proprio questo è l'aspetto meno esplorato ed è proprio su di esso che vorrei qui fare alcune considerazioni, per nulla esaustive, nella convinzione che ogni uso del diritto reca in sé, anche se spesso in modo inconsapevole o implicito, un modo di concepirlo, anche se non necessariamente una vera e propria teoria giuridica.

Qual è la presenza del diritto nel pensiero di Rawls? È puramente sussidiaria o esecutiva, una volta stabiliti in altro modo i principi di giustizia? Ha soltanto la funzione di custodire un ordine politico già stabilito o al più quello di governare lo sviluppo corretto dei principi di giustizia nella loro implementazione?

Considerazioni preliminari: diritto e giustizia

Oggi si accresce l'interesse che i filosofi del diritto e i giuristi hanno per la teoria politica o forse, più correttamente, si dovrebbe dire che si riaccende, perché almeno in Italia è stato decisamente esiguo. La teoria giuridica, sia per rispettare pretese di scientificità, sia per difendere il valore della certezza del diritto positivo, si è sviluppata in senso rigorosamente descrittivo, mentre tradizionalmente la filosofia politica ha un carattere normativo in quanto volta allo studio delle forme e delle istituzioni politiche più adatte al raggiungimento del giusto modo di coordinare le azioni sociali nel rispetto dei diritti individuali e del bene comune. Su queste basi le loro relazioni sono e non possono che essere puramente estrinseche. Tuttavia, soprattutto a causa dell'irrompere dei diritti umani nella scienza giuridica, ci si comincia a rendere conto che l'approccio descrittivista deve essere ripensato e che, comunque, da solo non può offrire una spiegazione adeguata del ruolo del diritto e della sua ragion d'essere.

concezione rawlsiana del diritto è più vicina alla concezione interpretativa dworkiana che alla visione giuspositivistica.

⁴ Cfr. Neomi Rao, *A Backdoor to Policy Making: The Use of Philosophers by the Supreme Court*, in "University of Chicago Law Review", 65, 1998, pp. 1371-1401.

Molte considerazioni spingono in questa direzione. Qui ne vorrei ricordare soltanto due.

Innanzitutto è stato giustamente osservato che ogni descrizione del fenomeno giuridico presuppone una preliminare individuazione di ciò che conta come “diritto” in una determinata società, cioè dei fatti, atti e valutazioni rilevanti affinché la stessa descrizione sia significativa. In quest’opera di delimitazione ci si dovrà riferire a quei casi meno controversi o più rappresentativi del fenomeno giuridico per poi render conto dei casi più dubbi o d’incerta qualificazione. Ma per sapere quali siano questi casi principali c’è bisogno di guardare all’assetto politico generale entro cui il diritto opera.

La seconda considerazione è tratta dall’osservazione della pratica giuridica che si sostanzia in atti d’interpretazione e di argomentazione, spostando l’attenzione dall’origine della regola giuridica all’uso che di essa fanno gli utenti del diritto, siano essi funzionari pubblici o cittadini. Anche sotto questo aspetto la rigida separazione tra teoria giuridica e teoria politica viene meno, poiché le scelte interpretative e quelle deliberative non sono atti isolati o a sé stanti, ma debbono inserirsi coerentemente all’interno della vita di una comunità politica nel rispetto dei diritti dei suoi membri.

La conclusione è che la teoria giuridica ha solo un’autonomia relativa in quanto s’inscrive pur sempre all’interno della filosofia politica in cui trova il suo pieno compimento. Ovviamente sul modo d’intendere quest’autonomia concettuale della teoria giuridica non v’è accordo e sono possibili diverse versioni in cui si possono ancora ritrovare gli echi dell’atavica disputa tra il giusnaturalismo e il giuspositivismo. Ad esempio, secondo John Finnis la filosofia del diritto è un’estensione della stessa filosofia politica quando si pone il problema della continuità di una comunità politica fra le scelte e gli atti del passato e quelli del futuro⁵. Su un altro versante, del tutto indipendente e ancora strettamente legato all’autonomia formale della teoria del diritto, Luigi Ferrajoli riconosce che un modello integrato di scienza giuridica debba comprendere anche la filosofia politica senza cui non è possibile la critica del diritto positivo in termini di giustizia⁶.

