VINCENZO OMAGGIO

Trasformazioni del diritto nello Stato costituzionale

Introduzione

1. Secondo un orientamento largamente condiviso, lo Stato costituzionale contemporaneo si caratterizza come la forma giuridica di una democrazia pluralista, espressione di una società aperta, fondata sulla pari legittimazione di tutte le componenti culturali e politiche. La trama di una democrazia pluralista è segnata dalla diversità, cioè dal fatto di manifestarsi come realtà policentrica e poliarchica, articolata in una molteplicità di aggregati, organi, competenze che non riconoscono la presenza di un unico centro ordinante, ma svolgono le loro funzioni secondo la complessa mappatura tracciata dal disegno costituzionale. Al fondo di questo policentrismo c'è una delle componenti più significative del costituzionalismo contemporaneo, l'abbandono dell'idea che l'unità culturale costituisca la base necessaria di una comunità politica pacifica e relativamente stabile [1] e l'affermazione che il pluralismo degli interessi e delle visioni del mondo sia non solo un dato di fatto incontestabile, ma un dato positivo, un bene per la società stessa.

Dal punto di vista istituzionale ciò implica che nessun soggetto (neppure un sovrano) dispone a titolo esclusivo dell'esercizio del potere sovrano, ma che tutti i soggetti concorrono a tale esercizio [2].

1 B. Celano, *Ragione pubblica e ideologia*, in *Identità, diritti e ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujllo e F. Viola, il Mulino, Bologna, 2007.

2 E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006. Ha osservato Pietro Costa che « si affermano ordinamenti caratterizzati da un programmatico intreccio fra la tradizione democratica otto-novecentesca e un composito e articolato 'linguaggio dei diritti' di lontana ascendenza giusnaturalistica. La parola d'ordine del nuovo costituzionalismo è una democrazia che si realizza nella promozione dei diritti fondamentali e inviolabili della persona: appunto uno Stato democratico-costituzionale, capace di congiungere il potere del *demos*, la so-

In tal senso è molto difficile ravvisare nel legislatore "l'espressione della nazione", anche quando rappresenti una maggioranza politica preponderante, come non è possibile ravvisare nella legge l'espressione dell'unità politica, ma soltanto di una parte della società medesima, di una delle sue parti. I diversi gruppi sociali, portatori di interessi e progetti contrastanti, ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi e dominanti – e quindi da formare la base materiale della sovranità statale nel senso tradizionale –, assegnano alla costituzione il compito di realizzare le condizioni della vita in comune, non più quello di realizzare un progetto predeterminato di vita comune [3], il cui esito dipenderà dagli equilibri contingenti e mutevoli che le forze sociali e politiche sapranno raggiungere.

La sovranità appartiene, si dice, alla costituzione con il suo complesso di principi, regole e istituzioni, che è come dire che la sovranità non si dà più nel suo significato peculiare che ha accompagnato l'intera vicenda dello Stato moderno. In una democrazia costituzionale – è stato osservato – nessuno ha l'ultima parola, semmai ha la penultima. La deliberazione democratica è un processo circolare, produttivo di decisioni provvisorie e revocabili, che non prevede una decisione finale, in quanto nessun soggetto, nessun organo costituzionale può appropriarsi della volontà popolare [4].

Questa analisi del pluralismo politico, largamente acquisita, forse anche banale, deve essere riguardata come revisione (e tendenziale superamento) di un blocco di concetti nati dalla scienza politica moderna specialmente nella sua variante continentale, a cui scommetto che nessuno voglia rinunciare: diritti degli individui, uguaglianza, libertà, popolo, potere, rappresentanza. Cosicché il tema diviene di colpo meno banale.

La democrazia moderna, in quanto pensata come forma costituzionale che ha nella sovranità l'elemento cardine, mostra il crisma di una razionalità formale, la medesima razionalità dell'individualismo moderno che oggi appare in discussione. La sua base risiede nel pluralismo ideologico, nel primato delle opinioni circa il

vranità popolare, con la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti», P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 7-8.

3 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 9.

4 Così M. Barberis, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 79 e ss. In senso contrario J. Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999, p. 290, che ricorda come in ogni organizzazione politica vi sia sempre un sovrano.

bene e il male, discussione inaugurata da Hobbes, come è appena il caso di ricordare, che nel negare un orizzonte comune sull'esperienza concreta relativa alla vita sociale, crea uno spazio vuoto che può essere riempito solo dalla volontà. Il popolo libero è l'insieme di tutti gli individui eguali e il suo comando illimitato è l'unica volontà che il corpo politico può esprimere sulla scena pubblica. Il rapporto tra soggetto individuale e soggetto collettivo, tipico della democrazia moderna, sorge per sostituire la costituzione in senso premoderno, nella quale gli ordini e i ceti offrivano la mediazione politica del territorio, mentre il monarca offriva l'istanza di comando che risultava essere, pertanto, solo uno degli elementi del quadro costituzionale. Il potere non era perciò sovrano; la costituzione non era un suo prodotto sistematico e intenzionale. Le regole costitutive si affermavano piuttosto come cristallizzazioni di rapporti e di equilibri fra le diverse forze costituzionali concorrenti, ciascuna interessata a promuovere la propria condizione.

La costituzione in senso moderno, invece, ha il significato di una norma costitutiva e regolativa della vita politica, nata per sovrastare i rapporti di forza fra i soggetti costituzionali, per conformare a sé i rapporti costituzionali materiali e per annullare le differenze determinate fra le parti, riducendole a quelle indeterminate fra gli individui. Come è stato notato il nesso sovranità-rappresentanza così allestito porta dentro di sé un'aporia che proprio nell'epoca contemporanea sembra emergere in tutta la sua portata: la vicinanza del cittadino al potere contiene un autentico impedimento alla partecipazione [5], dal momento che, mediante la funzione rappresentativa (ogni potere sovrano, pur provenendo dal basso, è espresso in realtà dall'alto), il potere è già di tutti, e non c'è un altro modo di prendere parte a qualcosa che già ci appartiene in virtù di un atto fondativo. Il superamento del mandato imperativo indica propriamente che non si deve esprimere alcuna volontà determinata, ma che occorre dichiararsi autori di azioni di cui altri sono attori. Il rapporto tra costituzione e territorio [6] è segnato da un profilo ambiguo, inseparabile dalla vicenda moderna: la formazione di un'istanza politica dotata di sovranità richiede di

[5] G. Duso (a cura di), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Carocci, Roma, 2004, specialmente l'*Introduzione*, pp. 9 e ss.

