

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
DIPARTIMENTO DI STUDI POLITICI

DOTTORATO DI RICERCA IN
STUDI POLITICI EUROPEI ED EURO – AMERICANI
XXI CICLO

Lex facit regem?
I limiti al potere e le ragioni del diritto

TESI PRESENTATA DA: Massimo Cuono

TUTOR: Michelangelo Bovero

COORDINATORE DEL DOTTORATO: Pier Paolo Portinaro

ANNI ACCADEMICI: 2005-2009

SETTORE SCIENTIFICO-DISCIPLINARE DI AFFERENZA: SPS/01

E come potrebbe non essere sregolato il governo monarchico, se al monarca è lecito fare ciò che vuole senza rispondere ad alcuno?

Erodoto, *Storie*, V secolo a. C.

C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.

Montesquieu, *L'esprit de lois*, 1748

Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.

Lord Acton, *Letter to Bishop Mandell Creighton*, 1887

Indice

Introduzione

Teseo, Solone, Clistene.....p. 7

Parte prima

La ragione come limite al potere

1. *Potere e ragione*.....p. 15

1. Un 'buon' taglio di capelli
2. Dal dio mortale alla burocrazia senza purgatorio
3. La ragione è morta, evviva la ragione

2. *Diritto e giustizia*.....p. 59

1. Lo stato di diritto come modello moderno del potere limitato
2. La giustizia e l'ideale classico del buongoverno: *eunomia* e *disnomia*
3. I problemi del diritto: giustizia, validità, efficacia

Parte seconda

Il principio di legalità come limite al potere

3. *La giustizia come legalità*.....p. 95

1. Le leggi di natura in Hobbes
2. Il «governo degli uomini» e il «governo della legge»
3. Gli uomini: l'eroe, il saggio, il giudice
4. La legge: governo *sub lege* e governo *per leges*

4. Legalità, legittimità, effettività.....	p. 125
1. Legalità e legittimità	
2. La legittimità nello stato costituzionale di diritto	
3. Legalità ed effettività	
4. Il governo <i>sub iuribus</i>	

Parte terza

Il principio di eguaglianza come limite al potere

5. La giustizia come eguaglianza.....	p. 165
1. La regola di giustizia	
2. Le forme della giustizia	
3. I criteri di giustizia	
4. Le enunciazioni moderne del principio di eguaglianza	
6. Per una teoria della rilevanza giuridica.....	p. 213
1. La costruzione delle categorie di eguali	
2. I vizi di ascrizione per difetto e per eccesso	
3. Irrilevanza di fatto e di diritto	
4. Un caso esemplare: l'istituto giuridico del matrimonio	
5. Ha senso parlare di ragionevolezza della legge?	

Bibliografia dei testi citati.....	p. 241
------------------------------------	--------

Questo lavoro è dedicato al problema dei limiti al potere politico. Mi corre l'obbligo, data la vastità e l'impervia difficoltà dell'argomento, di premettere che si tratta della prima versione, non priva di lacune e imperfezioni, di un progetto più ampio. Il periodo in cui è maturato ne ha marcato l'orientamento, in un momento in cui sembra (temporaneamente?) assopita la millenaria storia della progettazione teorica e della costruzione pratica di argini al «male necessario» del potere politico per prevenirne o combatterne gli «abusivi». Il clima in cui ho lavorato in questi quattro anni a Torino è stato invece ricco degli stimoli e del sostegno che mi hanno permesso di realizzare questa tesi.

Desidero ringraziare Michelangelo Bovero che ha seguito il lavoro in ogni sua fase, sopportando le infinite riformulazioni tanto del progetto complessivo quanto di ogni minimo dettaglio. La sua influenza è percepibile in ogni pagina. Lo ringrazio inoltre per il passo hegeliano sulle «birrerie razionali».

Ringrazio Valentina Pazè per l'amicizia e il sostegno nel tentativo di rendere questo lavoro un po' meno confuso.

Amando Basurto, Francesco Frisari, ManKwon Kim e Álvaro Núñez per le chiacchierate infinite senza le quali il lavoro di ricerca sarebbe per me meno appassionante.

Fabrizio Cattaneo e Patricia Mindus, con cui ho condiviso innumerevoli ore di lavoro, per gli insegnamenti umani e professionali che ne ho tratto.

Andrew Arato, Nancy Fraser e Andreas Kalyvas per la gentilezza e la curiosità dimostrate nei miei mesi di studio oltreoceano.

Virgilio Mura per l'opportunità concessami di proseguire il lavoro, soprattutto in tempi così duri per l'università e la ricerca.

Alfio Mastropaolo per la solidarietà, in particolare negli strani giorni a cavallo fra il 2008 e il 2009.

Marco Allegra, Giuliano Bobba, Sandro Busso, Chiara Carrozza, Paolo Di Motoli, Ruth Mauri, Paola Rivetti, Jacopo Rosatelli, Roberto Salerno e Antonella Seddone per l'amicizia e il sostegno. Con loro, tutto il gruppo dei precari della ricerca dell'Università di Torino.

Arianna, Raffaella e Ivan per avermi fatto sentire a casa.

Le persone a me più care per avermi sostenuto. Per la pazienza, l'affetto e molte altre ragioni che non hanno bisogno di essere elencate, ringrazio la mia Mamma, il mio Papà e Andrea; Chiara, Dany e Mario; Irene, anche per aver trattenuto le risate davanti al fiorire di metafore geometriche.

Introduzione

Teseo, Solone, Clistene

Clistene¹ è *un riformatore*. La sua azione politica stabilì l'eguaglianza dei cittadini nella *polis* in cui «tutte le decisioni vengono prese in comune»². Le sue riforme portarono con sé «forme nuove di pensiero, meno coinvolte nelle credenze religiose»³:

all'elaborazione di uno spazio più astratto connesso all'organizzazione politica si aggiunge la creazione di un tempo civico, dove il calendario pritanico si affianca al calendario religioso. Organizzazione politica, spazio civico, tempo della città sono misurati e ordinati per mezzo di numeri, in base a un sistema decimale che sostituisce il calcolo duodecimale, pur ancorato alla tradizione.⁴

Lo storico Jean-Pierre Vernant indicò proprio Clistene come «padre» della democrazia (antica). Non Teseo né Solone.

Teseo è *l'eroe*. Un personaggio mitico, le cui gesta precederebbero addirittura la guerra di Troia. Secondo Aristotele, il suo ordinamento «differisce di poco da un ordinamento monarchico»⁵. Solone è *il nomothetes*⁶. Rappresenta l'incarnazione storica del «grande legislatore» che fonda la

¹ Si veda, tra gli altri, P. Levêque, P. Vidal-Naquet, *Clisthène l'Athénien: essai sur la représentation de l'espace et du temps dans la pensée politique grecque de la fin du VI siècle à la mort de Platon*, Les Belles Lettres, Paris 1964.

² Erodoto, *Storie*, III, 80.

³ J. P. Vernant, *Entre mythe et politique* (1996), tr. it. *Tra mito e politica*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1998, p. 103.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Aristotele, *Costituzione d'Atene*, XLI.

⁶ Tra i diversi attributi che la letteratura ha riconosciuto a Solone, uno fra i sette sapienti, vi è anche quello di *arbitro* fra le fazioni in lotta che incarna gli ideali di «giusta misura e di equilibrio» (J. P. Vernant, *Tra mito e politica*, cit., p. 101). Si veda anche B. Snell, *Leben und Meinungen der Sieben Weisen* (1971), tr. it. *I sette sapienti. Vite e opinioni*, Bompiani, Milano 2005.

comunità sanando le discordie e riconciliando le fazioni all'interno della città, «contro l'orgoglio dei ricchi che non volevano cedere nessuno dei loro privilegi, contro gli appetiti insensati della folla, che voleva ottenere tutto»⁷. Rappresenta l'uomo giusto e il buon governante, una figura quasi mitica che, grazie alla buona reputazione e alla saggezza, fa di un insieme di fazioni una comunità politica. Isocrate lo definisce «il più grande amico del popolo»⁸.

Con Clistene, invece, viene instaurata l'*isonomia* (eguaglianza di legge⁹), che Erodoto usa come sinonimo di democrazia; il prefisso *iso* richiama una qualche forma di eguaglianza, di regolarità, allo stesso modo con cui se ne parla in matematica. La «razionalità occidentale», questa la tesi di Vernant, nasce contestualmente alla forma di organizzazione antica della *polis*¹⁰. Mentre la ricerca di regolarità è il compito minimo della ragione teoretica, l'istituzione di regolarità è l'indirizzo primigenio della filosofia pratica. La polisemia del lemma «ragione», del resto, conduce, nell'analisi di quella che è stata definita «razionalità occidentale», a continui slittamenti di significato che si allontanano dall'accezione originaria del termine *ratio* con il quale Cicerone tradusse il greco *logos*; il dispiegamento (discorsivo) del pensiero fatto innanzitutto di calcolo come connessione fra «passaggi» di un ragionamento.

Il «mito» della ragione occidentale nasce quando si cerca di giustificare una forma di governo egualitaria in forza della sua intrinseca «razionalità» come produzione di regolarità. Ciò, ad esempio, attraverso l'istituzione di calendari «più razionali» di quelli tradizionali, come quello *pritanico* introdotto da Clistene ad Atene, quello *repubblicano* approvato dalla *Convention nationale* all'indomani

⁷ J. P. Vernant, *Tra mito e politica*, cit., p. 100.

⁸ Isocrate, *Areopagitico*, 16. A proposito di Solone Aristotele dice: «Il terzo mutamento [costituzionale], successivo alle lotte civili, è quello avvenuto con Solone, da cui trasse inizio la democrazia». (Aristotele, *Costituzione d'Atene*, XLI)

⁹ Cfr. *infra*, p. 202.

¹⁰ J. P. Vernant, *Tra mito e politica*, cit., p. 78.

della rivoluzione francese, o la versione *soviet* del calendario giuliano introdotta alcuni anni dopo la rivoluzione d'ottobre.¹¹

La storia politica può forse essere scandita da una successione di calendari l'uno più «razionale» dell'altro? La trasformazione delle istituzioni politiche è quindi riconducibile al meccanismo proposto da Max Weber del «disincantamento»¹² come superamento successivo delle diverse forme della razionalizzazione?

Dalla *polis*, al diritto romano, dalle rivoluzioni scientifiche, industriali e politiche fino allo stato burocratico moderno. Con la modernità, infatti, si assiste all'accelerazione di tale processo di razionalizzazione¹³, secolarizzazione, burocratizzazione che fece dire a Hegel che

il pensiero si era esteso su tutto l'universo, si era attaccato a tutto, tutto aveva indagato, in tutto inserito le sue forme, tutto ridotto a sistema, sicché in ogni campo si doveva procedere secondo le sue determinazioni, non secondo un semplice sentimento, secondo la consuetudine o il senso pratico, secondo l'immensa incoscienza dei cosiddetti uomini pratici. Anche nella teologia, nella politica e nelle relative legislazioni, nel determinare i fini dello Stato, nelle industrie, nella meccanica, si deve sempre procedere per determinazioni generali, cioè razionalmente; tanto che si sente parlare perfino di birrerie razionali, di fabbriche razionali di laterizi.¹⁴

¹¹ Si noti come già qui si assiste a un primo slittamento di significato del termine «ragione». In questo caso, infatti, «razionale» non rimanda esclusivamente a una qualche «regolarità», ma anche al problema dell'«adeguatezza» di un mezzo a un fine specifico.

¹² A tale proposito di veda W. Schluchter, *Rationalismus der Weltbeherrschung : studien zu Max Weber* (1980), tr. it. *Il paradosso della razionalizzazione. Studi su Max Weber*, Liguori, Napoli 1987, pp. 150 e ss.

¹³ In tali termini il significato di «razionalità» è ancora differente, e si contrappone e «tradizionale». Max Weber parla di «disincantamento» come sostituzione del punto di partenza del ragionamento con fattori accertabili al posto di elementi mitici, tradizionali o religiosi impossibili da verificare in alcun modo.

¹⁴ G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (1832), tr. it. *Lezioni di storia della filosofia*, La Nuova Italia, Roma 1967, p. 341.

Eppure, basta pensare che la più antica fra le moderne democrazie liberali non ha mai adottato il sistema metrico decimale, o che in essa ancora operi una camera dei pari, per capire quanto la ricostruzione del rapporto fra ragione e potere sia tutt'altro che un lineare processo di progressiva razionalizzazione.

Fin dall'antichità, il rapporto fra la ragione e il potere, fra *ratio* e *auctoritas* (*voluntas*)¹⁵, e più specificamente il tema dei vincoli posti all'*auctoritas* dalla *ratio*, costituisce uno dei campi d'indagine privilegiati dell'intera storia del pensiero politico. Il tema generale di questa ricerca è l'analisi dei concetti classici legati al problema dei «limiti al potere», per giungere al vaglio della rilevanza che tali limiti assumono nei contemporanei «stati costituzionali di diritto». La domanda di fondo riguarderà il ruolo assunto in tale contesto da quei possibili significati di «ragione» che risultano utili a ricostruire, *ex negativo*, il concetto classico di «potere arbitrario» inteso proprio come quel potere che agisce *come se* fosse in assenza di vincoli. Si ripercorreranno criticamente alcuni usi teorico-politici dei concetti di *ratio* e *auctoritas* in chiave moderna, soprattutto a partire dalla teorie liberali dello «stato di diritto», al fine di acquisire nuovi strumenti di analisi dei limiti all'esercizio del potere politico. Dopo aver individuato nel diritto la sfera principale di tali limiti, si procederà all'esplorazione tanto del paradigma della «giustizia come legalità» quanto di quello della «giustizia come eguaglianza» che costruiranno i campi di indagine privilegiati del lavoro.

La metodologia della ricerca è quella proposta e sperimentata da Norberto Bobbio nell'elaborazione delle categorie fondamentali della teoria giuridica e politica, tramite l'analisi sia linguistico-concettuale sia storica. Tale metodo, al

¹⁵ Quella volontaristica è solo una fra le possibili concezioni dell'*auctoritas*; essa viene normalmente privilegiata nella dicotomia con *ratio* essendo quella tradizionalmente attribuita al pensiero assolutista. Leibniz, ad esempio, afferma: «E dire *stat pro ratione voluntas*, la mia volontà tien luogo di ragione, è propriamente il motto di un tiranno». (G. W. Leibniz, *Si la justice est arbitraire* (1703), tr. it. *Se la giustizia sia arbitraria*, in Id., *Scritti politici e di diritto naturale*, UTET, Torino 1951, p. 213). Leibniz trae la citazione latina da Giovenale, *Satire*, VI, 223. Sul tema del rapporto fra *ratio* e *voluntas*, si veda, da ultimo, B. Bix, *Will versus Reason: Truth in Natural Law, Positive Law, and Legal Theory* in K. Pritzl (eds.), *Truth: Studies of a Robust Presence*, Catholic University of America Press, Washington 2009.

tempo stesso empirico-analitico e storico-analitico muove dalle distinzioni concettuali tra i diversi significati associati a un termine per offrirne ridefinizioni che tengano conto della «lezione dei classici», nonché delle loro molteplici connessioni e opposizioni entro le diverse concezioni, teorie e istituzioni nelle quali sono state messe alla prova. Sarà pertanto opportuno muovere da definizioni, cripto-definizioni e quadri esplicativi rinvenibili nei documenti del mondo istituzionale, allo scopo di ricostruire i paradigmi concorrenti che prevalgono nella storia del pensiero. La ricerca si muoverà, al contempo, sul piano descrittivo e su quello normativo.

Il lavoro si divide in tre parti. La prima è dedicata all'analisi preliminare dei concetti e degli strumenti della teoria del «potere limitato». La seconda e la terza parte saranno dedicate alla ricostruzione della versione moderna dei paradigmi della legalità e dell'eguaglianza declinati nella loro funzione di «vincolo razionale» alla decisione politica, a partire, soprattutto dal ruolo che essi ricoprono nelle teorie dello «stato costituzionale di diritto».

Parte prima

La ragione come limite al potere

Capitolo 1

Potere e ragione

Io sono il vostro nuovo presidente. D'ora in avanti, la lingua ufficiale del Bananas sarà lo svedese. A partire da ora, tutti i cittadini saranno tenuti a cambiarsi la biancheria ogni trenta minuti. La biancheria sarà portata sugli indumenti, per poter controllare. Oltre a ciò, tutti i ragazzi sotto il sedicesimo anno di età, a partire da ora, avranno sedici anni.

da *Il dittatore dello stato libero di Bananas* di Woody Allen

1. Un 'buon' taglio di capelli
2. Dal dio mortale alla burocrazia senza purgatorio
3. La ragione è morta, evviva la ragione

Il principio, già antico, *neminem laedere*, inteso come dovere generico di non ledere la sfera giuridica degli interessi altrui, secondo Flavio Baroncelli, non ha, oggi, nessun significato finché non si definisce che cosa danneggi chi e in quale modo:

E tutto ciò non si ricava dall'impatto fra ragione e mondo, ma dall'impatto tra una ragione particolare e un mondo particolare dove si è già deciso per esempio, che scagliare una maledizione non danneggia nessuno. [...] Il «moderno», insomma, ogni tanto sonnecchia; ma quando non dorme e non ridiventa antico è scettico e relativista.¹

¹ F. Baroncelli, *Etica e razionalità. Un finto divorzio?*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, n. 1, giugno 1997, p. 133, nota 6.

Adottare una certa nozione di modernità è funzionale a ridefinire il problema dei limiti al potere in una chiave giuspositivista e non-cognitivista sul piano etico. In via di prima approssimazione si può definire positivista quell'approccio allo studio del diritto che non ha per oggetto i «valori (il diritto naturale), ma i fatti (il diritto positivo), o comunque norme positive, prodotte dall'uomo e riconoscibili alla stregua di fatti»². Per non-cognitivismo etico si intende quella posizione morale per cui i principi etici non sono mai definitivamente dimostrabili, anche se sono riscontrabili delle «procedure razionali e logiche cui possiamo fare ricorso nel tentativo di fornire delle prove a sostegno delle nostre prescrizioni etiche»³.

Alla luce di questa prospettiva, il presente capitolo è dedicato all'analisi preliminare dei concetti qui assunti di *potere arbitrario* (§1), *modernità politica* (§2) e *ragione pratica* (§3). Risulta evidente come tali nozioni siano tanto complesse da non poter essere analizzate in maniera esaustiva. Il più modesto obiettivo è quello di indagare tali concetti, cui è «opportuno o prudente arrivare girandoci intorno, con una manovra che nel gergo militare si chiamerebbe avvolgente»⁴, nel tentativo di non trasformare delle (semplici) parole in idee iperuraniche.

² M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino 2008, p. 17. Si vedano, tra gli altri, A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961), tr. it. *Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, il Mulino, Bologna 1982; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1996; P. Chiassoni, *L'utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2005; E. Bulygin, *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano 2007.

³ E. Lecaldano, *Etica*, UTET, Torino 1995. Si veda, ad esempio, R. M. Hare, *Sorting Out Ethics* (1997), tr. it. *Scegliere un'etica*, il Mulino, Bologna 2006.

⁴ N. Bobbio, *Sulla nozione di giustizia* (1985), in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1999, p. 258.

1. Un 'buon' taglio di capelli

La domanda di fondo dell'intero lavoro riguarda i criteri giuridici utili ad analizzare il concetto di «potere arbitrario». Perché circoscrivere l'indagine dei limiti al potere politico alla sfera del diritto? All'inizio della sua storia, la filosofia politica si è concentrata sulla ricerca di «buone leggi» al fine di creare società politiche «bene ordinate». Che un qualche ordine⁵ sia preferibile al disordine, per quanto l'assunzione possa apparire arbitraria, è il presupposto di (quasi) ogni *teoria* politica. Quindi, ogni teoria politica, antica e moderna, è prima di tutto una teoria dell'ordine, anche la più libertaria. Persino il più radicale degli anarchici sostiene che, eliminata l'oppressione dello stato, gli individui vivranno in pace senza cercare di sopraffarsi a vicenda. L'anarcoliberismo, nuovamente di moda negli ultimi anni, si fonda sul dogma di un mercato che si autoregola⁶.

Quando si pensa alle caratteristiche del potere politico, alcuni direbbero dello «stato», la funzione del mantenimento dell'ordine è ciò che lo distingue dalle altre forme di potere. Tale classificazione si basa sui mezzi con i quali si esercita il potere stesso.⁷ Il potere economico (che corrisponde al campo della *libertas* di cui parla Hobbes) si esercita attraverso l'asimmetria nel possesso dei beni; i più ricchi influenzano il comportamento dei più poveri offrendo, ad esempio, beni scarsi in cambio di lavoro. Il potere ideologico (la *religio*

⁵ Si noti che la definizione preliminare qui assunta di ordine si richiama a un significato minimo di tale concetto come una qualsiasi disposizione di enti nello spazio, riconducibile a una regola. Secondo Leibniz, ad esempio, l'ordine consiste in una qualche regolarità, una ripetizione di unità (di misura) infinitamente riproducibili.

⁶ L'anarchismo economico, comunque non si accompagna (quasi) mai all'anarchismo politico, nonostante le più diverse teorie dello stato minimo. Fu l'ex primo ministro britannico Margaret Thatcher a dire: «Sono gli eserciti e le armi a garantire la sicurezza, non le belle parole».

⁷ N. Bobbio, *La politica* (1987), in Id. *Teoria generale della politica*, cit., p. 166.

hobbesiana) si esercita attraverso l'asimmetria nel possesso di conoscenze. Le antiche caste sacerdotali influenzavano profondamente i valori comunemente diffusi nelle società tradizionali; lo stesso si può dire dei moderni «scienziati» e «intellettuali» o di chi controlla quelli che oggi vengono definiti «quarto» e «quinto potere». La *potestas* di Hobbes, il potere politico, si esercita attraverso l'asimmetria nel possesso dei mezzi di coazione. La differenza fra il pirata e il re, diceva Agostino, sta nel fatto che il primo ha una sola nave, mentre il secondo dispone di un'intera flotta. Il potere politico si distingue dagli altri perché possiede la forza per mantenere un ordine e cioè per far rispettare i propri comandi.

Eppure, non vi è (quasi) alcuna teoria della politica che assieme al problema dell'ordine non affronti anche quello dalla giustizia; la gran parte delle costruzioni teoriche che riguardano la convivenza fra le persone non si arrestano all'esigenza dell'istituzione (e imposizione) di un qualche ordine sociale. Esso, infatti, è lo scopo finale e il valore primo della politica ma non il valore ultimo. Afferma Rousseau:

Il più forte non è mai abbastanza forte per essere sempre il padrone, a meno che non trasformi la sua forza in diritto e l'obbedienza in dovere.⁸

Un comando, infatti, non viene necessariamente obbedito solo perché funzionale alla difesa della città o dello stato. Nel suo celebre dramma, Sofocle espone tale dilemma mettendo a confronto Creonte che vieta la sepoltura del *traditore* e Antigone che rivendica di poter celebrare i riti tradizionali sul cadavere del *consanguineo*. Il primo difende il suo editto in quanto esso è stato emesso per garantire l'ordine nella città all'indomani della guerra civile.

⁸ J. J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), tr. it. *Il contratto sociale*, I, 3, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 9. Così C. K. Allen: «nessuna autorità al comando in un paese civilizzato osa proporsi come meramente autoritaria». (*Aspects of justice*, Stevens, London 1958, p. 72)

Antigone rivendica il suo «diritto» adducendo «ragioni» in difesa della sua violazione del comando del re:

Sì, perché questo editto non Zeus proclamò per me, né Dike, che abita con gli dei sotterranei. No, essi non hanno sancito per gli uomini queste leggi; né avrei attribuito ai tuoi proclami tanta forza che un mortale potesse violare le leggi non scritte, incrollabili, degli dei, che non da oggi né da ieri, ma da sempre sono in vita, né alcuno sa quando vennero alla luce.⁹

La «giustizia» viene comunemente identificata nella conformità dei comandi a qualche legge superiore o nel rispetto di un principio condiviso di distribuzione di oneri e onori. La grande divisione fra «giustizia come legalità» e «come eguaglianza» risale ad Aristotele e resta influente in buona parte della storia della filosofia.¹⁰ Anche la più diseguale fra le società si basa su una particolare concezione della giustizia, detta giustizia secondo il rango¹¹, in cui ognuno deve occupare il posto a lui destinato dalla natura, dalla tradizione, dalla religione o semplicemente dal comando del sovrano. Tornando all'esempio dell'anarcoliberismo, la società giusta è quella che premia i migliori, poco importa se tali meriti derivino da privilegi di nascita.¹² Anche Hobbes, pur sostenendo che la giustizia coincide con il comando del governante¹³, si premura di dare consigli al sovrano che voglia preservare il proprio trono. Assieme alla minaccia della forza, seguire tali consigli è utile al sovrano che

⁹ Sofocle, *Antigone*, 450.

¹⁰ Cfr. *infra*, pp. 190-191.

¹¹ Cfr. *infra*, pp. 81 e ss.

¹² Fu sempre Margaret Thatcher a dire: «Nessuno ricorderebbe il Buon Samaritano se avesse avuto solo buone intenzioni. Aveva anche i soldi».

¹³ Si veda Th. Hobbes, *A Dialogue Between A Philosopher And A Student Of The Common Laws Of England* (1666), tr. it. *Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune in Inghilterra*, in Id., *Opere politiche*, UTET, Torino 1988, pp. 397 e 402.

voglia convincere i sudditi a rispettare le leggi. Questo è il significato politico delle leggi di natura nello stato civile.¹⁴

Uno degli elementi prevalenti della riflessione politica antica è l'appello alla giustizia come conformità alla legge divina o consuetudinaria per invocare limiti ai comandi del potere sovrano; il «pensiero politico moderno» si costruisce attorno al problema del potere limitato contro l'affermazione in Europa delle monarchie assolute e in risposta alle teorie assolutiste nate per giustificarle. Tali teorie sembravano l'implicazione necessaria della separazione fra morale e politica, in virtù della quale, quest'ultima diventa sempre di più un sapere tecnico, inteso come ricerca di soluzioni razionali (in senso strumentale), atte al mantenimento di ordine e pace sociale. Ciò avviene attraverso il lento svuotamento della concezione classica della giustizia come armonia naturale. La «modernità politica», che nasce dalle riflessioni sulla formazione dei grandi stati territoriali, porta con sé il perseguimento di quel progetto di «secolarizzazione» e «burocratizzazione» ricostruito da Weber. Il potere statale si sostituisce a quello divino; il leviatano di Hobbes è un «dio mortale»:

Questa è la generazione del grande *Leviatano*, o piuttosto (per parlare con maggiore reverenza), di quel *Dio mortale*, cui dobbiamo, sotto il *Dio immortale*, la nostra pace e la nostra difesa.¹⁵

La giustizia diventa un problema degli uomini che non possono assumerla a modello semplicemente osservando l'ordine naturale (o divino) delle cose, come secondo le più diverse teorie olistiche antiche e medievali. Dio, la natura, la tradizione, non sembrano più fonti sufficienti alla determinazione del concetto di buon governo; la politica, da Machiavelli in poi, è resa autonoma dalla

¹⁴ Cfr. *infra*, pp. 99 e ss.

¹⁵ Th. Hobbes, *Leviathan* (1651), tr. it. *Leviatano*, cap. XVII, Editori Riuniti, Roma 1998, p. 111.

morale così come la scienza fatta col «saggiatore» ha sempre meno bisogno della filosofia teoretica.

Se la politica è soprattutto «ingegneria costituzionale», il modo più efficace per garantire l'ordine sembra quello di concentrarlo nelle mani di un monarca (o di un'assemblea sovrana) che come unico scopo abbia proprio quello di difendere l'ordine costituito, di preservare lo stato contro la guerra civile oltre che contro il nemico esterno. Alcune fra le correnti principali del pensiero moderno si costituiscono attorno al problema della risposta a tali teorie. Il giusnaturalismo da Locke in poi, gli indirizzi di pensiero comunemente detti liberali e democratici, la teoria dello «stato di diritto» come quello «stato» in cui il potere è sottoposto e regolato dal «diritto», possono essere letti, in ultima analisi, come risposte al machiavellismo, ai teorici della *ragion di stato* e alle conclusioni assolutiste cui giunge Hobbes, attraverso il suo rigoroso impianto deduttivo.

Tra le costanti del pensiero politico moderno, insomma, figura la ricerca dei limiti all'esercizio del potere; i vincoli alla *voluntas* del governante nell'atto di governare attraverso la produzione di diritto. In questo orizzonte verrà analizzato il concetto di «potere arbitrario» anche per distinguerlo da quello apparentemente affine di «potere discrezionale».

Nel terzo capitolo de *I promessi sposi*, Manzoni riporta la seguente grida:

Comanda Sua Eccellenza (il marchese de la Hynojosa) che chi porterà i capelli di tal lunghezza che coprano il fronte fino alli cigli esclusivamente, ovvero porterà la trezza, o avanti o dopo le orecchie, incorra la pena di trecento scudi; et in caso d'invalidità, di tre anni di galera, per la prima volta, e per la seconda, oltre la suddetta, maggiore ancora, pecuniaria et corporale, all'arbitrio di Sua Eccellenza.