⁵ «The philosophy of law (legal philosophy) extends and specifies political philosophy by considering precisely how far choices made today for one’s political community’s future should be determined or shaped by choices made and acts made *in the past*, in the form of contracts, wills, constitutions, legislative enactments, customs, judicial decisions, and the like». John Finnis, *What Is the Philosophy of Law?*, in “Rivista di Filosofia del diritto”, 1, 2012, n.1, pp. 67-68. Quest’attenzione per la funzione di stabilità e di continuità del diritto da generazione a generazione è – come vedremo – ben presente nel pensiero di Rawls.

⁶ «Io penso [...] che un esplicito nesso tra discipline giuridiche positive da un lato e filosofia politica e sociologia giuridica dall’altro è oggi richiesto, sul piano epistemologico, dal mutamento di paradigma del diritto prodotto, in quasi tutti i paesi del continente europeo, dall’introduzione di costituzioni rigide e dall’affermazione del paradigma della democrazia costituzionale». Luigi Ferrajoli, *La teoria generale del diritto: l’oggetto, il metodo, la funzione*, in “Rivista di Filosofia del diritto”, 1, 2012, n. 2, p. 246.

Alla fin dei conti il problema è sempre quello perenne del rapporto fra diritto e giustizia. La giustizia, di cui si occupa *ex professo* la filosofia politica, è interna o esterna al concetto di diritto? Il punto centrale è se noi possiamo formulare un concetto adeguato di diritto senza necessariamente chiamare in causa la giustizia, anche se poi si riconosce che un diritto pienamente realizzato deve anche essere giusto. L'essere giusto è qualcosa che si aggiunge dall'esterno al diritto, cioè che è bene sia presente, sicché la giustizia è una "virtù del diritto"⁷, oppure è qualcosa senza la quale lo stesso concetto di diritto è manchevole? Infatti, se la giustizia non appartenesse al concetto di diritto, allora esso di per sé dovrebbe poter essere formulato senza alcun riferimento ad essa.

Questo è nella sostanza il modo in cui la teoria giuridica si pone il problema. Ma per la filosofia politica i termini della questione sono esattamente opposti. È possibile formulare una teoria della giustizia senza tener conto del concetto di diritto? Tornando ora più direttamente al nostro tema: nella concezione rawlsiana della giustizia quale ruolo svolge il diritto e la stessa teoria giuridica? Un ruolo significativo o meramente esecutivo? È elemento essenziale della concezione politica della giustizia come equità o semplicemente un suo strumento estrinseco?

Il diritto e la lista delle libertà fondamentali

In *A Theory of Justice* si può incontrare questa definizione del diritto: «Un sistema giuridico è un ordinamento coercitivo di norme pubbliche rivolte a persone razionali, allo scopo di regolare la loro condotta e di fornire la struttura della cooperazione sociale»⁸. Niente di più ovvio e di più scontato. Una volta stabiliti i principi di giustizia, è necessario assicurare che essi non ricevano poi un'applicazione distorta che violi l'eguaglianza e la libertà delle persone. Pertanto, l'attenzione di Rawls sembra concentrarsi esclusivamente sull'opera dei giudici e sull'integrità del procedimento giudiziario dal punto di vista puramente formale⁹. 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 formalismo¹⁰.

⁷ Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in Id., *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford 1979, p. 211.

⁸ John Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, Oxford U.P., Oxford, 1999, p. 207 (trad. it. di U.Santini, Feltrinelli, Milano, 2002⁸, p. 203), d'ora in poi citata come *TJ*.

⁹ 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.

¹⁰ Cfr. David Gray Carlson, *Jurisprudence and Personality in the Work of John Rawls*, in "Columbia Law Review", 94, 1994, pp. 1828-1841.

Come ho cercato di mostrare tempo fa¹¹, questa visione del diritto è solo apparentemente del tutto appiattita sulla versione giuspositivistica della *vulgata* hartiana. Non solo vi sono evidenti tracce della presenza del pensiero di Lon Fuller, ma soprattutto bisogna notare che il principio anti-utilitaristico del “primato del giusto (*right*) sul bene” già di per sé predispone ad un più stretto coinvolgimento del diritto nella determinazione del dover essere politico. Ma le concezioni del diritto a quel tempo dominanti non aiutano Rawls a dispiegare adeguatamente il suo ruolo all’interno della giustizia come “equità”, termine questo che peraltro appartiene pienamente alla tradizione giuridica occidentale¹².