[6] M.R. Ferrarese, *Stati e processo di modernizzazione*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», 35/2006, pp. 5 e ss.

dare un fondamento territoriale all'obbligazione politica, a scapito di qualunque altro rapporto con la terra. Ma, al contempo, il territorio, acquistando una funzionalità sempre più politica viene svuotato di ogni valenza tradizionale, consuetudinaria, particolaristica e ridotto a spazio di unificazione e di esercizio del potere statale, ossia è ridotto ad ambito di validità giuridica. Pensiamo alla figura che campeggia sul frontespizio di *Leviathan*: i cittadini non possono stare di fronte al sovrano perché sono dentro di lui, costituiscono il suo corpo e la sua volontà politica. Ubbidire al sovrano significa ubbidire a ciò che si è voluto, dunque a sé stessi, ma la nostra è l'epoca che ha scoperto definitivamente che il popolo che comanda e che ubbidisce non è più un'unità sintetizzabile in termini formalmente compiuti. Residuano sempre differenze, che costituiscono il tema post-moderno della pluralità. L'ideale della democrazia non può ridursi al diritto di voto consistente in una delega ai professionisti della politica; questo aspetto tecnico-istituzionale sarebbe privo di senso se prima ancora non vi fosse la democrazia intesa come partecipazione attiva alla vita pubblica. E ciò è reso possibile dal pluralismo della società civile, che vuol dire in primo luogo pluralità di azioni umane organizzate in forma associativa, mediante formazioni sociali indipendenti, ciascuna caratterizzata da finalità settoriali specifiche. Alla base della società non c'è l'individuo irrelato, ma i gruppi sociali, che in maniera spontanea producono un contesto vitale quanto tendenzialmente disordinato, segnato da un disordine produttivo [7], che, da un lato, testimonia la ricchezza della compagine sociale, e, dall'altro, richiede una relazione con la società politica ispirata alla cooperazione [8].

L'idea moderna del governo come mero potere esecutivo cade di fronte a una pluralità di soggetti che gli resistono e gli stanno di fronte, rivendicando una dimensione politica propria resistente alla sintesi rappresentativa, in quanto articolata in forme e misure di aggregazione molteplici ed eterogenee, che a loro volta mobili-

7 M. Magatti, *Per la società civile. La centralità del 'principio sociale' nelle società avanzate*, FrancoAngeli, Milano, 1997; P. Donati, *Teoria relazionale della società*, Franco Angeli, Milano, 1991.

8 Il rapporto tra società civile e società politica, per la sua complessità, non trova in queste pagine lo spazio che merita, se non per un aspetto, quello riguardante la funzione del diritto e il suo ruolo di mediazione e integrazione, che nello Stato costituzionale hanno subito trasformazioni rilevanti.

tano nuove, o talvolta vecchie e risorgenti, modalità di espressione giuridica, come testimoniato dalla ripresa del contratto o della giurisdizione come fonti concorrenti di diritto.

La *governance* di cui oggi si parla, con la caduta della *ratio* sovrana degli Stati e con lo sviluppo del diritto transnazionale e sopranazionale su cui non mi diffonderò in questo testo, ha anche un'origine interna, se è lecito ancora esprimersi secondo la vecchia dicotomia interno/esterno che ha accompagnato le vicende della modernità giuridica. La *governance* si configura come risposta alla pluralità in termini sempre meno riconducibili a istanze unitarie, in uno scenario in cui la fattualità mostra una rinnovata capacità normativa [9] grazie alla riemersione della nozione di interesse particolare, disabilitata per lungo tempo dai dispositivi teorici dello Stato di diritto continentale e annullata dalla dicotomia pubblico/privato. La società complessa che abbiamo di fronte rimette in discussione il rapporto verticale sovranità-territorio, consentendo a quest'ultimo di riaprirsi a forme autorappresentative che allargano, ma complicano allo stesso tempo e "irrazionalizzano", i processi decisionali.

Il discorso qui lambisce senza affrontarlo un tema di grande rilevanza nella nostra tradizione di studi, quello dell'effettività [10] è stato detto che ci troviamo di fronte a "un'esplosione dell'effettività del diritto" laddove essa si sganci da una prospettiva ordinamentale (di tipo statuale o soltanto giuridica, nel senso kelseniano), e che appare evidente come l'effettività abbia smesso di porsi dal punto di vista teorico come un presupposto non problematico, una mera *condicio sine qua non* del funzionamento dell'ordinamento giuridico. Se il progetto moderno si esprimeva nella potenza normativa del

[9] «(...) la *governance* si configura piuttosto come una grande (e pesante) "pancia" capace di contenere tutto: la *ratio* pubblica, ma anche gli interessi particolari, la logica del governo, ma anche quella della partecipazione, il consenso, ma anche il dissenso», M.R. Ferrarese, cit., p. 23.

