

COSTITUZIONE E RAGIONE PUBBLICA: IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA TRA DIRITTO E POLITICA

Francesco Viola

Nonostante la frammentazione e la decostruzione dell'esperienza della vita pratica del nostro tempo, uno sguardo attento può scorgere alcuni elementi di comunanza e di collegamento. Uno di questi è l'istanza della ragionevolezza. Le forme che essa assume sono molteplici e, a volte, difficilmente riconducibili a matrici unitarie e, tuttavia, c'è senza dubbio alla loro radice una medesima esigenza. Qui cercherò di compiere un modesto tentativo d'identificazione del senso generale di questa istanza della ragionevolezza così com'essa emerge nel nostro tempo, nelle attuali condizioni di vita sociale e politica. Con ciò ho indicato anche i limiti del mio discorso, che sono fondamentalmente due: da una parte non intendo rispondere alla questione filosofica generale riguardante il concetto di ragionevolezza in astratto, ma alla questione contingente del suo significato per noi oggi; dall'altra, non intendo produrre analisi approfondite sull'articolazione della ragionevolezza nei diversi settori della vita pratica, ma cercare di coglierne alcuni aspetti comuni se vi sono. Il fatto che non intendo occuparmi qui ed ora di questi due ambiti di ricerca non vuol dire che non li ritenga essenziali. Al contrario sono fermamente convinto che solo affrontando le questioni da me evitate si potrà dire qualcosa di significativo sulla ragione-

volezza. Bisogna, pertanto, prendere ciò che dirò solo come un primo accostamento molto approssimativo e superficiale, condotto con metodo non analitico ma sintetico.

IL GIUDIZIO COSTITUZIONALE DI RAGIONEVOLEZZA

È ormai cosa evidente che vi sono almeno tre ambiti in cui la ragionevolezza sta assumendo in modo sempre crescente un ruolo cruciale: la giurisprudenza costituzionale, quella internazionale e la teoria politica contemporanea. Si potrebbero anche richiamare la teoria economica, che scopre oggi in modo progressivo i limiti dell'agire strategico, e la filosofia morale segnata già da tempo dalla "riabilitazione" della ragion pratica, nonché l'etica pubblica. Ma qui trascurerò entrambe: la prima per incompetenza e la seconda per mantenermi legato ai fatti. Questi fatti ci dicono che nel diritto e nella politica la ragionevolezza è una questione cruciale. Ciò significa che i giudici giustificano le loro decisioni, appellandosi alla ragionevolezza, e che i filosofi della politica difendono le loro teorie delle istituzioni giuste sulla stessa base. Si tratta di una mera coincidenza puramente nominalistica oppure di un'istanza in qualche modo comune? E se fosse comune, quali considerazioni potremmo trarne per i rapporti tra diritto e politica nel nostro tempo? Per rispondere a queste domande dobbiamo necessariamente soffermarci sul modo specifico in cui si pone il giudizio di ragionevolezza in questi tre ambiti.

Cominciare con una riflessione sulla giurisprudenza costituzionale non è una scelta a caso, perché qui il giudizio di ragionevolezza è già da qualche tempo sotto stretta osservazione, tanto più quanto maggiormente assume un carattere pervasivo¹. I metodi tradizionali interpretativi di tipo letterale e logico non

1. In generale cfr. J. LUTHER, "Ragionevolezza (delle leggi)", in *Digesto (Discipline pubblicistiche)*, vol. XII, Utet, Torino 1997, pp. 341-362.

bastano al giudice costituzionale. Sono necessari riscontri sostanziali di conformità alla legge e forme di giudizio nettamente orientate alla valutazione delle conseguenze dell'atto e alla verifica della razionalità materiale della prescrizione normativa, cioè della sua capacità di realizzare obiettivi di benessere sociale e di collegare in un ragionevole rapporto mezzi e fini dell'azione statale. Le scelte del legislatore devono incorporare una dose minima di adeguatezza, congruenza, proporzionalità rispetto al fatto per potersi considerare un legittimo esercizio della funzione legislativa². Il giudice delle leggi giudica della loro ragionevolezza o, comunque, censura la loro manifesta irragionevolezza. La dottrina si sta alacremente adoperando, con risultati ancora non pienamente soddisfacenti, per dare al giudizio di ragionevolezza uno statuto giuridico stabile e controllabile. In ogni caso non è in questione la legittimità di un giudizio del genere, ma la sua portata e le sue modalità di esercizio.

Nel diritto la ragionevolezza si può predicare sia di una proposizione giuridica, sia di un agente (individuo o di organo pubblico), sia di una decisione ufficiale consistente nell'applicare una proposizione giuridica o nel seguire una regola o, comunque, nel compiere una scelta³. Possono essere ragionevoli o irragionevoli le leggi (o, più in generale, le regole), i soggetti e le scelte di soggetti riguardanti regole o criteri di condotta. Tuttavia è evidente che la qualificazione principale è quella che si riferisce alla proposizione normativa, in quanto i soggetti sono ragionevoli sulla base della loro capacità o abilità nell'elaborare e seguire regole ragionevoli. A loro volta le scelte o le decisioni dei soggetti sono ragionevoli nella misura in cui producono regole ragionevoli. Questo, però, non significa che il carattere derivato della ragionevolezza dei soggetti e delle loro scelte debba indurre

2. Cfr., ad esempio, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, p. 387.

3. M. ATIENZA, "On the Reasonable in Law", in *Ratio Juris*, 3, 1990, 1bis, pp. 148-161.

a considerare secondarie queste due prospettive. Al contrario esse sono essenziali per la costruzione integrale del concetto etico-giuridico della ragionevolezza.

Per comprendere meglio il senso di questa constatazione basta osservare lo statuto diverso di altre qualificazioni di una regola. Consideriamo, ad esempio, quello della validità. Essa può essere adeguatamente definita senza alcun riferimento ai soggetti e alle loro scelte o decisioni. Noi diciamo che una proposizione normativa è valida, mentre non sarebbe corretto affermare che il legislatore è valido e che sono valide le sue scelte politiche. Una norma valida è a rigore quella prodotta da un'autorità legittima nel rispetto della sua competenza e dell'apposita procedura. La validità è a rigore solo predicato di norme e non di persone o dei loro comportamenti. Invece per la ragionevolezza non è così. Nel suo concetto è necessariamente implicato il punto di vista del soggetto e i processi della sua attività deliberativa. Ciò vuol dire che la ragionevolezza presuppone che il diritto sia considerato nel suo complesso come una pratica sociale e non già alternativamente e separatamente come un insieme di proposizioni normative o di istituzioni o di atti di volontà⁴. In questo senso la ragionevolezza è attributo del diritto nel suo complesso, è la qualità generale che deve ispirare tutta l'impresa giuridica in ogni sua componente ed è la virtù tipica dell'operatore giuridico. Le leggi devono essere valide, efficaci e possibilmente giuste, ma il diritto nel suo insieme deve almeno essere ragionevole⁵. Tuttavia, a questo punto, il rischio è quello di trovarsi di fronte ad un concetto tanto più vago quanto più pervasivo e nella sostanza inutile. Ed allora conviene chiedersi: ha la ragionevolezza giuridica una sua identità?

La dottrina costituzionale dei paesi europei e non si sta industriando in forme diverse a definire con maggiore precisione

4. Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990.

5. Cfr., per questa problematica, R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, trad. it. di F. Fiore, Einaudi, Torino 1997.

in cosa consista il “giudizio di ragionevolezza” nel presupposto che esso abbia una sua identità rispetto agli altri processi decisionali usati dai giudici costituzionali. Un esame di questi sforzi dottrinali potrebbe gettare qualche luce sul significato generale della ragionevolezza giuridica così com'è intesa nel nostro tempo⁶.

L'evoluzione del giudizio costituzionale di ragionevolezza registra in modo evidente la sua progressiva autonomia dal giudizio di eguaglianza. Ciò vale sicuramente per la giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola, che considererò come esperienze simili, anche perché non ho la competenza per avanzare quelle articolate distinzioni che pur sarebbero opportune.

Alla luce di un esame molto generale dei rapporti tra il giudizio di eguaglianza e quello di ragionevolezza si possono avanzare queste due considerazioni: da una parte la struttura stessa del giudizio di eguaglianza non può che condurre ad una valutazione anche in termini di ragionevolezza; dall'altra, il giudizio giuridico di ragionevolezza deve mantenere un qualche legame con la sua radice originaria consistente nel principio di eguaglianza se vuole restare rispettoso del principio della separazione dei poteri. La lontananza della ragionevolezza dall'eguaglianza segna anche l'invasione da parte del giudice costituzionale del campo proprio del legislatore. Ora vorrei chiarire meglio queste due considerazioni.