Permette però che, per occasione di trovarsi alcuno calvo, o per altra ragionevole causa di segnale o ferita, possano quelli tali, per maggior decoro e sanità loro, portare i capelli tanto lunghi, quanto sia bisogno per coprire simili mancamenti e niente di più;

avvertendo bene a non eccedere il dovere e pura necessità, per (non) incorrere nella pena agli altri contraffacenti imposta.¹⁶

Portare i capelli *troppo* lunghi non era consuetudine delle *buone* persone, e il marchese si preoccupa di vietare tale *brutta* abitudine. E per i recidivi potrà comminare pene aggiuntive. Tale editto, si direbbe oggi, stabilisce ambiti, peraltro molto ampi, per la «discrezionalità» del potere, e questo in almeno tre significati differenti. In primo luogo, l'*auctoritas* stabilisce quali sono le materie disponibili alla sua *potestas*, in questo caso l'«acconciatura»; in secondo luogo, il potere si pronuncia sulla materia in questione stabilendo la proporzione fra il delitto e il castigo; il terzo luogo stabilisce anche il campo delle deroghe alla norma generale, investendosi della potestà di giudicare in materia.¹⁷

Sembrerebbe assurdo, oggi, immaginare un parlamento che legiferi sul *buon* taglio di capelli e questo soprattutto in virtù di quel divorzio fra morale e politica che tanto appariva scandaloso nelle parole di Machiavelli. Il marchese de la Hynojosa, invece, si auto proclama «arbitro» in materia di norme connesse all'acconciatura¹⁸. Secondo la ricostruzione di Benveniste, il termine «arbitro» (*arbiter*) appartiene alla stessa famiglia semantica di *iudex* e rimanda a un significato diverso di «giudice».¹⁹ L'*arbiter* sarebbe tanto «il testimone che assiste senza essere visto» quanto «il giudice che decide su quei casi che non

¹⁶ A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. III.

¹⁷ Si noti che la concessione o meno delle attenuanti è un esempio dell'ambito in cui più spesso ricorre l'espressione «potere discrezionale», soprattutto in relazione a quelle che sono comunemente riconosciute come le prerogative del potere giudiziario. Si veda, a titolo di esempio, K. Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford 2002, I. Lifante Vidal, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, in «Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho», 25, 2002, pp. 413-439, R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Giappichelli, Torino 2002.

¹⁸ Quello dei capelli è un interessante esempio di come alcune norme sociali sopravvivano ben oltre l'abolizione delle corrispondenti norme giuridiche. È degli anni '60 del secolo scorso la canzone in cui una celebre *beat band* si chiedeva: «come potete giudicar come potete condannar / chi vi crediate che noi siam per i capelli che portiam?»

¹⁹ E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (1969), tr. it. *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. 2: *Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino 1976, pp. 373 e ss.

sono previsti dalla legge». Questo è uno degli usi giuridici di «arbitro» come colui che, designato dalle parti di comune accordo, è investito della potestà di giudizio, ultimo e inappellabile, per risolvere una controversia. Nel linguaggio comune, «arbitrario» sta per «non suffragato da alcuna norma, regola o legge; abusivo, ingiustificato»²⁰. L'arbitro è il giudice inappellabile che «giudica o regola in nome di una propria norma non condizionata»²¹. L'arbitro, in altre parole, è colui che detta una norma²² là dove non ve ne siano e, per estensione, arbitrario è «un atto compiuto in base ad un giudizio esclusivamente personale della situazione»²³. Si tratta di un atto di volontà che Dante definisce in questi termini:

Il principio primo della libertà nostra è la libertà dello arbitro, la quale in bocca hanno molti e pochi nello intelletto. Perché insino qui e' pervengono, che dicono e libero arbitrio essere libero giudizio di volontà.²⁴

Nell'ambito del rapporto fra potere e diritto, il problema dell'arbitrarietà di chi fa la legge è uno fra i fili conduttori dell'intera storia del pensiero politico. Nel *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Henry de Bracton formula una massima

²⁰ Devoto-Oli, *Dizionario della lingua italiana*, UTET, Torino 1997, p. 182. Nel *Grande dizionario della lingua italiana* di Battaglia (UTET, Torino, 2004), sempre alla voce «arbitrario», si legge: «Che muove da arbitrio; scelto, stabilito ad arbitrio. Per lo più in senso negativo: irregolare, dispotico, capriccioso». (p. 611). Tra gli esempi di De Mauro figurano «decisione arbitraria» (per estensione: irregolare, illegittima), «esercizio arbitrario delle proprie ragioni», «perquisizione arbitraria». (De Mauro, *Grande dizionario italiano dell'uso*, UTET, Torino 2000, p. 384)

²¹ Devoto-Oli, *Dizionario della lingua italiana*, cit., p. 182.

²² Questo significato è legato a quello di convenzione come stipulazione. In linguistica, ad esempio, con l'espressione arbitrarietà si indica il rapporto convenzionale tra significato e significante.

²³ N. Bobbio, *Legalità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino 2004, p. 526.

²⁴ *De Monarchia*, libro I, capitolo XIV, citato nella traduzione in volgare di Marsilio Ficino.

che riassume la secolare storia della teorie della superiorità del «governo della legge» sul «governo degli uomini»²⁵:

Ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem.²⁶

Rex facit legem è uno dei principi dell'assolutismo, mentre *lex facit regem* è il punto di partenza valido per ogni teoria dei limiti al potere; tanto del giusrazionalismo contrattualista quanto delle dottrine positiviste dello stato di diritto. L'espressione «la legge fa il re» suggerisce che possono esistere dei limiti, posti dalla norma stessa che autorizza il potere. «Essa è una *lex*», dice McIlwain, «che limita l'autorità del sovrano e lo costringe ad agire conformemente alle sue solenni promesse»²⁷. Tale espressione si usa per affermare che un potere politico richiede una qualche legge superiore che lo legittimi, ma anche per sostenere che una legge emessa da un potere legittimo non deve essere in contrasto con altre norme a essa sopraordinate. Nel IX libro della *Repubblica*, Platone descrive l'uomo tirannico come dedito a piaceri «contrari alla legge» (*paranomoi*)²⁸; come durante il sonno, aggiunge Platone, la volontà del tiranno è «sciolta e sbarazzata da ogni freno di vergogna e di ragionevolezza (*phronesis*)»²⁹. Nel descrivere la forma di governo dispotico, Montesquieu afferma:

²⁵ Cfr. *infra*, pp. 107 e ss.

²⁶ H. Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (1235), I, 8, 5, G. E. Woodbine (eds.), Harvard University Press, Cambridge 1968, II, p. 33. Cfr. *infra*, pp. 108 e ss.

²⁷ C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna 1990, p. 93.

²⁸ Platone, *Repubblica*, 571b. Si noti che tale passo non descrive direttamente il tiranno; l'analisi «dei piaceri e dei desideri illeciti» sarà poi funzionale alla ricostruzione della figura del tiranno.

²⁹ Platone, *Repubblica*, 571c.

nel governo dispotico, invece, uno solo, senza né leggi né freni, trascina tutto e tutti dietro la sua volontà e i suoi capricci.³⁰

Questo lavoro assumerà come fuoco centrale dell'attenzione il significato dell'espressione «la legge fa il re» nel contesto giuspositivista e in una prospettiva non-cognitivista degli «stati costituzionali di diritto». Di qui in poi l'uso che si farà della coppia «potere discrezionale»³¹ – «potere arbitrario» riguarderà l'analisi dei limiti al potere politico di volta in volta proposti dalla riflessione teorica. Si intende trovare risposta alla domanda «la legge fa il re?» attraverso l'analisi dei limiti del «potere sovrano»; quelle *leggi* e quei *freni* superati i quali un potere «discrezionale» si fa «arbitrario». La legge limita il campo di «discrezionalità» del re; il potere che supera tali limiti agisce «arbitrariamente»: queste, almeno in via teorica, sono le condizioni basilari dello «stato costituzionale di diritto», in cui vengono introdotti all'interno dell'ordinamento giuridico, molti di quei vincoli fino ad allora considerati eminentemente morali o puramente politici. L'espressione «ambito di discrezionalità del potere» verrà utilizzata, di qui in avanti, come sinonimo di quella che Luigi Ferrajoli ha definito «sfera del decidibile»: quel campo d'azione, delimitato dalla legge, in cui il potere può operare autonomamente. Un potere, nell'esercizio delle sue funzioni, è arbitrario quando supera i confini di tali spazi «legittimi, discrezionali ed autonomi»³² sconfinando in «ciò che non può essere deciso»³³. In questo senso il concetto di potere arbitrario

³⁰ C. L. de S. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), tr. it. *Lo spirito delle leggi*, II, 1, in Id., *Opere*, UTET, Torino 1952, vol. I, p. 66.

³¹ Diversamente da arbitrario, per discrezionale si intende, generalmente, il «potere o [la] facoltà che la legge si astenga dal definire, affidandone l'esercizio alla discrezione dell'avente diritto o del magistrato, sempre però entro i limiti segnati dal diritto». (Devoto-Oli, *Dizionario della lingua italiana*, cit., p. 910).

³² L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. II, p. 304.

³³ *Ibidem*. È bene notare che tale nozione non si applica al potere di revisione costituzionale presente nella maggior parte delle costituzioni vigenti.

non coincide con quello di potere assoluto; nel caso della teoria hobbesiana, ad esempio, la distinzione fra arbitrario e discrezionale semplicemente non ha senso.³⁴ Solo quando la legge positiva, ma lo stesso si è detto di quella naturale, viene innalzata a *freno* di un potere *limitato* avrà senso porsi la domanda circa che cosa sia da intendersi per «potere arbitrario».

Ma se è vero che «la legge fa il re», che cosa è lecito affermare di tale norma sopraordinata? Nell'ottica non cognitivista qui assunta, per l'analisi dei principi di rango costituzionale non è possibile ricorrere agli strumenti fin qui delineati. A tale proposito risulta controverso il passo di Ferrajoli in cui si afferma che:

la filosofia politica mantiene, ovviamente, il suo autonomo punto di vista assiologico esterno. Ma il suo spazio viene *in gran parte* a identificarsi con la teoria giuridica del costituzionalismo, orientandosi, da un lato alla riflessione critica sulle divaricazioni fra dover essere costituzionale e realtà positiva del diritto e, dall'altro alla progettazione delle tecniche e delle istituzioni di garanzia idonee a rimuovere le antinomie e le lacune nelle quali quella divaricazione si manifesta.³⁵

Quanto è estesa questa *gran parte*? Che cosa dire, insomma, circa l'approvabilità, dei principi costituzionali? Si può tentare in questo senso di mostrare la coerenza interna di tali principi; ma se non si vuole rischiare di dar vita a un nuovo giusnaturalismo costituzionalista è necessario tenere ben presente che alla cima della catena che lega poteri e norme (il re e la legge) vi è un potere «di fatto» in quanto non vi è alcun diritto positivo che lo limiti. Il potere costituente è assoluto proprio nel senso del contrattualismo hobbesiano, anche se limitatamente allo «stato per istituzione»; forse da qui

³⁴ M. Bovero, *Diritto di resistenza. Modelli analitici e riflessione teorica*, in «Ragion pratica» 1997/98, p. 176. Più avanti, comunque, si rivedrà parzialmente tale affermazione, a proposito delle leggi naturali. Cfr. *infra*, pp. 99 e ss.

³⁵ *Ivi*, p. 35. Corsivo mio.

nasce l'ambigua fascinazione di Carl Schmitt per il pensiero di Hobbes, in cui il potere costituente è sciolto da vincoli superiori ma legittimato dal consenso dei cittadini.³⁶ Se si passa dal piano teorico a quello storico, poi, risulta evidente che il problema della legittimità dei principi costituzionali è ben più complesso. La legittimità della Costituzione italiana, ad esempio, riposa tanto sui decreti luogotenenziali del Re di maggio³⁷, come sostengono molti giuristi positivi, quanto sul consenso riconosciuto a un'Assemblea costituente eletta, per la prima volta, a suffragio universale e, soprattutto, sulla coerenza fra il suo contenuto e i valori imposti dalla lotta di liberazione antifascista.³⁸

Quando si riconosce che la fondazione dei principi costituzionali non può (weberianamente) risiedere in altro che nel «totale libero arbitrio puramente soggettivo»³⁹ di chi li pone, si rischia di ricadere nello scenario che ossessionava Hobbes. O in un incubo ancora peggiore:

la libertà puramente soggettiva della posizione dei valori conduce però a un eterno conflitto dei valori e delle visioni del mondo, una guerra di tutti contro tutti [...] al cui confronto il vecchio *bellum omnium contra omnes* e persino l'atroce stato di

³⁶ Sul problema del consenso nella teoria del potere costituente di Schmitt si veda, da ultimo, A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, cap. 2.

³⁷ Umberto II assunse le funzioni di reggente (luogotenente del Regno) per decisione di Vittorio Emanuele III e poi divenne re per il solo mese di maggio del 1946. Durante il periodo di reggenza firmò, sotto pressione degli alleati e d'accordo con i partiti del CLN, il decreto luogotenenziale 151/1944 poi noto come «prima costituzione provvisoria». In tale decreto veniva indetta l'elezione a suffragio universale maschile e femminile di un'assemblea costituente allo scopo di redigere una nuova costituzione. Per «seconda costituzione provvisoria» si intende il decreto luogotenenziale 98/46 che indisse, contestualmente all'elezione per la Costituente, il referendum nel quale i cittadini italiani furono chiamati a scegliere tra la forma di governo repubblicana e quella monarchica.

³⁸ L'individualista anarchico americano Lysander Spooner sosteneva, ad esempio, che la Costituzione americana è vincolante solo per chi la sottoscrive liberamente: «chi davvero prende sul serio l'autonomia della morale moderna», scrive Baroncelli, «non tarda ad essere confutato e punito. Credeva di potere fare la scelta iniziale, e invece gli spiegano che l'ha già fatta. Perché le scelte iniziali, un po' come il contratto sociale, hanno questa caratteristica strana: ciascuno le ha fatte e nessuno riesce a ricordare quando. A parte i personaggi di qualche romanzo esistenzialista, che in genere non hanno molto altro da fare, e vivono per pochissime pagine». (F. Baroncelli, *Etica e razionalità. Un finto divorzio?*, cit., pp. 146-147)

³⁹ C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte* (1979), tr. it. *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano 2008, p. 50.

natura della filosofia politica di Thomas Hobbes sono autentici idilli. I vecchi dei risorgono dalle loro tombe e riprendono la loro antica battaglia, ma disincantati e – dobbiamo aggiungere oggi – con nuovi strumenti bellici, che non sono più armi convenzionali, bensì terrificanti mezzi di annientamento e metodi di sterminio, terribili prodotti della scienza avalutativa nonché della tecnica al cui servizio essa si pone. Ciò che per l'uno è il diavolo, per l'altro è dio.⁴⁰

Secondo Schmitt, la legalità weberiana comporta una lotta di tutti contro tutti per l'imposizione dei propri valori⁴¹.

Nel tentativo di confutare tale critica, si può affermare, e ciò è fra gli scopi di questo lavoro, che il diritto moderno costituisce proprio quello strumento atto a limitare il potere di chi voglia imporre i propri valori, il «proprio dio» per dirla con Schmitt. Ferrajoli ha definito lo «stato di diritto» come il modello razionale della «legge del più debole»⁴², opposto allo stato di natura dove vige la «legge del più forte». Venute meno le certezze del giusnaturalismo antico⁴³, il pensiero successivo fa del *potere limitato* uno dei protagonisti di quella che alcuni autori hanno chiamata *modernità politica*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Nel testo sopra citato Schmitt si rifà alla posizione anti moderna di Heidegger che, nel suo libro su Nietzsche, parla del concetto moderno di valore (etico e politico) come un «surrogato positivista del metafisico». (citato da C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, cit., p. 49)

⁴² Si veda L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 823 e vol. II, p. 44.

⁴³ «Hobbes rompe con la grande tradizione giusnaturalistica classica e cristiana, che – utilizzando un insieme di argomentazioni di natura diversa (da quelle cosmologiche e teleologiche dell'ordine armonico e divino dell'universo ad altre più strettamente etico-giuridiche del *consensus gentium*) – era però concorde nel considerare il diritto naturale un criterio oggettivo di distinzione del giusto dall'ingiusto, criterio dal quale derivare e giustificare le norme del diritto volontario o positivo. L'oggettività della morale era il presupposto di ogni ragionamento politico. Il meccanicismo e il nominalismo hobbesiani minano invece alle fondamenta il giusnaturalismo tradizionale, negando l'esistenza di un ordine di valori etici per affermare il soggettivismo morale quale principio della riflessione politica». (E. Vitale, *Hobbes e Kant*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 65)

2. Dal dio mortale alla burocrazia senza purgatorio

Tradizionalmente, l'inizio della modernità politica si fa risalire alla nascita degli stati nazione. Il processo di consolidamento dei grandi stati europei, in particolare Spagna, Francia e Inghilterra, avviene lungo due direttrici: verso l'interno, il governo centrale tenta di imporsi sui poteri inferiori come i feudatari, i comuni, le corporazioni; verso l'esterno, prova a svincolarsi dai poteri superiori come la chiesa e l'impero. Tale processo tende tanto al monopolio della forza legittima di weberiana memoria, quanto all'unificazione dell'ordinamento giuridico che, come vuole Kelsen, finirà per coincidere con il concetto stesso di stato. L'affermazione dello «stato moderno» come risultato di tali trasformazioni, ha come conseguenza l'imporsi di un nuovo attore sulla scena politica: il cittadino. Parlando del suo *Barone rampante*, Italo Calvino descrive l'archetipo dell'«individuo moderno»:

Ecco: sale, e d'albero in albero viaggia per giorni e giorni, anzi, non torna più giù, si rifiuta di scendere a terra, passa sugli alberi tutta la vita. Dovevo farne la storia d'una fuga dai rapporti umani, dalla società, dalla politica eccetera? No, sarebbe stato troppo ovvio e futile: il gioco cominciava a interessarmi solo se facevo di questo personaggio che rifiuta di camminare per terra come gli altri non un misantropo ma un uomo continuamente dedito al bene del prossimo, inserito nel movimento dei suoi tempi, che vuole partecipare ad ogni aspetto della vita attiva: dall'avanzamento delle tecniche all'amministrazione locale, alla vita galante. Sempre però sapendo che per essere con gli altri veramente, la sola via era d'essere separato dagli altri, d'imporre testardamente a sé e agli altri quella sua incomoda singolarità e solitudine in tutte le ore e in tutti i momenti della sua vita, così come è vocazione del poeta, dell'esploratore, del rivoluzionario.⁴⁴

⁴⁴ I. Calvino, *I nostri antenati*, Einaudi, Torino 1960, Introduzione, p. x.

L'individualismo moderno è alla base della nuova concezione della politica che si impone con i rivolgimenti legati alla nascita dello stato nazione. Thomas Hobbes ha avuto un posto privilegiato tra gli spettatori di questa trasformazione. La rappresentazione dello stato assoluto attraverso la metafora del mostro biblico, il Leviatano che «sulla terra non ha signore»⁴⁵, è l'estrema conseguenza delle premesse poste dai rivolgimenti politici e dai nuovi paradigmi teorici che si affermano nell'età moderna.

Agli osservatori del XVI e XVII secolo l'Europa appariva dilaniata dall'esperienza delle guerre di religione e dall'instabilità interna dell'Inghilterra, oscillante fra guerra civile e rivoluzione. Sul piano teorico, poi, la diffusione delle dottrine della «ragion di stato» e del machiavellismo furono molto influenti per il pensiero hobbesiano. In Francia, Jean Bodin aveva descritto la figura del sovrano *legibus solutus*, sciolto, cioè, dal vincolo di rispettare i propri stessi comandi. Ancor prima, in Italia, Machiavelli aveva teorizzato la separazione (il vero e proprio divorzio) fra morale e politica. Parlando del Duca Valentino, Machiavelli affermava che:

Era tenuto Cesare Borgia crudele: nondimanco quella sua crudeltà aveva racconcia la Romagna, unitala, ridottala in pace e in fede.⁴⁶

Per lo «scienziato politico» Machiavelli, il giudizio morale relativo alla crudeltà del principe era irrilevante rispetto ai risultati ottenuti dal Valentino.

⁴⁵ *Giobbe*, 41, 25.

⁴⁶ N. Machiavelli, *Il Principe* (1532), cap. XVIII, Einaudi, Torino 1995, p. 108. Nel XX secolo, riconoscendo in Machiavelli il primo grande pensatore politico moderno, Leo Strauss ripropone molte delle critiche a lui mosse dai suoi contemporanei. Salvo il parziale ridimensionamento di tali tesi, nel suo saggio *Thoughts on Machiavelli* (1978, tr. it. *Pensieri su Machiavelli*, Giuffrè, Milano 1970) egli afferma: «se è vero che il solo malvagio può abbassarsi a predicare massime di banditismo, pubblico o privato, in questo caso siamo costretti a dire che Machiavelli fu un uomo malvagio» (p.1). «Machiavelli proclama apertamente e trionfalmente una dottrina corruttrice, che antichi scrittori hanno insegnato segretamente oppure con chiari segni di dissenso» (p. 2). «Condizione indispensabile di ogni analisi "scientifica" è allora l'ottusità morale» (p. 3). «L'insegnamento di Machiavelli è immorale e irreligioso» (p. 4).

Successivamente, e in contrasto con tali teorie, nasce il giusnaturalismo moderno. Il «modello giusnaturalistico»⁴⁷, la cui prima grande formulazione è quella di Hobbes, si basa sulla dicotomia fra stato di natura e stato civile. Nella sua elaborazione teorica, il «contratto» è il fondamento del potere legittimo e la garanzia dei diritti naturali dei singoli che, per Hobbes, si restringono al solo diritto alla vita. Per Hobbes nello stato di natura, dove dominano «le passioni, la guerra, la paura, la povertà, l'incuria, l'isolamento, le barbarie, l'ignoranza, la bestialità»⁴⁸, l'uomo conduce una vita «solitaria, povera, sordida, bestiale e corta»⁴⁹. Solo con il passaggio allo stato civile, attraverso il contratto, gli uomini escono da questo stato di guerra permanente, in forza di un potere statale in grado di mantenere la pace. Il contrattualismo post hobbesiano inserirà altre clausole al patto di unione che istituisce lo stato; per Locke, ad esempio, il fine del passaggio allo stato civile è la salvaguardia dei diritti naturali, tra i quali, al fianco di quello alla vita figurano anche libertà e proprietà.

Leo Strauss, il più antimoderno degli scrittori contemporanei, descrive il giusnaturalismo in questo modo:

Esiste una differenza di principio tra la concezione moderna e quella tradizionale della legge naturale. La tradizionale legge naturale è prima di tutto e soprattutto «una norma e una misura» oggettiva, un ordine vincolante che viene prima ed è indipendente dal volere umano, mentre la moderna legge naturale è, o tende a essere, prima di tutto e soprattutto una serie di «diritti», di rivendicazioni soggettive, che hanno origine nel volere umano.⁵⁰

⁴⁷ Si veda N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», L, 1972, pp. 603-622, poi sviluppato e ampliato in un saggio omonimo in N. Bobbio, M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, il Saggiatore, Milano 1979.

⁴⁸ Th. Hobbes, *De cive* (1642), X, 1, in Id., *Opere politiche*, cit., p. 215.

⁴⁹ Th. Hobbes, *Leviatano*, cap. XIII, cit., p. 74.

⁵⁰ L. Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis* (1936), tr. it., *La filosofia politica di Hobbes*, in Id., *Che cos'è la filosofia politica?*, Argalia, Urbino 1977, p. 120.

Al di là delle differenze fra gli autori, pur a volte molto rilevanti, la novità del giusnaturalismo moderno è tanto più evidente se si misura la distanza che lo separa dal modello prevalente in gran parte dell'età antica e medievale. Tale paradigma, perfettamente esemplificato dal primo libro della *Politica* di Aristotele, si basa su presupposti molto distanti da quelli hobbesiani, pur rispondendo entrambi alla domanda circa il passaggio dalla società prepolitica a quella politica. Secondo Aristotele la formazione della *polis* è un processo naturale di genesi che ha come nucleo originario la famiglia. L'uomo come animale sociale si organizza in gruppi sempre più ampi che vanno *naturalmente* dalla famiglia alla città⁵¹. Nel *De cive*, invece, Hobbes descrive la formazione dello stato come una costruzione *artificiale* a partire dai singoli individui, come elementi costitutivi semplici, che stipulano un patto di convivenza.⁵²

La grande dicotomia teorica, prima ancora che politica, fra meccanicismo e organicismo⁵³, non contrappone premodernità a (prima) modernità se non nella ricostruzione del paradigma più influente nei diversi periodi; ciò non toglie evidentemente che vi sono tracce di entrambi i modelli nell'intera storia del pensiero, a volta nelle medesime opere di pensiero. Più oltre si tornerà su questi concetti. Quel che interessa a questo punto è in che modo Hobbes

⁵¹ Tale modello è stato talmente influente, soprattutto fino al medioevo, che ne esistono moltissime versioni. Alcune di esse prevedono molti più passaggi intermedi che giungono fino all'impero. Ancora nel XVII secolo, Tommaso Campanella racconta il progresso sociale attraverso undici stadi, dalla famiglia al genere umano. A tale proposito si veda N. Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio, M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, cit., p. 41.

⁵² Si veda M. Bovero, *Hobbes y la apología moderna del artificio*, in «Diánoia. Anuario de Filosofía», XXXIV, 34, 1988.

⁵³ A proposito di tale dicotomia si vedano N. Bobbio, *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in A. Petroni, R. Viale (a cura di), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Cortina, Milano 1997; G. Morgan, *Images of Organization* (1986), tr. it. *Images. Le metafore dell'organizzazione*, FrancoAngeli, Torino 1995; A. Meyer, *Mechanische und organische Metaphorik politischer Philosophie*, in «Archiv für Begriffsgeschichte», 13, 1969; S. Wolin, *Politics and Vision: Continuity and Innovation in Western Political Thought* (1960), tr. it. *Politica e visione. Continuità e innovazione nel pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996, pp. 596 e ss.; E. Vitale, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 23 e ss.

abbia edificato un sistema filosofico che ha come suo compimento la teoria dello stato assoluto a partire da tale «nuova» impostazione di pensiero.

Alla base del sistema filosofico che Bobbio riconosce come esemplare della modernità politica vi è la predilezione per un uso specifico della nozione di ragione: la ragione formale⁵⁴ espressa attraverso la regola tecnica rappresentata dalla formula «se vuoi x , allora devi fare y ».

A questo punto è necessaria una precisazione circa la differenza fra «regola tecnica» e «regola pragmatica»; questa seconda sembra più appropriata al caso di Hobbes. Nella *Fondazione della metafisica dei costumi*, Kant distingue gli «imperativi categorici» da quelli «ipotetici»; questi ultimi «rappresentano la necessità pratica di un'azione possibile come mezzo per ottenere qualcos'altro che si vuole (o che è possibile si voglia)»⁵⁵. Questi vengono a loro volta distinti in «imperativi ipotetici tecnici» propri dell'arte e «imperativi ipotetici pragmatici» propri del benessere⁵⁶; i primi sono delle vere e proprie «regole dell'abilità», i secondi sono «consigli della prudenza»⁵⁷. Da tale distinzione si fa derivare la differenza logica fra regole tecniche e regole pragmatiche⁵⁸. Entrambe hanno la struttura ipotetica ma differiscono a seconda che l'antecedente sia costituito da un fine oggettivo (r. pragmatica) o soggettivo (r. tecnica). In questo senso si dirà che le connessioni nel ragionamento di Hobbes sono di tipo pragmatico, in quanto conseguono dal «dato di fatto» che tutti gli uomini vogliono salva la vita, così come vogliono evitare il dolore

⁵⁴ Il significato hobbesiano di *ratio* come calcolo torna, in realtà, all'origine dei molteplici significati di volta in volta assunti dal termine «ragione»; nella logica analitica hobbesiana è implicito un significato di «ragionare» come «mettere in connessione enti».

⁵⁵ I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), tr. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, seconda sezione, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 59.

⁵⁶ *Ivi*, p. 65.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Si vedano, tra gli altri, A. G. Conte, *Materiali per una tipologia delle regole*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 15, 1985; G. M. Azzoni, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, FrancoAngeli, Torino 1991, soprattutto pp. 96 e ss; G. Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Ets, Pisa 2008.

fisico. Tale caratteristica è «naturale» nel senso che la si ritrova in tutti gli esseri umani. Il fatto di assumere come «naturale» l'antecedente della lunga catena del suo ragionamento, è ciò che fa di Hobbes un giusnaturalista.