Nel passaggio tra *TJ* e *PL*¹³ si accresce considerevolmente il ruolo del diritto. Sembra quasi che Rawls prefiguri quel passaggio dalla teoria giuridica descrittiva ad una teoria dotata di un carattere normativo, che abbiamo sopra additato, fino al punto di sostenere che il diritto è parte costitutiva della concezioni della giustizia come equità che contribuisce a modellare dal suo interno.

A mio parere anche in *TJ* il diritto di fatto svolge un ruolo che – come s’è detto – la stessa concezione giuridica rawlsiana non è ancora in grado di giustificare, ma in ogni caso ciò è del tutto evidente in *PL*. In fondo, la questione è puramente esegetica e può avere qualche rilevanza al fine di giudicare della continuità o della discontinuità del pensiero rawlsiano, cosa che a noi qui non interessa.

Non credo, comunque, che in *TJ* al diritto venga riservata solo una funzione esecutiva, una volta che i principi di giustizia sono già stabiliti senza che esso sia chiamato in causa. Non credo proprio che questa sia l’interpretazione esatta. Nella definizione del sistema giuridico sopra riportata sono già presenti, per quanto in modo embrionale, i due elementi fondamentali che apriranno la strada al diritto: il concetto di persona politica e il concetto di cooperazione.

Già nella formulazione del primo principio di giustizia¹⁴, quello dell’eguale libertà, possiamo intravedere la presenza del diritto: «each

¹¹ Cfr. Francesco Viola, *Rawls e il Rule of law*, in *Omaggio a John Rawls (1921-2002)*, “RIFD. Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto”, n. 4, a cura di A. Punzi, Giuffrè, Milano 2004, pp. 179-210, ove ho sostenuto la tesi che la teoria politica rawlsiana può essere considerata come una teoria politica del *rule of law*

¹² MacIntyre ha notato che la traduzione più corretta di *epieikeia* non è a stretto rigore quella di “equità”, ma quella di “ragionevolezza”, che Rawls collegherà sempre di più con il ruolo del diritto. Cfr. Alasdair MacIntyre, *Giustizia e razionalità* (1988), vol. I, trad. it. di C. Calabi, Anabasi, Milano, 1995, p. 149.

¹³ John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia U. P., New York 1993 (trad. it. di G. Rigamonti, Ed. di Comunità, Milano 1994), d’ora in poi citato come *PL*.

¹⁴ Avverto che concentrerò la mia attenzione solo sul primo principio di giustizia. Con questo non voglio dire che il diritto non sia chiamato in causa anche nel secondo principio, quello della differenza, ma che qui non ha un ruolo costitutivo, essendo la politica economica il campo proprio della giustizia distributiva. In realtà i due principi non hanno la stessa valenza, poiché il secondo è in certo qual modo subordinato al primo nel senso che è sottoposto alla condizione di non violarlo, mentre non è vero

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»¹⁵. Con ciò si evidenzia – com'è esplicitamente riconosciuto da Rawls¹⁶ – 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 liberalismo 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. Secondo Rawls non avrebbe senso affermare la libertà in generale o indeterminata come diritto naturale, ma 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 Hart¹⁷, dobbiamo 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 altri¹⁸. 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. Il diritto è già presente nella posizione originaria attraverso l'esigenza della ragionevolezza e della cooperazione.

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 di per sé a decidere quali e quante debbano essere le libertà fondamentali, ma il concetto rawlsiano di persona come appartenente alla precompren-

l'inverso. La giustizia come equità resta in piedi anche se può venir meno il secondo principio, come nel campo della giustizia internazionale.

¹⁵ *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, p. 291 e ss.

¹⁶ Ivi, pp. 291-292. Cfr., anche, Robert Alexy, *La teoria delle libertà fondamentali di John Rawls*, trad. it. di A. Castelli e F. Sciacca, in Fabrizio Sciacca (a cura di), *Libertà fondamentali in John Rawls*, Giuffrè, Milano 2002, p. 13.

¹⁷ 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. Herbert L. A. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 223-247.

¹⁸ La cosa è acutamente notata da Alexy, *art. cit.*, p. 11.

sione della giustizia come equità¹⁹, che inferisce queste libertà fondamentali dai poteri morali della persona (tra cui v'è la capacità "giuridica").