Finché l'imperativo dell'eguaglianza è stato inteso in modo formale, cioè come divieto di disparità formali ovvero nella sostanza come canone di coerenza sistematica, allora non c'era

6. Non è necessario ricordare che la ragionevolezza è ben presente nell'esperienza giuridica di tutti i tempi. Non solo nel diritto romano, ma anche in quello medioevale e in quello comune, la *rationabilitas* è ritenuta *causa legis*. Cfr., ad esempio, E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè, Milano 1994.

ancora posto per la valutazione della ragionevolezza⁷. Ma, quando si interpreta il principio d'eguaglianza affermando –com'è logicamente necessario– che lo si viola anche quando la legge tratta allo stesso modo situazioni *oggettivamente* diverse, allora s'introduce la necessità di giustificare la discriminazione e quindi di fornire ragioni contenutistiche. «Nello sviluppo storico del concetto si è delineata una dissociazione tra un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza rappresentata come giustificabilità della discriminazione e quindi come ragionevolezza»⁸. D'altronde in uno Stato costituzionale di diritto non si può continuare ad usare il concetto di eguaglianza in senso assiologicamente neutrale, cioè come generalità della legge, e non si può evitare di procedere alla valutazione delle ragioni che inducono ad equiparare o a discriminare.

Quest'evoluzione nell'uso del principio d'eguaglianza si riflette necessariamente nella sua struttura interna e introduce in essa l'elemento della ragionevolezza. Si può affermare che il giudizio di eguaglianza si articola in tre momenti fondamentali. Prima si deve procedere alla verifica dei presupposti per l'applicazione del principio di eguaglianza, cioè valutare se le situazioni poste a confronto siano in qualche modo omogenee e comparabili; poi bisogna analizzare la *ratio* della norma individuata come *tertium comparationis* per confrontarla con quella sottoposta a giudizio; ed infine bisogna decidere se e quale delle norme poste a confronto dichiarare incostituzionale, indicando i valori costituzionali rilevanti in materia.

Si deve riconoscere che in ognuno di questi momenti il giudice è costretto a formulare giudizi di valore che necessitano di essere giustificati in termini di ragionevolezza. Dove c'è giudizio di valore, devono essere ragioni che lo sostengano. Dove c'è ragio-

7. Per questa posizione tradizionale cfr. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art.3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova 1954, p. 17ss.

8. SCACCIA, *op. cit.*, p. 46.

nevolezza, ci sono giudizi di valore. Mentre si poteva sostenere con qualche plausibilità che il principio di eguaglianza inteso come generalità fosse rigorosamente controllato da inferenze puramente logiche, non lo stesso si può dire per la struttura centrata sul *tertium comparationis* e sulla ricerca teleologica della *ratio legis*. A questo punto il ricorso alla ragionevolezza non è una prerogativa che si arroga il giudice costituzionale, ma una garanzia interna generata dalla prassi dello Stato costituzionale di diritto per governare i giudizi di valore espressi dai poteri pubblici, siano essi legislativi o giudiziari.

Un percorso del genere si può –credo– ritrovare ancor più chiaramente nella giurisprudenza costituzionale spagnola. Com'è noto, nella Costituzione spagnola il principio di esclusione dell'arbitrarietà è esplicitamente espresso nell'art. 9.3. Esso vieta un esercizio apertamente irragionevole del potere pubblico, cioè un esercizio immotivato o non diretto a realizzare fini rilevanti sul piano dei valori costituzionali⁹. Qui già si esclude a priori ogni modo riduttivo d'intendere il principio di eguaglianza, cosicché la giurisprudenza costituzionale ha agevolmente stabilito che esiste una violazione di tale principio (*ex art. 14 CE*) se sussiste un elemento discriminatorio, vale a dire se una differenza di trattamento non abbia una giustificazione che sia “oggettiva e ragionevole” e proporzionata¹⁰. Un trattamento differenziato di due situazioni giuridiche non costituisce una violazione del principio d'uguaglianza, se sia proporzionato e se possa fondarsi su ragioni rilevanti dal punto di vista giuridico (dunque se sia ragionevole)¹¹.

9. T.-R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid 1998, p. 30 ss., 41 ss., 45 ss. E, più in generale, A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona 2000.

10. Cfr., ad esempio, le SSTC 75/1983, FJ 2° e 209/1988, FJ 6°.

11. A. CARRASCO PERERA, “El ‘juicio de razonabilidad’ en la justicia constitucional”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, n. 11, p. 50, che nota la profonda differenza tra la necessità logica e il giudizio di

Il passo successivo, peraltro logicamente conseguente, è stato quello di dar vita ad un giudizio di ragionevolezza ormai affrancato da quello di eguaglianza. La distinzione tra i due è stata ben delineata da Casavola quando ha scritto che il giudizio di eguaglianza «comporta un controllo volto a stabilire se tra le varie manifestazioni normative nella stessa materia (*tertia comparationis*) e quella denunziata esista una congruità dispositiva, o, invece, vi siano contraddizioni insanabili»; il giudizio di ragionevolezza «prescinde da raffronti con termini di paragone (i quali, al più, assumono valore sintomatico), per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi, inferendo una contrarietà a Costituzione solo quando non sia possibile ricondurre la disciplina ad alcuna esigenza protetta in via primaria o vi sia una evidente sproporzione tra i mezzi approntati e il fine asseritamente perseguito»¹². In questi casi la legge viene criticata in quanto irragionevole di per se stessa e non già in quanto viola il principio di eguaglianza.

In generale e nella sostanza si può, dunque, dire che il giudizio di ragionevolezza in senso stretto non ha più un carattere intrasistemico, cioè interno alla normativa già stabilita, ma ha un carattere extra-sistemico, in quanto valuta la norma sulla base di parametri in qualche modo “esterni”, che possono essere sia giuridicamente rinvenibili nei valori costituzionali, sia legati a giudizi di funzionalità, di idoneità e di proporzionalità, come anche di equità.

A sua volta il bilanciamento degli interessi e dei principi costituzionali rappresenta l'ulteriore e ultima evoluzione del giudizio di ragionevolezza, in quanto esso riguarda non più diretta-

ragionevolezza. A questo si deve ricorrere quando una soluzione sulla base della stretta razionalità è impossibile.

12. F. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1994*, a cura della Corte Costituzionale, Roma 1994, p. 10 ss.

mente le leggi ordinarie, ma la soluzione dei conflitti tra valori costituzionali nel momento della loro concretizzazione.

Dal giudizio di eguaglianza al bilanciamento degli interessi si può notare un passaggio da una tecnica di giudizio di tipo interpretativo a una di tipo non interpretativo o esclusivamente argomentativo. Il bilanciamento è esso stesso una forma di decisione che non deriva da un sillogismo giudiziario, ma al contrario è diretto a formulare quei giudizi di valore che sono necessari per la selezione delle premesse del sillogismo stesso. Qui la ragionevolezza raggiunge il massimo d'indipendenza dalle funzioni applicative proprie di un giudice¹³. È ponderazione e non più sussunzione. E non è un caso se la tecnica del bilanciamento sia quella maggiormente pericolosa per il principio della separazione dei poteri. Non vale dire che il giudice costituzionale valuta il bilanciamento compiuto dal legislatore, perché spesso ciò non è vero. In realtà la tecnica del bilanciamento messa in opera dal giudice costituzionale ha la sua legittimità solo a patto che si possa mostrare che i percorsi della ragionevolezza praticati sono ben diversi dalle logiche della convenienza politica e dalle scelte ideologiche. Come ha notato Bickel, le corti di giustizia non entrano in concorrenza con le regole della rappresentanza democratica solo nella misura in cui offrono ad essa l'apporto di ciò che solo esse possono dare, cioè l'apporto di argomentazioni legate ad una storia istituzionale e non già alla contingenza politica¹⁴. Tali ragioni fanno diretto riferimento a

13. Nieto sostiene la tesi che la ragionevolezza deve inquadrarsi nell'inevitabile e legittimo uso della discrezionalità propria del giudice (*arbitrio judicial*), da ben distinguersi dall'arbitrarietà e legato all'insufficienza dei testi normativi, alla loro indeterminatezza, al meccanismo di concretizzazione delle norme e al valore normativo del fattuale. Se i giudici dovessero limitarsi a decidere secondo il principio di stretta legalità, ben pochi casi potrebbero essere risolti. Cfr. NIETO, *op. cit.*, pp. 255-265 e, per la ragionevolezza, p. 335 ss.

14. Cfr. A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., Yale U.P., New Haven 1986.

valori ampiamente accettati e assolutamente indispensabili per la convivenza civile e sono profondamente sensibili all'uguale rispetto per la dignità delle persone senza il quale gli stessi procedimenti della rappresentanza democratica non potrebbero funzionare correttamente.

Non mi soffermerò sulla struttura del giudizio costituzionale di ragionevolezza di cui sono stati costruiti molteplici modelli, che peraltro raramente differiscono sostanzialmente l'uno dall'altro¹⁵. Certamente di fronte al caso estremo della "manifesta irragionevolezza" non c'è bisogno di particolari strutture logiche di controllo e, tuttavia, proprio nel campo della ragionevolezza l'evidenza è spesso una trappola simile a quella del brocardo "in claris non fit interpretatio". La ragionevolezza, infatti, è legata strettamente alle circostanze storiche e alle "evidenze culturali", che non di rado vengono capovolte dalla coscienza storica. Ciò che appare irragionevole in un determinato tempo e per una determinata comunità può apparire ragionevole in seguito e presso un'altra comunità¹⁶. Neppure il ricorso alla "natura della cosa regolata" è in grado di per sé di fornire criteri di giudizio inequivocabili se non in casi estremi¹⁷. Essa può valere in particolar

15. Un punto di riferimento fondamentale sono gli studi di R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1978 e *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1986.