Proprio a partire da tale assunzione, poi, si giunge a una teoria della sovranità che vuole il potere irrevocabile, assoluto e indivisibile⁵⁹. Ciò attraverso un «ragionamento» che procede per implicazioni necessarie. Dato che nello «stato di natura» tutti gli uomini sono eguali nello «scambievole desiderio di nuocersi»⁶⁰, e nessuno è ragionevolmente sicuro di avere salva la vita, allora c'è bisogno di un «potere comune» cui conferire forza sufficiente ad assicurare la salvezza degli individui che vi si sottomettono. Lo stato deve garantire i cittadini contro il ritorno allo stato di natura (la guerra civile) che è uno stato di violenza e paura: la «guerra di tutti contro tutti»⁶¹.

Il contrattualismo giusnaturalista moderno nasce come giustificazione di un ordine sociale alternativo rispetto a quello medievale.⁶² Due sono le caratteristiche principali della svolta di Hobbes: 1) lo stato è un prodotto artificiale di una scienza rigorosa; 2) per garantire la sicurezza degli individui, il potere sovrano deve essere *legibus solutus*, svincolato da ogni limite superiore.

⁵⁹ Si veda N. Bobbio, *La teoria politica di Hobbes* (1980), in Id., *Thomas Hobbes* (1989), Torino, Einaudi 2004, pp. 49 e ss.

⁶⁰ Th. Hobbes, *De cive*, cit., p. 87.

⁶¹ Th. Hobbes, *Leviatano*, cap. XIII, cit., p. 73.

⁶² In un passo illuminante Bobbio afferma che: «Quel che i suoi contemporanei non poterono comprendere fu che il Leviatano era il grande stato moderno, che nasceva dalle ceneri della società medievale. Presero il suo autore per uno scettico, un cinico, sinanco un libertino, mentre era prima di tutto un osservatore spregiudicato che assisteva, umanamente inorridito ma filosoficamente impassibile, alla nascita di un grande evento di cui cercò di capire le cause e il fine. E fu tanto convinto dell'esattezza geometrica della sua costruzione da presentare una descrizione – in ciò simile a Hegel – come una giustificazione, il reale come razionale, quello che era come quello che doveva essere. Come tutti i realisti, a furia di irridere coloro che scambiano i loro desideri per realtà, anche Hobbes finì come Hegel per scambiare la realtà più crudele per ciò che vi è di più desiderabile». (N. Bobbio, *La teoria politica di Hobbes*, cit., p. 66)

Con tali assunti si confronteranno gli autori del giusnaturalismo posthobbesiano. A partire da Locke⁶³, l'«assolutismo» costituirà il principale obiettivo polemico della filosofia politica, senza, però, mettere in discussione tanto la svolta individualista e artificialista, quanto il metodo razionale proprio del cognitivismo costruttivista *à la* Hobbes. I grandi edifici filosofici del contrattualismo giusnaturalista si costituiscono in opposizione al pensiero hobbesiano pur operando con gli stessi strumenti analitici di Hobbes.

Il potere senza limiti è il «demone»⁶⁴ con cui si confronta il pensiero politico successivo. La moderna teoria del diritto naturale, come reazione contro lo stato assoluto, è un tentativo di assumere come punti di partenza certi principi morali (razionali). Come fa notare Bobbio, i cosiddetti diritti naturali sono garanzia contro l'arbitrio del sovrano *legibus solutus*:

Il giusnaturalismo, come teoria oggettivistica della morale, è servito ottimamente da fondazione di ogni teoria favorevole ai limiti del potere statale. Dall'esigenza di uno stato limitato dalla legge naturale sono nati il costituzionalismo moderno contro il machiavellismo, contro le teorie della ragion di stato e il diritto divino dei re, contro l'assolutismo paternalistico e quello hobbesiano; la concezione liberale dello stato contro le varie forme di dispotismo più o meno illuminato; lo stato di diritto del secolo scorso contro lo stato di polizia e lo stato etico; da ultimo le teorie della garanzia internazionale dei diritti dell'uomo contro il perenne pericolo dello stato totalitario.⁶⁵

⁶³ «Mentre nel sistema di Hobbes, dove il regno della *libertas* coincide immediatamente con il regno della paura e della violenza, la libertà naturale è valutata in ragione dei suoi effetti distruttivi; nel sistema di Locke, dove la condizione naturale di indipendenza degli individui viene idealmente separata dalla condizione di guerra e definitiva per antitesi ad essa, la libertà diventa un valore indiscutibile». (M. Bovero, *Politica e artificio. Sulla logica del modello giusnaturalistico*, in «Materiali filosofici», 1981, n. 6, p. 91)

⁶⁴ All'indomani della seconda guerra mondiale e dei totalitarismi, in un saggio del 1948 Gerhard Ritter racconta il machiavellismo e la genesi della politica moderna come la manifestazione de *Il volto demoniaco del potere*. Si veda G. Ritter, *Die Dämonie der Macht* (1947), tr. it. *Il volto demoniaco del potere*, il Mulino, Bologna 1968.

⁶⁵ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, p. 192.

Il giusnaturalismo razionalista, o giusrazionalismo, si costituisce attorno al recupero degli strumenti antichi della *recta ratio*, l'*orthos logos* del VI libro dell'*Etica nicomachea*, come fonte della legge giusta. In questo senso si dice che il diritto naturale è costituito dai *dictamina rectae rationis*. Si tratta del tentativo di fondare il diritto come complesso di regole di condotta «su basi più solide e meno aleatorie della volontà del superiore, sia esso Dio o il principe o il popolo»⁶⁶.

Da queste riflessioni sono nate le dottrine liberali dei diritti fondamentali (Locke), le teorie della separazione dei poteri (Montesquieu), e le idee democratiche della sovranità popolare (Rousseau)⁶⁷. Tali sono le risposte moderne, a volte in conflitto fra loro⁶⁸, al tema dei limiti al potere; esse sono assunte singolarmente in alcuni sistemi filosofici mentre sono presenti contestualmente in altri. La filosofia politica kantiana è un esempio, sia pur problematico, di compresenza dei tre elementi.⁶⁹ Questo è anche il senso in cui si devono intendere le affermazioni dei diritti naturali comprese nei «documenti rivoluzionari moderni», dalla *Dichiarazione di indipendenza americana* del 1776 in poi. Le affermazioni che suonano come «tutti gli uomini nascono liberi ed eguali (e così devono essere trattati)» sono il frutto di tali presupposti teorici.

⁶⁶ N. Bobbio, *Diritto e ragione* (1987), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino 1994, p. 301.

⁶⁷ La differenza fondamentale, relativamente al problema dei limiti al potere, fra il contrattualismo hobbesiano e quello dei suoi successori è il motivo per cui la dottrina neocontrattualista di John Rawls evita il riferimento a Hobbes per riconnettersi direttamente a Locke, a (una particolare versione del pensiero di) Rousseau e soprattutto a Kant.

⁶⁸ È bene ricordare che Rousseau è un ammiratore di Hobbes, e pur costruendo una teoria democratica inclusiva, ritiene che la «volontà generale» non debba avere limiti. Parlando di Hobbes afferma che si tratta del solo pensatore moderno ad aver «penetrato esattamente il male e il suo rimedio, e che abbia osato proporre di riunire le due teste dell'aquila e di ricondurre tutto all'unità politica senza cui non ci sarà mai né un governo né uno Stato ben costituito». (J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, IV, VIII, cit., p. 197)

⁶⁹ Si veda, ad esempio, N. Bobbio, *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli, Torino 1969, soprattutto la parte IV.

La ricostruzione proposta da Bobbio del giusrazionalismo moderno suggerisce di intenderlo come esito di uno spostamento di «accento»⁷⁰ rispetto alle dottrine del diritto naturale antiche e medievali; l'interesse prevalente si sposta dall'aspetto *imperativo* della legge naturale (la legge naturale come vincolo per i sovrani di fronte a dio) a quello più propriamente *attributivo* (i cittadini hanno diritti che lo stato è obbligato a rispettare). Risulta evidente come, attraverso tale passaggio, la concezione moderna del diritto naturale si costituisca come una vera e propria teoria dei limiti all'esercizio del potere. Eppure è Bobbio stesso a constatare che «di questi argomenti il giusnaturalismo è stata una durevole manifestazione: ma non è stata la sola. E non sembra oggi, teoreticamente, la più accettabile»⁷¹.

L'edificio teorico hobbesiano, ricapitolando, si fonda sulla razionalizzazione (e secolarizzazione) della politica attraverso la costruzione di un modello artificiale di stato come prodotto della ragione. Per Hobbes, inoltre, lo stato moderno, in quanto garanzia dell'ordine, costituisce l'unica fonte legittima del diritto, cioè di comandi vincolanti per i cittadini. Questo elemento ha portato alcuni critici a riconoscere in Hobbes, non solo uno fra i capostipiti del «giusnaturalismo», ma anche un precursore del positivismo giuridico, inteso come quella dottrina che restringe il campo dell'analisi delle norme alla loro validità nell'ordinamento⁷². A tale proposito si è parlato di un

⁷⁰ Si veda N. Bobbio, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1963), in Id., *Teoria generale della politica*, cit., pp. 443 e ss. Nel 1990, quasi trent'anni dopo, Bobbio torna sullo stesso tema, usando un'espressione ben più netta per descrivere il passaggio dal «codice dei doveri» al «codice dei diritti». Non più uno spostamento di «accento» ma una «rivoluzione copernicana proprio nel senso kantiano, come capovolgimento del punto di osservazione». (N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 56)

⁷¹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 195. Si noti che l'«oggi» di cui parla Bobbio risale già agli anni '60 del Novecento.

⁷² Nel capitolo successivo si entrerà nello specifico dei significati che possono essere attribuiti all'espressione «giuspositivismo», per ora basti notare che una delle correnti principali della riflessione politica moderna sostituisce al problema della giustizia delle norme quello della loro validità. Cfr. *infra*, pp. 71 e ss.

vero e proprio «paradosso»⁷³ nel pensiero di Hobbes, secondo il quale nello stato di natura non ha senso parlare di giustizia. Tale concetto assume significato solo nello stato civile in cui esiste un patto dal cui inadempimento, e da null'altro, deriverebbe l'ingiustizia.⁷⁴

Il fine dell'argomentazione hobbesiana, sia nella trattazione delle leggi di natura come dettami della retta ragione, sia delle leggi civili come unica fonte di giustizia, è la «teoria dello stato assoluto»⁷⁵, contro la quale si schiererà il giusrazionalismo posthobbesiano; eppure nessuno degli autori principali di tale corrente può fare a meno della teoria artificialista del contratto. La necessità di uscire dallo stato di natura implica l'obbligo di rendere positive le «giustificazioni razionali» al fondo del diritto naturale; si tratta di rendere, come ebbe a dire Kant, «perentorio» il «diritto naturale provvisorio»⁷⁶, recuperando la differenza, già del diritto romano, fra *ius perfectum* e *ius imperfectum*, dove il primo è quello che si può far valere anche con la forza.

La *Metafisica dei costumi* di Kant costituisce un tentativo di dimostrare un sistema *a priori* di «diritto giusto», a partire dai principi di una morale deontologica. Al giurista resterà sempre oscuro che cosa è giusto e che cosa è ingiusto se «egli non abbandona per un certo tempo quei principi empirici» – qui Kant parla del diritto positivo – e «non cerca le origini di quei giudizi nella ragione pura quale unico fondamento di ogni legislazione positiva possibile»⁷⁷. Neanche la più sistematica delle costruzioni razionali, però, può fare a meno di confrontarsi con il problema del contrattualismo moderno. Ciò che accomuna

⁷³ N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes* (1954), in Id., *Thomas Hobbes*, cit., p. 112.

⁷⁴ Si veda Th. Hobbes, *De cive*, III, 4, cit., p. 117.

⁷⁵ N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, cit., p. 114.

⁷⁶ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), tr. it. *La metafisica dei costumi, Dottrina del diritto*, 44, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 141 e Id., *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), tr. it. *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, parte II, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 136 e ss.

⁷⁷ I. Kant, *La metafisica dei costumi*, Introduzione alla dottrina del diritto, cit., p. 34.

Kant e Hobbes è la consapevolezza che legittimità del potere non può che poggiare sul consenso dei subordinati, e non più su dio o sulla tradizione; per Kant le caratteristiche del contratto sono quelle di:

obbligare ogni legislatore ad emanare le sue leggi così come esse sarebbero *potute*, nascere dalla volontà riunita di un intero popolo, e considerare ogni suddito, in quanto voglia essere cittadino, come se avesse dato il suo assenso ad una tale volontà.⁷⁸

Se la versione razionalista e cognitivista dei diritti umani è l'antecedente della teoria moderna dello «stato di diritto», l'oggettiva validità razionale dei suoi asserti non ne è più condizione necessaria. Il diritto naturale sembra piuttosto un'eredità scomoda e pesante a molti dei difensori dei diritti fondamentali che, soprattutto alla luce dell'elaborazione positiva dei principi costituzionali, fondano la validità di questi sulla costituzione come patto di convivenza⁷⁹, e non già su pretese morali universalmente dimostrabili.⁸⁰

La positivizzazione di principi morali, fino ad allora extragiuridici, è la principale caratteristica dei modelli dello «stato di diritto» e dello «stato costituzionale di diritto»⁸¹. La modernità politica, «l'età dei diritti» di cui parla Bobbio, si basa sulla caratterizzazione dei diritti fondamentali (a differenza

⁷⁸ I. Kant, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, parte II, cit., p. 144.

⁷⁹ Sul debito del costituzionalismo nei confronti del contrattualismo si veda L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, pp. 819 e sg, e vol. II, pp. 158 e ss.

⁸⁰ Oggi sembra piuttosto il contrario. Coloro i quali mettono in discussione i diritti fondamentali degli ordinamenti costituzionali, lo fanno in nome di verità rivelate dalla natura o da dio. Non è un caso che la retorica del bene e del male rientra oggi di prepotenza nel dibattito politico; a tale proposito si veda ad esempio R. Bernstein, *The abuse of evil. The corruption of politics and religion since 9/11*, Polity Press, Cambridge 2005. In tale saggio si propone di abbandonare il modello interpretativo huntingtoniano dei conflitti contemporanei. Bernstein sostituisce il *clash of civilisations* fra differenti culture con il *clash of mentalities* trasversale alle diverse realtà culturali: il conflitto fra la «brama di assoluto» e il «fallibilismo pragmatista».

⁸¹ Per la differenza fra «stato legislativo di diritto» e «stato costituzionale di diritto», si vedano, tra gli altri, L. Ferrajoli, *Lo stato di diritto fra passato e futuro*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2003, e G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, capitolo II.

delle leggi naturali antiche e medievali) come rivendicazioni dei cittadini (degli stati moderni) nei confronti dei propri governanti:

Nello stato dispotico i singoli individui hanno doveri e non diritti. Nello stato assoluto gli individui vantano nei riguardi del sovrano diritti privati. Nello stato di diritto l'individuo ha verso lo stato non solo diritti privati ma anche diritti pubblici. Lo stato di diritto è lo stato dei cittadini.⁸²

I poteri dello stato vengono sottoposti al diritto non solo in conseguenza della codificazione delle regole di organizzazione e attribuzione del potere, come già avveniva nello «stato legislativo di diritto», ma anche (soprattutto) perché l'azione politica viene vincolata dalle tavole dei diritti contenute nelle carte costituzionali. Come osserva Ferrajoli:

Lo *stato costituzionale di diritto* altro non è che questo «diritto sul diritto»: l'insieme dei limiti e dei vincoli giuridici – di forma e di sostanza – che dovrebbero circondare qualsiasi esercizio del potere, non solo pubblico ma anche privato, non solo esecutivo ma anche legislativo, e non solo entro gli ordinamenti statali ma anche nelle relazioni internazionali.⁸³

Nello stato moderno, al diritto come regola di condotta per i cittadini, si affianca il diritto come regola di attribuzione di poteri e di produzione di norme. Lo stato si auto limita come nelle concezioni giuspositiviste da Jellinek a Weber, fino a Kelsen. Se le dottrine del diritto naturale sono servite a mettere in discussione le teorie assolutiste, il positivismo giuridico sembra essere la migliore garanzia contro il ritorno a paradigmi morali premoderni che vogliono l'imposizione di un'etica che si fonda sull'assimilazione di valori a fatti e sulla loro piena conoscibilità.

⁸² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 61.

⁸³ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 487.

Schematizzando il percorso selettivo fin qui compiuto attraverso il pensiero politico moderno si possono ricostruire tre soluzioni diverse al problema dell'ordine. Tutte e tre sono *lato sensu* riconducibili al modello contrattualista hobbesiano. Secondo la teoria assolutista, la garanzia contro la guerra civile sta nella cessione volontaria, da parte dei (futuri) cittadini, di tutti i diritti al sovrano. Secondo il giusrazionalismo il potere politico, che non ha come unico scopo quello di mantenere l'ordine, è legittimato da un accordo fra individui liberi ed eguali che ha tra le sue clausole la garanzia di quei diritti naturali riconoscibili dalla retta ragione. Secondo il giuspositivismo, lo «stato di diritto» è legittimato dalla sottoposizione stessa dello *stato*, come monopolio della forza, al *diritto*, come codificazione positiva di regole sulla produzione di norme. Questo è il senso dell'affermazione di Weber quando sostiene che la giustificazione eminentemente moderna del potere poggia sul principio della razionalità dei sistemi giuridici.⁸⁴

La distanza fra il Leviatano di Hobbes (come «progetto razionale») e lo stato burocratico di Weber (che consiste nella mera «registrazione di un fatto») si può riassumere, in estrema sintesi, in un ulteriore passo nel processo di secolarizzazione del diritto; la paura del disordine non è esorcizzata dal potere assoluto dello stato in cui gli individui non devono più avere paura gli uni degli altri, quanto piuttosto dal carattere impersonale della legge come linguaggio dello stato che la fa rispettare in virtù della concentrazione della forza.

In riferimento a Hobbes, come esempio della modernità, Revelli afferma che «tutta la concezione moderna dello stato e della politica, andrà d'ora in poi – in qualche misura – nella direzione di un uso razionale e salvifico del “male” (come mezzo) per ottenere il “bene” (l'ordine, la convivenza) come

⁸⁴ Per la discussione del concetto weberiano di legittimità legale-razionale cfr. *infra*, pp. 131 e ss.

risultato»⁸⁵. Eppure, il modello giuspositivista serve proprio a confinare il problema del male⁸⁶ in un perimetro che nulla ha a che fare con il diritto; serve, in altre parole, a imbrigliare il mostro, la cui «costruzione» è all'origine della modernità stessa. Se il «dio mortale» aveva reso superflua la distinzione fra inferno e paradiso, riducendo la giustizia alla volontà del sovrano, sembra possibile prendere sul serio la battuta di Baroncelli che attribuisce alla razionalità formale degli stati burocratici (la razionalità teleologica weberiana) anche l'archiviazione del purgatorio:

Nell'etica laica tendono a sparire anche i peccati veniali. Un po' come nella burocrazia: se c'è un errore formale la domanda di ammissione ad un concorso non è valida, punto e basta. Non importa quanto veniale sia l'errore: per la burocrazia non esiste il purgatorio.⁸⁷

3. La ragione è morta, evviva la ragione

Nell'analisi del concetto di «modernità politica» si è fatto più volte ricorso a quello di «ragione». Si è parlato di ragione strumentale alla costruzione dello

⁸⁵ M. Revelli, *La politica perduta*, Einaudi, Torino 2003, p. 33. Poco prima: «Questa è, in fondo la chiave con cui i moderni sembrano misurarsi con il «mistero di Giobbe»: il meccanismo – guidato in buona misura dall'artificio. Dalla mediazione di un apparato «tecnico» – secondo cui *il male viene giustificato assumendolo*. L'incomprensibile viene razionalizzato, appropriandosene monopolisticamente e trasformandolo in «artefatto» (tale è in realtà il leviatano di Hobbes: una macchina, un automa costruito – meglio: assemblato – dagli uomini secondo ragione). È – come si è visto – la grande scoperta e insieme il peccato originale della modernità, particolarmente visibile in politica». (*Ibidem*) Per una discussione delle tesi di Revelli si veda E. Vitale, *Fine della modernità politica?*, in «Iride», XX, n. 52, settembre-dicembre 2007, pp. 607-619.

⁸⁶ Si noti comunque che il cosiddetto «volto demoniaco del potere» è un'espressione che non nasce in riferimento a Hobbes (cfr. *infra*, nota 64, p. 35); in seguito alla fortuna dell'interpretazione del pensiero hebbesiano proposta da Carl Schmitt (*Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938) tr. it. *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano 1986) si sono affermate letture che ripensano il problema dell'assolutezza della sovranità in termini di sostituzione della «giustizia» con la «forza». (cfr. *infra*, pp.128 e ss.) Per una versione problematica di tale teoria, si veda, da ultimo, G. Galli, *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna*, Laterza, Roma-Bari 2009.

⁸⁷ F. Baroncelli, *Etica e razionalità. Un finto divorzio?*, cit., p. 141, nota 11.

stato moderno, regola tecnica della ragione, ragione come legislatrice suprema, razionalità come conformità fra norme di grado diverso, eccetera. Questo paragrafo è dedicato alla discussione del concetto di «ragione» come strumento per definire i criteri di discriminazione fra «discrezionalità» e «arbitrio».

Evariste Gamelin e Brotteaux des Isettes sono due personaggi de *Gli dei hanno sete* di Anatole France. Durante il periodo del terrore giacobino l'uno è un giovane seguace di Robespierre, l'altro un reazionario nobile decaduto. In fila per il pane, discutono di rivoluzione, dio e ragione. Il giovane giacobino esalta il progetto di istituire il culto pubblico della *Ragione*, il vecchio, ateo e antirivoluzionario, risponde:

Io ho amore per la ragione ma non ne ho per il fanatismo. La ragione ci guida e ci illumina, ma quando ne avrete fatto una divinità, essa vi accecherà e vi indurrà al delitto.⁸⁸

In nome della ragione, questo è il problema di Brotteaux, si finirà per giustificare le brutalità che nei secoli passati sono state perpetrate in nome di dio. Il periodo del Terrore è rimasto il paradigma di ogni critica agli ideali politici moderni, primo fra tutti quello democratico nella sua versione rousseauiana. Il nobile, antirivoluzionario e ateo (Robespierre, come Rousseau, riteneva l'ateismo una perversione aristocratica), mostra l'aporia della ragione illuminista che si fa assoluta. Il lume che finisce per accecare. Ciò nonostante, il fallimento del Terrore giacobino, finito nel sangue, non interrompe la pratica moderna dell'uso della ragione come strumento per l'analisi e la progettazione della politica.

Fin dal Termidoro, le più diverse forme di restaurazione⁸⁹, pur rappresentando la disillusione dell'utopia rivoluzionaria, non contraddicono i

⁸⁸ A. France, *Les dieux ont soif* (1912), tr. it., *Gli dei hanno sete*, Einaudi, Torino 1975, pp. 56-57. La citazione è tratta da R. Bodei, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico* (1991), Feltrinelli, Milano 2007, p. 480.

presupposti di quella che fin qui è stata definita come «svolta» politica moderna. Napoleone è allo stesso tempo imperatore e codificatore della legalità moderna; tiranno ma anche promulgatore di quel *Code civil* considerato uno dei documenti fondamentali dello «stato di diritto»⁹⁰. Quanto ai Borbone restaurati, il loro potere non durerà più di tre lustri, come successe già agli Stuart nel '600. Bodei nota che «assieme alla più abietta paura, finisce, con il Termidoro, anche la “grande speranza”. Almeno provvisoriamente tutti i “cittadini” vengono rimessi al loro posto; Le gerarchie sociali si ristrutturano, aspettative e desideri si riconvertono. Ma nulla, nel bene e nel male, potrà a ritornare quel che era»⁹¹.

Nella sua forma razionalista, il giusnaturalismo moderno va incontro agli stessi «demoni» contro i quali ha combattuto. La ragione illuminista come strumento antidogmatico viene divinizzata durante il terrore. La presenza di tale aporia interna al razionalismo contrattualista era stata notata anche prima della distinzione kantiana fra ragione *pura* (teoretica) e ragione (pura) *pratica*. Secondo Kant, le opinioni etiche sono diverse, dal punto di vista epistemologico, dalle verità della scienza, siano esse empiriche o razionali. Anche Kant, però, riteneva che le leggi morali fossero determinabili attraverso la ragione pratica legislativa a partire da principi assunti come validi.

Come i tutti giusrazionalisti, da Hobbes a Kant, Locke riteneva che:

da proposizioni evidenti di per se stesse, mediante conseguenze necessarie, non meno inconfutabili di quelle della matematica, si potrebbe trarre tutte le misure del giusto e dell'ingiusto, se qualcuno dovesse applicarsi a questa scienza con la medesima imparzialità e attenzione che pone nell'altra.⁹²

⁸⁹ R. Bodei, *Geometria delle passioni*, cit., p. 510.

⁹⁰ Cfr. *infra*, p. 122.

⁹¹ R. Bodei, *Geometria delle passioni*, cit., p. 513.

⁹² J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), tr. it. *Saggio sull'intelletto umano*, UTET, Torino 1971, p. 663.

Prima di Kant, però, era già stata mossa una fondamentale critica al cognitivismo razionalista che riconosceva alla ragione pratica la possibilità di *dimostrare* le norme morali. Nel terzo libro del *Trattato sulla natura umana* di Hume si legge:

Alcuni filosofi si sono laboriosamente impegnati a diffondere l'opinione che la morale sia suscettibile di dimostrazione, e per quanto nessuno di essi sia mai stato capace di progredire di un solo passo in queste dimostrazioni, pur tuttavia danno per scontato che questa scienza possa essere portata a una certezza eguale a quella della geometria e dell'algebra.⁹³

Anche «la dea ragione», dice Bobbio, «è stata detronizzata»⁹⁴. I suoi contemporanei, del resto, trattarono le riflessioni di Hume come Platone quelle dei sofisti. Posizioni di atei e libertini, interessati esclusivamente al proprio tornaconto. Nel *Teeteto*, ad esempio, le tesi sofiste sembrano un manifesto *ante litteram* del «relativismo»:

ciò che a ciascuna *polis* appare giusto e bello, questo è anche per essa giusto e bello, finché lo reputi tale.⁹⁵

Eppure tali tesi erano destinate al successo che il Novecento tributerà loro, facendo di Hume il padre delle teorie non cognitive dal punto di vista

⁹³ D. Hume, *A Treatise of Human Nature* (1739), tr. it. *Trattato sulla natura umana*, III, I, 1, in Id., *Opere*, vol. I, Laterza, Roma-Bari 1971, p. 490.

⁹⁴ N. Bobbio, *Diritto e ragione*, cit., 305.

⁹⁵ Platone, *Teeteto*, 167c. Più avanti, per bocca di Socrate, Platone ribadirà tale agomento, affermando che «al giusto e all'ingiusto, al santo e al non santo, i seguaci di Protagora sostengono deliberatamente che nessuna di codeste cose esiste per natura con essenza sua propria, bensì l'opinione che comunemente se ne ha, diviene ella opinione vera nel momento in cui si opina e per tutto il tempo che si opina». (*Ivi*, 172b)

etico⁹⁶. Voler dimostrare un'opinione morale, in forza di una presunta volontà divina o di un teorema dalla retta ragione, equivale a confondere i fatti con i valori, le dimostrazioni della fisica con le preferenze umane. Se esistono delle verità etiche assolute, inoltre, ciò che vi si allontana non può che provocare sentimenti ostili che vanno dalla diffidenza alla giustificazione delle guerre sante (o giuste).

Ma quali sono allora i modi «secolari» con cui ha ancora senso parlare di *ragione* e delle nozioni affini come *razionalità* e *ragionevolezza*? Senza pretese di esaustività, di seguito vengono ricostruiti tre usi prevalenti del termine nel campo della filosofia pratica.

- a) *Ragione regolativa*. Secondo Kant, «la proposizione fondamentale della ragione è quindi propriamente, soltanto una regola, che nelle serie di condizioni di appartenenza date impone un regresso, al quale non è mai concesso di arrestarsi ad un qualcosa di assolutamente incondizionato»⁹⁷. Un'idea regolativa non è descrivibile nella sua totalità e viene normalmente esemplificata attraverso il concetto matematico di asintoto, come quella retta che si avvicina indefinitamente a una funzione, senza mai intersecarla. Questo è il senso minimo di razionalità come costruzione di una regola o di un modello. Tale è lo strumento di ogni proposizione teorica che tenti

⁹⁶ Su tutti si veda R. M. Hare, *The Language of Morals* (1952), tr. it. *Il linguaggio morale*, Ubaldini, Roma 1968 e Id., *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point* (1981), tr. it. *Il pensiero morale. Livelli, metodi, scopi*, il Mulino, Bologna 1989. Relativamente al diritto sono molto chiare le parole di Alf Ross: «Il diritto naturale cerca l'assoluto, l'eterno, ciò che deve rendere il diritto qualcosa di più che una creazione dell'uomo e che esonera il legislatore dalle penose responsabilità della decisione. La fonte della validità trascendente del diritto è stata trovata o in una legge magica del fato o nella volontà di Dio o nel sapere assoluto della ragione. Ma l'esperienza mostra che le dottrine costruite dagli uomini su questo fondamento, ben lungi dall'essere eterne ed immutabili, sono mutate a seconda dei tempi, dei luoghi e delle persone». (A. Ross, *On Law and Justice* (1959), tr. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 2001, p. 241)

⁹⁷ I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft* (1787), tr. it. *Critica della ragion pura*, II, II, II, VIII, Adelphi, Milano 1995, p. 555.

di *descrivere* una regolarità empirica o di *prescrivere* una regolarità pratica.