La libertà nelle sue varie forme rappresenta il versante etico²⁰, 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 giustizia²¹. Proprio questa costituzione morale della persona è minacciosa per la stabilità politica, perché può verificarsi un conflitto fra la concezione del bene (il razionale) e il senso del giusto (il ragionevole). Fino a che punto la persona deve restringere, rinunciare o cambiare la propria concezione del bene? Fino a che punto l'esigenza di un'equa cooperazione può limitare le legittime aspirazioni ad una vita buona sulla base della propria dottrina comprensiva?

Il diritto e la cooperazione sociale

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 cooperazione²². 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 equità²³.

La stessa definizione generale di "cooperazione" si presenta come legata al concetto di diritto, proprio per questo, infatti, si può distinguere dalla

¹⁹ Lo ammette Rawls stesso: «a conception of the person given in advance». *PL*, p.308.

²⁰ Secondo Pogge i tre valori morali centrali per Rawls sono la libertà, l'eguaglianza e la partecipazione. Cfr. Thomas Pogge, *The Interpretation of Rawls' First Principle of Justice* (1982), ora in Richardson e Weithman (a cura di) *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.

²¹ 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.

²² 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. Ronald Dworkin, *Justice and Rights*, in Id., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977 p. 173 e John Rawls, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, in "Philosophy and Public Affairs", 14, 1985, p.236, n.19.

²³ 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. Gerald Postema, *Bentham on the Public Character of Law*, in "Utilitas", 1, 1989, n.1, p. 58.

mera coordinazione²⁴. «La cooperazione è guidata da regole e procedure pubblicamente riconosciute, che chi coopera accetta e considera buone regolatrici della propria condotta»²⁵. 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".

I rapporti tra il concetto di persona e la cooperazione equa dipendono dal modo d'intendere i rapporti fra i due poteri della persona stessa. Dapprima, cioè in *TJ*, il senso del giusto è ancora subordinato alla concezione del bene nel senso che un equo sistema di cooperazione appare come vantaggioso per il bene di ciascuno e per questo viene 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.

Ciò vuol dire che l'attività 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 reciproche²⁶. In tal modo il diritto perde il suo carattere meramente strumentale o esecutivo e diventa elemento essenziale del concetto di giustizia come equità.

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»²⁷. 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

²⁴ Per una critica al concetto rawlsiano di cooperazione rinvio a Francesco Viola, *Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro*, in "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 7, 2002, pp. 109-129.

²⁵ *PL*, p. 16 (trad. it. cit., p. 32).

²⁶ Cfr. *PL*, pp. 299-304.

²⁷ *Ivi*, p.339 (trad. it. cit., p. 283).

vincoli giuridico-costituzionali interni alla definizione delle libertà fondamentali. Insomma, laddove c'è cooperazione in termini equi c'è 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 sé²⁸.

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 bene²⁹. 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 individuali³⁰. Ciò vuol dire che per il cittadino la giustizia come equità diviene una componente essenziale e autonoma della sua visione generale del bene³¹. 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.

In tal modo il senso del diritto concretizzato all'interno delle istituzioni della democrazia costituzionale trasforma la cooperazione sociale in fine in sé, cioè nel bene comune. Diritto e giustizia non sono, dunque, cose separate tant'è che l'uno rende concretamente possibile l'altra e questa realizza la ragion d'essere del primo.

Il diritto e la specificazione delle libertà fondamentali

Se ora seguiamo più da vicino il processo di applicazione dei principi fondamentali della giustizia come equità, si conferma e si rafforza quest'interpretazione dei rapporti tra diritto e giustizia nel pensiero di Rawls.

Secondo *TJ* i primi principi di giustizia sono stabiliti mediante un proceduralismo puro. Ma, una volta scelti questi principi di giustizia, si suppone che «le parti ritornino al loro posto nella società, e di conseguenza

²⁸ *Ibidem*

²⁹ *Ivi*, pp. 317-320.

³⁰ *Ivi*, p. 323.

³¹ *Ivi*, p. 40.

giudichino per mezzo di questi principi le loro pretese riguardo al sistema sociale»³².

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 costituzionale³³. Poiché questa non può garantire infallibilmente questo risultato, siamo ora di fronte ad un proceduralismo imperfetto, quello proprio del diritto.

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.

Nel passaggio dalla prima fase a quelle successive (fase costituzionale, fase della legislazione e delle politiche economiche e sociali, fase della giurisdizione e dell'amministrazione) il ruolo del diritto va crescendo. Già nella fase costituzionale queste libertà vengono trasformate in diritti e doveri istituzionali, cioè espresse nel linguaggio del diritto³⁴. 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.