16. Perelman cita una sentenza emanata nel 1889 dalla Corte di Cassazione belga riguardante l'esercizio della professione forense da parte delle donne. Il giudice afferma testualmente che la legge non l'esclude esplicitamente in quanto è del tutto evidente che la professione forense è riservata agli uomini. Ma nel 1922 viene emanata una legge che lo permette. Ciò che è irragionevole nel 1889 diventa ragionevole nel 1922. Cfr. Ch. PERELMAN, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit*, in Id., *Éthique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1990, p. 516 ss.

17. «Non pare che si possa negare alla Corte il potere di affermare che una certa proposizione legislativa è priva di giustificazione sotto qualsiasi punto di vista, da qualunque parte la si riguardi, in guisa che la soluzione dei casi che essa offrirebbe sarebbe per chiunque *contro la natura della cosa regolata*».

modo quando si tratta di giudicare dell'idoneità dei mezzi nei confronti del fine, ma aiuta molto meno quando il giudizio di ragionevolezza riguarda il fine stesso, come avviene nel modo più palese nel caso del bilanciamento.

In conclusione, appare estremamente difficile raggiungere l'obiettivo di una tipicizzazione dei giudizi di ragionevolezza, alla stregua del giudizio di eguaglianza, in considerazione dell'immensa varietà di usi a cui esso si presta. Forse la cosa più opportuna è quella di compiere un inventario degli argomenti che possono essere legittimamente accolti al suo interno, anche perché nel giudizio di ragionevolezza si sopperisce alla mancanza del rigore univoco del sillogismo deduttivo con la moltiplicazione delle argomentazioni plausibili.

Si è sostenuto, ad esempio, che gli argomenti della ragionevolezza debbano distinguersi in argomenti di razionalità sistematica (coerenza), argomenti di efficienza strumentale (congruenza, pertinenza, imperizia, proporzionalità, ma anche evidenza) e argomenti di giustizia-equità¹⁸. Potrebbe questa essere un'utile griglia per un inventario quanto più esauriente possibile delle ragioni addotte a giustificazione dei giudizi di valore dei legislatori e delle corti costituzionali. Il fatto è che non s'è adeguatamente distinto –come bisognerebbe– tra la problematica della ragionevolezza della legge e quella della ragionevolezza dei criteri per giudicare della ragionevolezza della legge, poiché la ragionevolezza è giudice di se stessa. Il profilo decisivo che dà rilevanza a questa distinzione è rintracciabile nella considerazione del ruolo dei soggetti che formulano il giudizio di ragionevolezza,

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1988, p. 129 ss. Com'è noto, la dottrina della natura della cosa ha una lunga tradizione e ben differenti versioni che oscillano tra il riferimento alla struttura oggettiva dei rapporti economici e sociali e il riferimento ai criteri di giudizio del buon senso dell'uomo ragionevole.

18. SCACCIA, *op. cit.*, p. 189.

poiché questo è condizionato da tre variabili: quella dell'oggetto, quella delle circostanze e quella dei soggetti.

Alla luce di quanto s'è finora osservato possiamo dire che nella pratica giuridica la ragionevolezza può essere considerata sia come fattore generale, sia come tecnica specifica. Il tentativo di formalizzarla come tecnica spesso è legato al misconoscimento del fatto che non è puramente una tecnica e che sarebbe riduttivo considerarla esclusivamente come tale.

Opportunamente Zagrebelsky ha individuato i tre profili della ragionevolezza nell'*eguaglianza*, nella *razionalità* e nella *giustizia*¹⁹. In tal modo si evita di confinare la ragionevolezza in specifiche questioni interne al sindacato di costituzionalità. Si evita, altresì, la rigida e artificiosa separazione tra giudizi interpretativi e non interpretativi, separazione segnata dall'assunto discutibile che i primi siano aderenti al diritto già stabilito e i secondi creativi di diritto nuovo e, non di rado, dalla convinzione che i giudizi di valore si trovino solo nei secondi. In più, giustamente si considera in tal modo il giudizio di eguaglianza come un'espressione della stessa ragionevolezza, permettendo così di rileggere l'esperienza antecedente allo Stato costituzionale di diritto come già segnata a suo modo dall'istanza della ragionevolezza. Infine, si considera la razionalità, nel senso di non contraddittorietà interna e, più in generale, di coerenza del sistema, come appartenente all'istanza generale della ragionevolezza e non già questa come un surrogato di ripiego della razionalità stessa.

Quali sono, allora, i rapporti tra razionalità e ragionevolezza nell'ottica del diritto? L'orientamento dominante, almeno sino al passato più recente, vede nella razionalità il modello principale della decisione giuridica. Tuttavia questa forma giuridica di razionalità non è intesa in senso esclusivamente logico-formale e

19. G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 179-192.

deduttivo. Si riconosce che essa deve aprirsi ai princìpi della ragion pratica (coerenza, congruenza, generalizzazione e sincerità), ma a patto che resti legata direttamente ad una fonte giuridica e ai criteri etici e politici previsti dall'ordinamento. Solo nel caso che sulla base di questi criteri di razionalità sia impossibile decidere sia perché si perverrebbe a più esiti tra loro contraddittori, sia perché si avrebbero più soluzioni ugualmente plausibili, allora si dovrà ricorrere alla ragionevolezza intesa come giudizio prudenziale legato alle dimensioni del probabile e del verosimile. Manuel Atienza, ad esempio, propone questa definizione di decisione ragionevole: «è ragionevole in senso stretto se è presa ove è impossibile una decisione razionale, o non sarebbe accettabile, raggiunge un equilibrio ottimale tra le differenti richieste che provengono dal caso specifico e ottiene un massimo di consenso»²⁰. È interessante notare questo riferimento al consenso (fattuale o ideale) e agli argomenti generalmente condivisi, in quanto così si intende sopperire al deficit del fondamento costituito dalle fonti del diritto positivo. In tal modo la ragionevolezza viene posta ai margini della vita del diritto, è una valvola di sfogo per affrontare i casi difficili impossibili da risolvere sulla base della razionalità giuridica, è un rimedio nei confronti dell'incertezza e dell'indeterminazione.

In realtà –come già aveva notato Aarnio²¹–, se intendiamo per “ragionevolezza” l'accettabilità razionale di una decisione o di un'interpretazione, essa deve trovarsi in ogni momento della vita del diritto. Si tratta di riconciliare incessantemente il sistema giuridico formale con la *Lebenswelt*, con la forma di vita di una comunità storica che si riconosce nei valori costituzionali intesi come diritto vivente²². Da questo punto di vista la ragionevolezza

20. ATIENZA, *The Reasonable in Law*, cit., p. 159 (la traduzione è mia).

21. Cfr. A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht 1987.

22. Cfr. G. ZAGREBELSKY, “La dottrina del diritto vivente”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 31, 1986, pp. 1148-1166.

ha un carattere pervasivo che è assente nella mera razionalità. Questa deve intendersi come un insieme di procedure che garantiscono la fedeltà al sistema, mentre la ragionevolezza è qualcosa di più. Essa assicura la persistenza della legittimità del sistema giuridico, che esiste non già come raccolta di materiali inerti ma come prassi condivisa. In questo senso la ragionevolezza, prima ancora di essere una tecnica d'interpretazione e di decisione, è un'esigenza fondamentale e, nella sostanza, un valore centrale o architettonico dello Stato costituzionale di diritto²³.

La costituzionalizzazione dei diritti umani implica necessariamente la considerazione della ragionevolezza come valore costituzionale, anche se esso non è esplicitamente formulato. Con ciò si vuol dire qualcosa di più della constatazione che l'attributo della ragionevolezza risulta prescritto per l'esercizio di tutte le pubbliche funzioni (e quindi anche di quelle della corte costituzionale)²⁴. Si vuol dire che la costituzione non è una tavola di valori e di principi da applicare nel modo automatico della sussunzione, che è l'idea direttiva della razionalità giuridica, ma è un insieme di orientamenti che solo nel concreto assumono un volto definito e una composizione organica. Proprio il linguaggio dei principi suggerisce l'idea di un processo che ha l'inizio e l'avvio con il testo costituzionale, ma che si compie solo nell'applicazione, di cui la legge ordinaria è a sua volta il primo passo e la sentenza costituzionale l'ultimo. L'applicazione della costituzione non è la stessa cosa dell'applicazione di una legge. Ebbene, in questo processo la regola generale è proprio la ragionevolezza. Per questo essa è concetto ben più comprensivo e fondativo di quello giuridico di razionalità.

23. Considera la ragionevolezza un meta-valore o una condizione di possibilità del diritto L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.

24. Per questo cfr. L. PALADIN, "Ragionevolezza (principio di)", in *Enciclopedia del diritto*, Agg., I, Giuffrè, Milano 1997, p. 899 ss.