- b) *Ragione strumentale*. Si tratta di quel senso specifico di «razionalità» come l'adeguatezza di mezzi a fini: «se vuoi x allora devi fare y », tanto nel senso della regola «pragmatica» hobbesiana, quanto in quello della regola più propriamente «tecnica»⁹⁸ alla base dell'etica della responsabilità weberiana. Criticando quelli che «quando dicono “razionale”, intendono “buono”, “moderatamente generoso”, “simile a me”, “tale da inorgoglire mio padre e mia madre” e altre cose similmente confortanti»⁹⁹, si potrebbe affermare che comportarsi razionalmente vuol dire, innanzi tutto, trovare dei mezzi adeguati a degli scopi prefissati, «con l'ovvia fallibilità delle cose umane»¹⁰⁰.
- c) *Ragione argomentativa*. Tale concetto richiama alla mente la retorica degli antichi, guardata con sospetto dagli scienziati moderni e impostasi nuovamente nel dibattito filosofia soprattutto con il movimento tedesco della cosiddetta «riabilitazione della filosofia pratica»¹⁰¹. La razionalità argomentativa consiste in un processo di giustificazione di determinati assunti, significa addurre «ragioni», nel senso di argomenti e non di dimostrazioni¹⁰², a sostegno di una tesi.

⁹⁸ Sulla differenza tra «regola tecnica» e «regola pragmatica» cfr. *infra*, p. 33.

⁹⁹ F. Baroncelli, *Razionali, troppo razionali. Lo scontro tra mito e ragione nell'analisi delle elezioni americane*, in «diario», 26 novembre 2004, pp. 36-37.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Nel recente *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale* (Giappichelli, Torino 2008), Giorgio Maniaci ricostruisce un concetto di razionalità pratica *formale e limitata*, dove per «formale» intende l'analisi dei mezzi e mai dei fini dell'azione e per «limitata» si intende il fatto che tali mezzi non devono considerarsi sempre ottimali, quanto piuttosto sufficienti.

¹⁰¹ Si veda M. Riedel, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Rombach, Freiburg 1972-74.

¹⁰² Secondo Letizia Gianformaggio, parlare di diritto come «impresa razionale» significa porre l'accento sul fatto che «se io asserisco, ad esempio, che Tizio ha commesso il reato R, io intendo che «c'è una ragione» per la quale il comportamento di Tizio è il «reato R». (L. Gianformaggio, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, p. 97). Si veda, a tale

Se si assume, come fin qui proposto, che le opinioni della morale non sono definitivamente dimostrabili (neanche) dalla ragione, si potrà dire che, a sostegno di un qualsivoglia principio etico, non si possa far altro che addurre «ragioni» per convincere dei propri argomenti. Se nell'indagare il conseguente della regola tecnica (*y*), ma ciò vale ancor più per quella pragmatica, è possibile fare ricorso alla razionalità strumentale, l'antecedente (*x*) è materia di *persuasione* e non di *dimostrazione*. Queste «ragioni» richiamano alla mente ciò a cui Wittgenstein si riferiva parlando di «credenze e certezze del senso comune» e che i neoaristotelici di scuola heideggeriana definiscono «sapere pratico». Nella teoria contemporanea del diritto sono gli strumenti della cosiddetta «teoria dell'argomentazione giuridica» che prende le mosse dagli studi di Perelman e Olbrechts-Tyteca¹⁰³, dove per ragioni argomentative e persuasive si intendono proprio quelle «prove» irriducibili all'evidenza dimostrativa¹⁰⁴.

proposito, J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford 1979; L. J. Bingman, *Reasons and Reasons for Reasons: Differences Between a Court Judgment and an Arbitration Award*, in «Arbitration international» 4, 1988; M. Cohen, *Reason-Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads*, in «Columbia Journal of European Law», 14, 2, 2008; M. C. Redondo, *Ragioni e norme*, in «Ragion pratica», 25, dicembre 2005; A. Schiavello, *Il diritto è una ragione per l'azione? La 'presunta' svolta convenzionalista del positivismo giuridico contemporaneo*, in «Politica & Società», 1, 2009.

¹⁰³ Parafrasando Perelman, in un recente saggio Silvia Zorzetto dice: «la tesi centrale della nuova retorica afferma che è ragionevole anzitutto ciò che suscita l'adesione dell'uditorio universale, ciò che persuade l'uditorio privilegiato immaginato dal retore come composto da individui ragionevoli; qui ragionevolezza e *persuasione* sono, per così dire, due facce della stessa medaglia» (S. Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano 2008, p. 20). Per i riferimenti bibliografici relativi alla «teoria dell'argomentazione giuridica» cfr. *infra*, nota 17, p. 219.

¹⁰⁴ Non si sta qui sostenendo che l'elaborazione di Wittgenstein del concetto di «seguire una regola» sia equivalente all'ermeneutica di Gadamer o alla «nuova retorica» di Perelman. Tali teorie differiscono profondamente se si guarda tanto ai risvolti epistemologici quanto a quelli morali; l'orizzonte comune però è una profonda diffidenza nei confronti della possibilità di impiegare la razionalità scientifica e dimostrativa in campo pratico. Chiunque abbia dimestichezza con il pensiero di Wittgenstein sa che le riflessioni delle *Ricerche filosofiche* (*Philosophische Untersuchungen* (1953), tr. it. Einaudi, Torino 1967) poggiano sulle conclusioni del *Tractatus Logico-Philosophicus* (1922, tr. it. Einaudi, Torino 1989) dove viene esclusa la possibilità di usare la logica deduttiva in tutti gli ambiti non strettamente scientifici. La lapidaria conclusione della sua opera più famosa recita: «di tutto ciò che non si può parlare, bisogna tacere».

Il recupero della nozione di ragione argomentativa è quanto mai controverso. «Ragionevolezza»¹⁰⁵ è il termine più spesso connesso a tale caratterizzazione della ragione; esso viene usato il più delle volte in opposizione al termine «razionalità». Nel linguaggio comune si tende a usare razionalità in riferimento alla sfera teoretica e ragionevolezza in contesti pragmatici: si dice comunemente che è ragionevole chi fa ‘buon’ uso della «ragione», mentre è razionale ciò che è dedotto o dimostrato con l’ausilio della «ragione»¹⁰⁶. In ambito teorico (soprattutto contemporaneo), però, la ragionevolezza tende sempre più a coincidere con un procedimento che mira

¹⁰⁵ La rinascita dell’interesse per il tema della «ragionevolezza» è documentata da una vastissima letteratura in materia. Si vedano, tra gli altri: A. Aarnio, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht 1987; R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 2002; Id., *Ragionevolezza nel Diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino 2002; M. Atienza, *Para una razonable definición de «razonable»*, in «Doxa», 4, 2007; S. Besson, *The morality of conflict. Reasonable disagreement and the law*, Hart Publishing, Portland (Oregon), 2005; J. Cohen, *Moral pluralism and political consensus*, in D. Copp, D. Zimmerman (eds.), *Morality, reason and truth*, Rowman Allanheld, Totowa 1984; E. Garzón Valdés, *¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?* (2000), tr. it., *Può la ragionevolezza essere un criterio di correttezza morale?*, in Id., *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto*, il Mulino, Bologna 2003; A. Gutmann, D. Thompson, *Democracy and disagreement*, Harvard University Press, Cambridge 1996; N. MacCormick, *On reasonableness*, in C. Perelman, R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles 1984; Id., *Reasonableness and objectivity*, in «Notre Dame Law Review», 1999, Vol. 74, n. 5; C. MacMahon, *Reasonable Disagreement. A Theory of Political Morality*, Cambridge University Press, Cambridge 2009; F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale scientifica, Napoli 2009; V. Päivänsalo, *Balancing reasonable justice. John Rawls and crucial steps beyond*, Ashgate Publishing Company, Aldershot 2007; C. Perelaman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Sirey, Paris 1978; B. Sachs, *Whose reasonableness counts?*, in «The Yale Law Journal», Vol. 107, n. 5; W. M. Sibley, *The rational versus the reasonable*, in «The Philosophical Review», Vol. 62, n. 4; C. Vogler, *Reasonably Vicious*, Harvard University Press, Cambridge 2002; S. Young, *Divide and conquer: Separating the reasonable from unreasonable*, in «Journal of Social Philosophy», Vol. 32; Id., *Rawlsian reasonableness: A problematic presumption?*, in *Canadian Journal of Political Science*, 2006, Vol. 39, n. 1; Id., *The (un)reasonableness of rawlsian rationality*, in «South African Journal of philosophy», Vol. 24, n. 4, 2005; Id. (eds), *Reasonableness in Liberal Political Philosophy*, Routledge, London 2008. Per i riferimenti sul tema, relativi al dibattito italiano, cfr. *infra*, nota 94, p. 196.

¹⁰⁶ Nel Devoto-Oli (*Dizionario della lingua italiana*, cit.) si legge: «Ragionevole: 1. dotato di facoltà razionali. 2. Opportuno, conveniente, in quanto ispirato a un giusto criterio di valutazione, [...] di persona, che dimostra equilibrio, sensatezza, misura nelle sue richieste o nei suoi giudizi». (p. 2541) «Razionale: 1. provvisto di ragione, come facoltà peculiare dell’uomo. 2. Relativo alla ragione, come facoltà peculiare dell’uomo, spec in quanto corrispondente a un’esigenza di logicità, di sistematicità, o di rigore scientifico, di congruenza e funzionalità». (p. 2562)

ad accordi sui valori senza violenza e prevaricazione. Abbagnano afferma che: «“esser ragionevole” significa, nella lingua corrente, rendersi conto delle circostanze e delle limitazioni che esse comportano con la rinuncia ad un atteggiamento, teoretico o pratico, di assolutismo»¹⁰⁷.

Dopo aver emanato il decreto di morte di Antigone, nella celebre tragedia di Sofocle, Creonte viene «richiamato alla ragione» da suo figlio Emone con queste parole:

Padre, la ragione (*fren*) è il bene più alto che gli dei abbiano concesso all'uomo. [...] La città lamenta che questa fanciulla, la più innocente fra tutte le donne, debba morire della morte più indegna per un atto così nobile [...] no, non trincerarti nell'idea che solo ciò che dici tu e nient'altro sia retto. [...] Fa onore a un uomo, per quanto sapiente egli sia, continuare ad imparare senza chiudersi nell'ostinazione. [...] Sai bene come lungo i torrenti gonfiati dalle piene invernali gli alberi che si piegano conservano i rami, mentre quelli che resistono finiscono divelti con tutte le radici. E parimenti il marinaio che tiene troppo tese le scotte, senza mai allentarle, fa rovesciare l'imbarcazione e si trova a navigare a chiglia capovolta. Coraggio, arrenditi, e concedi al tuo animo un qualche cambiamento.¹⁰⁸

Nelle parole di Emone si possono riscontrare due ordini di argomentazioni: l'appello ai valori e l'invito a essere flessibile. Quando parla della «morte più indegna per un atto così nobile», Emone argomenta in termini di «giustizia» del comando paterno, non lasciando spazio alla possibilità di errori di valutazione. Nell'invito a trovare il «coraggio» di concedere al proprio «animo un qualche cambiamento», invece, propone di prendere in considerazione e di pesare gli argomenti e le «ragioni» degli altri, in questo caso rappresentate dal dissenso della città. In questo secondo caso non si tratta del

¹⁰⁷ N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, UTET, Torino 1998, p. 896.

¹⁰⁸ Sofocle, *Antigone*, 680. (tr. it., cit., p. 109) A tale proposito si veda, ad esempio, F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique* (2004), tr. it. Mosè, *Eschilo, Sofocle. Alle origine dell'immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna 2007, pp. 207 e ss.

dilemma morale che attraversa tutta la tragedia, del conflitto fra le leggi non scritte (divine, naturali o tradizionali) e quelle positive. Se Antigone considera Creonte un «tiranno» perché il suo comando viola leggi tradizionali sul culto dei morti, Emone rimprovera soprattutto a suo padre di non mettere in questione la propria volontà «allentando le scotte» come il marinaio della metafora. Questo è l'atteggiamento «antiassolutistico» sottinteso da Gustavo Zagrebelsky quando parla del *diritto mite*. Mite è l'atteggiamento di chi segue il consiglio di Emone (nel suo caso la straziante preghiera) di non considerare giuste esclusivamente le proprie ragioni:

La problematica coesistenza tra i vari aspetti costitutivi del diritto (diritti, giustizia, legge) e l'adeguatezza tra casi e regole richiedono un particolare atteggiamento spirituale da parte di chi opera giuridicamente. Questo atteggiamento che è in stretto rapporto con il carattere pratico del diritto, si denomina «ragionevolezza» per alludere sempre alla necessità di uno spirito di «adattamento» di qualcuno, rispetto a qualcosa o a qualcun altro, in modo di evitare conflitti attraverso soluzioni che soddisfino tutti nella maggior misura consentita dalle circostanze. «Ragionevole», anche nel linguaggio comune («sii ragionevole!»), è colui che si rende conto della necessità, in vista della coesistenza, di addivenire a «composizioni» in cui vi sia posto non per una sola, ma per tante «ragioni».¹⁰⁹

Il richiamo a una qualche forma di «ragionevolezza» al fine di trovare risoluzioni alle controversie in società plurali accomuna anche le due teorie della ragione pratica più influenti del secondo dopoguerra: la *ragione pubblica* di Rawls e la *ragione discorsiva* di Habermas¹¹⁰. Non è questo il luogo per

¹⁰⁹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 203.

¹¹⁰ Si noti, preliminarmente, che le posizioni di Rawls e Habermas differiscono da quella di Zagrebelsky che, nel passo citato, parla di soluzioni «ragionevoli» che «soddisfino tutti nella maggior misura consentita dalle situazioni». La teoria del «consenso per intersezione» di Rawls non serve a trovare compromessi, quanto a escludere le posizioni «irragionevoli» dal dibattito pubblico. Si veda J. Rawls, *Political Liberalism* (1993), tr. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino 1999, p. 31.

ricostruire le caratteristiche specifiche delle due teorie, la loro evoluzione interna e i rapporti reciproci¹¹¹ documentati da uno dei più interessanti dibattiti filosofici degli ultimi anni¹¹². Ciò che risulta particolarmente rilevante sono i tratti comuni alle due maestose costruzioni filosofiche. Per Rawls, la teoria della «giustizia come equità»¹¹³ nelle sue diverse formulazioni ha come precondizione necessaria l'atteggiamento «ragionevole» dei cittadini delle democrazie costituzionali contemporanee. Questo «sottende il desiderio di impegnarsi in un'equa cooperazione in quanto tale, e di farlo a condizione che gli altri, in quanto uguali, possano prevedibilmente farlo»¹¹⁴. L'etica del discorso habermasiana, poi, si concentra attorno all'assunto che la «validità» di una norma morale dipende dai vincoli iniziali alla procedura discorsiva (razionale) attraverso la quale essa viene formulata.¹¹⁵ Il termine «validità» per Habermas è sinonimo di accettabilità universale in un'ottica deontologica e

¹¹¹ Per un'interessante ricostruzione delle linee principali dei due percorsi filosofici si vedano i capitoli 1 e 2 di A. Ferrara, *Giustizia e giudizio*, Laterza, Roma-Bari 2000.

¹¹² Si veda J. Habermas, *Reconciliation through the public use of reason: Remarks on John Rawls's Political liberalism* (1995), tr. it. *Per la critica del liberalismo politico di John Rawls*, in «Almanacco di Filosofia – Micromega», 1996; J. Rawls, *Reply to Habermas* (1995), tr. it. *Risposta a Jürgen Habermas*, in «Almanacco di Filosofia – Micromega», 1996. A tale proposito si veda anche J. Habermas, *Die Moral der Weltbilder – Vernunft und Wahrheit in Rawls politischem Liberalismus?* (1996), tr. it. *L'insostenibile contingenza della giustizia*, in «Micromega», 5, 1996; A. Ferrara, *Giustizia e giudizio*, cit., pp. 44 e ss.

¹¹³ Si noti che il termine «equità» traduce l'inglese *fairness* e non *equity*. Tale traduzione si è imposta a seguito della pubblicazione dell'edizione italiana di *Una teoria della giustizia* (si veda S. Maffettone, *Avvertenza del curatore*, in J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), tr. it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982, p. 255, p. 9). *Fairness* rimanda a una gamma di significati più vicina a «correttezza reciproca fra le parti», «imparzialità», «onestà nel giudicare», in un senso, al limite, più simile a «giusto» come contrario di «sbagliato», e non di «ingiusto». *Equity*, invece, è un termine prevalentemente giuridico; si tratta del calco del latino *aequitas* (si veda, soprattutto, Cicerone, *De officiis*, I, 10, 33) traduzione del greco *epieikeia* come «giustizia del caso concreto»; principio di indirizzo della decisione giudiziale in quei casi in cui la legge tace o in cui la norma generale non si applica al caso particolare. Cfr. *infra*, nota 79, p. 119.

¹¹⁴ J. Rawls, *Liberalismo politico*, cit., p. 133. Si veda anche Id., *The Idea of Public Reason Revisited* (1997), tr. it. *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, in Id. *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino 2001, pp. 220 e ss.

¹¹⁵ Relativamente alla nozione habermasiana di «razionalità formale» si veda J. Habermas, *Recht und Moral* (1986), tr. it. *Diritto e morale*, in Id., *Morale, Diritto e Politica*, Edizioni di Comunità, Torino 2001. Si veda anche S. Petrucciani, *Introduzione a Habermas*, Laterza, Roma-Bari, 2000, soprattutto pp. 139 e ss.

cognitivista. Il principio *U* è un principio morale imparziale che riconosce una norma come valida nel caso in cui «tutti possono accettare *liberamente* quelle conseguenze e quegli effetti secondari che si prevedono derivare, per la soddisfazione degli interessi di *ciascun singolo individuo*, da un'osservanza *universale* della norma discussa»¹¹⁶. Tanto nel pensiero di Rawls quanto in quello di Habermas, è presente il ricorso a giudizi sulla razionalità dei fini, partendo dal presupposto che la scelta attorno ai valori ultimi non è, e non deve essere, di tipo emotivo¹¹⁷. La «giustizia come equità» ha come risultato la formulazione di principi di giustizia¹¹⁸, in vista del buon ordine di società complesse e plurali. L'«etica del discorso», invece, giunge all'elaborazione di vincoli formali alle procedure discorsive, la cui universalità, neutralità e inclusività sarebbero garanzia del buon esito della deliberazione, e non solo dell'eguaglianza formale nell'accesso alle decisioni pubbliche.¹¹⁹

Le diverse teorie che ricorrono a un uso della ragione argomentativa hanno, allora, due conseguenze frequenti:

¹¹⁶ J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* (1983), tr. it. *L'etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari 1985, p. 103. Anche la teoria habermasiana è stata rivista e modificata negli anni dal suo stesso autore. In *Fatti e norme*, ad esempio, il principio *U* viene ricompreso in un principio discorsivo più generale. Secondo il cosiddetto principio *D* «sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati possono approvare partecipando a discorsi razionali». (J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates* (1992), tr. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano 1996, p. 131)

¹¹⁷ Si noti come l'opposizione razionale / emotivo costituisca un ulteriore slittamento di significato del parco di lemmi riconducibili a «ragione».

¹¹⁸ Il primo principio di giustizia afferma che «ogni persona ha uguale diritto al più esteso sistema totale di eguali libertà fondamentali compatibile con un simile sistema di libertà per tutti»; il secondo che «le ineguaglianze economiche e sociali devono essere: a) per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati, compatibilmente con il principio di giusto risparmio, e b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti in condizioni di equa eguaglianza di opportunità». (J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 255)

¹¹⁹ Sul tema dei cosiddetti «falsi proceduralismi» si veda A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 76 e ss.

- 1) l'accantonamento, quando non l'archiviazione, della ragione dimostrativa in favore di forme «logiche non deduttive»¹²⁰. La razionalità rigorosa¹²¹ come strumento del ragionamento politico non sembra poter garantire la pacifica convivenza di interessi e valori tanto diversi come accade nelle democrazie contemporanee;¹²²
- 2) la ricostituzione, attorno a forme quasi «salvifiche»¹²³ di ragionevolezza, di nuovi criteri per individuare la 'migliore' forma di convivenza possibile.

Tali assunzioni sono frequenti nella teoria politica contemporanea e risultano complementari in un processo di sostituzione delle garanzie formali, tipiche delle concezioni giuspositiviste dello «stato di diritto», con nuove assunzioni cognitiviste¹²⁴ che si vogliono più funzionali alla risoluzione di controversie all'interno dei contemporanei «stati costituzionali di diritto».

¹²⁰ Si veda, ad esempio, G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 23.

¹²¹ Parlando della retorica neoconservatrice contemporanea Ota de Leonardis nota che oggi «vengono sottolineati i limiti della regolazione statale, la sua ipertrofia, la sua distanza dai cittadini e l'irragionevolezza del criterio di razionalità su cui si fonda». (O. de Leonardis, *In un diverso welfare. Sogni e incubi* (1998), Feltrinelli, Milano 2002, p. 10)

¹²² Quella del «fatto del pluralismo» è una tesi di Rawls: «una società democratica moderna non è caratterizzata soltanto da un pluralismo di dottrine religiose, filosofiche e morali comprensive, ma da un pluralismo di dottrine comprensive incompatibili e tuttavia ragionevoli. Nessuna di queste dottrine è universalmente accettata dai cittadini; né c'è da attendersi che in un futuro prevedibile una di esse, oppure qualche altra dottrina ragionevole, sia mai affermata da tutti i cittadini, o da quasi tutti. Il liberalismo politico assume che, ai fini della politica, una pluralità di dottrine comprensive ragionevoli ma incompatibili sia il risultato normale dell'esercizio della ragione umana entro le libere istituzioni di un regime democratico costituzionale». (J. Rawls, *Liberalismo politico*, cit., p. 5)

¹²³ «A mio avviso si è soprattutto fatto un grande uso del termine “ragionevolezza”, per il suo indubitabile valore consolatorio. Nessuno sa cosa voglia dire, ma è rassicurante pensare che, se non si può essere razionali, almeno si è ragionevoli». (Baroncelli, *Etica e razionalità. Un finto divorzio?*, cit., p. 133, nota 5)

¹²⁴ Per un'interpretazione delle tesi rawlsiane in ottica pragmatista e non-cognitivista si veda R. Rorty, *The Priority of Democracy to Philosophy* (1988), tr. it., *La priorità della democrazia sulla filosofia*, in G. Vattimo (a cura di), *Filosofia '86. Secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari 1987; R. Bernstein, *The New Constellation: Ethical-political Horizons Of Modernity/postmodernity* (1991), tr. it. *La nuova costellazione. Gli orizzonti etico-politici del moderno / postmoderno*, Feltrinelli, Milano 1994, soprattutto cap. 8.

Parlando della «discrezionalità» del potere giudiziario, Ronald Dworkin fa riferimento alla necessità di «garantire un risultato moralmente difendibile»¹²⁵, riconoscendo ai giudici l'ampio margine di giudizio necessario a chi deve ponderare principi, consuetudini e, non meglio qualificati, «*standards* di razionalità, giustizia ed efficacia»¹²⁶. Come già per il giurazionalismo, tale atteggiamento finisce per cadere in contraddizione con i principi che tenta di salvaguardare. L'abbandono degli strumenti consolidati del ragionamento giuridico rischia di sottrarre l'analisi delle norme alla verifica di conformità con le regole di produzione del diritto formali e sostanziali. Senza gli strumenti della razionalità formale, in altre parole, non sembra possibile perseguire gli standard di certezza, coerenza ed eguaglianza formale alla base dello «stato di diritto».

Il tentativo di fondazione ultima, poi, incorre in quelle critiche già mosse al cognitivismo razionalista; le costituzioni, come patti fondativi e fonte di legittimità dell'ordinamento, sono documenti positivi che rispecchiano le convinzioni di chi le redige. I teorici della ragionevolezza fanno derivare la legittimità dei principi «fondamentali» da una ragione come «dio minore» piuttosto dall'argomentazione attorno a quei valori resi positivi nei documenti costituzionali frutto di battaglie politiche. Non più la dea di Robespierre ma una divinità «marginale» ridisegnata alla luce delle svolte epistemologiche del Novecento. A seconda dei casi si prende a modello un *semidio* compatibile con la svolta linguistica o quella pragmatica, col fallibilismo scientifico o con l'irrazionalismo metodologico.¹²⁷

¹²⁵ R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), tr. it. *L'impero del diritto*, Il saggiatore, Milano 1989, p. 157.

¹²⁶ R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977), tr. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, p.104.

¹²⁷ Per fare solo un esempio, Frank Michekman paragona l'interpretazione costituzionale dualista di Bruce Ackerman, ai paradigmi scientifici di Thomas Kuhn: «In effetti, Ackerman sembra condannare la storia del dibattito normativo del paese, al modello proposto da Thomas Kuhn (che sarebbe meglio chiamare la vulgata del punto di vista di Kuhn) riguardo la storia della scienza: lunghissimi periodi di pratica normale sono interrotti da occasionali momenti di

Tra gli assunti di questo lavoro vi è la convinzione che un'analisi su basi non-cogitiviste dei principi costituzionali sia la più solida garanzia del valore antiassolutista, in qualche modo «tollerante», del pluralismo di valori e progetti di vita contenuto nelle costituzioni contemporanee. Tali principi (ma si potrebbe dire valori) non possono essere giustificati in altro modo che fornendo ragioni a loro sostegno, nella consapevolezza che si tratta di scelte di valore impossibili da fondare in termini definitivi. Qui sembra avere senso parlare di «ragionevolezza» come argomentazione «razionale» attorno a valori.

In questo lavoro, dunque, si intenderà: per *potere arbitrario*, un potere che supera i limiti imposti da quel complesso gerarchico di norme che è il diritto come ordinamento giuridico e soprattutto di quei «principi» posti al suo vertice; per *modernità politica*, quel processo di razionalizzazione delle categorie politiche fondamentali che dal modello meccanicista e individualista hobbesiano giunge fino alle teorie contemporanee dello «stato costituzionale di diritto» come limite formale e sostanziale dell'esercizio dei pubblici poteri; per *ragione pratica*, quel complesso di strumenti *lato sensu* razionali il cui nucleo rigoroso è dato dalla coppia implicazione – presupposizione, e che si estendono sino alla cosiddetta «ragione argomentativa».

Chiarito ciò, senza pretese di esaustività, si procederà all'esame di alcune teorie rilevanti nella storia del pensiero politico analizzando da vicino il concetto di «limite» all'esercizio del potere. Questo, prendendo sul serio la fascinazione di Vernant riportata in introduzione:

cambiamento rivoluzionario. La scienza normale di Kuhn è la legge popolar-autoritaria di Ackerman; il cambiamento di paradigma di Kuhn, corrisponde in Ackerman al momento di trasformazione delle politiche popolari di risveglio civile». (F. Michelman, *Law's Republic*, in «The Yale Law Journal», 1988, 97, p. 1522)

non è certo un caso che in Grecia la ragione nasca come una conseguenza di quella forma di istituzione politica così originale che è la città.¹²⁸

In una prospettiva giuspositivista e non cognitivista sul piano etico, tale lavoro si concentrerà sulla riformulazione moderna delle due facce del concetto classico di giustizia: la legalità e l'eguaglianza. Si tenterà di mostrare come il principio di legalità inteso nel suo triplice significato di vincolo al potere *per leges, sub lege* e *sub iuribus*, e la positivizzazione del principio di eguaglianza nelle costituzioni rigide, siano gli elementi costitutivi di un concetto di giustizia compatibile con gli assunti fondamentali dello «stato costituzionale di diritto».

Pur nella convinzione che senza la politica il diritto sia uno strumento insufficiente, esso verrà qui trattato come il limite più efficace alla volontà sfrenata del sovrano assoluto, come descritto nella commedia di Woody Allen citata in apertura di questo capitolo. Una volta giunto al potere il rivoluzionario «perde la ragione» proprio come il tiranno descritto nel famoso dialogo fra i re persiani nel terzo libro delle *Storie* di Erodoto:

E come potrebbe non essere sregolato il governo monarchico, se al monarca è lecito fare ciò che vuole senza rispondere ad alcuno? La monarchia farebbe uscire anche il migliore degli uomini dalla sua norma naturale, quando egli avesse un tale potere. Dal possesso di grandi ricchezze in lui si genera la prepotenza, e l'invidia da principio gli è connaturata. Avendo questi due difetti, ogni malvagità dimora in lui: compie infatti le azioni più riprovevoli, le une dettate dalla prepotenza, le altre dall'invidia.