[10] A. Catania, *Effettività e modelli di diritto*, in Id. (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 33 e ss; qui si legge tra l'altro: «Kelsen esalta la prospettiva tecnica, costruttivista e politica del diritto moderno. Eppure, nel momento stesso in cui la libera di ogni residuo di sostanzialismo e di oggettivismo, nel momento in cui si rifiuta di farla "dipendere" dall'universo sociale, dal consenso, dai valori che integrano il sociale (...) la consegna al nichilismo della decisione e la svuota di capacità di rappresentare a pieno il complesso ruolo del diritto nella società», p. 36. Nello stesso volume si segnala P.P. Portinaro, *Inflazione del diritto e crisi di effettività*, pp. 323 e ss.

diritto, nella sua capacità di modellare il mondo sociale bisognoso di regole attraverso un'azione fondamentalmente sanzionatoria, adesso occorre interrogare la realtà sociale che propone alle norme contenuto e sostanza. Il *factum* ha un rilievo sul piano giuridico non in quanto è previsto, ma in sé, autonomamente, in virtù della giuridicità che la normalità dei fatti in senso istituzionale è in grado di esprimere, in quanto elemento interno del fenomeno giuridico considerato complessivamente, cioè in quanto componente essenziale del diritto. Ciò equivale a riconoscere che la regolamentazione legislativa presuppone concetti di normalità del tutto indipendenti da essa; al punto che, come scriveva Carl Schmitt, «in loro mancanza, la regolamentazione stessa diventa del tutto incomprensibile e non si può più assolutamente parlare neppure di "norma"»[11]. In altri termini, una norma può esibire tutti i caratteri canonici dell'inviolabilità che si ritengono necessari, ma essa regola una situazione solo nella misura in cui resiste un "tipo" concreto presupposto come normale[12].

Come si vede c'è una presa di distanza vistosa dal modello sistemico, autoreferenziale di matrice giuspositivistica, che s'ispirava al diritto coma a un prodotto " a denominazione di origine controllata", con riferimento a una precisa gerarchia delle fonti normativa e a un'applicazione tecnica affidata in via esclusiva a soggetti abilitati. Lo Stato legale-razionale riconosceva come diritto soltanto ciò che risponde a precisi criteri, secondo lo schema di un sistema autopoietico chiuso normativamente, che non si evolve con la società, ma che regola la società regolando se stesso. Oggi l'ordine giuridico si pone tendenzialmente in forma aperta, pronto a recepire nuovi soggetti e nuove forme di partecipazione giuridica. La rappresentazione macroscopica della nuova tendenza è offerta dal contesto globale in cui la negazione della logica autopoietica è più palese: atti e fatti non giuridici si impongono come giuridici e, piuttosto che essere ammessi alla giuridicità da soggetti ufficiali, sono essi medesimi a costituirsi in soggetti attivi, a vario titolo e

11 C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico,* (1934), tr. it., in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1972, pp. 259-60.

12 Sulla struttura del "tipo" occorre segnalare almeno due contributi fondamentali di area tedesca, recentemente tradotti in italiano per la cura di G. Carlizzi: Arth. Kaufmann, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, (1982), tr. it., Vivarium, Napoli 2004, e W. Hassemer, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, (1968), tr. it., Napoli, ESI, 2007.

senza una precisa fisionomia. Tale deformalizzazione del diritto globale ammette un numero imprecisato di soggetti (non più suscettibili di enumerazione esaustiva), in quanto non si dà più un'autorità unica che li ammetta alla partecipazione.

2. All'indomani della Seconda Guerra Mondiale, dopo l'esperienza dei totalitarismi e della guerra civile europea, "si è riaperta una stagione feconda per il costituzionalismo" [13], dal momento che nella cultura politica delle democrazie pluraliste si è riaffermata una supremazia della costituzione. Una siffatta supremazia risulta dalla somma di due fenomeni distinti anche se collegati: la giuridificazione della costituzione e la "costituzionalizzazione" dell'ordinamento, intesa come la sua diffusione pervasiva su tutte le parti del sistema giuridico.

Sotto il primo profilo si osserva un declino di quella concezione "intensamente politica" [14] dell'attuazione della costituzione, tipica della tradizione europea continentale, di matrice rivoluzionaria, sorretta dalla forza propulsiva dei soggetti costituzionali (popolo, parlamento, partiti), a cui tende a sostituirsi una nozione di costituzione emancipata dal presupposto di un'unità politica e intesa prevalentemente come norma giuridica da interpretare in sede giurisdizionale. Maurizio Fioravanti ha parlato di un processo di dissociazione tra politica e costituzione, in cui quest'ultima è sempre più oggetto di interpretazione da parte dei giudici [15] e delle Corti e la politica a sua volta è sempre meno impegnata in attività di ordine costituzionale. In questo senso si comprende anche la pervasività della costituzione, quando questa si sviluppa al di là della funzione di organizzazione, distribuzione e limitazione dei poteri pubblici in direzione della regolazione diretta dei rapporti sociali [16], favorendo così la sovrainterpretazione del testo costituzionale, che si esprime a sua volta attraverso interpretazioni adeguatrici della legislazione ordi-

13 P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther, Einaudi, Torino, 1996, pp. 5 e ss.

14 M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 17.

15 E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, il Mulino, Bologna, 1999; G. Zagrebelsky, *Il giudice come artefice delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

16 R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 306 e ss.

naria e l'elaborazione di regole e principi (espliciti o impliciti) idonei a disciplinare direttamente i rapporti e le controversie. In quanto testo da interpretare, la costituzione acquista forza obbligante nella misura in cui è capace di "dare risposte ai problemi del nostro presente" [17]; è stato osservato che si è consumata la "presunzione assoluta di legittimità della costituzione" [18], e che è diventata dubbia l'esistenza di un debito di fedeltà verso la volontà costituente originaria, mentre invece è sempre più importante il punto di osservazione da cui interroghiamo la costituzione e scegliamo le domande da rivolgerle. "Se la costituzione rivoluzionaria si diceva positiva – cito Zagrebelsky – perché creata una volta per tutte con un atto di volontà iniziale, chiuso nel tempo e irripetibile (...) la costituzione del pluralismo contemporaneo si può dire positiva in quanto ricreata continuamente dal concorso di molteplici volontà" [19] che la ridefiniscono continuamente nella sua portata storico-concreta.

Un'evoluzione di questo genere può essere giudicata secondo prospettive divergenti: si può ritenere che il "vuoto di fondamento" sia salutare e propizio per liberare finalmente le ragioni del diritto e dei diritti dal dominio assolutistico della politica, oppure si può temere che il vuoto sia (stato) riempito da un potere giurisdizionale lanciato ben oltre i suoi confini, fino a paventare la rinascita di una sorta di Stato giurisdizionale con cui la civiltà giuridica europea ha già chiuso i conti. Non è mia intenzione arbitrare contese così impegnative, ma considero importante segnalare la rilevanza di un tema che d'altra parte occupa una porzione cospicua del dibattito più avvertito tra filosofi, teorici del diritto e giuristi sul futuro della costituzione. Da un lato, si segnala l'insufficienza del vecchio schema costituzionale che lasciava in ombra la dimensione della cittadinanza come titolarità di diritti plurali e differenziati, e pertanto bisognosa di istituzioni imparziali di natura giurisdizionale; dall'altro, si avverte il timore di indebolire lo Stato di diritto concedendo un credito eccessivo ai custodi della Costituzione (che potrebbero portarci verso una "costituzione dei custodi" per citare Pier Paolo Portinaro) [20].