«La ragionevolezza può esser vista, ad un tempo, e sia pure con una evidente, inevitabile semplificazione, quale *concetto-mezzo* e *concetto-fine*. È una “tecnica”, se così può dirsi, alla quale può (e deve) costantemente farsi ricorso nei processi decisionali, ma è anche una meta verso cui i processi stessi devono tendere: uno strumento per la soddisfazione di valori ma anche, proprio per ciò, esso stesso un valore, senza il quale gli “altri” valori vedrebbero gravemente compromessa la possibilità di una loro apprezzabile (se non pure compiuta, nei limiti segnati dalla loro storicizzazione) realizzazione»²⁵. Possiamo aggiungere che la ragionevolezza è il modo in cui i valori costituzionali possono (e devono) avere attuazione ed è per questo che è essa stessa un valore.

Tutto ciò è perfettamente comprensibile in considerazione dell’assetto che lo Stato costituzionale del diritto è venuto assumendo nella sua evoluzione storica. Innanzi tutto, la presenza di valori e diritti positivizzati, da una parte, introietta nel sistema giuridico la legittimità dell’assolutezza delle pretese, ma, dall’altra, esige, in virtù della positivizzazione, che quest’assolutezza accetti la negoziazione con la storia, le circostanze, l’alterità e il bene comune. Tuttavia, poiché qui non si ha a che fare con interessi disponibili, ma nella sostanza con la stessa dignità umana, allora questa regola di concretizzazione e di composizione deve essere fornita in certo qual modo di una sua oggettività. Ciò è possibile solo in riferimento alla ragione e ai suoi processi di giustificazione delle scelte. Poiché, però, non si ha qui a che fare soltanto con i mezzi, ma ancor più radicalmente occorre ragionare su fini ultimi e sulla loro composizione concreta in relazione al rispetto “conveniente” della dignità umana, la razionalità è inadeguata, perché usa l’accetta ed è insensibile alla particolarità dei casi concreti e delle circostanze. Ed in effetti appartiene allo

25. A. RUGGERI, “Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale”, in *Diritto e società*, 2000, 4, pp. 569-570.

spirito del costituzionalismo l'esigenza che la dignità umana non sia soltanto proclamata in astratto, quanto soprattutto sia rispettata nei casi concreti nella misura massima del possibile. Ed allora, in queste condizioni, la ragionevolezza è necessaria, sia per lo statuto di "fine ultimo" (cioè non subordinato) dei diritti fondamentali, sia per l'esigenza di andar incontro alle attese dei particolari accadimenti della vita, alla giustizia del caso concreto²⁶.

In conclusione, in un regime etico-giuridico governato dalla morale dei diritti, qual è quello attuale, il principio del dovere, necessario per la praticabilità di ogni etica e inteso come misura e come ordine, in una parola come "regola", è tutto concentrato nella ragionevolezza²⁷. Questa trasforma i principi in regole. Questo valore esprime per l'individuo l'esigenza di dare alle proprie azioni, abitudini e pratiche un ordine generale nel rispetto dell'integrità e dell'autenticità²⁸ e, per le comunità, è l'istanza di armonizzare le aspettative dei consociati in modo da garantire insieme la certezza e la giustizia. Alla fin dei conti tutta l'impresa giuridica si giustifica sulla base della ragionevolezza pratica, cioè della necessità di coordinare le azioni sociali non in qualsiasi modo, ma secondo equità e giustizia²⁹.

Lo Stato costituzionale di diritto ha un suo modo di considerare l'uso legittimo del potere costituito. Si tratta di portare a compimento ciò che da sempre è iscritto nell'esperienza giuridica, pur se inteso in vario modo. La violazione di un uso ragionevole del potere è stata qualificata come abuso del diritto, come

26. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, cit., pp. 189-190.

27. Ho affrontato questa problematica nel mio *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 107-136.

28. Cfr., anche per le radici filosofiche della ragionevolezza pratica, J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, trad. it. di F. Di Blasi, Giappichelli, Torino 1996, p. 96.

29. Per questa linea di pensiero rinvio a F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002.

eccesso di potere, come iniquità o mala fede, come applicazione ridicola o inappropriata di disposizioni legali, come decisione contraria ai principi generali di diritto comuni a tutti i popoli civilizzati..., ma non sempre la ragionevolezza è stata ritenuta come una qualificazione interna del concetto di autorità. Secondo Kelsen, ad esempio, è attributo essenziale del potere normativo l'esercizio di una piena discrezionalità, cosicché la sua regolamentazione dovrà riguardare solo l'ambito delle sue competenze e i vincoli procedurali delle decisioni. Tuttavia entro tali limiti formali il potere è per definizione "arbitrario". Ed è per questo che egli afferma che il diritto può avere qualsiasi contenuto. Ciò non contrastava con l'idea ottocentesca dello Stato di diritto. Ma per lo Stato costituzionale di diritto la ragionevolezza è divenuta un vincolo interno delle decisioni autoritative. Queste non devono soltanto essere "legali", cioè iscriversi kelsenianamente nell'ambito della competenza e dell'autorizzazione, ma anche "legittime" o "non arbitrarie", poiché ci sono valori fondamentali positivamente riconosciuti che precedono l'autorità e che non hanno in essa la loro origine e fondamento.

La ragionevolezza pratica come valore si attua mediante il rispetto di numerose esigenze metodologiche³⁰, che sono solo in parte individuabili a priori, perché in buona parte dipendono dal contesto storico e sociale. Non si tratta propriamente di "tecniche argomentative", poiché ognuna di esse si prefigge un obiettivo che potrebbe essere raggiunto da procedimenti tecnici differenti. Se ci poniamo in quest'ottica molto comprensiva, ci accorgeremo che un confronto tra la giurisprudenza delle corti costituzionali mette in luce «una certa *koiné* degli strumenti argomentativi»³¹.

30. Finnis le ha chiamate «esigenze della ragionevolezza pratica» e ne ha individuato alcune forme persistenti. Cfr. FINNIS, *op.cit.*, cap. V.

31. A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., p. 135.

Certamente ci sono anche notevoli differenze, perché la pratica costituzionale della ragionevolezza dipende dalla concezione culturale di “costituzione”. Ad esempio, i percorsi argomentativi sono indubbiamente influenzati dalla questione se una determinata costituzione abbia voluto formulare i valori secondo una gerarchia di priorità o no. Tuttavia, nonostante tutte le varianti possibili, possiamo individuare alcune massime di “buon senso” che sono presenti nella pratica costituzionale di vari paesi. Posso solo qui fare alcuni esempi rozzamente formulati e molto incompleti:

- Non è ragionevole una decisione legale che senza alcuna giustificazione accettabile danneggi un valore fondamentale o ne impedisca la realizzazione (*criterio della legittimità*).
- È ragionevole limitare un diritto fondamentale solo se ciò è giustificato dalla necessità di proteggere un interesse pubblico essenziale³² o un altro diritto fondamentale (*criterio della necessità*).
- È ragionevole una misura restrittiva dei diritti fondamentali se, oltre essere necessaria, è l'unico mezzo praticabile o il più mite tra quelli praticabili (*criterio del minor danno*)³³.
- È irragionevole formulare una misura restrittiva dei diritti fondamentali in termini vaghi sì da permettere interpretazioni estensive (*criterio della determinatezza*)³⁴.

32. È ciò che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha chiamato «*compelling public interest*» e il tribunale costituzionale tedesco «*überwiegende Interesse der Allgemeinheit*». Per la Corte costituzionale italiana si deve trattare di un interesse pur sempre costituzionalmente protetto.

33. Si può ritenere che in senso lato il secondo principio di giustizia di Rawls s'iscrive in questa esigenza di equità per cui le aspettative di coloro che si trovano in una situazione più favorevole sono protette nella misura in cui ciò serva a migliorare coloro meno avvantaggiati. In ogni caso questo criterio è servito a giustificare provvedimenti di tipo compensativo.

34. La Corte Suprema americana ha parlato di «*vagueness test*».

- È irragionevole limitare un diritto fondamentale sino al punto da vanificarlo nella sostanza (*criterio del contenuto essenziale*).
- È ragionevole esigere che i mezzi legislativi predisposti siano idonei (o non palesemente inadeguati) al raggiungimento del fine (*criterio dell'idoneità*)³⁵.

Tra le critiche che i giuristi rivolgono a quest'uso del principio di ragionevolezza, ormai affrancatosi pienamente da quello di eguaglianza, primeggiano il rimprovero dell'abbandono del vincolo testuale da parte dei giudici costituzionali e l'accusa di intromettersi in scelte politiche, quali sarebbero le operazioni di ponderazione, invece di limitarsi alle operazioni propriamente giuridiche, quali sarebbero quelle di sussunzione. Tuttavia, senza con ciò voler difendere a priori l'operato delle corti, queste critiche non sono convincenti nella misura in cui non tengono conto della peculiarità del testo costituzionale, non certamente assimilabile alla legge ordinaria, e della possibilità di distinguere la scelta politica dai giudizi di equità, che appartengono alla tradizione dell'argomentare giuridico ed hanno indubbiamente un carattere ponderativo. Bisogna ricordare che il giudice costituzionale giudica norme e non già disposizioni, cioè giudica interpretazioni e, pertanto, le sue operazioni intellettuali sono prevalentemente di tipo argomentativo piuttosto che strettamente interpretativo. Conseguentemente il controllo delle decisioni è affidato prevalentemente al dibattito pubblico che si svolge nella «società aperta degli interpreti della costituzione» piuttosto che al ricorso ad esegetici vincoli testuali³⁶.