Sembrirebbe ragionevole che il monarca-tiranno fosse uomo senza invidia, dal momento che ha tutto: invece, nei confronti dei sudditi egli dimostra il contrario.

¹²⁸ J. P. Vernant, *Entre mythe et politique* (1996), tr. it. *Tra mito e politica*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1998, p. 78.

Invidia i pochi buoni che sono rimasti, si compiace dei peggiori, presta grande attenzione alle calunnie.

La cosa più vergognosa è questa: se gli rendi omaggio con misura, si adira perché non è stato venerato abbastanza, e se qualcuno lo venera oltre misura, si adira perché è stato adulato. Ma ora dirò ciò che è più grave: il monarca sovverte le leggi dei padri, violenta le donne, manda a morte a capriccio.¹²⁹

¹²⁹ Erodoto, *Storie*, III, 80, traduzione di M. Bovero in N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino 1976, p. 10.

Capitolo 2

Diritto e giustizia

Atena: Preferisci essere detta giusta piuttosto che esserlo.

Corifea: E perché? Spiegami: di sapienza non sei povera.

Atena: Ciò che non è giusto, io affermo, non vince per mezzo dei giuramenti.

Corifea: E tu indaga, e dà la retta sentenza.

Atena: E affidereste a me anche l'esito della causa?

Corifea: E come no? Noi onoriamo degnamente che sei degna.

Eschilo, *Eumenidi*, 430

Dite sempre che siete qua per proteggerci. Ma da voi, chi ci protegge?

da *L'odio* di Mathieu Kassovitz

1. Lo stato di diritto come modello moderno del potere limitato
2. La giustizia e l'ideale classico del buongoverno: *eunomia* e *disnomia*
3. I problemi del diritto: giustizia, validità, efficacia

Nella tragedia conclusiva del ciclo dell'*Oresteia* di Eschilo, le *Erinni*¹, dee infere simbolo di vendetta, subiscono un cambiamento radicale. Esse vengono accolte nella città e riconosciute come custodi benevole della «nuova» giustizia: le *Eumenidi* che danno il nome alla tragedia. Oreste, matricida per vendicare il padre, invoca il perdono di Apollo e si sottopone al giudizio di Atena che fonda l'Areopago, ossia il tribunale aristocratico di Atene. Pur colpevole, Oreste sarà prosciolto delle accuse. Per alcuni commentatori la trasformazione

¹ Si veda Esiodo, *Teogonia*, 185.

delle *Erinni* in *Eumenidi* sancisce il passaggio dal «pre-diritto» al «diritto»², dalla legge tradizionale che si basa su «giuramenti»³ e patti di sangue, al processo come confronto alla pari tra accusa e difesa⁴. Pur molto cauto nei giudizi circa questo «diritto nuovo», François Ost racconta l'epilogo dell'*Oresteia* in questi termini:

Il mondo cessa di andar da sé; il sistema delle spiegazioni naturali e delle causalità necessarie, adatte a un universo teologico-cosmico, è colpito dal dubbio e come costretto a spiegare se stesso in quanto meta-processo del quale il caso di Oreste è solo il pretesto. [...] Doppio «colpo di mano» o, più precisamente, «colpo di diritto» di Atena che, nello stesso tempo, rigetta il giuramento decisorio e istituisce una procedura davanti all'Areopago che fonda.⁵

Questo «colpo di diritto» sarà la chiave di lettura del presente capitolo. Si analizzerà il diritto come procedura che diventa limite alla decisione politica, una volta venute meno le certezze delle «spiegazioni naturali».

L'analisi della moderna teoria dello stato è utile a mettere in evidenza il passaggio dal concetto di «sovranità» proprio del pensiero assolutista a quello di «sovranità limitata» tipico delle concezioni dello «stato di diritto» (§1). Ciò a

² Per un'interpretazione che metta in luce la tensione fra «antico» e «moderno» nella tragedia di Eschilo si veda F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique* (2004), tr. it. *Mosè, Eschilo, Sofocle. Alle origine dell'immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna 2007, pp. 75 e ss.

³ Nella cultura greca arcaica, il giuramento è un atto vincolante anche per gli dei. A tale proposito si veda A. Jellamo, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Donzelli, Roma 2005, p. 14. Nella *Teogonia*, Esiodo descrive la punizione di chi, anche fra gli dei, violasse un giuramento: «giace senza respiro finché un anno compiuto non sia, né mai all'ambrosia e al nettare può avvicinarsi, suo nutrimento, ma giace senza respiro e senza parola su letto ben steso e un cattivo torpore lo copre. Ma quando il male ha fine, compiuto un grande anno, passa da una ad un'altra prova più aspra: per nove anni dagli dei è tenuto lontano, sempre viventi, né per consiglio a loro si unisce né per banchetto, per nove anni interi». (Esiodo, *Teogonia*, 795)

⁴ Si noti addirittura che, in caso di parità fra i giurati, l'imputato veniva prosciolto. Nell'*Oresteia* di Eschilo, la corte si divide esattamente a metà. Prima di procedere alla conta dei voti, però, Atena sentenza che, in caso di parità, si sarebbe schierata dalla parte di Oreste. A tale proposito si veda Aristotele, *Problemi*, XXIX, 13, *Corpus Aristotelicum*, 951a.

⁵ F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, cit., pp. 125-126.

partire dall'ipotesi che, nella modernità, la teoria dello «stato limitato» sia il minimo comune denominatore delle dottrine liberali.

Il vaglio dei nessi che sussistono tra le moderne teorie dello stato e del diritto da un lato e la teoria classica del «buongoverno» dall'altro, mostra come l'analisi del concetto di «giustizia» proposto da Aristotele sia tuttora utile alla riflessione sui «potere limitato» (§2). Il problema dei limiti al potere nell'atto di produrre norme vincolanti per i cittadini risulta, del resto, centrale tanto nel paradigma antico del buongoverno quanto in quello moderno dello stato sottoposto al diritto.

Infine, spostando lo sguardo dalla teoria politica a quella giuridica, è possibile ampliare il campo di indagine analizzando gli strumenti più diffusi della filosofia del diritto in materia di valutazione delle norme giuridiche (§3). La ricostruzione, sia pur parziale e selettiva, dei concetti di «diritto» e «giustizia» sarà necessaria allo studio del sistema giuridico formale dei contemporanei «stati costituzionali di diritto», dei quali verrà proposta una prima definizione che servirà da filo conduttore alle parti successive del lavoro. In tale sistema giuridico, i limiti al potere vengono introdotti sotto forma di norme positive, entrando così a far parte a pieno titolo dei problemi interni al diritto. Assume così significato la categoria del «diritto illegittimo»⁶ fino a ora ritenuta contraddittoria, almeno nei termini del giuspositivismo classico.

1. Lo stato di diritto come modello moderno del potere limitato

La ricostruzione del concetto di diritto, guardato nella prospettiva in cui può essere considerato come il principale strumento moderno di limitazione del potere politico, si può ripercorrere attraverso l'analisi parallela di almeno

⁶ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. I, p. 526.

tre filoni di pensiero: la riflessione sulla sovranità come concetto politico chiave, la famiglia delle ideologie liberali come teorie del «potere limitato» e il dibattito fra due dei principali approcci alla teoria del diritto, il giusnaturalismo e il giuspositivismo.

Si può considerare quella dello «stato di diritto» come la teoria moderna del governo limitato. Essa nasce e si sviluppa in opposizione allo «stato assoluto», affermatosi, a sua volta, in concomitanza con il processo di formazione del cosiddetto «stato moderno». L'espressione stessa «stato di diritto» suggerisce come il rapporto dialettico fra stato e diritto accompagni l'intera storia della modernità politica.

È tesi diffusa che lo stato è una forma di organizzazione politica moderna e che nell'antichità sono esistiti solo «Stati senza società civile (è il caso della *polis*) oppure organizzazioni di dominio senza Stati (è il caso di Roma)»⁷. Tale specifica forma di organizzazione politica e sociale avrebbe tra le sue caratteristiche fondamentali territorializzazione, istituzionalizzazione e centralizzazione del potere.⁸ Secondo Pierangelo Schiera l'elemento di novità consisterebbe «nel progressivo accentramento del potere secondo un'istanza sempre più ampia, che finisce col comprendere l'intero ambito dei rapporti politici»⁹. Tale processo sarebbe a sua volta fondato sulla «concomitante affermazione del principio della territorialità dell'obbligazione politica e sulla progressiva acquisizione della impersonalità del comando politico»¹⁰.

Oltre tre secoli dopo l'avvio di questo processo, Max Weber ne formulò una celebre definizione:

⁷ P. P. Portinaro, *Stato*, il Mulino, Bologna 1999, p. 19.

⁸ *Ivi*, p. 28.

⁹ P. Schiera, *Stato moderno*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, UTET, Torino 1983, p. 1075.

¹⁰ *Ibidem*.

Per stato si deve intendere un'impresa istituzionale di carattere politico nella quale – e nella misura in cui – l'apparato amministrativo avanza con successo una pretesa di monopolio della coercizione della forza legittima in vista dell'attuazione degli ordinamenti.¹¹

Tale formulazione, comunemente abbreviata con espressioni del tipo «lo stato è il monopolio della forza legittima», rileva anche l'importanza della spersonalizzazione del potere e della caratterizzazione dell'autorità statale in funzione dell'efficacia del diritto.

Nei manuali di diritto pubblico, il concetto di «stato» viene spesso definito attraverso tre condizioni disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti alla sua esistenza: territorio, popolo e sovranità¹². Ognuna di queste determinazioni corrisponde a una classe di limiti del potere politico: limiti spaziali, relativi a «dove» un comando è vincolante; di limiti personali, relativi a «chi» è obbligato a obbedire¹³. Ma il vero nucleo problematico è legato al complesso concetto giuridico di «sovranità»¹⁴.

La riflessione sul tema della sovranità è già presente nella trattatistica medievale e si afferma, nella prima modernità, come tentativo «di offrire un fondamento giuridico alla conquista del nuovo mondo»¹⁵, a partire dalla

¹¹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it. *Economia e società*, Edizioni di comunità, Torino 1961, libro I, p. 53.

¹² Si veda, su tutti, G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1900), tr. it. *La dottrina generale del diritto dello stato*, Giuffrè, Milano 1949.

¹³ Nell'analisi della produzione del diritto si possono riscontrare altri tipi di vincoli. Kelsen, ad esempio parla dei «limiti temporali» che riguardano il lasso di tempo (tra l'entrata in vigore e l'abolizione) in cui una norma può definirsi valida. Ma è ovvio che la classe più rilevante è costituita dai «vincoli esterni» che derivano dallo *ius gentium* o dal diritto internazionale.

¹⁴ Si vedano, tra gli altri, D. Quagliani, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari 2004; N. Matteucci, *Sovranità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, cit.; R. Guastini, *Sovranità*, in Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, Torino 2006; G. Marramao, *Sovranità*, in G. Zaccaria (a cura di), *Lessico della politica*, Edizioni Lavoro, Roma 1983; P. P. Portinaro, *Sovranità*, in R. Esposito e C. Galli, *Enciclopedia del pensiero politico*, Laterza, Roma-Bari 2000.

¹⁵ L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazione*, Anabasi, Milano 1995, p. 12.

descrizione dell'ordine mondiale come «società naturale» di stati sovrani soggetti al «diritto delle genti». L'opera di Francisco de Vitoria presenta, per prima, una concezione embrionale dei diritti dei popoli che, combinata con la teoria della sovranità esterna degli stati nell'ambito di una *communitas orbis*, costituisce un apparato concettuale funzionale alla giustificazione della conquista delle Americhe: quasi una prima versione della teoria della «guerra giusta» per ragioni che oggi forse si direbbero «umanitarie». Tale giustificazione si fonda proprio sulla subordinazione degli stati al «diritto delle genti»; e «in mancanza di un Tribunale superiore» – dice Ferrajoli ricostruendo il ragionamento di Vitoria – «le loro [degli stati] ragioni non possono essere fatte valere che con la guerra»¹⁶. Al tempo stesso, da questa concezione della comunità mondiale come «società naturale», che precede le teorie contrattualiste da Hobbes a Kant, scaturiscono le prime formulazioni dei diritti universali, fra i quali figurano lo *ius peregrinandi et degendi*, lo *ius occupationis* (sulle terre incolte degli indios) e soprattutto lo *ius migrandi* che consiste nel diritto di trasferirsi in un altro luogo e diventarne cittadino. Secondo Ferrajoli il carattere «concretamente diseguale» di questi diritti, sia pur «astrattamente universali», è manifesto: «sono di fatto solo gli spagnoli a poterli esercitare – trasferendosi, occupando, dettando le leggi dello scambio diseguale – mentre gli indios ne sono unicamente le parti passive e le vittime»¹⁷. In questo senso si è parlato delle «non luminose origini dei diritti umani»¹⁸ e del diritto internazionale.

Dopo una formulazione matura della nozione di sovranità esterna si afferma quella di sovranità interna come *summa potestas superiorem non recognoscens*; così come la prima fu il frutto della necessità di legittimare le

¹⁶ *Ivi*, p. 17.

¹⁷ *Ivi*, p. 16.

¹⁸ *Ivi*, p. 15.

esperienze coloniali spagnole, questa seconda deriva del tempestivo tentativo della filosofia politica di trovare giustificazioni al nuovo assetto politico dello «stato moderno»; si tratta di un «tentativo di conciliare il potere supremo di fatto con quello di diritto»¹⁹. È soprattutto Bodin a definire la sovranità in questi termini. Nella *République* si legge:

Per sovranità s'intende quel potere assoluto e perpetuo ch'è proprio dello stato.²⁰

Se il sovrano di Bodin, però, è sciolto esclusivamente dalla legge che esso stesso pone, ma non dal diritto privato e dalle leggi naturali o divine²¹, è con Hobbes che si assiste alla prima teoria compiuta del sovrano come *legibus solutus*, che non ha altro principio all'infuori della propria volontà. Questa formulazione riguarda sia la sovranità interna, che riprende e dà nuova vita al principio espresso dal motto latino *quod principi placuit legis habet vigorem*²², sia la sovranità esterna, giacché nella (non-) comunità internazionale gli stati sono liberi come gli individui nello stato di natura²³. Giganteggia in Hobbes la metafora dello stato come individuo:

volendo dare una definizione dello Stato dobbiamo dire che esso è un'unica persona, la cui volontà, in virtù dei patti contratti reciprocamente da molti individui, si deve ritenere la volontà di tutti quegli individui; onde può servirsi delle forze e degli averi dei singoli per la pace e comune difesa.²⁴

¹⁹ N. Matteucci, *Sovranità*, cit., p. 910.

²⁰ J. Bodin, *Les Six Livres de la République* (1576), tr. it. *I sei libri dello Stato*, UTET, Torino, 1988, p. 345.

²¹ «Potere assoluto non è altro che la deroga alle leggi civili, che non può certo estendersi fino ad attentare alle leggi di Dio». (*Ivi*, p. 397)

²² Ulpiano, *Digesto*, I. 4, I.

²³ Th. Hobbes, *Leviathan* (1651), tr. it. *Leviatano*, cap. XXI, Editori Riuniti, Roma 1998, p. 149; J. Locke, *Second Tract of Government* (1689), tr. it. *Secondo trattato sul governo*, II, 14, in Id. *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, UTET, Torino 1982, p. 248.

²⁴ Th. Hobbes, *De cive* (1642), V, 9, tr. it. in Id., *Opere politiche*, UTET, Torino 1988, p. 154. È importante sottolineare che tale metafora richiama alla mente un organicismo apparente;

Dalla svolta individualista operata da Hobbes derivano sia la prima versione (o meglio, appunto, riconfigurazione su basi individualiste) del contrattualismo, alla quale sarebbero poi seguite alcune fra le più influenti teorie politiche della modernità, sia una fra le prime formulazioni di quello che sarà poi detto «positivismo ideologico»²⁵. È Hobbes stesso ad affermare che:

Dove non c'è un potere comune, non esiste legge; e dove non c'è legge, non c'è ingiustizia.²⁶

Già prima di Hobbes, comunque, l'affermarsi degli stati in senso moderno, è stato accompagnato dal sorgere del dibattito che ha visto contrapposti i teorici dello *stato assoluto* contro quelli dello *stato limitato*. Le opere dei cosiddetti «monarcomachi» sono un importante capitolo di questa storia; le teorie sul «potere tirannico» di questi scrittori calvinisti, durante il periodo delle guerre di religione, propugnano il diritto di resistenza contro il principe ingiusto, fondando i limiti del potere del governante sul consenso.²⁷ Le teorie giusnaturaliste moderne del «potere limitato» nascono, poi, in opposizione all'affermarsi dello stato assoluto, e in risposta ai problemi (e alle soluzioni) proposti da Hobbes. Il giusrazionalismo posthobbesiano, tuttavia, ha prodotto teorie molto distanti fra loro circa i connotati e quindi il senso d'insieme dell'espressione «sovranità».²⁸

l'individuo hobbesiano, infatti, è descritto piuttosto come una macchina. A tale proposito si veda M. Bovero, *Hobbes y la apología moderna del artificio*, in «Diánoia. Anuario de Filosofía», XXXIV, 34, 1988.

²⁵ Cfr. *infra*, p. 72.

²⁶ Th. Hobbes, *Leviatano*, cap. XIII, cit., p. 75.

²⁷ Le opere principali di tale corrente sono *De iure magistratum in subditos et officio subditorum erga magistratus* (1574) di Théodore de Bèze e soprattutto *Vindiciae contra tyrannos* (1597) di Junius Brutus. A proposito si veda M. Turchetti, *Tyrannie et tyrannicide de l'antiquité à nos jours*, PUF, Paris 2001, cap. 17, pp. 418 e ss.

²⁸ Nella teoria liberale di Locke, ad esempio, il parlamento detiene il potere supremo di fare le leggi, ma il «re» eredita la qualifica di «sovrano» anche in forza del mantenimento del

Per la sistematizzazione del concetto di «sovranità», bisogna poi attendere il dibattito posthegeliano nell'ambito della giuspubblicistica tedesca dell'ottocento. Gli autori della cosiddetta *Staatslehre* raccolgono l'eredità dell'illuminismo confrontandosi con le questioni sorte con la rivoluzione francese e già presenti nell'opera di Kant, riferimento continuo e imprescindibile di tutta la letteratura in materia. In via di prima approssimazione, si può dire che Kant ha di fronte il problema della composizione della concezione moderna della sovranità del potere statale con la libertà degli individui che formano il corpo sociale; far convivere le assunzioni teoriche di Hobbes con quelle di Locke, per poi riflettere sulla catena di eventi che ha portato dai rivolgimenti dell'89 al terrore giacobino²⁹. È questo il contesto in cui si afferma anche l'espressione «stato di diritto»³⁰. Per autori come Gerber e soprattutto Laband lo stato è ancora sovraordinato rispetto di diritto, che è il prodotto del potere politico; per essi, cioè, lo stato è l'unico soggetto del diritto pubblico.³¹ Sarà poi Jellinek a teorizzare una forma di stato che si autolimita attraverso il diritto³², e Weber a introdurre un'analisi sociologica dello stato che riconosce nelle formazioni moderne quei sistemi

cosiddetto potere federativo di decidere sulla guerra e la pace, Si veda J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, XIII, 151, cit., p. 342.

²⁹ «Fra le tante celebrazioni di quest'evento [la rivoluzione francese], può trovare degnamente il suo posto l'interpretazione che di esso diede il più grande filosofo del suo tempo, che poi è la sola interpretazione che ne salva il valore perenne, al di là di tutte le controversie degli storici che guardando ai singoli alberi spesso non riescono più a vedere la foresta». (Bobbio, *Kant e la rivoluzione francese*, in Id. *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 153)

³⁰ Nel saggio *Lo stato di diritto: un'introduzione storica* (in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2003), Pietro Costa ricostruisce gli antenati moderni dello «stato di diritto», rendendo molto bene la tensione fra l'evidente discendenza illuminista di tale dottrina e il suo affermarsi all'interno del paradigma storicista tedesco dell'ottocento.

³¹ Si veda, ad esempio, P. P. Portinaro, *Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all'unificazione europea*, in «Teoria politica», Anno XXI, n. 1/2005, soprattutto p. 10.

³² Per una critica dal punto di visto dello «stato costituzionale di diritto» alla giuspubblicistica tedesca si veda L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 18 e ss.

organizzativi³³ in cui il diritto statuito positivo prende il sopravvento su altre forme di regolazione sociale. È, però, con Hans Kelsen che si afferma una teorizzazione compiuta dello «stato di diritto». Lo stato è considerato come un ente giuridico e di conseguenza la teoria dello stato è ridotta a una parte della teoria del diritto³⁴. Registrando l'incompatibilità fra il concetto di «sovranità» (almeno nel senso di potere posto al di sopra di ogni altro potere o norma) e quello di «stato di diritto», Kelsen afferma che:

il concetto di sovranità deve essere radicalmente rimosso. È questa la rivoluzione della coscienza culturale di cui abbiamo prima di tutto bisogno.³⁵

A ciò si aggiunga che, nel secondo dopoguerra, alla limitazione della sovranità interna si affiancherà un analogo processo relativamente alla sovranità esterna, a seguito della creazione di organismi sovranazionali e della promulgazioni di documenti internazionali a difesa dei cosiddetti «diritti umani».

Ricapitolando, se per Hobbes il potere politico non può che essere assoluto, il pensiero successivo sviluppa alcune teorie sulla progressiva limitazione della sovranità interna (e successivamente anche esterna) dei poteri dello stato, come uno dei fili conduttori della riflessione politica dal XVII secolo fino a oggi. L'introduzione, nell'ordinamento, di materie rese indisponibili alla decisione politica costituisce da un lato la positivizzazione

³³ Si veda G. Morgan, *Images of Organization* (1986), tr. it. Images. *Le metafore dell'organizzazione*, FrancoAngeli, Torino 1995, soprattutto cap. 2; G. Itzcovich, *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 31/2, 2001, pp. 365-393. Sul tema affine della «metafora del diritto come macchina» si veda anche il recente dibattito tra G. Tuzet, G. Itzcovich e F. Poggi, pubblicato sul n. 9/2009 di «Diritto e questioni pubbliche».

³⁴ Cfr. *infra*, p. 133.

³⁵ H. Kelsen, *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts* (1920), tr. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano 1989, p. 469.

delle istanze giusnaturaliste della difesa dei diritti fondamentali, dall'altro sancisce la crisi del concetto di sovranità immaginato dai teorici dell'assolutismo.

L'espressione «sovranità limitata», sia pure nata in un contesto e con finalità ben diverse³⁶, sembra rendere l'idea di questo processo; essa richiama il tema dei «limiti alla sovranità» tanto interna quanto esterna. Risulta, allora, ineludibile la domanda se se sia ancora utile ricorrere alla categoria di sovranità alla luce della diffusione, in vaste aree del mondo, del modello paradigmatico dello «stato costituzionale di diritto» e dell'adozione di accordi internazionali su diritti e pace. L'unico significato con cui sembra avere senso parlare di «potere supremo» è quello di «non sottoposto ad altri poteri», ma comunque limitato da norme giuridiche³⁷ che ne vincolano l'esercizio. Anche il concetto di «sovranità popolare», richiamato in buona parte delle costituzioni democratiche, può essere, nelle sue accezioni contemporanee, annoverato fra gli esempi della «sovranità limitata», come argine a quello che Tocqueville definì «tirannia della maggioranza», formulando così il suo problema:

Io considero empia e detestabile questa massima: che in materia di governo la maggioranza di un popolo ha il diritto di far tutto; tuttavia pongo nella volontà della maggioranza l'origine di tutti i poteri. Sono forse in contraddizione con me stesso?³⁸

Un esempio del fatto che la «sovranità popolare» ha limiti si trova nel comma 2 del primo articolo della Costituzione italiana, dove si legge che «la

³⁶ Originariamente, per dottrina della «sovranità limitata», detta anche «dottrina Breznev», si intende la teoria della subordinazione della sovranità di ciascun paese comunista agli interessi del Patto di Varsavia. Tale dottrina, formulata nel luglio 1968 dall'allora leader sovietico Leonid Breznev, trovò una prima concreta applicazione nell'invasione della Cecoslovacchia dell'agosto dello stesso anno.

³⁷ Si veda, ad esempio, E. Garzón Valdés, *Las limitaciones jurídicas del soberano*, in Id., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

³⁸ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835-40), tr. it. *La democrazia in America*, I, 2, 7, in Id., *Scritti politici*, vol. II, UTET, Torino 1991, p. 297.

sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei *limiti* della Costituzione»³⁹.

Sembra ora di poter esplicitare una fra le ipotesi di fondo dell'intero lavoro; essa risiede nell'idea che la teoria del «potere limitato», o della «sovranità limitata», è alla radice di tutti i liberalismi, soprattutto in forza del rovesciamento del rapporto di priorità, logica e assiologica, fra l'individuo e la collettività, fra le parti e il tutto, alla base del pensiero politico moderno.⁴⁰ Ciò che accomuna liberali di ieri e di oggi (ma anche sedicenti tali) è la convinzione che non vi può essere civile convivenza senza istituzioni statali che permettono l'uscita degli individui dallo «stato di natura»⁴¹; ma a ciò si accompagna una visione essenzialmente pessimistica del potere. La convinzione che ogni potere deve avere limiti e che lo «stato assoluto» sia la premessa dello «stato tirannico», «oppressivo», e anche «totalitario», è uno dei fili conduttori del pensiero liberale. Tra «potere assoluto» e «potere tirannico»⁴² vi è un nesso di implicazione non analitica ma probabilistica, e che si basa su esperienze storiche, tra le cui rare eccezioni figurano i cosiddetti «dispotismi illuminati». La grande maggioranza degli interpreti liberali è convinta che chiunque abbia a disposizione un potere senza limiti, tenderà a usarlo a scopi

³⁹ Corsivo mio. Risulta da innumerevoli studi che, negli ultimi decenni, si stanno imponendo nel dibattito pubblico retoriche cosiddette «populiste» o «antipolitiche» che mostrano, tra i loro caratteri più inquietanti, una crescente insofferenza delle opinioni pubbliche (almeno) occidentali nei confronti delle istituzioni di garanzia che limitano e controllano soprattutto gli organi monocratici come i capi dei governi. A tale proposito, si vedano, tra gli altri, N. Merkel, *Filosofia del populismo*, Laterza, Roma-Bari 2009; V. Pazé, *Democrazia e populismo*, in «Nuvole», 2009, n. 40; E. Laclau, *On Populist Reason* (2005), tr. it. *La ragione populista*, Laterza, Roma-Bari 2008; A. Mastropaolo, *La mucca pazza della democrazia*, Bollati Boringhieri, Torino 2005; Y. Meny, Y. Surel, *Par le peuple, pour le peuple* (2000), tr. it. *Populismo e democrazia*, il Mulino, Bologna 2004; L. Ferrajoli, *Rappresentanza politica e organicismo para-democratico*, in «Democrazia e diritto», 2003, n. 3, pp. 57-62.

⁴⁰ Cfr. *infra*, pp. 32 e ss.

⁴¹ Si veda, ad esempio, S. Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism* (1993), tr. it. *Anatomia dell'antiliberalismo*, Edizioni di comunità, Torino 1995, p. 290.

⁴² Si noti che, in tale contesto, ci si riferisce a una particolare specificazione della figura classica del Tiranno: il *tyrannus quoad exercitium*. Cfr. *infra*, p. 126.

personali⁴³ e a farlo in modo capriccioso e violento, proprio come il tiranno della *Repubblica* platonica. Il potere, sostiene Bobbio, può essere limitato tanto in senso materiale quanto in senso formale⁴⁴. La limitazione materiale consiste nella determinazione degli spazi di azione di un potere che non può intromettersi in quegli ambiti che attengono alle libertà dei singoli; da qui la storia del costituzionalismo dei diritti. Per limitazione formale invece si intende l'articolazione dei poteri dello stato e la loro subordinazione al diritto; da qui la teoria della divisione dei poteri. Questi due tipi di limitazione, riassunti nell'articolo 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*⁴⁵, confluiscono nella famiglia delle teorie liberali dello stato, ossia nella dottrina dello «stato di diritto».

La storia politica del concetto di «stato di diritto» come «stato limitato» è legata alla nascita e all'affermazione delle diverse declinazioni dell'ideologia liberale; sul versante delle teorie propriamente giuridiche, tale concetto si colloca al centro del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo. È opportuno riconsiderare la molteplicità di significati che può assumere l'espressione «positivismo giuridico». Normalmente ricondotta al principio espresso dalla massima «è giusto ciò che è comandato solo perché è stato comandato»⁴⁶, o dal motto latino *iustum quod iussum*, la formula «giuspositivismo» si applica, secondo Bobbio, ad almeno tre distinte correnti di pensiero: il positivismo «metodologico», quello «teorico» e quello «ideologico».⁴⁷

⁴³ Si veda, ad esempio, N. Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei poteri* (1955), in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1999, p. 226; e Id., *Liberalismo e democrazia*, Simonelli, Milano 2006.