Uno dei temi oggi più impegnativi per la nostra riflessione è

17 M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., p. 18.

18 G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, cit, pp. 35 e ss.

19 Ult. cit., p. 75.

20 P.P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, cit., p. 30.

dato dalla costruzione di un modello di costituzione capace di unire quelle che tradizionalmente si definivano le funzioni di indirizzo e di garanzia, ossia l'espressione del principio democratico, frutto delle scelte libere e mutevoli, e la tutela dei diritti fondamentali, scongiurando esiti monistici in una direzione o nell'altra. Più che di un ritorno allo Stato giurisdizionale si dovrebbe parlare di una fase nuova (e questo è ovvio, dal momento che non si può mai tornare indietro), ma che in un certo senso ripropone – intrecciandoli in forme diverse – elementi già presenti nella lunga, plurisecolare vicenda dello Stato moderno.

Se lo Stato costituzionale riprende la vocazione pluralistica dello Stato giurisdizionale, da cui è inseparabile il rafforzamento della giurisdizione, indispensabile al governo di una realtà territoriale complessa, nel contempo, esso conserva e valorizza gli elementi irrinunciabili dell'esperienza dello Stato moderno con la sua ricerca di un centro e di un'unità politica. "Lo Stato costituzionale – ha scritto Fioravanti – può essere considerato come una sorta di esito complessivo, entro cui confluisce e precipita l'intera esperienza dello Stato europeo"[21], e oggi esso è chiamato a realizzare contemporaneamente il principio antico della consociazione, dell'equilibrio e della garanzia tra le parti, e quello moderno della decisione rappresentativa dell'intero. Lo Stato costituzionale, forte di questa capacità di articolazione, è divenuto soggetto sul piano sovranazionale di una nuova complessa trama istituzionale nella quale gli Stati nazionali non sono più sovrani *uti singuli*, ma soltanto *uti socii*[22] insieme con altri soggetti pubblici e privati, e nella quale lo Stato medesimo non sarebbe potuto entrare restando ancorato alle categorie dominanti del diritto pubblico statale fondato sul principio di sovranità.

Talvolta questo passaggio centrale viene colto sotto la forma di una riflessione sulla nozione del *rule of law*; penso a una linea di ricerca senz'altro molto ampia e risalente ma che, di recente, ha visto nuovi interventi incisivi come quello di Gianluigi Palombella, che ha sottolineato il contenuto storico istituzionale del *rule of law*, irriducibile a strumenti giuridici vuoti o a definizioni generali del

21 M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 20-21.

22 S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Si veda ancora di Cassese il brillante volumetto *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

diritto come tale e coincidente con il limite a ogni monopolio di produzione giuridica da parte del potere politico [23]. Nell'antica distinzione tra *gubernaculum* e *jurisdictio* è racchiuso un *caveat* che esprime il nucleo sempre attuale del *rule of law*, rispettoso delle due distinte dimensioni del diritto, quella basata sulla volontà sovrana e quella basata sulla *positive justice*, espressione dei valori portanti della società. La polarità di questi due campi del diritto, del diritto come sostanza (che si regge su forze sociali diffuse ed è presupposto da coloro che vi si sottomettono) e come forma (che si basa su un potere politico accentrato che ne ha la disponibilità) non è una complicazione da semplificare, né un difetto da correggere, ma un valore da preservare [24]. Sotto questo aspetto lo Stato costituzionale, nella misura in cui è fondato sull'equilibrio tra libera espressione della sovranità parlamentare e conservazione dei valori costituzionali, è erede di una veneranda tradizione che attraverso il diritto custodisce e preserva un'etica della convivenza sottratta alla sfera del potere, che attinge alle propaggini estreme dell'universo giuridico, dove esso confina con la morale, la religione, il costume, senza perdere per questo il suo carattere giuridico. Nella costituzione lo Stato costituzionale iscrive i tratti culturali più profondi della società [25].

Un altro concetto riemergente in questo contesto, che analogamente attinge a giacimenti profondissimi, è quello di *jus gentium*: ricordo solo due ricerche recenti ad opera di Jeremy Waldron e di Francesco Viola, in cui si evidenzia come il *jus gentium* abbia assicurato una propria persistente presenza lungo la storia, seppure con modalità diverse. Secondo Waldron [26] esso si è affermato

23 G. Palombella, *The Rule of Law and its Core*, in EUI Conference on Relocating the Rule of Law, G. Palombella, N.Walker eds, Hart Publishers, 2008. In termini introduttivi qui si legge: «We can reduce the law to an instrument, perhaps, but we cannot depict the Rule of law, with its specific institutional historical content as being reducible to empty means».

24 G. Zagrebelsky, *Il giudice come artefice delle leggi*, cit., p. 23.

25 G. Zagrebelsky, ult. cit., p. 44: «Lo Stato costituzionale è per l'appunto questo: non uno Stato che ha una legge che chiamiamo costituzione, ma lo Stato che si costruisce su un documento dove si riversano e si iscrivono i tratti culturali profondi della società».