Se si vuole cercare dove risiedono veramente i vincoli del sindacato di costituzionalità, non bisogna rivolgersi al testo quanto piuttosto alla realtà sociale, al modo in cui i cittadini

35. Mi riferisco ovviamente al sindacato di *Verhältnismässigkeit* del Tribunale costituzionale tedesco.

36. P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di P. Ridola, NIS, Roma 1993, p. 187.

interpretano i valori costituzionali generando un'etica pubblica, cioè una moralità positiva, che certamente deve essere purificata e argomentata dal giudice costituzionale con l'aiuto della dottrina, ma non già trascesa in nome di astratti o personali ideali di giustizia. Potremmo forse riprendere qui la dottrina del diritto vivente di Ehrlich, di un diritto non formulato in proposizioni giuridiche, di un diritto non scritto ma "detto" dal giudice in quanto rivelatore della coscienza sociale e consolidato nella pratica giurisprudenziale³⁷. Insomma, la corte costituzionale deve autocomprendersi come un interprete interno del modo in cui la comunità politica vive i princìpi della carta costituzionale. La ragionevolezza costituzionale si esercita entro questi ambiti culturali.

LA RAGIONEVOLEZZA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Se ora passiamo dal diritto costituzionale a quello internazionale, appare subito evidente quanto evanescenti diventino i vincoli provenienti da una comunità politica determinata. In realtà non v'è (o non v'è ancora) una vera e propria comunità mondiale, ma solo complesse relazioni interstatali. Il principio di ragionevolezza acquista così una ancor più piena libertà di esercizio e, conseguentemente, subisce una trasformazione che ci aiuta a comprenderne meglio la duttilità e la versatilità. Tuttavia anche il diritto internazionale è una pratica consolidata che ha un suo stile interpretativo e princìpi specifici. Per questo la ragionevolezza

37. Cfr. L. MENGONI, *Il «diritto vivente» come categoria ermeneutica*, ora in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 141-163; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente: genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano 1994 (con ampia bibliografia).

trova anche qui vincoli interni di esercizio, che differiscono solo in parte dalla ragionevolezza costituzionale³⁸.

Il termine “ragionevole” ricorre molto spesso nei documenti normativi e giudiziari internazionali. Ma a noi qui non interessano tutti i casi in cui la ragionevolezza è intesa come uno standard di comportamento che è demandato al giudice di valutare. L'esempio più noto è il “*delai raisonnable*”, di cui parlano gli artt. 5 e 6 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* e a cui fa ricorso la Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito della durata dei processi e della carcerazione preventiva. In casi come questo, che nel diritto internazionale sono particolarmente numerosi per ovvie ragioni, ci troviamo pur sempre di fronte alle c.d. “nozioni a contenuto variabile” che l'interprete dovrà precisare sulla base degli standards comuni e, in definitiva, del buon senso o del “senso ordinario”. Certamente nel campo internazionale in assenza del consenso sociale questa determinazione è molto più difficile³⁹ e, tuttavia, è sempre compiuta in virtù di una delega ricevuta dall'ordinamento. Se gli Stati hanno deciso di introdurre la qualifica di “ragionevole” come elemento di una regola, allora hanno autorizzato l'interprete a compiere valutazioni in tal senso. Ma il problema che a noi interessa non è questo quanto piuttosto il caso in cui si tratta di giudicare la ragionevolezza stessa di una regola di diritto internazionale.

Mettiamo da parte tutti quei casi in cui il giudice internazionale compie giudizi di ragionevolezza del tutto simili a quelli che —come abbiamo visto— sono propri del giudice costituzionale. Così la Corte europea dei diritti dell'uomo ha spesso considerato come discriminatoria una misura arbitraria, cioè «manchevole di una giustificazione oggettiva e ragionevole» e si è appellata alla

38. Cfr., in generale, J. SALMON, *Le concept de raisonnable en droit international public*, in *Mélanges Paul Reuter*, Pédone, Paris 1982, pp. 447-478.

39. J. SALMON, *Les notions à contenu variable en droit international public*, in Ch. Perelman e R. Vander Elst (a cura di), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles 1984, p. 265.

ragionevolezza per fissare le condizioni che permettono agli Stati di adottare misure restrittive di diritti riconosciuti dalla Convenzione. Si ritrovano tra queste condizioni molti degli elementi già considerati, cioè la necessità⁴⁰, l'idoneità, la proporzionalità⁴¹. Ma nel diritto internazionale c'è qualcosa di più o di diverso.

Per orientarci meglio occorre ricordare che l'art. 32 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* (1969) ha prescritto il ricorso ai mezzi complementari d'interpretazione quando il suo risultato è chiaramente assurdo o non ragionevole⁴². L'obiettivo generale di questo articolo e, soprattutto, del precedente è quello di guidare l'interprete nell'uso dei mezzi interpretativi. Bisogna che il metodo ermeneutico sia ragionevole, ma occorre anche che esso conduca a risultati ragionevoli. Ben sappiamo che non è raro il caso che un metodo di per sé ragionevole produca risultati irragionevoli o assurdi. Ebbene, in questi casi l'interprete dovrà –secondo la Convenzione di Vienna– far ricorso a mezzi complementari, quali i lavori preparatori e il riferimento alle circostanze.

È interessante notare che anche qui il primato della volontà delle Parti firmatarie del trattato sembra riconfermato, in quanto il ricorso ai lavori preparatori è un criterio tipico di fedeltà all'intenzione originaria. Tuttavia il riferimento alle circostanze permette una valutazione indipendente dell'interprete. Infatti non

40. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha posto tra l'altro come condizione che la misura sia «necessaria in una società democratica».

41. Bisogna anche aggiungere che il principio di proporzionalità è stato riconosciuto come fondamentale dell'ordinamento comunitario (al pari del principio di legalità di eguaglianza, di tutela dei diritti fondamentali) dalla giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea. Questo principio è stato di recente codificato nel Trattato di Maastricht (art. 3b par. 3). Cfr. SCACCIA, *op. cit.*, pp. 291-294.

42. Cfr., in generale, C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona 1996 e anche F. VIOLA, *Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica*, in corso di stampa.

sono rare le pronunce della Corte internazionale di giustizia in cui si parla di intenzioni che si possono *ragionevolmente* attribuire alle Parti in funzione delle circostanze. Più in generale si parla di prendere in considerazione lo scopo *ragionevolmente* perseguito dallo Stato⁴³.

Proprio in questo punto mi sembra che risieda la novità del diritto internazionale rispetto al diritto costituzionale in tema di ragionevolezza. Il fatto è che le corti internazionali non interpretano leggi, ma trattati, cioè accordi tra Stati. È vero che questi trattati hanno per la società internazionale lo stesso ruolo che hanno le leggi per le società nazionali, ma nella sostanza la natura dell'oggetto da interpretare è ben diverso. Bisogna temperare il principio del primato della volontà degli Stati, che per il diritto internazionale ha un ruolo per così dire costituzionale, con il mantenimento di un equilibrio nelle relazioni internazionali e con ciò che è praticabile ed efficace nelle concrete circostanze. In una situazione tendenzialmente acefala e segnata dall'eguaglianza normativa degli Stati il ragionevole è ciò che è accettabile, ciò che si può chiedere all'altra parte, ciò che è equo e appropriato alla situazione da regolare, non già considerata in astratto ma interpretata alla luce degli equilibri preesistenti e della storia delle relazioni internazionali. In una parola, il ragionevole è tutto ciò che permette una coesistenza pacifica degli Stati senza rinunciare del tutto a criteri di giustizia sostanziale. Forse può sembrare troppo poco, ma il ragionevole si adatta alle circostanze e le condizioni del diritto internazionale nel suo assetto tradizionale sono quelle del pluralismo delle volontà sovrane. Sono, quindi, ragionevoli tutte quelle soluzioni che rendono la società internazionale il meno possibile conflittuale e ancor più se accrescono le possibilità di cooperazione e d'intesa. In fondo questo è sempre

43. Cfr. O. CORTEN, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international*, Bruylant, Bruxelles 1997, p. 46 ss. Questa è la più ampia monografia esistente sull'argomento ed è ricca di documentazione.

stato il ruolo del diritto consuetudinario nell'ambito internazionalistico.

Il giudizio costituzionale di ragionevolezza conserva ancora una sua pretesa di verità nel senso di corrispondenza con ciò che è lecito e giusto secondo i parametri di una determinata comunità politica e dei suoi valori costituzionali. Invece, il giudizio internazionale di ragionevolezza deve maggiormente tener conto dei soggetti del rapporto e non solo del suo contenuto oggettivo o della "natura della cosa". Quando ci si riferisce allo "scopo *ragionevolmente* perseguito dallo Stato", cioè nella sostanza alla *ratio legis*, non si ha di mira soltanto la cosa regolata, ma anche gli equilibri fra i soggetti del diritto internazionale, quelli preesistenti e quelli futuri. È evidente che lo "scopo ragionevole dello Stato" è una costruzione giuridica: è più lo scopo che lo Stato avrebbe dovuto perseguire che quello che di fatto ha perseguito. E tuttavia a sua volta questo "avrebbe dovuto" non rinvia ad un modello ideale di comportamento quanto piuttosto a ciò che ci sarebbe potuto aspettare, date le attuali condizioni dell'ordinamento internazionale. Non si tratta di fedeltà alla volontà dello Stato quale è stata nella realtà empirica, ma come è prefigurata dalla pratica giuridica così com'essa s'è edificata nel decorso del tempo.