⁴⁴ N. Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei poteri*, cit., p. 224.

⁴⁵ «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

⁴⁶ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 35.

⁴⁷ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, p. 104 e ss.

Il «positivismo metodologico» rivendica un approccio scientifico e selettivo allo studio del diritto, che si concentra sul diritto positivo: «è opinione comune che il progresso scientifico nell'età moderna sia dovuto all'eliminazione della concezione finalistica dell'universo, che induceva a pronunciare giudizi di valore sui fatti naturali»⁴⁸. Il «positivismo teorico» rimanda alla concezione dell'ordinamento giuridico come esclusiva emanazione del potere politico, tipico dello stato moderno, la cui principale conseguenza consiste nell'affermazione che l'interpretazione di una norma sarebbe un atto di conoscenza e non di volontà; «1) ogni decisione giudiziaria presuppone sempre una regola preesistente; 2) questa regola preesistente è sempre posta dallo stato; 3) il complesso delle regole poste dallo stato costituiscono un'unità»⁴⁹. Il «positivismo ideologico» è quella particolare teoria della giustizia per cui il diritto positivo è di per sé giusto, per il solo fatto di essere stato posto dall'autorità: «il diritto, come insieme di regole imposte dal potere che detiene il monopolio della forza in una determinata società, serve, con la sua stessa esistenza, indipendentemente dal valore morale delle sue regole, al raggiungimento di certi fini desiderabili, come l'ordine, la pace, la certezza e in generale la giustizia legale»⁵⁰.

Le teorie positiviste del diritto hanno tutte come orizzonte storico il cosiddetto «stato moderno». Le dimensioni «teorica» e «metodologica» del giuspositivismo sono alla base delle teorie dello «stato di diritto», in quanto stato sottoposto a norme positive. Diversamente, il «positivismo ideologico» è la teoria della giustizia degli assolutisti, per i quali se ha senso parlare di giustizia, essa risiede nel comando del potere sovrano che ha come scopo il mantenimento dell'ordine sociale.

⁴⁸ *Ivi*, p. 105.

⁴⁹ *Ivi*, p. 107.

⁵⁰ *Ivi*, p. 110.

2. La giustizia e l'ideale classico del buongoverno: *eunomia* e *disnomia*

Pur con le sostanziali differenze che verranno prese in esame, sia l'analisi del concetto di «buongoverno» sia quella dei modelli dello «stato di diritto» sono utili all'indagine dei limiti all'esercizio del potere. Nella storia del pensiero ci si è spesso interrogati circa il problema del comando assurdo che rimanda ai limiti fattuali riassunti dal motto latino *ad impossibilia nemo tenetur*⁵¹; come ricordava Spinoza:

Se per esempio, io dico che ho diritto di fare quel che voglio di questo tavolo, non intendo, perbacco, di poter far sì che esso mangi l'erba; così pur dicendo che gli uomini non sono liberi di sé, ma soggetti allo Stato, non intendiamo che essi perdano la natura umana e ne assumano un'altra, o che lo Stato abbia diritto di far sì che gli uomini volino.⁵²

Il tema del «comando arbitrario», più propriamente rilevante in questo contesto, rimanda a un differente ordine di problemi: non ci si chiede che cosa sia possibile comandare di fatto, quanto piuttosto se e quando si può dire che chi detiene il potere ne ha abusato⁵³.

Il contributo del pensiero antico al tema dei limiti al potere politico si può far risalire alla coppia di opposti *eunomia-disnomia*. Il termine *eunomia* appare,

⁵¹ Si veda N. Bobbio, *Norma*, Enciclopedia Einaudi, Torino 1980, p. 885.

⁵² B. Spinoza, *Tractatus Politicus* (1675/76), tr. it., *Trattato politico*, IV, IV, Edizioni del Gallo, Roma 1990, p. 49.

⁵³ «Il potere commette abusi quando eccede i limiti che gli sono prescritti; quando compie atti non autorizzati; quando si impone arbitrariamente alla volontà dei sottoposti, contro il loro consenso, o meglio contro le condizioni minime di accettabilità dei comandi; quando agisce per interesse proprio o privato e non nell'interesse pubblico, contro la fiducia dei consociati». (M. Bovero, *Democrazia costituzionale. E viceversa*, manoscritto)

forse per la prima volta con una declinazione specificatamente politica⁵⁴, nel celebre discorso tenuto da Solone ad Atene nel 594 a. C:

il Malgoverno è fonte di rovina; il Buongoverno è fonte d'ordine e di misura, getta spesso i colpevoli in catene, appiana asprezze, limita la sazietà, cancella la prepotenza, secca in boccio i fiori del male, indirizza le sentenze storte, mitiga la superbia, sopisce la discordia, l'ira dei dissidi funesti: allora gli uomini non hanno che saggezza ed equità.⁵⁵

Bobbio considera l'opposizione fra *eunomia* e *disnomia* una «“grande dicotomia”, che serve a designare con un solo tratto, e abbracciare con un solo sguardo, tutte le più comuni coppie di contrari del linguaggio politico: ordine-disordine, concordia-discordia, pace-guerra, moderazione-tracotanza, mitezza-violenza, giustizia-ingiustizia, saggezza-dissennatezza»⁵⁶. La coppia buongoverno-malgoverno – questa la traduzione cui si ricorre normalmente per rendere la coppia greca – riguarda la distinzione fra forme di governo (*politeiai*, «costituzioni»⁵⁷) rette e corrotte (deviate).

Il concetto di correttezza è legato al problema della «misuratezza» (*metriotes*, il termine è di Platone nel *Politico*) come ciò che esclude l'eccesso e il difetto; in questa nozione si può rintracciare l'origine e l'antecedente della cosiddetta etica del «giusto mezzo». Secondo Aristotele:

⁵⁴ Il termine è già presente, con diverso significato, sia in Omero sia in Esiodo. A tale proposito si veda A. Jellamo, *Il cammino di Dike*, cit., pp. 16-19.

⁵⁵ Solone, *fr. 3 Diehl*.

⁵⁶ Bobbio, *Il buongoverno* (1982), in Id., *Teoria generale della politica*, cit., p. 150.

⁵⁷ «La costituzione è l'ordine della città, di tutte le cariche e soprattutto dell'autorità sovrana, che ovunque è costituita dal governo della città, governo che è la stessa costituzione» (Aristotele, *Politica*, 1278b). Si veda C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna 1990; H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* (1995), tr. it. *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, Carocci, Roma 2008.

ogni persona che ha conoscenza fugge l'eccesso e il difetto; invece è il giusto mezzo che cerca ed è questo che sceglie [...] D'altronde la virtù ha per oggetto passioni ed azioni, nelle quali l'eccesso costituisce un errore e il difetto è biasimato, mentre il mezzo è lodato e ha successo: queste sono ambedue caratteristiche della virtù. La virtù è dunque una sorta di medietà, perché appunto tende al mezzo.⁵⁸

Per questo si dirà «retto» l'uomo «liberale» (nel senso di dotato della «liberalità»), in quanto né avaro, né prodigo. Un ragionamento analogo è potenzialmente applicabile alle forme di governo.

Un altro concetto chiave per comprendere le più note fra le teorie politiche classiche è quello di ordine, inteso secondo la prevalente concezione metafisica organicista.⁵⁹ Nel paradigma organicista in senso lato rientrano tanto il pensiero platonico quanto quello aristotelico. Il concetto di ordine (*kosmos*) costituisce un riferimento costante della riflessione politica antica: il corpo sociale rispecchierebbe, da un lato, la perfezione di un organismo vivente, dall'altro, quella dell'universo. In una società ben ordinata ognuno occupa il posto che la natura gli ha riservato. Il compito della politica sarebbe allora quello di istituire, conservare o ristabilire l'ordine naturale dei rapporti fra individui il cui ruolo è sempre determinato a partire dall'armonia del tutto. L'*akosmia*, l'assenza di ordine, è il più pericoloso dei mali e la principale conseguenza del malgoverno.

Le risposte prevalenti alla domanda su come distinguere il buongoverno dal malgoverno, nelle principali opere politiche classiche sono due e hanno a che fare, l'una con le forme attraverso cui viene esercitato il potere e l'altra con il fine dell'esercizio del potere stesso. Lo scopo della politica è spesso rintracciato nella ricerca del bene comune, il mezzo più adatto a tale scopo

⁵⁸ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1106b.

⁵⁹ Cfr. *infra*, p. 32.

viene individuato nella legge. Entrambe queste caratteristiche sono riconducibili, ancora una volta, al concetto di ordine⁶⁰. Secondo Platone:

è necessario per tutti gli uomini stabilire delle leggi e vivere secondo le leggi oppure non differire in niente dalle bestie assolutamente più selvagge. [...] è necessario per un'autentica arte politica prendersi cura non dell'interesse privato, ma di quello pubblico – infatti l'interesse pubblico lega insieme le città, quello privato le dilania.⁶¹

Dall'assenza della legalità e del bene comune scaturiscono due figure del malgoverno: «il signore che da legge a se stesso, l'autocrate nel senso etimologico della parola; e il tiranno che usa il potere per soddisfare i propri piaceri, i desideri illeciti di cui parla Platone nel IX della Repubblica»⁶².

Analizzando nello specifico le risposte di Platone e Aristotele relativamente all'*eunomia*, è possibile fare chiarezza su tali concezioni. Nel pensiero di Platone, relativamente al problema del buongoverno, si incontrano tanto il criterio della «legalità opposta all'illegalità» quanto quella «violenza opposta al consenso»⁶³. Nelle *Leggi*⁶⁴ Platone introduce la legalità come criterio di distinzione fra *eunomia* e *disnomia*, là dove loda chi governa attraverso leggi stabilite, contro il governo che si impone con atti arbitrari⁶⁵. Quando il potere

⁶⁰ Si veda N. Bobbio, *Il concetto di politica* (1976), in Id., *Teoria generale della politica*, cit., soprattutto pp. 109 e ss.

⁶¹ Platone, *Leggi*, 874e - 875a.

⁶² N. Bobbio, *Il buongoverno*, cit., p. 151.

⁶³ A tale proposito si veda N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino 1976, p. 29.

⁶⁴ In realtà, tale tema viene già introdotto alla fine del *Politico* (302 d). Non è qui il caso di ricostruire il rapporto fra la legalità e le forme imperfette di costituzione nel *Politico*; tale problema è analizzato, in relazione alle opinioni di Platone circa la democrazia ateniese, in L. Bertelli, *Platone contro la democrazia (e l'oligarchia)*, in M. Vegetti (a cura di), *La Repubblica di Platone*, Vol. VI, Bibliopolis, Napoli 2005.

⁶⁵ Cfr. *infra*, p. 107.

politico agisce in osservanza delle leggi⁶⁶, la città è ben governata; nel caso in cui siano le leggi a sottostare al governante, Platone parla di «rovina della città»⁶⁷. Per quanto riguarda il Platone del *Politico*, poi, il criterio assiologico per distinguere il buongoverno dal malgoverno è quello della violenza opposta al «consenso». Per «consenso» (*omonoia*, concordia nel significato di «comune sentire») Platone intende la composizione dei conflitti sociali; l'armonia si contrappone alla sopraffazione reciproca fra le parti. La politica, di conseguenza, è «una delle scienze che agiscono per via di composizione»⁶⁸. In tale contesto Platone ricorre alla metafora dell'agire politico come tessitura. Il politico è descritto come colui che ricuce i conflitti e ristabilisce l'ordine:

[la scienza regia], così come l'arte di tessere, seguendo passo a passo i cardatori e coloro che preparano in precedenza tutte le altre cose necessarie al suo lavoro di intreccio, dà ordini e presiede ai lavori, indicando a ciascuno di loro quali siano i compiti da portare a termine che essa ritenga utili alla sua opera di intreccio.⁶⁹

Il tema della «composizione» opposta alla «sopraffazione», del resto, era già stato introdotto nella *Repubblica*, dove l'uomo tirannico viene descritto come il capo del popolo che «non sa astenersi dallo spargere il sangue cittadino»⁷⁰. Tale visione si contrappone a quella attribuita a Trasimaco nel primo libro della *Repubblica*, dove si legge che «ovunque giusto è lo stesso: l'utile del più forte»⁷¹. Il «buon governante» è descritto da Platone in termini opposti: se il tiranno governa mosso da soli desideri illeciti e tumultuosi, il re-

⁶⁶ Si noti che l'antico dibattito se sia preferibile il «governo degli uomini» o il «governo della legge» riguarda sia il tema del governo *sub lege* come sottomissione a leggi superiori sia quello del governo *per leges* in riferimento al carattere generale e astratto della legge. A tali questioni sarà dedicato il capitolo successivo.

⁶⁷ Platone, *Leggi*, 715d.

⁶⁸ *Politico*, 308c.

⁶⁹ *Politico*, 308d-e.

⁷⁰ *Repubblica*, 565e. Sugli stessi argomenti si veda anche *Leggi*, 627c e ss.

⁷¹ Platone, *Repubblica*, 339 a.

filosofo è in grado di governare (nel senso di istituire) l'ordine sociale⁷². Quella di Trasimaco è solo la prima versione di quella famiglia di teorie che vengono normalmente ricondotte al cosiddetto «realismo politico»⁷³. Quella tra la politica come «conflitto permanente» e la politica come «ricerca di soluzioni per i conflitti» è tra le distinzioni teoriche fondanti dell'intera storia del pensiero politico. Per avere un'idea di tale distanza si pensi alla prima legge di natura di Hobbes (*pax est quaerenda*) e alla descrizione che Machiavelli fa delle caratteristiche dell'uomo politico nel XVIII capitolo del Principe.⁷⁴

Anche in Aristotele si trovano essenzialmente due criteri di distinzione fra *eunomia* e *disnomia*, uno relativo alla forma dei comandi, l'altro al fine della politica. Per quanto riguarda la legalità⁷⁵, basti qui dire che la definizione aristotelica della legge come «intelletto senza appetito»⁷⁶ ha costituito uno dei punti di riferimento del dibattito sull'opposizione fra «governo della legge» e «governo degli uomini», attraversando tutta la storia della cultura occidentale.

Per quanto riguarda il criterio del «bene comune», esso va ricercato nella classificazione aristotelica delle forme di governo cui sono dedicati il terzo e il quarto libro della *Politica*. Ciò che distingue le tre forme di governo rette da quelle corrotte (o meglio, deviate) è l'*intentio recta* verso il «bene comune», inteso come interesse comune a governanti e governati, contrapposto all'interesse esclusivo di chi detiene il potere. Dall'intersezione di tale criterio con quello del «chi» governa – una sola persona, un gruppo di persone, o tutti

⁷² È ancora nella *Repubblica* che Platone ricostruisce due tipi di disordine, l'uno scaturirebbe dalla discordia interna alle classi governanti, il secondo, dalla discordia fra governanti e governati. Sulla concezione organicista platonica si veda E. Vitale, *Platone, Aristotele, Machiavelli*, Giappichelli, Torino, 1989.

⁷³ Si veda P. P. Portinaro, *Il realismo politico*, Laterza, Roma-Bari 1999.

⁷⁴ A tale proposito si veda M. Bovero, *Luoghi classici e prospettive contemporanee su politica e potere*, in Id. (a cura di), *Ricerche politiche*, il Saggiatore, Milano 1982, pp. VII e ss.

⁷⁵ Cfr. *infra*, pp. 109 e ss.

⁷⁶ Aristotele, *Politica*, 1287a.

i cittadini – Aristotele ricava la classificazione delle sei forme di costituzione⁷⁷: monarchia, aristocrazia, *politeia*⁷⁸, rispettivamente il governo retto di uno, di pochi o di molti; e i loro corrispettivi corrotti: tirannide, oligarchia e democrazia.⁷⁹ Dice Aristotele:

È evidente pertanto che tutte le costituzioni che hanno di mira l'interesse comune sono costituzioni rette in quanto conformi all'assoluta giustizia, mentre quelle che hanno di mira l'interesse dei governati sono errate e costituiscono delle degenerazioni rispetto alle costituzioni rette.⁸⁰

In questi termini si può dire che la monarchia degenera in tirannide quando il sovrano governa nel suo proprio interesse, contro i cittadini; l'aristocrazia degenera in oligarchia quando i ricchi governano nel proprio interesse e contro i poveri; la *politeia* degenera in democrazia quando prevalgono i soli interessi dei più poveri.

Una ricostruzione del concetto classico di «buongoverno» è utile a mettere in luce il fatto che non ogni ordine pubblico è un *kosmos*. In questo senso per Aristotele «bisogna ammettere che la comunità politica abbia come fine le belle azioni e non semplicemente la convivenza»⁸¹. Per le stesse ragioni, nel secondo stasimo delle *Eumenidi*, si legge: «né vita in anarchia né sotto il dispotismo tu loderai»⁸².

⁷⁷ Aristotele, *Politica*, 1279a-b e Id., *Etica nicomachea*, 1160a. Si veda anche N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo*, cit., pp. 34 e ss.

⁷⁸ Il ricorso al termine *Politia* è comune nelle traduzioni italiane del greco *politeia*, nel caso sia usato come termine di specie e non di genere. In questo secondo caso, è già stato detto, si preferisce «costituzione». Diversamente nella sua traduzione, Carlo Augusto Viano, ricorre all'espressione «regime costituzionale».

⁷⁹ Già Platone nel *Politico* (302d) fa notare che in greco non vi sono due termini per distinguere le due forme di governo dei molti. Meno ambigua, a tale proposito, sembra la proposta di Polibio di utilizzare una diversa coppia di termini, e cioè l'opposizione fra democrazia e oclocrazia (governo della plebaglia). Si veda Polibio, *Storie*, IV, 4.

⁸⁰ Aristotele, *Politica*, 1279a.

⁸¹ Aristotele, *Politica*, 1281a.

⁸² Eschilo, *Eumenidi*, 525-526.

Nella mitologia greca *Eunomia* è una delle *Ore*. Anticamente, queste divinità, sorelle delle *Moire*, rappresentavano l'ordine naturale delle stagioni; solo successivamente vengono a raffigurare anche l'ordine sociale. Le *Ore* sono *Eunomia*, *Eirene* (la pace) e *Dike*⁸³. Quest'ultima è la dea della giustizia nella Grecia classica⁸⁴; essa ripara ai torti di dei e mortali, rifugiandosi presso il trono di Zeus e ristabilendo l'ordine⁸⁵. A *Dike* si rivolge Antigone che ritiene Creonte colpevole di aver oltrepassato i limiti impostigli dalla legge tradizionale, le cosiddette leggi non scritte.⁸⁶

Per il pensiero filosofico antico, la giustizia (*dikaio.syne*⁸⁷) è una tra le virtù etiche fondamentali, cioè l'«abito morale» che permette di compiere ogni genere di azioni moralmente approvabili. Platone, nel libro IV della

⁸³ Nella *Teogonia* di Esiodo, *Dike* nasce dall'unione di Zeus e *Themis* seguita alla vittoria di Zeus e all'instaurazione dell'ordine di cui *Themis* è rappresentazione mentre le *Ore*, «che vegliano sull'opera di degli uomini mortali», (Esiodo, *Teogonia*, 901-903) ne sono garanzia. Anche Pindaro, cantando l'ordine della città di Corinto, fa riferimento alle *Ore*: «[Corinto] ove dimora Eunomia / e *Dike* a lei sorella, solida base di città / e Irene con loro nutrita / dispensatrice di ricchezze agli uomini / auree figlie di Temi la saggia». (Pindaro, *Olimpica* XIII, 6-8).

⁸⁴ *Themis*, oltre a essere il nome della dea madre di *Dike*, è anche il termine arcaico con cui si indica una sorta di giustizia tradizionale di derivazione divina. Si veda C. Bearzot, *La giustizia nella Grecia antica*, Carocci, Roma 2008, pp. 15 e ss. Benveniste fa notare che «*dike* designa, in rapporto a *themis*, il diritto umano opposto al diritto divino, e che, allo stesso modo, il *ius* si oppone a quello che i Latini chiamavano *fas*». (E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (1969), tr. it. *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. 2: *Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino 1976, p. 367)

⁸⁵ Ne *Le opere e i giorni*, Esiodo si riferisce a *Dike* in questi termini: «generata da Zeus e venerata dagli dei che abitano l'Olimpo; quando qualcuno la offende tortuosamente insultandola, essa subito s'assiede supplice presso il Padre, il Cronide Zeus, e denuncia l'animo degli uomini ingiusti affinché il popolo paghi la follia dei giudici che meditano inganni e con tortuose parole sviano altrove i loro giudizi». (Esiodo, *Le opere e i giorni*, 259)

⁸⁶ Antigone è una figura chiave della storia del pensiero politico e giuridico, dare conto della sterminata letteratura su quest'opera è pressoché impossibile. Si vedano, a titolo di esempio, G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino 2009; F. Ost, *L'Antigone di Sofocle: resistenza, aporie giuridiche e paradossi politici*, in Id., *Mosé, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna 2007; P. Montani (a cura di), *Antigone e la filosofia. Hegel, Holderlin, Kierkegaard, Heidegger, Bultrmann, Donzelli*, Roma 2001; G. Steiner, *Antigones* (1984), tr. it. *Le Antigoni*, Garzanti, Milano 1990.

⁸⁷ Sostantivo astratto derivato da *dike*, indica una funzione sociale o una virtù personale. A proposito si veda S. Gastaldi, *Dikaion/dikaio.syne*, in M. Vegetti (a cura di), *La Repubblica di Platone*, Vol. I, Bibliopolis, Napoli 1998.

Repubblica⁸⁸, si riferisce alla giustizia come a una virtù ordinatrice, che stabilisce un determinato ordine e lo mantiene, secondo una concezione organicista del corpo sociale. La giustizia è la virtù propria del buon governante che la pratica riconoscendo a ciascuno il suo (secondo la massima *suum cuique tribuere*); ma anche del buon cittadino che fa ciò che gli spetta (*suum agere*).⁸⁹

L'analisi delle problematiche della giustizia più influente in tutta storia del pensiero politico è racchiusa nel libro V dell'*Etica nicomachea* di Aristotele. La ricostruzione aristotelica parte dalla constatazione che vi sono almeno due significati comunemente attribuiti al termine giustizia:

Ora, è opinione corrente che è ingiusto chi viola la legge e chi desidera di avere di più e non rispetta l'uguaglianza; di conseguenza è chiaro che sarà giusto chi osserva la legge e chi rispetta l'uguaglianza. Pertanto il giusto è ciò che osserva la legge e ciò che rispetta l'uguaglianza, l'ingiusto ciò che viola la legge e ciò che non rispetta l'uguaglianza.⁹⁰

Risulta chiaro che per Aristotele il termine giustizia ha due significati prevalenti: giusto è tanto chi si attiene alla legge, quanto chi rispetta l'uguaglianza. Queste sono due virtù differenti, l'una definita «universale» e l'altra «particolare»; l'una ricomprende l'altra. Nel primo significato si dirà giusto chi rispetta le leggi; queste prescrivono azioni approvabili (socialmente), e chi vi si attiene è perciò detto giusto in quanto si comporta *come se* fosse coraggioso, temperante, liberale ecc., anche se non lo è. In questo senso si può dire che la giustizia ricomprende in sé tutte le altre virtù etiche⁹¹ analizzate

⁸⁸ Si veda M. Vegetti, *Il problema della giustizia nella Repubblica di Platone*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Platone*, FrancoAngeli, Torino 2008.

⁸⁹ Si veda N. Bobbio, *Sulla nozione di giustizia* (1985), in Id. *Teoria generale della politica*, cit., p. 269.

⁹⁰ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1129a.

⁹¹ Nella classificazione aristotelica le virtù etiche sono quelle proprie del carattere umano (coraggio, temperanza, liberalità, magnanimità, mansuetudine e giustizia) mentre quelle

dettagliatamente nel libro IV. In questo senso Aristotele si riferisce al giusto legale come la virtù sociale per eccellenza che attiene ai rapporti fra i membri di una comunità politica; non importa se essi siano o meno virtuosi quanto piuttosto che agiscano *come se* lo fossero. La giustizia come legalità «è virtù perfetta ma non in senso assoluto, bensì in relazione agli altri»⁹². Nel suo secondo significato la giustizia è la virtù di chi rispetta l'eguaglianza. Essa è, in rapporto alla giustizia universale, «come una parte rispetto al tutto (infatti ciò che non rispetta l'uguaglianza è tutto contrario alla legge, mentre ciò che viola la legge non è tutto inosservante dell'uguaglianza)»⁹³. La giustizia come eguaglianza è una fra le virtù particolari, parte della giustizia come legalità.

Entrambe le dimensioni del concetto di giustizia possono essere ricondotte al più generale concetto di ordine. Secondo Bobbio: «l'idea di giustizia-ordine ricomprende e illumina l'idea della giustizia-legge e quella della giustizia-eguaglianza. L'ordine è istaurato e conservato attraverso l'emaneazione di leggi (l'ordinatore è il legislatore), la cui funzione è quella di istituire e continuamente ricostituire rapporti di eguaglianza fra le parti e fra il tutto e le parti»⁹⁴.

Tale nesso non viene a cadere col modificarsi dei significati prevalenti legati al concetto di ordine che si impongono con la svolta moderna del meccanicismo cartesiano e dell'individualismo hobbesiano. In virtù di tale svolta, la corrispondenza fra ordine sociale e naturale viene messa in discussione; la società è considerata piuttosto come una costruzione umana artificiale retta da leggi certe in quanto poste da un'autorità sovrana e legittima. A tale svolta si accompagna quella ancor più radicale del ribaltamento del

dianoetiche sono proprie della vita intellettuale (scienza, arte, saggezza, intelligenza e sapienza).

⁹² Aristotele, *Etica nicomachea*, 1129b. Si veda, ad esempio, C. K. Allen, *Aspects of justice*, Stevens, London 1958, pp. 11 e ss.

⁹³ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1130b.

⁹⁴ N. Bobbio, *Sulla nozione di giustizia*, cit., p. 270.

tradizionale primato dei doveri sui diritti, soprattutto in relazione all'affermazione delle concezioni individualiste che invertono l'ordine logico e assiologico fra il «tutto» e le «parti». Dalla concezione classica aristotelica in cui si assume che la città è per natura antecedente all'individuo, scaturisce una visione della politica *ex parte principis*. All'interno del modello contrattualista, invece, «il problema della giustizia si presenta non già sotto l'aspetto di un *dovere* di agire in un certo modo per il bene comune, ma sotto l'aspetto di un *diritto* del singolo a essere trattato dalla comunità secondo equità per la attuazione di fini individuali, primo fra tutti quello della propria felicità»⁹⁵. Il contrattualismo si presenta, pur nelle sue diverse forme, come la teoria secondo la quale individui liberi ed eguali costituiscono lo stato civile per uscire dal disordine dello stato di natura. Lo stato civile poi è caratterizzato proprio dall'eguaglianza (artificiale) di tutti i cittadini nei diritti individuali. Afferma Bobbio:

Capovolto il rapporto di priorità fra governanti e governati, considerando che lo stato è per l'individuo e non l'individuo per lo stato, il fine dello stato non è più l'unità del tutto in cui le singole parti esistono in funzione dell'intero, ma è lo sviluppo quanto è più possibile libero da condizionamenti esterni delle singole parti, il cui contrasto è necessario per il progresso materiale e morale della società nel suo insieme.⁹⁶

Tuttavia, attraverso l'inversione gli elementi si mantengono: c'è una chiara eredità classica nell'elaborazione successiva di concetti quali «giustizia», «bene comune», «buongoverno» o «legalità»; essi sopravvivono nella modernità, dove concorrono a definire la struttura delle teorie del «potere limitato».

⁹⁵ N. Bobbio, *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in Petroni, Viale (a cura di), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Cortina, Milano 1997, p. 188.

⁹⁶ *Ibidem*.

3. I problemi del diritto: giustizia, validità, efficacia

Se il fuoco dell'attenzione si sposta dal potere alle norme, dalla teoria politica alla teoria del diritto, è possibile arricchire le declinazioni del concetto di «giustizia» con lo scopo di affinare gli strumenti utili ad affrontare il problema dei limiti al potere, soprattutto in relazione al paradigma dello «stato costituzionale di diritto» qui proposto come la versione più recente ed elaborata dell'ideale del «potere limitato».

Seguendo la classificazione proposta da Bobbio nella *Teoria generale del diritto*, una norma si può analizzare attraverso tre criteri indipendenti: in via di prima approssimazione possiamo definire «valida» una norma emanata da un potere autorizzato a farlo, «giusta» una norma emessa nel rispetto di una qualche legge gerarchicamente superiore, ed «efficace» una norma effettivamente vincolante per coloro a cui è indirizzata. Questo schema tripartito ricalca quello dei cosiddetti «problemi» del diritto:

- il problema «ontologico», relativo alla validità di una norma all'interno di un ordinamento;
- il problema «deontologico», relativo alla domanda sulla giustizia di una norma;
- il problema «fenomenologico», relativo all'efficacia di una norma in un determinato contesto sociale.⁹⁷

⁹⁷ Viene qui tralasciato il quarto problema del diritto secondo Bobbio, e cioè quello *metodologico*, perché non ha influenze dirette sul tema specifico del «potere arbitrario». Per una ricostruzione dei quattro problemi si veda Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 53 e ss.