26 J. Waldron, *Foreign Law and the Modern* Jus gentium, in «Harvard Law Review», vol. 119, 1/2005, pp. 132-33: «The law of nations is often used as a synonym for international law. But it once had a broeder meaning, comprising something like the common law of mankind, not just on issues between sovereigns but on legal issues generally – on contract, property, crime and tort. It was a set of principles

sotto forma di un corpo di principi e regole stabilite attraverso il consenso internazionale di giudici, giuristi e legislatori, superando la vecchia collocazione puramente internazionalistica per porsi come un'ispirazione costante per i diritti nazionali nonché per la risoluzione di questioni di respiro transnazionale e che, pur senza vantare titoli di unanimità né tanto meno di infallibilità, sono oggi qui a rappresentare un deposito di soluzioni razionali storiche e collettive. Se queste hanno dato buona prova di sé, non si può non tenerne conto analogamente a quanto accade nel campo della cultura scientifica, dove nessun ricercatore può avviare nuovi programmi senza un'adeguata conoscenza dello stato degli studi[27]. Secondo Viola[28] il *jus gentium* svolge il suo compito più autentico, che è poi quello del diritto in generale, governando le relazioni fra estranei, fra individui non appartenenti alla stessa comunità etico-politica, e pertanto, non vincolati da una logica autoritaria. Su questo terreno si sviluppano le qualità peculiari del diritto, come la capacità di fornire direttive per coordinare le azioni sociali, traendole non da imperativi verticali, quanto piuttosto dall'apprezzamento di talune circostanze di fatto emergenti dalle interrelazioni fra soggetti non omogenei. La stessa partecipazione di soggetti diversi a comuni relazioni testimonia di fondate aspettative di vedere tutelati beni primari come la libertà, l'eguaglianza di trattamento, il rispetto reciproco, che sono insiti nelle relazioni intersoggettive. Per regolare questi rapporti entrano in vigore norme giuridiche positive scaturenti più che dalla volontà dalla ragione umana, o per meglio dire, dalla ragionevolezza, vale a dire non

that had established itself as a sort of consensus among judges, jurists, and lawmakers around the world».

27 «An analogy that I use throughout this comment is between the law of nations and the established body of scientific findings. Existing science claims neither unanimity among scientists nor infallibility; nevertheless, it stands as a repository of enormous value to individual researches as they go about their work, and it is unthinkable that any of them would try to proceed without drawing on that repository to supplement their on individual research and to provide a basis for its critique and evaluation», Ibidem.

28 «Il *Jus gentium* è una forma a sé di diritto, la cui presenza è persistente lungo la storia, anche se in modi sempre diversi. Essa è stata ed è in continua comunicazione con le altre forme di diritto e spesso trasfonde in esse i suoi contenuti e le sue categorie senza, però, che questo faccia venir meno la sua identità e la sua funzione», F. Viola, *Diritto delle genti antico e contemporaneo*, in *L'arcipelago dei diritti fondamentali alla sfida della critica*, a cura di G. Limone, FrancoAngeli, Milano, p. 90.

immaginate secondo un ordine astratto, ma basate sulla struttura delle relazioni esistenti, a cui però sono applicate regole di diritto, interne alla sua logica, che il diritto non può non portare con sé; è quanto capita di osservare oggi di fronte alla globalizzazione dei mercati e al moltiplicarsi delle relazioni multiculturali in assenza di un'autorità mondiale.

La presenza massiccia ed eloquente nel nostro dibattito giusfilosofico attuale di nozioni tradizionali come *rule of law* e *jus gentium* testimonia l'esigenza di equilibrio costituzionale che appare il tratto caratteristico della nostra epoca.

3. A partire dal tema costituzionale la nozione di equilibrio sembra in questa fase connotare l'intera dimensione giuridica sostituendosi alla nozione di certezza con un mutamento di paradigma di cui abbiamo piena consapevolezza, anche se avvertiamo la mancanza di nuove categorie adeguate a una sua esatta valutazione [29]. Sappiamo che il diritto ha smarrito talune prerogative che garantivano in teoria la certezza e che nessun ordinamento intende oggi più presentarsi come un corpo razionale e conchiuso di regole e sappiamo anche che ciò è dovuto a una crisi dello Stato e della legge a cui molteplici fattori, a tutti noti, hanno concorso: dal peso esercitato dalle carte costituzionali contemporanee, che hanno relativizzato e limitato l'ultimatività della decisione politica, alle nuove e più ampie funzioni assunte dallo Stato sociale, che hanno minato la logica razionale delle leggi, alla concorrenza pervasiva delle fonti sovranazionali e transnazionali, che hanno disintegrato il nesso con la volontà unitaria dello Stato.

Ma al di là di tutto questo, l'equilibrio rimanda a un rapporto costitutivo del diritto con ciò che è altro da sé, a una sua dipendenza dal mondo esterno, che non è certo invenzione di oggi, ma che oggi sembra entrare però nei dispositivi teorici da cui era stata esclusa come un cedimento alla naturalità materiale. Che il diritto rinunci all'autosufficienza non vuol dire certo che prima si ritenesse onnipotente, ma semplicemente che adesso la teoria giuridica non pretende più di fissare confini insuperabili, ad esempio fra diritto positivo e moralità esterna, o fra diritto e fatto, anche se mira a conser-

[29] G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006.

vare una propria fisionomia, propri confini epistemologici visibili, di cui la lunga stagione positivista ha svelato tutti i pregi e tutti i limiti. Insomma, se c'è, come ha sostenuto Palombella, un'ambizione forse ancora più grande nella ricerca dell'equilibrio, di quanta ve ne fosse nella visione semplificante della certezza, tuttavia, è un'ambizione non più della teoria, ma solo della pratica per così dire, giacché rispondere alla complessità vuol dire anche disinvestire dalle teorie globali, dalle spiegazioni compiute, dalla credenza nel valore performativo delle teorie, cioè dall'idea emancipativa secondo cui la teoria fabbrica il proprio oggetto facendolo così trasparente.

Il dominio della giurisprudenza è inseparabile da quello della cultura e della politica, necessita per il proprio *ubi consistam* di scopi condivisi e di cultura comune; la razionalità del diritto non è mai faccenda esclusiva del diritto, per dirla con Habermas, e questa appare una delle accezioni più profonde di quella definizione del diritto come pratica sociale interpretativa che oggi riscuote, se non un consenso, un interesse crescente.