Per questo è improprio porre la questione se il metodo della ragionevolezza s'ispiri (o si debba ispirare) a parametri pur sempre giuridici e non extra-giuridici, richiamando in causa la disputa tra giuspositivismo e giusnaturalismo⁴⁴. In effetti qui la "giuridicità" non sta nell'empirica volontà degli Stati, ma nel modo in cui essa è riplasmata dalla prassi giuridica di cui si tratta. In mancanza del consenso sociale di una comunità determinata si può ritenere che vi siano risorse interne alla pratica giuridica per la determinazione del concetto di ragionevolezza.

44. Questo è un limite delle tesi di O. CORTEN ora riassunte in «L'interprétation du "raisonnable" par les juridictions internationales: au-delà du positivisme juridique?», in *R.G.D.I.P.*, 1998, 1, pp. 5-43.

È vero che queste differenze nell'uso della ragionevolezza tendono oggi ad assottigliarsi sempre più: da una parte il pluralismo culturale sta penetrando sempre più profondamente nelle società domestiche, mentre dall'altra si vanno rafforzando nel diritto internazionale dei vincoli oggettivi superiori alla volontà degli Stati. Lo *jus cogens* è uno di questi plessi normativi che, conseguentemente, insieme al tradizionale diritto consuetudinario, diventa anche criterio di misura della ragionevolezza. Questa contaminazione fra diritto interno e internazionale è sotto gli occhi di tutti, ma a noi qui interessa mostrare gli usi diversificati della "ragionevolezza" che restano tali anche se vengono esportati in altri settori dell'esperienza giuridica. Ebbene, se è vero che la ragionevolezza è condizionata dalle circostanze, oggi il problema cardine di quella giuridica è quello della sua capacità di governare il pluralismo.

LA RAGIONEVOLEZZA POLITICA

Questa veloce panoramica dell'uso del principio di ragionevolezza nel diritto costituzionale e nel diritto internazionale ha messo in luce che il suo controllo non riguarda soltanto i procedimenti logici adoperati e gli atteggiamenti valutativi dell'interprete, ma ancor più il suo riferimento oggettivo alla realtà sociale e agli assetti giuridici concreti. Ma proprio quest'aspetto si fa sempre più problematico nel nostro tempo. Le società politiche hanno perso la compattezza della loro cultura di fondo e, conseguentemente, il consenso sociale intorno ad un nucleo di valori condivisi e, soprattutto, intorno al modo d'interpretarli è in decomposizione. Ciò ha prodotto un avvicinamento tra le problematiche ermeneutiche del diritto costituzionale e del diritto internazionale. Ma in queste condizioni il rischio che i giudizi di ragionevolezza siano arbitrari cresce. Eppure si rafforza la

convinzione che solo con la *ragionevolezza* si potrà affrontare il pluralismo. D'altronde si tratta di una via obbligata.

Oggi la problematica della ragionevolezza deve riuscire a far coesistere l'eguaglianza con l'equità. Nel regime del pluralismo il sacrificio delle differenze in nome dell'universalità della regola si considera intollerabile. Per Aristotele la giustizia del caso particolare è l'eccezione. Ma oggi si esige una giustizia secondo equità che non faccia venir meno il valore dell'eguaglianza. A queste richieste il diritto da solo non può più rispondere. Una giustizia secondo il diritto nel senso di regola generale e astratta deve coniugarsi con una giustizia oltre il diritto. Ciò significa anche che le distinzioni tradizionali tra i diversi settori della vita pratica sono diventate sempre più fluide e porose: il problema della giustizia è insieme giuridico, politico, economico, morale e religioso. Non è una questione settoriale.

È facile rendersi conto che tale questione non è più meramente giuridica, ma in senso lato politica. In un regime di pluralismo all'interno del diritto positivo si moltiplicano le interpretazioni possibili, s'indebolisce in modo grave la certezza e diventa drammatica la ricerca dell'interpretazione corretta. La giustizia secondo il diritto si è sempre basata sul presupposto che una disposizione giuridica e la sua corretta interpretazione debbano applicarsi in modo uniforme ai soggetti, ma, quando l'interpretazione è incerta e arbitraria, allora l'uniformità orizzontale è causa di un'ingiustizia ancor più grande⁴⁵. Ed allora il problema si sposta al di fuori del diritto, nella politica, nell'economia, nella morale e nella religione. Si tratta non solo di elaborare criteri per formulare interpretazioni corrette, ma anche principi a cui debbano ispirarsi le stesse disposizioni giuridiche. Dalla giustizia

45. «Se il diritto deve privilegiare certi valori soggettivi rispetto ad altri, allora è intrinsecamente ingiusto, e la sua uniforme applicazione non può rimediare al suo impatto arbitrariamente diseguale». M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, trad. it. di G. Pino, Il Mulino, Bologna 2000, p. 154.

secondo il diritto si passa alla giustizia oltre il diritto che può anche essere contro il diritto. Accanto all'uniformità orizzontale dei soggetti si pone l'uniformità verticale tra i diversi livelli normativi ai quali la giustizia può essere applicata.

Proprio alla luce di queste considerazioni assume un grande rilievo per il giurista lo sviluppo della problematica della ragionevolezza nella filosofia politica contemporanea. La questione del pluralismo è innanzi tutto una questione di giustizia politica. Infatti, il deficit di consenso sociale induce ad una ricostruzione della struttura di base della società politica alla luce del fatto del pluralismo. Per questo prenderemo ora in considerazione il modo in cui il maggiore esponente della filosofia politica contemporanea, John Rawls, affronta la problematica della ragionevolezza nella convinzione che oggi la teoria giuridica non possa fare a meno di recepire in qualche modo tali apporti.

In questo passaggio di prospettive è subito evidente la differenza di approccio. Non si tratta più di prendere atto di una prassi già esistente, ma di costruire un modello di società giusta in cui i cittadini possano abitare, condividendo una comune concezione della giustizia e non già soltanto come luogo di mera convivenza. Il costruttivismo rawlsiano è una forma di revisionismo che prescinde dalle pratiche esistenti e dalle particolari caratteristiche che ogni società possiede⁴⁶. Tuttavia nello sviluppo del suo pensiero Rawls s'è sforzato di contestualizzare la sua concezione della giustizia come equità⁴⁷. D'altronde anche la teoria giuridica va alla ricerca di un modello normativo quando si chiede quali siano i controlli più adeguati per il giudizio di ragionevolezza.

46. Cfr. Ch.TAYLOR, "Le juste et le bien", in *Revue de métaphysique et de morale*, 1988 (93), pp. 33-56.

47. È significativo che la prima elaborazione di una «free public reason» si può far risalire a "The Idea of Overlapping Consensus", in *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1987, 1, pp. 8-9 e 20-23, cioè molto dopo *Una teoria della giustizia*.

Innanzitutto è evidente quanto il concetto rawlsiano di “ragionevolezza” dipenda dal fatto del pluralismo. Esso è distinto, da una parte, dalla razionalità e, dall’altra, dalla normalità, da ciò che *plerumque accidit*. Entrambi questi aspetti non possono più –secondo Rawls– costituire la base di ricostruzione della vita politica: non quello della razionalità, perché proprio intorno alla verità delle cose c’è dissenso, non quello della normalità perché il multiculturalismo ha destrutturato le pratiche comuni di vita⁴⁸.

Il ragionevole –come abbiamo già visto– può essere applicato alle persone, alle loro decisioni e azioni, ai principi e agli standards e anche alle dottrine comprensive. In generale indica la disposizione a tener conto delle conseguenze delle proprie azioni per il benessere degli altri, cioè un atteggiamento che predispone a partecipare ad una cooperazione equa, rispettosa dell’altro come libero ed eguale e segnata dalla reciprocità. Essere ragionevoli significa riconoscere che gli altri hanno gli stessi diritti a perseguire i propri fini e che, quindi, bisogna cercare condizioni tali che siano accettabili da tutti⁴⁹. La persona ragionevole percepisce come valore fondamentale e fine in sé un mondo sociale nel quale tutti possano cooperare da individui liberi ed

48. Non ci soffermiamo qui sulla distinzione tra “ragionevolezza” e “razionalità” (cfr. J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia U.P., New York 1996, lect. II). Rawls intende la razionalità pratica come una mera applicazione di quella teoretica, che ha per oggetto la verità delle cose, cosicché un agente razionale è colui che persegue con intelligenza i propri fini creduti come buoni in se stessi, anche a costo di danneggiare gli altri. Questa ovviamente non è la ragion pratica rettamente intesa, in quanto i diritti degli altri e la loro dignità di persone sono beni in sé che l’agente razionale è tenuto a rispettare nella scelta pratica allo stesso modo delle verità a cui crede con fermezza. Ed infatti il pensiero di Rawls sembra che su questo punto si sia almeno in parte corretto quando ha sostenuto la priorità del ragionevole sul razionale, inteso ora come interno al primo. Cfr. J. RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, ed. by E. Kelly, The Belknap Press of Harvard U.P., Cambridge, Mass., 2001, pp. 81-82.

49. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 48-54.

eguali, a condizioni accettabili da tutti, in piena reciprocità e con mutuo beneficio⁵⁰.

La ragionevolezza è legata all'idea di cooperazione equa fra individui liberi ed uguali e la cooperazione, a sua volta, è intesa come un valore morale, e non già come un'utilitaristica collaborazione, in quanto è riconoscimento reciproco di capacità morali e di diritti⁵¹.

Una ragionevolezza così intesa permette di costruire un mondo pubblico che non si riduce allo stare a discutere nella piazza della città, ma è strutturato da principi in comune, da processi di giustificazione pubblica come fondamenti delle nostre relazioni sociali e da luoghi ufficiali (foro pubblico e manifestazioni elettorali). In tal modo l'uso della ragionevolezza dà forma e vita alla "ragione pubblica", dove la pubblicità non riguarda la struttura del ragionare ma il suo contenuto. La ragione è pubblica perché opera all'interno della sfera pubblica e contribuisce a dare ad essa affidabilità e consistenza (*coherence*).

In generale, la ragione pubblica è il modo in cui una società politica formula i suoi piani, assegna un ordine di priorità ai suoi fini e prende le proprie decisioni tenendone conto⁵². Ciò significa che l'uso pubblico della ragionevolezza è governato da una concezione politica della giustizia. La concezione della giustizia come equità, cioè quella proposta da Rawls, è una delle possibili concezioni liberali della giustizia e, in quanto tale, conferisce una

50. Segnalo che il primato della comprensione rende l'ermeneutica particolarmente predisposta a sostenere questo senso della "ragionevolezza". Cfr. il fascicolo della "Revue de Métaphysique et de Morale" dedicato a *Équité et interprétation*, 2001, n.1.

51. Rawls afferma che il liberalismo politico formula giudizi politici che sono anche giudizi morali, ma non fa ricorso al concetto di verità morale. Quindi "ragionevole" non vuol dire "moralmente vero", ma "meditato" nel contesto di opinioni discutibili. Il criterio generale del ragionevole è l'equilibrio riflessivo generale e ampio. Cfr. J. RAWLS, *Reply to Habermas*, in Id., *Political Liberalism*, cit., p. 394 ss.

52. Ivi, p. 212.

sua particolare configurazione alla ragione pubblica. Ebbene, nella misura in cui si può dimostrare che la concezione della giustizia come equità sia il modo migliore di realizzare il liberalismo politico nel regime del pluralismo, allora la ragione pubblica che ne discende sarà anche il modo migliore di usare la ragionevolezza e di essere ragionevoli nella società politica contemporanea, nazionale e internazionale.

L'intento di Rawls è quello di conferire alla ragione pubblica un suo statuto in qualche modo certo e stabile per evitare la fluttuazione indeterminata della ragionevolezza. La concezione politica della giustizia come equità rappresenta questo fondamento certo, perché dà sostanza all'idea di una cooperazione equa tra cittadini liberi ed eguali. Potrebbe, infatti, restare incerto cosa quest'idea significhi e quali siano veramente i termini di una cooperazione siffatta. La concezione politica della giustizia come equità centrata sulla reciprocità permette di definire le condizioni di giustizia della cooperazione, i modi di ragionare e i tipi d'informazione pertinenti ai problemi politici. Si tratta ora di rendersi meglio conto della configurazione che così assume la ragionevolezza politica e dei suoi rapporti con la sfera giuridica.

Bisogna subito notare che il procedimento usato da Rawls per fissare i principi della cooperazione equa, cioè quello ben noto della posizione originaria e del velo d'ignoranza, è diretto a neutralizzare il pluralismo e la diversità. I vincoli della ragionevolezza sono tratti dalla situazione originaria in cui l'unica condizione del riconoscimento reciproco è quella di considerarsi liberi ed eguali e non come appartenenti a questa o quella classe sociale, o come possessori di questa e quella dotazione per nascita o di avere questa o quella concezione del bene. Insomma, il governo del pluralismo è possibile solo stabilendo principi che siano immuni da qualsiasi dipendenza di parte, cioè –per usare il

linguaggio di Rawls— da qualsiasi “dottrina comprensiva”⁵³. In tal modo questi principi saranno accettabili da tutti, da tutti coloro che sono disponibili alla cooperazione equa e da tutte le dottrine comprensive ragionevoli.

È stata rivolta a Rawls da varie parti e con differenti argomentazioni l'accusa di restringere in tal modo eccessivamente l'ambito della ragione pubblica e, quindi, della ragionevolezza politica⁵⁴. A nostro parere tale rimprovero è pienamente fondato, anche se nel suo ultimo scritto sulla ragione pubblica Rawls ne tiene conto e modifica in parte il suo pensiero⁵⁵. Resta il fatto che nella sostanza il contenuto della ragione pubblica rawlsiana coincide con il nucleo essenziale del costituzionalismo, cioè con i diritti e le libertà fondamentali e con le istituzioni fondamentali della democrazia (la struttura di base). In un certo senso siamo di fronte ad una concezione giuridica della ragionevolezza politica. Se così fosse, resterebbero aperti tutti quei problemi che abbiamo sopra evidenziato nell'ambito costituzionalistico e internazionalistico.

53. 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» (Ivi, p. 13). 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.

54. Cfr. per tutti, J. WALDRON, “Religious Contributions in Public Deliberation”, in *San Diego Law Review*, 30, 1993, pp. 817-848.

55. Cfr. J. RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited*, ora in Id., *The Law of Peoples*, Harvard U.P., Cambridge, Mass., 1999, pp. 164-175.

Infatti da Rawls la ragione stessa della Corte Suprema è considerata come «il paradigma della ragione pubblica»⁵⁶. I soggetti della ragione pubblica in senso stretto sono i giudici, i funzionari e i rappresentanti politici. Ciò significa che la costituzione in quanto assetto generale delle istituzioni sociali e politiche, essendo il prodotto della concezione politica più ragionevole della giustizia, deve essere interpretata continuamente alla luce di questa e non già essere in balia del processo politico reale e contingente. Pertanto, i giudici costituzionali devono sviluppare ragionamenti che giustifichino i materiali giuridici esistenti alla luce della concezione pubblica della giustizia. In questo consistono i loro giudizi di ragionevolezza. Ma noi sappiamo che i problemi più ardui sono quelli dell'applicazione dei valori fondamentali in una società pluralistica che, pur convergendo sui diritti fondamentali, dissente sul modo di farli valere nelle situazioni particolari. Una cosa è fissare principi ragionevoli che tutti possano accettare e un'altra è applicarli in un modo che tutti possano accettare. I problemi di ragionevolezza che a noi qui interessano sono i secondi e riguardo a questi la risposta di Rawls è insufficiente allo stesso modo in cui lo è una risposta puramente giuridico-formale⁵⁷. Può oggi, nel regime del pluralismo, il diritto trovare al suo interno tutte le risorse per affrontare una ragionevole applicazione dei valori fondamentali senza dialogare continuamente con la società?

Opportunamente Rawls afferma che, quanto al contenuto, la ragione pubblica comprende sia i principi di diritto sostanziale, sia le regole dell'orientamento dell'indagine. Sui primi, che sono

56. Cfr. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., lect. VI, § 6. 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).

57. Cfr. A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho?*, Congreso de los Diputados, Madrid 1996, p. 274.

gli elementi costituzionali essenziali non ci soffermiamo, perché appartengono alla storia del costituzionalismo⁵⁸. Ma le regole dell'orientamento dell'indagine sono quelle che qui interessano di più, perché la ragione pubblica non è un corpo statico di principi, ma un discorso in azione e una procedura decisionale. Quali regole e quali metodi dobbiamo seguire per giudicare in modo ragionevole le questioni di applicazione dei valori fondamentali? Come si può notare, è lo stesso problema che ha oggi il giudice costituzionale e quello internazionale. Ebbene, la tesi di Rawls è una riconferma del ripiegamento in se stessa della sua concezione politica: «nella giustizia come equità le regole orientative della ragione pubblica e i principi di giustizia hanno dunque fondamenti sostanzialmente uguali; sono parti concomitanti di un accordo unico»⁵⁹. Nella posizione originaria le parti scelgono non solo i principi di giustizia, ma anche i criteri della ragione pubblica per applicare questi principi. Ciò spiega perché a questo punto i giudici diventino i depositari della ragione pubblica, in quanto si tratta di dare esecuzione a ciò che è già stabilito.