Il problema «ontologico» richiama direttamente la domanda del giuspositivismo (almeno) teorico classico circa i criteri per accertare l'esistenza di una norma all'interno di un determinato ordinamento.

Il problema «deontologico», invece, che sembra rimandare alla domanda giusnaturalista sulla «giustizia»⁹⁸, riguarda, più in generale, la conformità della legge a norme superiori, siano esse morali, tradizionali o positive. Dice Bobbio:

Il problema della giustizia è il problema della corrispondenza o meno della norma a valori ultimi o finali che ispirano un determinato ordinamento giuridico. [...] A noi basta qui constatare che ogni ordinamento giuridico persegue certi fini, e convenire sul fatto che questi fini rappresentano i valori ultimi alla cui attuazione il legislatore, più o meno consapevolmente, più o meno adeguatamente, dirige la propria opera. Nel caso che si ritenga vi siano valori supremi, oggettivamente evidenti, il domandarsi se una norma sia giusta o ingiusta significa domandare se essa sia atta o meno ad attuare quei valori. Ma anche nel caso di chi non crede in valori assoluti, il problema della giustizia o meno di una norma ha un senso; equivale a domandarsi se quella norma sia atta o meno a realizzare i valori storici, che ispirano quel concreto ordinamento giuridico.⁹⁹

Il problema «fenomenologico» è quello affrontato dalla sociologia giuridica e dall'approccio giusrealista in teoria del diritto che parte dall'osservazione dell'esistenza di leggi valide ma inefficaci (come nel caso del

⁹⁸ Si noti che qui il lemma giustizia è usato in un senso piuttosto vago; anche all'interno delle diverse correnti del giuspositivismo tale termine è stato usato con accezioni molto diverse fra loro e non per questo assimilabili agli usi che ne fanno i teorici giusnaturalisti. In questo senso comunque il termine richiama la possibilità di analizzare una norma dal punto di vista diverso rispetto a quello della mera titolarità del potere che la emana. Ciò tenendo presente che assumere il punto di vista interno al diritto porta a concentrare prevalentemente l'attenzione sul significato di «giustizia» come «legalità».

⁹⁹ Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 23.

XVIII emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti¹⁰⁰) e norme efficaci ma non giuridicamente valide (come le regole della buona educazione¹⁰¹).

In un altro luogo, Bobbio propone la distinzione fra «validità formale» e «validità materiale» in base a una classificazione dei criteri di giudizio delle norme, ricalcando la distinzione fra verità logica (o formale) ed empirica (o materiale) delle proposizioni descrittive¹⁰². Il discorso descrittivo (proprio, ad esempio, della scienza) differisce da quello prescrittivo (di cui quello giuridico è una *species*) in quanto il primo ha la funzione¹⁰³ di dare informazioni, mentre il secondo quella di influire sul comportamento altrui. Le descrizioni possono essere predicabili di verità o falsità, mentre ciò non avrebbe senso per le prescrizioni. Di una proposizione del tipo «x è un animale» ci si può chiedere se sia vera o falsa; nel caso di «l'azione y è vietata» ci si può domandare se sia valida o invalida.

Di una norma si dirà che è valida formalmente se «posta da un'autorità riconosciuta»; e che è valida materialmente se «conforme a un valore accettato». Il primo procedimento è detto «convalidazione», il secondo «giustificazione»:

posto di fronte all'ingiunzione dei bravi, don Abbondio, potrebbe porsi due domande. La prima: «Questa ingiunzione è legittima?»; la seconda, indipendente dalla prima: «questa ingiunzione è giusta?» Con l'una l'interrogante si pone il problema della

¹⁰⁰ Approvato nel 1919 il celebre divieto «proibizionista» relativo alla vendita degli alcolici è stato poi abolito nel '33 con l'introduzione del XXI emendamento.

¹⁰¹ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 27.

¹⁰² La differenza fra verità logica e empirica risulta chiara nel caso di un qualsiasi sillogismo semplice. Affermare che «tutte le stelle sono pesci», «Sirio è una stella» allora «Sirio è un pesce», è vero formalmente (logicamente), ma falso materialmente, essendo falsa una delle premesse.

¹⁰³ La distinzione funzionale fra diversi tipi di discorsi è quella prevalentemente utilizzata dagli scienziati sociali, soprattutto di orientamento analitico, ma naturalmente non è l'unica. Si pensi ad esempio alle classificazioni linguistiche che analizzano la struttura degli enunciati. Da questo punto di vista proposizioni come «Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno» (575 c. p.) e «da terra gira attorno al sole» hanno esattamente la stessa struttura sintattica.

validità formale della prescrizione, con l'altra il problema della sua validità materiale. Non è detto che le due risposte coincidano, ed è vano, oltre che indiscreto domandarsi quale fosse la risposta che, trovandosi solo, don Abbondio, fece «ronzare tumultuariamente» nel suo capo: probabilmente, che quell'intimidazione, per l'autorità da cui derivava e per la proibizione che conteneva non era né legittima né giusta. (Il che non toglie che egli, che cuor di leone non era, fosse «disposto... disposto sempre all'ubbidienza»¹⁰⁴).

Davanti alle domande circa la validità e la giustizia dell'affermazione «questo matrimonio non s'ha da fare!», il «giuspositivista» ricorderebbe che «la giustizia è un ideale irrazionale»¹⁰⁵ ma che don Rodrigo non ha certo il diritto di imporre norme di esclusione all'accesso a un determinato istituto giuridico; il «giusnaturalista» ribatterebbe indignato che poco importa chi ha dato l'ordine, davanti all'immoralità della prepotenza; quanto al «giurealista» sorriderebbe ricordando, come il Trasimaco di Platone, che la giustizia non è altro che l'utile del più forte, e che la minaccia dei bravi è piuttosto efficace.

Se il contrasto di fondo fra giuspositivismo e giusnaturalismo riguarda il rapporto fra i criteri di validità e di giustizia, con l'affermarsi del paradigma dello «stato costituzionale di diritto» si modifica anche la struttura interna del concetto classico di validità che non coincide più con la semplice appartenenza all'ordinamento.¹⁰⁶ «Una legge», dice Ferrajoli, «è valida non già semplicemente perché vigente, cioè emanata nelle forme che consentono di riconoscerne l'appartenenza a un dato ordinamento, ma solo se, per di più, è coerente, quanto ai suoi contenuti, con le norme costituzionali di grado ad essa

¹⁰⁴ N. Bobbio, *Norma*, in *Enciclopedia*, IX, Einaudi, Torino, 1980, pp. 881-882.

¹⁰⁵ H. Kelsen *Reine Rechtslehre* (1934), tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, p. 59. Secondo Kelsen, il diritto si configura come fonte di autorizzazione e regolazione del potere. Bobbio sostiene che «Per Kelsen il campo di riferimento del potere giuridico è quello limitato (per quanto molto esteso) ai fenomeni della produzione e dell'applicazione del diritto». (N. Bobbio, *Kelsen e il potere giuridico* (1981), in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, p. 123)

¹⁰⁶ La tesi della validità come semplice esistenza di una norma accompagna tutta la storia del positivismo giuridico da Hobbes a Kelsen, fino a Hart.

sopraordinato»¹⁰⁷. Quella fra vigore e validità è, in altre parole, la differenza fra l'«essere legislativo» e il «dover essere costituzionale». Secondo la teoria ferrajoliana, la validità si articola al suo interno in due dimensioni, l'una formale l'altra sostanziale. Una norma si dice valida dal punto di vista formale se vengono rispettate tutte le regole sulla sua produzione; la validità sostanziale è invece garantita dalla coerenza con le norme di grado superiore. La prima dimensione pone vincoli di «conformità»¹⁰⁸: una norma, infatti, può appartenere all'ordinamento (essere cioè in vigore) senza che essa sia stata emessa in conformità con tutte le regole sulla sua produzione (essere valida formalmente). Resta il dubbio se tale distinzione nasca davvero con lo «stato costituzionale di diritto», o non sia, piuttosto, propria già dello «stato legislativo di diritto» in cui la sottomissione dei poteri al diritto avveniva proprio attraverso la codificazione di norme sulla produzione di altre norme. La dimensione sostanziale della validità pone, invece, vincoli di «coerenza»¹⁰⁹. Il fatto che la validità sostanziale di una norma sarebbe garantita dal riscontro di «almeno un significato coerente con tutte le norme sostanziali sulla sua produzione»¹¹⁰, costituisce il nucleo fondamentale della teoria dell'interpretazione in Ferrajoli.¹¹¹

Questo nuovo insieme di problemi, relativo esclusivamente al punto di vista interno al diritto, rimanda alla categoria del «diritto illegittimo» che consiste in tutte quelle leggi «illegali» non perché in contrasto con generiche norme morali o religiose, ma in quanto incompatibili con i principi (positivi) posti al vertice dell'ordinamento degli stati costituzionali.

¹⁰⁷ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 33.

¹⁰⁸ *Ivi*, vol. I, p. 533.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 531.

¹¹¹ *Ivi*, p. 336.

In questo contesto, la domanda sulla «giustizia della legge» ha molteplici conseguenze relative al problema del discrimine fra «discrezionalità» e «arbitrio». Nel modello di Ferrajoli, le costituzioni rigide (caratterizzate da procedimenti aggravati di revisione e dal sindacato di costituzionalità della legge), pongono, sul piano del diritto positivo, il problema della differenziazione fra l'«essere legislativo» e il «dover essere costituzionale», fra la semplice appartenenza di una norma all'ordinamento e la sua compatibilità con le norme poste al vertice dell'ordinamento stesso.

Sembra di poter affermare che l'ambizione del sistema di Ferrajoli sia quella di raccogliere l'eredità accumulata in secoli di storia delle istituzioni e dalla riflessione sul problema del «potere limitato» e farli confluire in un sistema coerente di vincoli e norme assunto e proposto come modello regolativo per gli ordinamenti positivi. «Nello stato costituzionale di diritto», afferma, «non esistono poteri sovrani o *legibus soluti*»¹¹².

Ferrajoli non ricorre all'espressione «potere arbitrario»¹¹³, ma se si tenta di applicarla al suo sistema essa sembra coincidere con quella di «potere assoluto». In un altro senso, però, si dirà arbitrario quel potere che si comporta *come se* non avesse limiti; come un «autocrate» che produce «diritto illegittimo», in violazione, cioè, di una legittimità «*basata su norme e vincolata da norme*»¹¹⁴.

¹¹² L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 854.

¹¹³ Diversamente, l'espressione «potere discrezionale» ricorre frequentemente in *Principia iuris* ma con un significato differente rispetto a quello fin qui attribuitogli in termini stipulativi. Per Ferrajoli, «lo spazio privilegiato della *discrezionalità politica* [...] è quello della legislazione di attuazione dei diritti fondamentali. [...] Totalmente diversa è la *discrezionalità giudiziale* e di tutte le funzioni di garanzia, la quale interviene in quella specifica attività tendenzialmente cognitiva che è l'applicazione della legge, sia ordinaria che costituzionale» (L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 76). Sulla tripartizione fra poteri «discrezionali», «vincolati» e «autonomi» Ferrajoli ritorna anche nel recente articolo *Intorno a Principia iuris. Risposta a Pier Paolo Portinaro, a Michelangelo Bovero e a Valentina Pazé*, in corso di pubblicazione sul n.3/2009 di «Teoria politica».

¹¹⁴ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 596. Si noti che l'uso che Ferrajoli fa della categoria di legittimità è quanto mai inusuale. Per una ricostruzione del concetto di legittimità, a partire dagli usi prevalenti che ne ha fatto la filosofia giuridica e politica, si veda N. Bobbio, *Sul principio di legittimità*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970. Al tema della legittimità sarà dedicata buona parte del quinto capitolo del presente lavoro.

Legittima¹¹⁵, allora, sarebbe la gamma «discrezionale» di decisioni possibili entro le quali si può muovere, di volta in volta, il legislatore nell'atto di produrre norme; tale ambito di discrezionalità va a coincidere con tutte le opzioni non contraddittorie con le regole formali e materiali sulla produzione del diritto. Che la sola esistenza di vincoli, sia pur nella loro doppia dimensione formale e sostanziale, sia sufficiente a mettere al riparo dall'«arbitrio» del potere sembra però analiticamente insufficiente. Nella definizione di «stato costituzionale di diritto» come versione contemporanea del potere limitato sembrano dover rientrare quelle caratteristiche strutturali del diritto positivo «moderno», «quali si sono venuti configurando con la nascita dello stato di diritto liberale e, poi, con la sua rifondazione costituzionale», elencate da Ferrajoli all'inizio di *Principia iuris*:

il principio di legalità come norma di riconoscimento e fonte di legittimazione del diritto vigente, i limiti e i vincoli imposti dalla costituzione alla legislazione, la giurisdizione come applicazione della legge, il monopolio statale e legale della produzione giuridica, la conseguente forma statale del diritto e la forma giuridica dello Stato, e per altro verso, la rappresentatività politica delle funzioni legislative e di governo, la separazione dei pubblici poteri e l'uguaglianza, infine, degli esseri umani in quanto tutti dotati di personalità giuridica e titolari di diritti fondamentali.¹¹⁶

Il seguito di questo lavoro si concentrerà sui molteplici aspetti elencati, al fine di indagare la risposta che i modelli di «stato costituzionale di diritto» propongono all'antica domanda della «giustizia della legge», intesa in tali termini:

¹¹⁵ Nel senso di *permissio positiva* come «modalità di ciò di cui è permessa la commissione». (L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 147)

¹¹⁶ *Ivi*, vol. I, p. 4.

Che cosa significa legge giusta e, rispettivamente, ingiusta? La risposta è duplice: può essere detta giusta, tanto una legge (inferiore) conforme a una legge (superiore), e in questo caso viene rispettato il significato di giustizia come legalità, come accade, ad esempio, nel rapporto fra diritto positivo e diritto naturale secondo la prevalente dottrina giusnaturalistica, quanto una legge egualitaria che elimina una discriminazione, sopprime un privilegio, o, per converso, un trattamento odioso.¹¹⁷

Risulta evidente come la distinzione aristotelica fra «giustizia come legalità» e «giustizia come eguaglianza» possa essere ancora utile se adattata al paradigma dello «stato costituzionale di diritto» e al concetto normativo, ad esso connesso, di «dover essere costituzionale». In tale contesto, la legalità (di un «comando» del governante) non è più riducibile alla conformità con leggi naturali o consuetudinarie, come avveniva nel diritto premoderno, né al mero rispetto di norme formali sulla produzione come nello «stato legislativo di diritto»: la potenziale divaricazione fra la semplice vigenza di una norma e la sua validità formale e sostanziale costituisce un connotato fondamentale dello «stato costituzionale».¹¹⁸ Allo stesso tempo la struttura stessa dei «diritti fondamentali», come elaborazione eminentemente moderna, ridisegna l'ambito della giustizia come eguaglianza a partire dal fatto che una costituzione è considerata legittima «non tanto perché è voluta da tutti, ma perché garantisce tutti»¹¹⁹.

D'ora in poi il lavoro si concentrerà sul rapporto fra il modello dello «stato costituzionale di diritto» e gli ideali classici della «giustizia come legalità» e «come eguaglianza» declinati come possibili limiti al potere.

¹¹⁷ N. Bobbio, *Sulla nozione di giustizia*, cit., p. 259.

¹¹⁸ Si veda L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 14.

¹¹⁹ *Ivi*, p. 55.

Parte seconda

Il principio di legalità come limite al potere

Capitolo 3

La giustizia come legalità

Nulla v'è per una città più nemico di un tiranno, quando non vi sono anzitutto leggi generali un uomo solo ha il potere, facendo la legge egli stesso a se stesso; e non v'è affatto eguaglianza. Quando ci sono invece leggi scritte, il povero e il ricco hanno eguali diritti, è possibile ai più deboli replicare al potente, quando questi li insulta, e il piccolo, se ha ragione, può vincere il grande.

Euripide¹

Quando prendiamo parte a un gioco, alcune regole possono sembrarci irragionevoli o addirittura assurde; ma se non le rispettiamo, siamo bari e ingiusti.

Sir Carleton Kemp Allen²

1. Le leggi di natura in Hobbes
2. Il «governo degli uomini» e il «governo della legge»
3. Gli uomini: l'eroe, il saggio, il giudice
4. La legge: governo *sub lege* e governo *per leges*

Nel Vangelo di Matteo è narrata la storia di Erode il Grande, re di Giudea, che, spaventato dalle parole dei Magi sull'avvento del Cristo, ordina di uccidere tutti i bambini sotto i due anni di età. Si tratta dell'episodio biblico

¹ *Supplici*, 429 - 37

² «When we play a game, we may think some of its rules unreasonable or even absurd, but if we don't adhere to them, we cheat and are unjust.» (C. K. Allen, *Aspects of justice*, Stevens, London 1958, p. 66)

meglio noto come «strage degli innocenti»³. Attraverso l'applicazione dei concetti classici di analisi dell'esercizio del potere si può affermare che tale atto, difficile da non inserire nella categoria del «malgoverno», è, però, compiuto da un potere legittimo, ed è «adeguato rispetto allo scopo» del mantenimento del potere. Eppure, la profonda crudeltà di questo editto lo rende incompatibile con le leggi morali e religiose considerate fondamentali. Si tratta, allora, di un atto, in qualche senso, illegale, in contrasto cioè con norme a esso superiori.

Secondo Aristotele la legalità è una delle dimensioni del concetto di giustizia; essa è la «virtù totale» che ricomprende in sé tutte le altre «virtù particolari»:

questa giustizia, dunque, non è una parte della virtù, ma l'intera virtù, e il vizio opposto non è una parte del vizio, ma l'intero vizio. E in cosa differiscono la virtù e questa giustizia è chiaro da quanto s'è detto: sono infatti identiche, però non è identica la loro essenza, ma in quanto sono in causa i rapporti con gli altri si ha giustizia in quanto si tratta di una disposizione di tal genere in senso puro e semplice si ha virtù.⁴

Il soldato che non abbandona il campo di battaglia può essere virtuoso in due sensi: o egli possiede l'«abito morale» del coraggio, oppure si comporta *come se* fosse coraggioso, rispettando la legge che prescrive l'azione coraggiosa come «buona per» i compagni d'arme. Questo è il senso in cui Aristotele parla di virtù sociale, «in relazione agli altri»⁵.

Se si sposta lo sguardo dal problema della giustizia (*legale*) degli atti compiuti dagli individui a quello della giustizia degli atti prodotti dal potere politico nel suo esercizio, si parla generalmente dall'obbligo di governare attraverso norme generali e astratte (*gubernaculum per leges*) e rispettando leggi

³ Matteo, 2, 16-18.

⁴ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1130a.

⁵ *Ivi*, 1129b.

superiori (*gubernaculum sub lege*)⁶. «Il principio di legalità», afferma Bobbio, «tollera l'esercizio discrezionale del potere, ma esclude l'esercizio arbitrario»⁷; Ferrajoli, parlando della concezione del diritto di Hobbes, riscontra in essa «l'istanza assiologica della rifondazione del diritto sul principio di legalità quale sua metanorma di riconoscimento e garanzia di certezza e di libertà contro l'arbitrio»⁸. Il «potere arbitrario», almeno in questa fra le sue possibili accezioni, si oppone al «potere legale».

Questo capitolo sarà dedicato alla versione moderna del paradigma della «giustizia come legalità». Si partirà dall'analisi della funzione delle «leggi naturali» nel pensiero hobbesiano per indagarne la compatibilità con la teoria della riduzione della giustizia al solo volere del sovrano (§1). Verranno poi ricostruiti, sia pur selettivamente, i principali argomenti in favore delle tesi contrapposte della supremazia del «governo degli uomini» e di quella del «governo della legge» (§2). Si valuterà la fortuna, ancora nella modernità, di figure tipiche del «governo degli uomini» (§3), per tornare, infine, sulle caratterizzazioni consolidate del «governo della legge» (*gubernaculum per leges e sub lege*); questo al fine di verificarne la rilevanza nel paradigma dello «stato di diritto» (§4).

Il modello dello «stato di diritto» si fonda sul principio di legalità, in opposizione al dispotismo, caratterizzato da Montesquieu come governo di

⁶ Cfr. *infra*, pp. 119 e ss.

⁷ N. Bobbio, *Legalità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino 2004, p. 526.

⁸ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. II, p. 30. Ferrajoli si riferisce soprattutto alle tesi esposte nel *Dialogo sul diritto comune*, di cui offre una lettura in chiave anti giusnaturalista. In tale opera, Hobbes fa dire al *giurista*, in contrasto con il *filosofo* che rappresenta le proprie posizioni, che non si può definire legge ciò che è contrario alla ragione. (Th. Hobbes, *A Dialogue Between A Philosopher And A Student Of The Common Laws Of England* (1666), tr. it. *Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune in Inghilterra*, in Id., *Opere politiche*, UTET, Torino 1988, pp. 400 e ss)

uno solo «senza né leggi né freni»⁹. Ferrajoli parla di «stato di diritto» in senso lato a proposito dello «stato legislativo di diritto» alla cui base vi è il *principio di mera legalità* affermando che «sono stati di diritto tutti gli ordinamenti nei quali la produzione di effetti, quali che siano, è condizionata alla previsione, da parte di norme di legge, degli atti che ne sono causa»¹⁰. Da questo distingue lo «stato di diritto» in senso stretto, a proposito dello «stato costituzionale di diritto» alla cui base vi è il *principio di stretta legalità*: «le stesse norme condizionanti sono a loro volta condizionate, quanto al tipo di effetti che sono che sono abilitate a condizionare, da vincoli e da limiti sostanziali imposti come obblighi e divieti da norme ad esse superiori»¹¹.

Il problema dei limiti al potere è centrale anche nel pensiero di molti autori antichi e medievali, così come nelle teorie moderne del sovrano *legibus solutus*. Per Bodin, ad esempio, passato alla storia come il teorico dell'assolutismo, le decisioni del sovrano restano subordinate alle leggi naturali e divine, alle leggi fondamentali dello stato (come la legge salica che regola la discendenza al trono) e anche alle leggi del diritto privato (prime fra tutte le norme che regolano la proprietà).¹²

È solo alla luce della versione (gius)razionalista moderna della massima *iniusta lex non est lex sed corruptio legis* che si può parlare di un vero e proprio cambio di paradigma: la legalità (*sub lege* rispetto al diritto naturale) non è più un «vincolo dall'alto», come nel caso del comando divino, quanto piuttosto un «vincolo dal basso», come pretesa legittima dei subordinati di vedersi riconoscere (attribuire e garantire) i diritti naturali prescritti dalla ragione. Il «diritto» alla vita costituisce, già nel pensiero di Hobbes, il punto di partenza

⁹ C. L. de S. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), tr. it *Lo spirito delle leggi*, I, II, 1, UTET, Torino 1952, p. 66.

¹⁰ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 436.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Si veda N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino 1976, p. 87.

logico della teoria del contratto. Essa giunge a una teoria della giustizia civile di tipo legalista, attraverso rigorose deduzioni:

Non si può fare torto se non a quello con cui si è stretto un qualche patto.¹³

In questo senso Hobbes sarebbe, secondo alcuni commentatori, l'antenato del pensiero giuspositivista, riassunto nella massima *auctoritas, non veritas facit legem*. Secondo Bobbio, il pensiero di Hobbes appartiene «di fatto alla storia del diritto naturale», e «di diritto alla storia del positivismo giuridico»¹⁴: in esso convivono la pretesa giusrazionalista di una morale dimostrata razionalmente e la constatazione giuspositivista (almeno in senso lato) per cui il giusto è ciò che viene comandato dal sovrano (*iustum quod iussum*).

1. Le leggi di natura in Hobbes

La teoria contrattualistica hobbesiana costituisce il primo grande modello giusnaturalistico moderno. Il sovrano è al di sopra della legge civile (*legibus solutus*, nel senso che non è tenuto a rispettare i propri comandi¹⁵) proprio perché il suo potere è legittimato dal quel contratto che gli trasferisce ogni diritto dei sudditi. In tale costruzione la legge naturale continua a giocare un ruolo fondamentale. Ciò in almeno tre significati.

In primo luogo, la legge naturale è un teorema dalla ragione: dato un fine, la ragione – intesa come calcolo – ne prescrive i mezzi per il raggiungimento

¹³ Th. Hobbes, *De cive* (1642), III, 4, tr. it. in Id., *Opere politiche*, cit., p. 117.

¹⁴ N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes* (1954), in Id., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 2004, p. 111.

¹⁵ Sul tema dell'obbligazione nella teoria politica di Hobbes si veda H. Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes, His Theory of Obligation* (1957), *Il pensiero politico di Hobbes*, Laterza, Roma-Bari 1974.

(*dictamen rectae rationis*). Si tratta della razionalità strumentale (o razionalità rispetto allo scopo) che si riassume nella regola «tecnica» (o, nel caso hobbesiano, più propriamente «pragmatica»¹⁶) «se vuoi *x* allora devi *y*». Afferma Hobbes:

Dunque la retta ragione è per così dire una legge che si può chiamare pure «naturale», perché fa parte della natura umana allo stesso modo di qualsiasi altra facoltà o sentimento. Orbene, la legge naturale, è, a volerla definire, un dettame della retta ragione.¹⁷

Inoltre, la conservazione della vita è il «diritto naturale»: la libertà di ciascuno di «usare come si vuole il suo potere per la conservazione della sua natura, cioè della vita»¹⁸. Per comprendere le implicazioni di questo assunto è necessario ricostruire la distinzione fra *ius* e *lex*: lo *ius* consiste nella libertà di compiere o meno un'azione, mentre la *lex* è l'obbligo di una delle due opzioni¹⁹. Lo *ius naturale*²⁰ è il fine, mentre la *lex naturalis* è il mezzo più adatto al conseguimento di tale scopo. Essa, prescritta dalla ragione, prevede prima di tutto la ricerca della pace: la prima legge di natura è *pax est quaerenda*. L'istituzione dello stato attraverso il contratto costituisce a sua volta il mezzo più razionale al raggiungimento della pace e al suo mantenimento.²¹

¹⁶ Cfr. *infra*, p. 33.

¹⁷ Th. Hobbes, *De Cive*, II, 1, cit., p. 97.

¹⁸ Th. Hobbes, *Leviathan* (1651), tr. it. *Leviatano*, cap. XIV, Editori Riuniti, Roma 1998, p. 76. Nel *De cive* si legge: «il primo fondamento del diritto naturale è che *ciascuno tuteli la propria vita e le proprie membra per quanto è in suo potere*». (Th. Hobbes, *De cive*, I, 7, cit., p. 87)

¹⁹ Secondo Bobbio, questo sarebbe il luogo della prima teoria moderna dei diritti naturali: la *lex* è considerata fonte di obbligazione e lo *ius* la libertà da ogni obbligo. (N. Bobbio, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1963), in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1999 p. 443)

²⁰ Si noti che per Hobbes è un dato di fatto che tutti gli individui vogliano conservare la vita e l'integrità delle proprie membra.

²¹ «La prima e fondamentale legge di natura è che *si deve ricercare la pace quando la si può avere; quando non si può, bisogna cercare aiuti per la guerra*. [...] La prima delle leggi di natura derivate da quella fondamentale è che *il diritto di tutti a tutto non si deve conservare, ma certi diritti si devono trasferire o abbandonare*». (Th. Hobbes, *De Cive*, cit., p. 98)

In terzo luogo, le *leges naturae*²², elencate sia nel *De cive* sia nel *Levitano*, corrispondono alle leggi morali come nella tradizione del giusnaturalismo antico e soprattutto come per tutti i successivi autori del giusrazionalismo moderno. Alla stregua di questi, secondo Hobbes la *lex naturalis* è posta dalla sola coscienza, mentre la *lex civilis*, che è artificiale, è posta da un qualche potere politico. La differenza con altri sistemi giusnaturalisti sta nel fatto che il rapporto fra obbligazione interna e obbligazione esterna è rovesciato: le leggi poste dalla ragione sono valide solo *in foro interno*, le leggi poste dal potere politico sono valide *in foro esterno*. Secondo Bobbio:

Gli obblighi che per lui hanno valore incondizionato sono quelli che il cittadino assume di fronte al potere civile. È nota su questo punto la sua posizione: una volta costituito di comune accordo il potere sovrano in quanto tale, l'obbedienza che il cittadino deve allo stato è un'obbedienza assoluta, vale a dire che è obbedienza al comando del sovrano in quanto tale, solo per il fatto che è comandato, indipendentemente da ogni giudizio sul contenuto del comando.²³

Ciò nonostante, la teoria delle leggi di natura occupa un posto molto rilevante sia nel *De cive* sia nel *Leviatano*. Tali leggi morali valgono, innanzi tutto, nello stato di natura, dove nessuno sarebbe in pericolo di vita, se esse fossero rispettate da tutti. Eppure «le leggi di natura (come la giustizia, l'equità, la modestia, la pietà e, insomma, *fare agli altri quello che vorremmo fosse fatto a noi*) di per se stesse, senza il terrore di un potere che ne causi l'osservanza, sono contrarie alle nostre passioni naturali, che ci inducono alla parzialità,

²² Sulla teoria delle leggi naturali in Hobbes si vedano, da ultimi e su posizioni distanti, S. A. Lloyd, *Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes. Cases in the Law of Nature*, Cambridge University Press, Cambridge 2009 e C. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, pp. 146 e ss.