La fine dell'autosufficienza come paradigma etico e scientifico coincide con la crisi di quella "costituzione epistemologica moderna", come l'ha definita Bruno Latour [30], basata sulle grandi dicotomie: *Sein* e *Sollen*, razionale e irrazionale, oggettivo e soggettivo, formale e sostanziale, privato e pubblico, interno ed esterno,e poi ancora: fatto e diritto, scienza del diritto e politica del diritto, creazione della legge e applicazione della legge. L'esaurimento della spinta performativa dei paradigmi moderni è testimoniata da una sensazione (avallata dello stesso Latour, ma oggi largamente condivisa) finalmente libera da censure, secondo cui tutto sommato il mondo giuridico non ha mai veramente funzionato in base ai principi della costituzione epistemologica moderna, cioè il diritto non è mai stato un sistema completo e autarchico, la certezza del diritto non è mai esistita nel senso della previsione dell'esito delle controversie, il legislatore non è mai stato il padrone assoluto del diritto, la dottrina ha sempre contribuito alla formazione del diritto seppure silenziosamente; in generale, fatto e diritto non hanno mai avuto vite separate [31]. Senza indulgere a una copiosa,

[30] B. Latour, *Non siamo stati moderni* (1991), tr. it., Eleuthera, Milano, 1995, p. 63.

[31] Ha osservato M. Vogliotti che con il ridimensionamento delle ambizioni gnoseologiche e assiologiche della modernità «tornano a fiorire gli ibridi cui la Costituzione moderna aveva sottratto la linfa vitale. Così a fianco della ragionevolezza ri-

dilagante letteratura del tramonto, del *post* o dell'oltre che finisce per alzare spesse cortine fumogene, va colta qui un'indicazione di grande significato: la riabilitazione degli ibridi della realtà giuridica e politica, delle contaminazioni prima insopportabili fra gli elementi contrastanti del vecchio edificio (il fatto con il diritto; il *Sein* con il *Sollen*; il formale con il sostanziale; l'interno con l'esterno; il privato con il pubblico). Andrebbe qui ricordata come esempio del moderno separazionismo la limpida sequenza con cui Hans Kelsen nel celebre saggio *Il problema della giustizia* costituisce in ossimoro la ragione pratica, spiegando che una ragione che statuisce norme è una ragione che conosce e al tempo stesso vuole, è conoscenza e volontà a un tempo. Pertanto, si tratta di un concetto contraddittorio, che svolge la sua funzione essenziale nelle teorie giusnaturalistiche che hanno un fondamento teologico [32].

L'interpretazione è uno di questi concetti ibridi, posta al confine tra fatto e diritto; né descrizione, né creazione, né scienza, né politica del diritto. E l'interpretazione torna ora sulla scena dopo aver resistito a un lungo processo di purificazione e disintegrazione [33].

Effettivamente la storia degli ordinamenti giuridici mostra un movimento pendolare fra legislazione e giurisdizione. Savigny parlò di una vocazione del suo tempo per la legislazione e la scienza giuridica, ma alla fine degli anni '30 del secolo scorso Mariano D'Amelio ne riprendeva l'espressione per riferirla alla codificazione; nel 1979 Natalino Irti scriveva di un'età della decodificazione [34]. Se è così bisogna riconoscere che il nostro tempo manifesta una spiccata vocazione per la giurisdizione. Ci si è espressi in termini di "incontenibile espansione globale del potere giudiziario" nell'epoca contemporanea [35]. Si è diffusa, in forza di quanto si è

spunta tra fatto e diritto, l'equità; tra verità e falsità, la verosimiglianza; tra autorità e ragione, l'autorevolezza; tra soggettività e oggettività, l'intersoggettività; tra autore e lettore, l'interprete; tra verità materiale e verità formale, la verità giudiziale, ossia quella che risulta dall'intreccio – governato dal processo – tra i valori del diritto e i principi metodologici della scienza», cfr. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 25.

32 H. Kelsen, *Il problema della giustizia* (1960), tr. it, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1975, p. 75.

33 M. Vogliotti, cit., p. 19.

34 N. Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1/2004, pp. 42 e ss.

35 G. Silvestri, *Verso uno* jus commune *europeo dei diritti fondamentali*, in *Il*

detto, la convinzione che il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giudice e la sua opera si propone come fonte concorrente di produzione giuridica. Le ragioni sono complesse ma in fondo ben note. Nell'ambito degli ordinamenti nazionali la nascita dei tribunali costituzionali, che ha fatto del Novecento il secolo della giustizia costituzionale, ha rimesso in vigore le valutazioni assiologiche inseparabili dall'applicazione dei principi contenuti nelle costituzioni e ha restituito al momento giurisprudenziale la sua centralità [36]. Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale di diritto ha moltiplicato i compiti del legislatore e ha determinato un'inflazione legislativa paradossalmente foriera di un incremento dei poteri del giudice e, accanto a questa, un'inerzia talvolta colpevole, talaltra comprensibile e inevitabile, che ha trasmesso alla giurisdizione funzioni suppletive di crescente rilevanza. Fenomeni che conosciamo bene, così come appare evidente oggi che la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione si esalta soprattutto al di fuori del perimetro degli ordinamenti nazionali, dove spesso ha contribuito all'evoluzione del diritto internazionale, affermando principi successivamente adottati normativamente, e nel contesto sovranazionale, dove il dialogo tra le Corti spinge a considerare gli ordinamenti entro un certo ambito come spazi aperti e comunicanti. Non vi è chi non veda come questo rinnovato ruolo di eminenza della giurisdizione metta in crisi le istituzioni politiche (o ne faccia rilevare la crisi) e, su un piano diverso, proponga problemi delicati in relazione ad alcuni profili tradizionali della cultura giuridica moderna, quali la certezza del diritto o la natura della conoscenza giuridica. Ma è altrettanto evidente che ci troviamo di fronte a un fatto con il quale qualunque teoria deve misurarsi, pena una sterile riproduzione di categorie ambientate in altre epoche e oggi non più convincenti.

4. La riabilitazione degli ibridi, la vocazione per la giurisdizione e la crisi del diritto come certezza trovano una manifestazione significativa nelle teorie dell'argomentazione giuridica, che oggi

ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa, a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano, 2007, p. 65. In tema, J. Allard - A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.