Ora non si può più sostenere che ci troviamo di fronte a criteri 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 pubblica³⁵. Solo così può spiegarsi la considerazione della stessa Corte Suprema come «paradigma della ragione pubblica»³⁶.

³² *TJ*, p. 172 (trad. it. cit., p.172).

³³ La trasformazione delle libertà fondamentali in diritti fondamentali viene compiuta dall'assemblea costituente, che applica i principi di giustizia.

³⁴ *PL*, p.325.

³⁵ 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.

³⁶ *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).

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", ma di una scelta interpretativa in cui è presente la dimensione normativa.

Non solo Rawls si affida alla *expertise* dei giudici nel trovare il diritto, ma anche ora recepisce sostanzialmente la nozione dworkiana di "fit" a condizione che essa sia mantenuta rigorosamente all'interno della concezione politica pubblica della giustizia e non già allargata alla moralità in quanto tale o anche soltanto alla moralità politica³⁷. La concezione politica pubblica della giustizia ha un ruolo per molti versi simile al diritto naturale o, più esattamente, ad un diritto di ragione.

Tutti riconoscono che il ruolo delle corti costituzionali è insieme e inscindibilmente giuridico e politico. Rawls pensa che la previsione di qualche forma di "judicial review" sia in generale (ma non in assoluto) richiesta ai fini della realizzazione della giustizia³⁸. Per questo le corti costituzionali 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 essere 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 attribuita alla Corte Suprema, la giustizia costituzionale non sia stata inserita da Rawls in modo sistematico nella sequenza a quattro stadi mediante cui le libertà fondamentali vengono specificate³⁹. Il fatto è che questo modello di sviluppo valeva soprattutto quando l'idea direttiva era fundamentalmente

³⁷ «A mio parere Dworkin ritiene che il solo requisito della concordanza. . . basta a mettere in luce ciò che è già implicito nella legge, come lo si trova espresso nella concezione politica o in una sua variante riconoscibile; e può darsi che abbia ragione, ma non ne sono sicuro. Personalmente sono incline a chiedere, oltre alla concordanza, che l'interpretazione rientri nella concezione politica pubblica della giustizia o in una sua variante riconoscibile. Dubito che questa posizione sia sostanzialmente diversa da quella di Dworkin». *PL*, p. 237 n. 23 (trad. it. cit., p. 343 n. 23).

³⁸ Sulla questione rinvio a F. I. Michelman, *Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law*, in S. Freeman (a cura di), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, pp. 403-404.

³⁹ Alexy, *art. cit.*, p. 17.

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. È questo che intendo quando affermo che il diritto contribuisce a dar forma ai principi di giustizia.

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 la procedura stessa concorre a specificarlo. I principi di giustizia sono al contempo esterni ed interni alla procedura di revisione costituzionale⁴⁰ ed è proprio per questo che si può parlare di proceduralismo segnato dalla ragionevolezza. Insomma, nel giudizio costituzionale non è possibile una netta separazione tra la 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.

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, dal punto di vista della pratica politica, la giustizia come equità si pone come l'uso corretto del costituzionalismo democratico.

Il diritto come formante della giustizia come equità

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

⁴⁰ 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». Rainer Forst, *The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy*, in "Ratio Juris", 14, 2001, n. 4, p. 374. Cfr. anche il mio *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in "Ragion pratica", 11, 20, 2003, pp. 68-71.

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 riassetto 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'esigenza 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.

Il compito del diritto non si ferma qui. Il diritto è un elemento essenziale della concezione politica della giustizia come equità. Senza di esso è impossibile realizzare una vita politica all'insegna della ragionevolezza fra cittadini liberi ed eguali all'interno di un sistema equo di cooperazione sociale che si prolunga da generazione in generazione e si basa sul principio di reciprocità, per cui sono ammissibili concezioni della giustizia politica che possono essere accettate da tutti, indipendentemente dalla dottrina comprensiva che professano. Il diritto stesso è pensato come legato ad un'antropologia politica, quella della persona con i due poteri morali, e come capace di specificare le libertà fondamentali in modo evolutivo, mantenendo sempre la concordanza con la concezione politica della giustizia. Il diritto è, pertanto, parte costitutiva e integrante della giustizia come equità.

Francesco Viola
(24 febbraio 2013)