Se con ciò si vuol dire che non potrà essere considerata come ragionevole ogni applicazione che violi il principio della libertà e dell'eguaglianza dei cittadini e l'idea di un'equa cooperazione, allora non possiamo non essere d'accordo. Ma questa è nella sostanza la riaffermazione della validità dei principi e non già una vera e propria regola di orientamento dell'indagine. Neppure il rinvio alla reciprocità e alla mutualità è risolutivo, perché – a parte l'esistenza di diversi modi d'intendere la stessa reciprocità⁶⁰ – la ragionevolezza non si riduce ad una forma di eguaglianza.

58. Rinvio per questo al mio "Ragione pubblica e diritti umani", in *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., pp. 159-174.

59. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 225. È indicativo che nell'ultimo scritto sulla ragione pubblica non s'insista più su questo punto.

60. Per una concezione della reciprocità differente da quella sostenuta da Rawls cfr. A. GUTMANN-D. THOMPSON, *Democracy and Disagreement. Why Moral Conflict cannot be avoided in Politics, and What should be done about it*, The Belknap Press of Harvard U.P., Cambridge, Mass, 1996.

Che cosa dovrebbero scegliere cittadini liberi ed eguali? Forse dovrebbero essere loro stessi a dirlo⁶¹. Non si rispetterebbe la loro libertà codificando a priori i criteri di ragionevolezza. L'idea di cooperazione deve essere applicata anche al dialogo tra le dottrine comprensive nel cuore della società. Voglio dire che le stesse regole della ragione pubblica per l'orientamento dell'indagine ai fini dell'applicazione dei principi costituzionali debbono essere il frutto di un'elaborazione comune tra le dottrine comprensive ragionevoli. Il pluralismo si oppone all'uniformità e all'omologazione, ma richiede anche il discorso e il confronto se si vuole una società politica che non sia un mero *modus vivendi*. Conseguentemente le condizioni della ragionevolezza dovranno essere tratte dall'interno stesso della società plurale e non già essere un vincolo ad essa estrinseco.

In effetti Rawls ha sostenuto la necessità del passaggio dal "consenso costituzionale", inteso come adesione formale ed estrinseca ai principi della costituzione, al "consenso per intersezione"⁶², per cui gli aderenti a dottrine comprensive ragionevoli, che abitano una determinata società, giustificano dal loro punto di vista i principi della concezione politica della giustizia (anche se questa giustificazione non ha un valore pubblico e non fa parte della ragione pubblica). Tuttavia il "consenso per intersezione" non aggiunge niente quanto al contenuto della ragione pubblica (né per quanto riguarda gli elementi costituzionali essenziali, né per quanto riguarda i criteri di orientamento dell'indagine) ed ha la funzione di rafforzare l'adesione intorno ai principi della concezione politica della giustizia ai fini della stabilità istituzionale.

Questo procedimento palesemente non parte dall'interno del pluralismo, ma lo recupera in un secondo tempo e sempre in modo estrinseco, poiché la concezione politica della giustizia è

61. T. MCCARTHY, "Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas", in *Ethics*, 105, 1994, 1, p. 61.

62. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 156 ss.

per Rawls la cornice politica entro cui le dottrine comprensive debbono muoversi e in cui debbono alla fin dei conti risolversi nelle decisioni pubbliche. Al contrario mi sembra che solo la libera interazione fra dottrine comprensive rispettose degli elementi costituzionali di base possa dar configurazione alle forme di ragionevolezza accettate e accettabili dai membri della società. Ciò che è ragionevole per la vita di una determinata società è il risultato dell'interazione e del confronto tra le famiglie spirituali e culturali che la abitano e tra gli individui che appartengono in qualche modo ad esse. Ma ciò richiede che gli strati più basilari della cultura pubblica abbiano (o possano avere) un peso rilevante nell'elaborazione della cultura politica in senso stretto.

Rawls ha distinto la “cultura di sfondo” (*background culture*), che è sociale e non pubblica e per la quale non vale nessuna restrizione, la “cultura politica non pubblica” (propria dei mezzi di comunicazione, quali giornali, radio e televisione), che ha un ruolo letteralmente di mediazione, la “cultura politica pubblica in senso ampio” (quella dei cittadini soprattutto nel loro esercizio dei diritti politici) e la “cultura politica pubblica in senso stretto” (l'esercizio della ragione pubblica nei fori ufficiali, giudiziari e legislativi)⁶³. In questo imbuto è vano sperare che la voce proveniente dalla cultura di sfondo, che è quella della società civile (in cui si muovono le dottrine comprensive), possa avere un eco significativo all'interno della cultura politica pubblica in senso stretto, che è deputata a fissare i criteri della ragionevolezza. Basti pensare alla questione dei diritti sociali, che –come si sa– sono esclusi dagli elementi costituzionali essenziali con la giustificazione che intorno alle questioni sociali ed economiche più forte è la divergenza tra opinioni ragionevoli e molto più difficile l'accordo⁶⁴. Ma a questo si può obiettare che proprio

63. Cfr. RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited*, cit., p. 132 ss.

64. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 229.

intorno ai diritti sociali è più urgente raggiungere l'accordo e che questo non può presupporre quella condizione di possibilità della ragione pubblica rawlsiana che è l'eguaglianza, trattandosi di questioni relative alla disuguaglianza sociale. Abbiamo così un circolo vizioso: la ragione pubblica presuppone l'eguaglianza, ma le disuguaglianze sociali per essere annullate, sì da porre tutti in una reale posizione di eguaglianza, richiedono la ragione pubblica⁶⁵. Una questione del genere non si potrà affrontare senza riconoscere un ruolo pubblico alla società civile e senza ammettere che anche ad essa si estenda in qualche modo la ragione pubblica⁶⁶.

Ed allora, pur se in un contesto mutato, ritorna la rilevanza del consenso sociale per il giudizio di ragionevolezza. Questo consenso ora non può essere l'espressione di un'omogeneità culturale, ma del consolidamento di pratiche di vita all'interno di una società plurale. Tuttavia –come abbiamo avuto modo di notare più volte– questo consenso non basta sia per l'esistenza di conflitti irrisolvibili e incomponibili, sia perché richiede un lungo tempo di esercizio, cosa improbabile in un'epoca di transizione. Si parla, allora, di integrarlo con il consenso ideale, cioè con la formulazione di giudizi ragionevoli che tutti dovrebbero accettare⁶⁷. Ciò è inevitabile, ma a patto di rendersi conto che il consenso ideale non è un vero e proprio consenso, ma è nella sostanza un'applicazione rinnovata della dottrina della “natura della cosa”. Ci sono aspetti e problemi della vita comune che richiedono soluzioni senza le quali la stessa vita associata perderebbe senso e sarebbe in contraddizione con se stessa. L'idea di

65. Questa critica è di P. B. LEHNING, “The Idea of Public Reason: Can It Fulfill Its Task? A Reply to Catherine Audard”, in *Ratio Juris*, 8, 1995, 1, p. 35.

66. Ovviamente con ciò ci avviciniamo di più al concetto habermasiano di “sfera pubblica”, allontanandoci da Rawls.

67. Un esempio di applicazione del consenso ideale è il modo in cui Rawls tratta il problema della famiglia nell'ottica della ragione pubblica. Cfr. RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited*, cit., p. 156 ss.

cooperazione sociale non può risolversi nella pura e semplice ricerca del beneficio reciproco, ma richiede anche un adattamento alla natura dell'attività cooperativa di cui si tratta, alle sue finalità intrinseche e alla sua ragion d'essere⁶⁸. Certamente anche questo può essere controverso e, tuttavia, è un problema che non può essere espunto da una ragione pubblica intesa in senso allargato.

In questo modo siamo ritornati ai due punti di riferimento della ragionevolezza, cioè il consenso sociale e quello ideale, con l'avvertenza però che essi si esercitano in forme nuove nel regime del pluralismo e nella società globale. Ciò consente di respingere sia il mero proceduralismo, sia la convinzione che sia sufficiente fissare una volta per tutte una gerarchia di valori costituzionali. A detta del primo le corti costituzionali dovrebbero preoccuparsi soltanto di essere custodi del libero mercato delle idee, operando come autorità *antitrust*⁶⁹, e il diritto appiattirsi sulla ragionevolezza procedurale. Secondo l'altro orientamento le corti costituzionali dovrebbero ricomporre dall'alto il pluralismo dei valori, data l'incapacità del processo politico di riunificare la frammentazione, con il rischio però del paternalismo⁷⁰.

La mediazione tra il proceduralismo e l'assiologia è il compito del futuro, ma essa non sarà possibile se il diritto e la politica non imparano a dialogare, se la giustizia secondo il diritto non scopre i suoi limiti e se la giustizia oltre il diritto non scopre le sue regole. Questo è il compito della ragionevolezza, poiché il pluralismo è nemico del volontarismo.

68. Rawls implicitamente riconosce ciò quando afferma: «è la natura dell'attività cooperativa stessa –il contesto sociale di fondo, gli scopi e le aspirazioni dei partecipanti, il loro modo di vedere se stessi e di vedersi l'un l'altro come persone– a determinare quale sia la nozione appropriata degli equi termini della cooperazione» (*Political Liberalism*, cit., p. 301).

69. Cfr. J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard U.P., Cambridge, Mass., 1980.

70. SCACCIA, *op. cit.*, pp. 397-398.