36 G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

vanno assumendo una posizione centrale nel dibattito giusfilosofico. Si tratta di tesi fra loro eterogenee quanto si vuole e che presentano proposte differenti [37], ma probabilmente hanno un nucleo comune, che è racchiuso nella considerazione del ragionamento giuridico come una prospettiva privilegiata da cui analizzare il fenomeno giuridico. In questa visione il diritto non ha un'esistenza distinta dal complesso di ragionamenti interpretativi e argomentativi necessari alla sua realizzazione, né può essere identificato, se non in modo sommario, a prescindere dalle attività applicative. Si promuove così una concezione non oggettualistica [38], secondo cui il diritto non è un insieme di regole o di oggetti normativi, quanto piuttosto un'attività, in particolare un'attività sociale di natura interpretativa e argomentativa, che consiste nel reperire anche (ma non solo) sulla base di regole generali una soluzione per i casi di specie e in cui, pertanto, l'individuazione della norma da applicare dipende anche dai processi argomentativi, in cui le pratiche del ragionamento (attività tese a dare significato alle proposizioni normative oppure tese a giustificare le scelte interpretative) risultano altrettanto importanti delle disposizioni normative.

Tale opzione è fondamentale e ha carattere preliminare affinché le pratiche giuridiche sprigionino tutte le risorse e le potenzialità di cui sono capaci per mitigare gli squilibri e gli effetti discriminatori provenienti dalla politica e dall'economia. Così il diritto può mostrare la propria attitudine ordinante.

Il ragionamento giuridico dal canto suo è concepito come un processo non interamente dimostrativo, limitatamente formalizzabile, le cui conclusioni non sono completamente prevedibili; esso fa uso della ragione pratica, che presuppone le regole della logica

37 A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning* (1981), tr. it. a cura di P. Comanducci e R. Guastini in *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1981; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987; R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), tr. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1998; R. Dworkin, *L'impero del diritto* (1986), tr. it. a cura di S. Frega, Il Saggiatore, Milano, 1989; N. Mac Cormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), tr. it. a cura di V. Villa e A. Schiavello, Giappichelli, Torino, 2001.

38 S. Bertea, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soneria Mannelli, 2002; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

formale, ma non si esaurisce in queste, avvalendosi di concetti logicamente non stringenti, come la congruenza, l'analogia, la generalizzabilità, la reciprocità, l'accettabilità delle conseguenze, la ponderazione e il bilanciamento. La razionalità pratica richiede presupposti materiali, cioè non è indipendente dai contenuti ed è ermeneuticamente orientata, cioè è tesa a comprendere le manifestazioni della vita culturale. In tal senso essa non può assicurare che un concetto debole di certezza, non può fornire una prevedibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche delle azioni, ma soltanto una certa, limitata controllabilità dei processi decisionali, che non è più soltanto giuridica ma anche razionale. L'atteggiamento qui sotteso consiste nell'accettare tanto il valore della legalità quanto quello della razionalità della decisione; la certezza è sicuramente un valore caratterizzante, non rinunciabile, tuttavia non è assoluto e può essere bilanciato con altri ideali potenzialmente contrastanti con essa. La giustificazione avviene anche con il concorso dei principi fondamentali dall'ordinamento e questi, a loro volta, sono ricavati in base a parametri razionali condivisi in una data società. Così, la struttura del ragionamento include costitutivamente alcuni punti di partenza del discorso offerti dai presupposti e dalle credenze effettivamente condivise dai partecipanti, considerati nella situazione storica in cui si trovano, nella loro realtà effettiva. Questa base iniziale è indipendente dalla procedura e i suoi esiti, pertanto, non dipendono soltanto dalle regole del discorso ma anche dalle convinzioni dei soggetti partecipanti.

Quando afferma che "la teoria dell'argomentazione giuridica sfocia nella filosofia del diritto e nella filosofia pratica generale", Robert Alexy [39] fonda il suo asserto sulla convinzione che gli argomenti istituzionali del diritto (linguistici, genetici, sistematici) non sono autosufficienti, ma hanno bisogno di essere orientati da valutazioni materiali. E di ciò la teoria intende prendere atto. Analogamente Neil Mac Cormick richiama l'attenzione sull'importanza delle giustificazioni di secondo livello che, in ogni questione minimamente complessa, richiedono «controlli che hanno a che fare con ciò che fa senso nel mondo e nel sistema» [40], invocando argomenti consequenzialisti, eminentemente valutativi.

39 R. Alexy, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. V, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1996, pp. 64 e ss; spec. p. 66.

40 N. Mac Cormick, *Ragionamento giuridico...*, cit., p. 125.

Cosicché ristabilire un legame concettuale tra sfera giuridica e sfera pratica razionale (c.d. *Sonderfallthese*) vuol dire, nel contempo, riattivare quella corrispondenza della materia con la forma" di cui parlava Kaufmann [41], per la quale i contenuti provengono dall'esperienza, per la buona ragione che nessun discorso può condurre alla verità di un'asserzione, se alla sua base non vi è già qualcosa di condiviso. Kaufmann diceva che è difficile argomentare sulle condizioni dell'argomentazione, nel senso che la verità nell'ambito normativo non può formarsi solo attraverso la procedura, anche se certamente si forma nella procedura. La conoscenza è sempre un prodotto dell'attività di chi conosce, ma non è un suo prodotto esclusivo e anche per questo i contenuti provenienti dall'esperienza conservano un valore sempre relativo, basato su considerazioni ulteriori, non dimostrate, ma argomentate in maniera circolare.

La razionalità pratica presupposta dalla teoria dell'argomentazione giuridica si esprime mediante la ragionevolezza, che per definizione è un concetto elusivo, sfuggente ai tentativi di formalizzazione [42], ma che ciò nonostante si è fatto strada fino a diventare una componente non marginale della teoria del diritto.

Occorre ancora una volta partire dal profilo costituzionale. I giudici costituzionali sottopongono le leggi a verifiche di razionalità materiale basate sull'idoneità a realizzare obiettivi di benessere sociale, nel rispetto di criteri di eguaglianza tra i cittadini, di proporzionalità e adeguatezza tra mezzi e fini e di congruenza con i principi fondamentali del sistema giuridico. In termini di ragionevolezza sono giustificati i giudizi di valore che i giudici sono costretti a formulare a partire da un principio di universalizzabilità che è il carattere saliente del giudizio morale come giudizio pratico [43].

41 A. Kaufmann, *La filosofia del diritto oltre la modernità.* (1990), in Id., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di G. Marino, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 295 e ss.

42 *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Giappichelli, Torino, 2002; F. Viola, *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in «Persona y Derecho», 46/2002, pp. 35 e ss; J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in «Digesto delle discipline pubblicistiche», vol. XII, Utet, Torino, 1997, pp. 341 e ss; S. Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

43 P. Winch, *Ethics and Actions*, Routledge & Kegan Paul, London, 1972, p. 151: «(...) we cannot judge an action to be right for A and wrong for B, unless we can find in the natures or circumstances of the two some differences which we can regard as a

Come è noto, il giudizio di ragionevolezza è sorto nell'ambito di un ripensamento dell'eguaglianza come categoria costituzionalistica; in particolare, dalla dissociazione tra eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo ed eguaglianza intesa come giustificabilità della discriminazione, e pertanto, come ragionevolezza, sul presupposto che in uno Stato costituzionale non bastasse più un concetto assiologicamente neutrale, ma servisse valutare l'effettiva omogeneità delle situazioni considerate. Su questa strada il giudizio di ragionevolezza si è emancipato da quello di eguaglianza, andando a esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori costituzionali, nonché l'eventuale sproporzione tra i mezzi adoperati e i fini perseguiti; fino alla risoluzione dei conflitti tra valori costituzionali medesimi nel momento della loro concretizzazione [44]. Nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 15/1960 si leggeva: «Il principio di eguaglianza risulta violato anche quando la legge, senza ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso a cittadini che si trovino in situazioni eguali»; ma nella sentenza n. 284/87 il vincolo con il giudizio di eguaglianza è già sciolto: «non è più il principio di eguaglianza che di per sé opera, quanto il principio di ragionevolezza, che può essere violato anche al di fuori del confronto tra due norme».

Se sul terreno costituzionale il criterio di ragionevolezza ha assunto una rilevanza e una visibilità considerevoli, essa non si limita più oramai a esprimere una prerogativa del giudice costituzionale (o di qualsiasi altro giudice), ma si eleva al livello di garanzia interna allo Stato costituzionale di diritto, necessaria a governare i giudizi di valore espressi dai poteri pubblici, siano essi legislativi o giudiziari. È stato notato che la rilevanza del principio

reasonable ground for difference in their duties». Secondo John Rawls, che ha valorizzato il concetto di ragionevolezza nella teoria politica nell'ottica di una giustificazione pubblica, il ragionevole è pubblico in un senso in cui il razionale non lo è (J. Rawls, *Liberalismo politico*, tr. it., a cura di A. Ferrara, Edizioni Nuova Cultura, Roma, p. 46), in quanto uno dei tratti del ragionevole (e non del razionale) è l'idea della reciprocità, di poter ragionare pubblicamente in condizioni di reciprocità sulla base di premesse comuni. Scrive Rawls: «Nella misura in cui siamo ragionevoli, noi siamo disposti a costruire l'impianto di base del mondo sociale pubblico, che ognuno, secondo una previsione ragionevole, potrà far proprio, e sulla cui base potrà agire, purché sia possibile aver fiducia che anche gli altri faranno lo stesso(...)», ibidem.

[44] F.P. Casavola, *La giustizia costituzionale nel 1994*, a cura della Corte Costituzionale, Roma, 1994, pp. 10 e ss.

di ragionevolezza non può essere limitata al momento della patologia (al sindacato di legittimità), pena il disconoscimento della sua portata architettonica, vale a dire della sua capacità di plasmare dall'interno il sistema dei pubblici poteri [45].

Se per ragionevolezza intendiamo l'accettabilità razionale di una decisione o di un'interpretazione (data dalla correttezza del procedimento e dalla non contrarietà dei contenuti a un set di principi fondamentali), essa entra in azione in ogni momento della vita del diritto [46], ogni qual volta il sistema giuridico formale domanda di sintonizzarsi con la forma di vita di una comunità storica. Ed è pertanto molto più di una tecnica di adeguamento, in quanto modalità mediante cui i valori costituzionali trovano applicazione, rappresenta essa medesima un valore importante dell'ordinamento. In generale, non è un caso che la teoria giuridica più recente e più avveduta, al di là delle differenze di orientamento culturale o ideologico, veda sempre più nel diritto una rete, un arsenale di ragioni tenute insieme, non più da rigidi supporti di deduzione e di delegazione, al modo delle dottrine tradizionali del giuspositivismo, bensì «da più elastiche relazioni di giustificazione» [47].

Il discorso fin qui svolto, seppure per linee scarne, conduce dal pluralismo alla ragionevolezza, stabilendo un nesso che è meno di una coppia concettuale ma più di una semplice suggestione. È una linea interpretativa che emerge con una certa forza nel momento in cui il vigore dei fenomeni sociali che hanno segnato il Novecento giuridico (la riemersione della società) investe anche la dimensione culturale, in un tempo come il nostro che è tempo di ripensamenti [48].

45 L. D'Andrea, *Contributi ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; Id., *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, in *La ragionevolezza nel diritto*, cit., pp. 231 e ss; specialmente p. 231: «Del resto, non può non cogliersi che la stessa ampia (anzi, ormai dirompente) diffusione del controllo giurisdizionale di ragionevolezza sull'esercizio del pubblico potere in tanto può aversi in quanto una siffatta istanza si sia stabilmente insediata al cuore della dimensione normativa dell'autorità pubblica».

46 A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987.

47 Così sinteticamente quanto persuasivamente M.Barberis, *Europa del diritto*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 305, il quale aggiunge: «I nomi di queste relazioni sono familiari ai giuristi da secoli: universalizzazione, astrazione, specificazione, concretizzazione, analogia, argomento *a contrario*, e così avanti».

48 L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. VII.