²³ N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, cit., p. 123. Sul tema si veda N. Bobbio, *Norma*, in *Enciclopedia*, IX, Einaudi, Torino, 1980, pp. 901, 902.

all'orgoglio alla vendetta e simili»²⁴. Vitale fa notare che «l'uomo in astratto più razionale, cioè colui che segue la legge di natura, si rivela in concreto il meno prudente, poiché non calcola le possibili irrazionalità o la scarsa lungimiranza altrui, rischiando la fine del vaso di coccio fra quelli di ferro»²⁵.

L'istituzione dello stato civile, poi, non coincide con la necessaria positivizzazione delle leggi di natura; in esso, infatti, le uniche leggi valide sono quelle comandate dal sovrano. Chi detiene il potere politico, però, è l'unico a trovarsi nelle condizioni degli individui nello stato di natura, anche nello stato civile. Il sovrano, non avendo obblighi esterni, è *legibus solutus*. Per lui hanno ancora valore le leggi naturali come precetti prudenziali validi in *foro interno*. Quello di Hobbes è un invito rivolto al sovrano a ricorrere al mezzo più razionale per ottenere il fine del mantenimento del potere evitando così disordine sociale e guerra civile. Le leggi naturali, di cui il sovrano resta comunque l'unico interprete autorizzato²⁶, costituiscono semplicemente un elenco di consigli ad uso di colui che, «ben governando»²⁷, ha maggiori possibilità di non perdere il trono e di non gettare il regno nel caos²⁸. Molto

²⁴ Th. Hobbes, *Leviatano*, cap. XVII, cit., p. 107.

²⁵ E. Vitale, *Hobbes e Kant*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 70.

²⁶ H. Warrender, *Il pensiero politico di Hobbes*, cit., pp. 88 e ss.; J. Watkins, *Hobbes's System of Ideas* (1965), Gover, Aldershot 1989, pp. 109 e ss.; S. Wolin, *Politics and Vision: Continuity and Innovation in Western Political Thought* (1960), tr. it. *Politica e visione. Continuità e innovazione nel pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996, pp. 383 e ss.

²⁷ La declinazione hobbesiana della dicotomia «*eunomia-disnomia*», consiste nel porre l'accento sul mantenimento del potere come garanzia della pace sociale. Anche il significato di ordine acquista nella modernità un carattere molto diverso rispetto alla tradizione antica e medievale. Non si parla più di una società organizzata in modo da rispettare l'ordine naturale del cosmo, ma dell'ordine come pace interna allo stato garantita attraverso il diritto positivo e il monopolio della forza.

²⁸ L'esperienza della prima rivoluzione inglese ha segnato profondamente il pensiero di Hobbes che ebbe a scrivere: «se per il tempo come per lo spazio si potesse parlare di alto e basso, credo davvero che la parte più alta del tempo sarebbe quella compresa fra il 1640 e il 1660. Chi, infatti, da quegli anni, come dalla montagna del diavolo, avesse guardato il mondo, ed osservato le azioni degli uomini, specialmente in Inghilterra, avrebbe potuto avere un panorama d'ogni specie di ingiustizia e d'ogni specie di follia che il mondo era capace di offrire, constatare com'esse erano prodotte dalle loro madri, ipocrisia e presunzione» (Th. Hobbes, *Behemoth, or The Long Parliament* (1668), tr. it. *Behemoth, ovvero il Lungo Parlamento*, Laterza, Roma-Bari 1979, p. 5). Sul tema si veda R. Bodei, *Geometria delle passioni. Paura*,

semplicemente Hobbes ritiene che, violando tali precetti, il sovrano metterebbe il suo potere in pericolo, esponendosi, ad esempio, al rischio di sommosse, realisticamente probabili anche se illegittime.

Si provi, ad esempio, a guardare all'VIII legge naturale del *De Cive* la quale prescrive che «ciascuno sia considerato eguale agli altri per natura»²⁹; non si tratta qui di quell'eguaglianza di cui parla Hobbes a proposito dello «stato di natura», quando afferma che «tutti gli uomini sono per natura uguali fra loro» e che «la diseguaglianza, che ora si scorge, è stata introdotta dalle leggi civili»³⁰. Se l'eguaglianza nello stato di natura, come eguale capacità di tutti gli uomini a darsi reciprocamente la morte, è una condizione «di fatto», la legge di natura che prescrive di trattare tutti gli individui come eguali costituisce un vincolo «di diritto». La prima è una descrizione, la seconda una prescrizione (della ragione). Nello stato civile essa si può tradurre come un consiglio al sovrano di trattare tutti i sudditi in maniera eguale. Con un tono apertamente antiaristotelico³¹ si sostiene che l'ipotesi secondo cui vi sono persone nate per (naturalmente votate a) comandare, è sia contro «ragione» sia contro «esperienza»: anche se ammettessimo che gli uomini siano per natura diseguali, l'unico modo per mantenere la pace è quello di trattarli come eguali per evitare

speranza, felicità: filosofia e uso politico (1991), Feltrinelli, Milano 2007, pp. 83 e ss.; S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (1995), tr. it. *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale*, Edizioni di Comunità, Torino 1998, pp. 100 e ss.

²⁹ Th. Hobbes, *De Cive*, cit., III, 13, p. 124. Sulla tema dell'eguaglianza nel pensiero hobbesiano, si vedano: J. Watkins, *Hobbes's System of Ideas*, cit., pp. 82 e ss.; T. Magri, *Saggio su Thomas Hobbes. Gli elementi della politica*, Il Saggiatore, Milano 1982, pp. 111 e ss.; M. Reale, *La difficile eguaglianza. Hobbes e gli animali politici: passioni, morale, socialità*, Editori Riuniti, Roma 1991, soprattutto pp. 187 e ss.; E. Vitale, *Dal disordine al consenso. Filosofia e politica in Thomas Hobbes*, FrancoAngeli, Milano, 1994, p. 145 e ss.

³⁰ Th. Hobbes, *De Cive*, I, 4, cit., p. 84. Si veda altresì il capitolo XIII del *Leviatano*, il quale inizia affermando che «da natura ha fatto gli uomini così eguali, nelle facoltà del corpo e della mente...». (Th. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 70)

³¹ È già capitato di notare che la teoria del passaggio dallo stato di natura a quello civile in Hobbes si colloca su un piano diametralmente opposto rispetto alla tradizione aristotelica. Nel primo libro della *Politica*, riferimento imprescindibile per la cultura antica e medievale, la nascita della *polis* avviene nel rispetto delle diseguaglianze naturali fra gli individui e in analogia con la struttura dell'ordine del cosmo.

che tentino di sopraffarsi a vicenda. Ritenere che alcuni individui ‘valgono’ più di altri, significa giustificare le diseguaglianza di rango e i privilegi a esse legati. In questo senso Hobbes parla dell’«uomo superbo»³², che, mantenendo privilegi, può diventare causa di malcontento e sedizione. Traducendo nel linguaggio utile alla ricostruzione del problema del «potere limitato», si potrebbe dire che è razionale (rispetto allo scopo del mantenimento della pace) che lo stato tratti i cittadini come eguali.

Per ribadire tale affermazione Hobbes specifica, nella legge successiva, che «tutti i diritti richiesti a ciascuno per sé devono da lui essere concessi anche agli altri»³³; se non bastasse il precedente richiamo all’eguaglianza, egli aggiunge che nessun individuo può rivendicare per sé diritti che non è disposto a concedere agli altri. La traduzione, in termini di consiglio al sovrano, potrebbe consistere nel monito a non affamare la popolazione. Se nel passaggio dallo stato di natura (dove tutti hanno «diritto a tutto» – *ius in omnia*) allo stato civile ognuno rinuncia ai propri diritti in cambio della protezione dello stato, alcuni di questi diritti (Hobbes esplicitamente si richiama a quelli di sussistenza come aria e acqua) possono in qualche modo essere «reclamati dal suddito», proprio a garanzia della vita. È razionale, quindi, tentare di evitare che la popolazione si rivolti contro l’istituzioni di privilegi (almeno) sui beni primari: «– Ecco se c’è il pane! – gridarono cento voci insieme. – Sì, per i tiranni, che notano nell’abbondanza, e voglion far morir noi di fame»³⁴.

Proseguendo nell’analisi delle leggi naturali, la decima recita: «ciascuno nel distribuire agli altri determinati diritti sia imparziale verso gli uni e verso gli

³² La formulazione hobbesiana delle leggi di natura è ancora fortemente influenzata dalla trattatistica morale antica e medievale. A ogni legge corrisponde, quindi, una virtù e un vizio a essa contrario. Ma tali comportamenti non sono più considerati approvabili o riprovevoli in sé, quanto piuttosto adeguati o non adeguati rispetto al fine. Tale adeguatezza è, inoltre, dimostrabile razionalmente.

³³ Th. Hobbes, *De cive*, cit., p. 124.

³⁴ A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. XII.

altri»³⁵. Se non è possibile reclamare per sé più diritti di quanti si è disposti a concedere agli altri, di conseguenza, quando ci si trova a essere «arbitri», è necessario comportarsi in maniera imparziale non favorendo alcuno e riconoscendo a tutti eguali diritti. La caratterizzazione hobbesiana dell'«uomo iniquo» è particolarmente utile al tema generale fin qui analizzato; l'individuo morale (razionale), ma soprattutto il sovrano come «individuo naturale», dovrà comportarsi in maniera imparziale. E ciò, non in forza di un qualche dovere morale nel senso che ciò assumerà per il giusrazionalismo successivo, quanto piuttosto come regola di prudenza e conformità ai dettami della retta ragione. Risulta ora più chiaro il nesso istaurato da Bobbio fra i concetti di «legalità» e «arbitrarietà» come caratteristica delle azioni compiute «in base a un giudizio esclusivamente personale della situazione»³⁶. Nel caso di Hobbes, l'uomo (e soprattutto il governante) iniquo, che agisce (governa) attraverso «atti arbitrari», viola le leggi della ragione.

Anche se per Hobbes è indiscutibile che una norma sia da considerarsi valida se e solo se emessa dal potere sovrano, una legge che violi quella naturale è, prima di tutto, un atto insensato (contro la *recta ratio*). Ciò è reso evidente dalla consequenzialità logica fra diritto alla vita (*ius naturalis*), mantenimento della pace (*lex naturalis* fondamentale), istituzione dello stato civile tramite il contratto (*pactum unionis*), e irrevocabilità, assolutezza e indivisibilità del potere sovrano³⁷. Si può dire, allora, che per Hobbes «arbitrario» è l'atto compiuto dal governante «imprudente» che con il suo agire mette a repentaglio il proprio potere, la pace e dunque anche la vita dei propri sudditi. Ciò tiene assieme il concetto «moderno» di sovranità come *summa potestas superiorem non recognoscens* con una teoria politica che prevede la necessità

³⁵ Th. Hobbes, *De cive*, cit., p. 124.

³⁶ N. Bobbio, *Legalità*, cit., p. 526.

³⁷ Si veda N. Bobbio, *La teoria politica di Hobbes* (1980), in Id., *Thomas Hobbes*, cit., pp. 49 e ss.

di riconosce tutti gli uomini come eguali, attraverso l'attribuzione a essi di «eguali diritti». Pur rimanendo valide solo in *foro interno*, le leggi naturali hobbesiane costituiscono il punto di avvio del giusnaturalismo moderno e delle successive teorie (o proto-teorie) dello «stato di diritto». Centrale risulta la questione della resistenza e della disobbedienza che, se in Hobbes è considerata illecita (come atto collettivo), per gli autori successivi, a partire da Locke, va configurandosi come un diritto:

L'affermazione del diritto di resistenza, risolvendosi nella teoria secondo cui di fronte alla violazione della legge naturale da parte del sovrano la disobbedienza civile è legittima, trasformava l'obbligo del sovrano da imperfetto a perfetto, nel senso che, ammesso il diritto di resistenza, il sovrano rispondeva dei suoi delitti contro il diritto naturale non soltanto di fronte a Dio ma anche di fronte ai suoi sudditi.³⁸

La distanza fra il paradigma hobbesiano e lo «stato costituzionale di diritto» non sta, allora, in un diverso rapporto fra obbligazione interna e obbligazione esterna, quanto, piuttosto, nel riconoscimento che il diritto alla vita come *ius naturale* sia condizione necessaria ma non sufficiente alla legittimità del patto. Le teorie del «potere limitato» sono delle risposte a Hobbes, soprattutto alla luce delle esperienze storiche dell'assolutismo moderno. Le tavole dei diritti (primo fra tutti quello alla vita) sono vincoli positivi all'«arbitrio» del sovrano cosicché, come nel preambolo alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* dell'89, «les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif pouvant à chaque instant être comparés avec le but de toute institution politique».

³⁸ N. Bobbio, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 444.

2. Il «governo degli uomini» e il «governo della legge»

Se lo «stato di diritto» è la declinazione moderna del tema dei limiti imposti dalla legge al potere, la sua versione antica è rintracciabile nel dibattito riassunto dalla domanda di Eutifrone: «è giusto ciò che piace agli dei o piace agli dei ciò che è giusto?». Ci si chiede insomma: «buongoverno è quello in cui i governanti sono buoni perché governano rispettando le leggi oppure quello in cui vi sono buone leggi perché i governanti sono saggi?»³⁹.

L'opposizione è già presente nel pensiero platonico a seconda che ci si ponga la domanda «quale sia la migliore legge» o «quale siano le caratteristiche del buon governante». Nelle *Leggi* Platone argomenta:

dove la legge è sottomessa ai governanti ed è priva di autorità, io vedo pronta la rovina della città; dove invece la legge è signora dei governanti e i governanti sono suoi schiavi, io vedo la salvezza della città e accumularsi su di essa tutti i beni che gli dei sogliono largire alla città.⁴⁰

Nel *Politico*, invece, si legge:

come il timoniere, badando a ciò che torna in ogni caso utile alla nave e ai naviganti, non scrive le leggi ma fornisce come legge la sua arte, e così porta a salvezza quelli che sono imbarcati con lui, non si avrà così, in questo modo, la retta

³⁹ N. Bobbio, *Governo delle leggi o governo degli uomini?* (1983), in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1991, p. 170.

⁴⁰ Platone, *Leggi*, 715d. Riguardo al tipo di legge di cui parla Platone, Strauss afferma: «l'ateniese non parla qui della relazione tra la legge e il vero *logos*: egli cerca il fondamento più alto possibile della legge. Il governo della legge è il governo di dio. Questa esigenza potentissima è priva, però, della chiarezza posseduta, nonostante le loro ambiguità, dalle precedenti affermazioni sulla legge e sul vero *logos*: infatti, essa trascura completamente il fatto che il governo della legge è il governo delle leggi istituite dagli esseri umani. Questo tuttavia sembra chiaro: la legge di origine divina che l'ateniese ha in mente non può essere ritenuta sorgere dal dialogo tra il legislatore umano e un dio, come nel caso della legislazione di Minosse, di cui si diceva che avesse avuto origine dal figlio di Crono». (L. Strauss, *The Argument and the Action of Plato's «Laws»* (1975), tr. it. *Le «Leggi» di Platone. Trama e argomentazione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2006, p. 85)

costituzione per opera degli uomini che sapranno tenere il comando come quel timoniere, fornendo al di sopra delle leggi la forza dell'arte⁴¹

Se si assume – per contrasto – il punto di vista della legalità come principio del potere *sub lege*, in tale passo la figura del «politico» può essere interpretata sia come il *nomothetes* che dà una nuova costituzione allo stato⁴², sia, e forse più propriamente, come l'«uomo regio» che, in forza della sua sapienza, governa facendo a meno dei *nomoi* tramandati. Se invece si guarda – sempre per contrasto – alla legalità come principio del potere *per leges*, gli argomenti a favore del «governo degli uomini» tendono a sottrarre il cittadino alla generalità di una legge incapace di tener conto «tutte le dissomiglianze degli uomini e delle loro azioni», proprio perché nessun'arte, neppure quella regia, ci ricorda ancora Platone «enuncia nulla di semplice che sia immediatamente valido per tutti i casi e per tutto il tempo»⁴³. L'«uomo regio», in questi termini, governa rispettando l'equità che Aristotele definirà come la «stampella della giustizia nei casi concreti»⁴⁴.

L'ipotesi della superiorità del «governo della legge», più fortunata nella storia del pensiero politico, richiama anzitutto al rischio dei cattivi governanti. Tali argomenti, da un lato (governo *sub lege*) portano alla posizione riassunta dall'aforisma di Bracton *rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*⁴⁵. In un primo significato, la *lex* che *facit regem* è la regola attributiva che individua a chi, e sulla base di quale titolo, spetta il potere; per

⁴¹ Platone, *Politico*, 296e. L'espressione «timoniere», a volta resa con «pilota», è la traduzione di *kybernetes*, colui che regge la barra del timone, il cui calco latino è *gubernator*.

⁴² Cfr. *infra*, p. 116.

⁴³ Platone, *Politico*, 294b.

⁴⁴ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1137b.

⁴⁵ H. Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, I, 8, 5, G. E. Woodbine (eds.), Harvard University Press, Cambridge 1968, II, p. 33. Sul pensiero di Bracton si vedano, almeno, F. W. Maitland (eds.), *Bracton's Note Book* (1887), William S. Hein & Co., Buffalo 1999; H. Kantorowicz, *Bractonian problems*, Jackson, son & Co., Glasgow 1941; C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna 1990, soprattutto pp. 89 e ss.

esempio la norma che regola la successione al trono. In un secondo senso, si tratta della regola di procedura che prescrive i modi (le regole formali) in cui deve essere esercitato il potere politico; per esempio la procedura legislativa ordinaria regolata dagli articoli 70-82 della Costituzione italiana e dai regolamenti parlamentari. In un terzo significato la «legge che limita gli uomini» è quella che regola l'esercizio del potere vincolando i contenuti degli atti che esso produce⁴⁶; questo è il caso dell'«appello al cielo»⁴⁷ di Locke, quando tali vincoli siano violati. I primi due significati coincidono con la definizione di Ferrajoli di «stato di diritto» in *sensu lato*, il terzo significato porta verso lo «stato di diritto» in *sensu stretto*.⁴⁸

Se si analizza, poi, il «governo della legge» dal punto di vista della legalità come principio del potere *per leges*, esso mira a mettere in guardia dalla singolarità delle prescrizioni di quel potere che si esprime solo attraverso comandi estemporanei e «arbitrari». In entrambi i casi vale il monito di Montesquieu, secondo il quale «è un dato di eterna esperienza che ogni uomo dotato di potere è portato ad abusarne e che il suo potere si espande finché non incontri dei limiti»⁴⁹.

La difesa più celebre del paradigma del «governo della legge» è proposta da Aristotele, che per primo mette le due visioni in esplicita opposizione. Nel terzo libro della *Politica* si legge:

Ai governanti è necessaria anche la legge che dà prescrizioni universali, perché migliore è l'elemento cui non è possibile essere soggetto di passioni che quello cui le

⁴⁶ Si veda M. Bovero, *Diritto di resistenza. Modelli analitici e riflessione teorica*, in «Ragion pratica» 1997/98, p. 173.

⁴⁷ J. Locke, *Second Tract of Government* (1689), tr. it. *Secondo trattato sul governo*, XIV, 168, in Id. *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, UTET, Torino 1982, p. 356.

⁴⁸ Cfr. *infra*, p. 98.

⁴⁹ C. L. de S. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), tr. it. *Lo spirito delle leggi*, libro XI, cap.4, UTET, Torino 1952, vol. I, p. 274.

passioni sono connaturate. Ora la legge non ha passioni che invece necessariamente si riscontrano in ogni anima umana.⁵⁰

L'idea della «legge libera dalle passioni» per Aristotele costituisce uno dei criteri per distinguere il buongoverno dal malgoverno⁵¹. L'altro criterio è quello del bene comune, inteso come lo scopo di governo esercitato nell'interesse dei governanti e dei governati. Aristotele distingue tre tipi fondamentali di potere:

- il potere paterno del padre sul figlio, esercitato nell'interesse dei figli;
- il potere padronale del padrone sullo schiavo, esercitato nell'interesse del padrone;
- il potere politico, del governante sui governati, esercitato nell'interesse di entrambi.⁵²

Prende qui forma, nel terzo caso, il paradigma aristotelico del buongoverno che è tale in quanto esercitato nell'interesse della collettività e non di una delle sue parti⁵³. Alle altre due forme di dominio si richiama il paradigma del «governo degli uomini» che «si presenta nella sua forma più rudimentale attraverso la figura del sovrano-padre o del sovrano-padrone, ovvero nelle concezioni paternalistica o patriarcalistica, al limite anche dispotica, del potere, in quelle dottrine in cui lo stato è considerato come una

⁵⁰ Aristotele, *Politica*, 1286a.

⁵¹ Cfr. *infra*, p. 109.

⁵² Si veda Aristotele, *Politica*, 1255b e ss.

⁵³ Come è noto Aristotele considerava alcuni individui, così come alcuni popoli, schiavi per natura; le monarchie asiatiche vengono considerate legittime forme di esercizio di dominio su popolazioni schiave per natura (i barbari). Il governo dispotico è, quindi, quello esercitato analogamente al potere padronale. La versione moderna di questa teoria è esplicita in Bodin. In molti dei pensatori cristiani la giustificazione della schiavitù non è più naturale ma si basa sulla conquista. L'unica giustificazione alla schiavitù è la guerra giusta (santa), e di conseguenza gli unici individui che possono essere tenuti in schiavitù sono i prigionieri di guerra o gli unici popoli che possono essere governati dispoticamente sono quelli conquistati.

famiglia in grande, o paterna, o patriarcale, o padronale, secondo gli autori, e il potere del sovrano è assimilato a quello del padre, o del patriarca o del padrone»⁵⁴.

Lo stato come «grande famiglia» in cui il governante amministra la cosa pubblica nell'interesse dei sudditi come un padre lo fa nell'interesse dei figli è, anch'esso, un topos del pensiero politico, che va dalle metafore antiche del buon pastore⁵⁵ alle esperienze degli assolutismi illuminati fino alle più diverse teorie delle cosiddette democrazie sostanziali (governate *pour le peuple* e non *par le peuple*)⁵⁶. Tra i tratti comuni dei difensori dello «stato di diritto» quale versione moderna dell'ideale del «governo della legge» c'è proprio la critica al paternalismo che si ritrova a chiare lettere nell'opera di Kant:

un governo fondato sul principio di benevolenza verso il popolo, come il governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico (*imperium paternale*) [...] è il peggiore dispotismo che si possa immaginare.⁵⁷

L'idea del suddito-figlio (ancor prima di quella del sovrano-padre) è in palese contrasto con l'idea illuministica del cittadino che esce dalla minorità per partecipare a una comunità politica di liberi ed eguali. Si ricordino, del resto le parole di Federico Guglielmo II di Prussia nell'ordinanza regia del 12 ottobre 1794 in cui confermava il divieto di pubblicazione della *Religione* di

⁵⁴ N. Bobbio, *Governo delle leggi o governo degli uomini?*, cit., p. 182

⁵⁵ Si veda ad esempio Platone, *Politico*, 261d: «un uomo politico somiglierà piuttosto a chi porta gruppi di cavalli e buoi al pascolo».

⁵⁶ Sia pur con tutte le distinzioni del caso sembrerebbe possibile affermare che le nuove ondate *leaderistiche*, ammantate dalla retorica dell'efficientismo, si possano inserire in questo filone, piuttosto che in continuità con le teorie moderne dello «stato di diritto». Si veda a tale proposito L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, § 14.5, intitolato: *Quattro fallacie nella concezione della rappresentanza politica. L'idea del capo*.

⁵⁷ I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), tr. it. *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, parte II, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 138.

Kant; in tale documento il re si definisce «padre del nostro popolo»⁵⁸. Quella di Kant è, del resto, anche un'apologia indiretta del «governo della legge»; che si sostituisce al governo assoluto del sovrano-padre (o sovrano-padrone), sia pure esso il «migliore» o il più virtuoso tra gli uomini come l'uomo regio platonico⁵⁹. Un altro autore illuminista, Diderot, afferma:

il governo arbitrario di un principe giusto e illuminato è sempre cattivo. Le virtù sono la più pericolosa e la più sicura delle seduzioni.⁶⁰

Ancora una volta il concetto di «potere arbitrario» è sovrapposto a quello di «potere assoluto», non in ragione di una implicazione logica fra i due, quanto piuttosto dalla convinzione che le (presunte) virtù di un despota illuminato non siano affatto sufficienti a garantire i sudditi contro gli abusi del potere.

Tanto il paradigma antico del «governo della legge», quanto quello moderno dello «stato di diritto» possono essere ricondotti entro la categoria del «costituzionalismo», così definito da Charles S. McIlwain:

⁵⁸ Citato nell'introduzione di Gaetano Durante all'edizione italiana del 1943 della *Religione*. Si veda I. Kant, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (1793), tr. it. *La religione nei limiti della semplice ragione*, Chiantore, Torino 1943, p. VIII.

⁵⁹ Si noti, comunque, che tale problema è già presente nel Platone della *Repubblica*, citato da Kelsen per affermare che «l'idea di democrazia implica l'assenza di capi» (H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), tr. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, il Mulino, Bologna 1998, p. 120). Nell'affrontare il tema di come trattare l'uomo dotato di qualità superiori, Platone afferma che: «noi l'adoreremo come un essere degno di adorazione, meraviglioso ed amabile; ma dopo avergli fatto notare che non c'è un uomo di tal genere nel nostro Stato, e che non deve esserci, untogli il capo ed incoronato, lo scorteremo fino alla frontiera». (*Repubblica*, 398a)

⁶⁰ D. Diderot, *Réfutation d'Helvétius* (1773-78), tr. it. *Confutazioni di Helvétius*, in Id. *Scritti politici*, Utet, Torino 1967, p. 476) Anche Mill affronta il tema in termini analoghi quando dice che: «A lungo si è ripetuto che se si riuscisse a trovare un buon despota, la miglior forma di governo sarebbe la monarchia assoluta [...] Si avrebbe allora da una parte un uomo dotato di un'attività intellettuale sovraumana, e dall'altro un popolo mentalmente passivo. Questa passività è implicita nel concetto di un potere assoluto». (J. S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861), tr. it. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, cap. III, Editori Riuniti, Roma 1997, p. 40)

il più antico, il più persistente e più duraturo dei caratteri essenziali del vero costituzionalismo resta ancora quello che era all'inizio, la limitazione del governo mercé il diritto. «I limiti costituzionali» se non sono la parte più importante della nostra dottrina costituzionale, sono certamente la più antica.⁶¹

Nella ricostruzione di tale concetto è necessario analizzare il modello giuridico anglosassone della *rule of law*, espressione variamente tradotta da diversi interpreti come «governo della legge», «principio di legalità» o «stato di diritto» e in generale intesa come sottomissione di qualunque atto dello stato a una qualche fonte di legge.⁶²

Anche *Rule of law*, come *Rechtsstaat* è un'espressione che nasce nell'ottocento ma ha radici ben più antiche e antenati illustri, primo fra tutti la proclamazione dei diritti soggettivi contro l'intrusione «arbitraria» dello stato che risale alla *Magna Charta*⁶³ (1215), passa poi per l'*Habeas corpus*⁶⁴ (codificato nel 1679, ma influente nella giurisprudenza inglese almeno dal XII secolo), la *Petition of right*⁶⁵ (1628) e il *Bill of rights*⁶⁶ (1689). A tale tradizione giuridica, poi, si accompagna la nascita del primo parlamento moderno (già con la

⁶¹ C. H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 45.

⁶² R. Guastini, *Implementing the Rule of Law*, in «Analisi e diritto», 2001, p. 95; Id., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, p. 36. È Guastini stesso a mettere in evidenza i diversi problemi che emergono da tale definizione negli ordinamenti a costituzione rigida e con l'introduzione della figura del «giudice della legge».

⁶³ Carta concessa dal re Giovanni nel 1215 e confermata in Parlamento numerose altre volte dai sovrani successivi. Importante la riconferma del 1225; alcuni punti ritornarono nella *Petition of right* del 1628, quando, contro l'assolutismo incombente, venne riscoperta e riattualizzata la *Magna Carta* per merito di sir Edward Coke. (Ricostruzione tratta dall'appendice, a cura di Nicola Matteucci, all'edizione citata di C. H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, p. 193)

⁶⁴ Famosa procedura inglese che garantisce la libertà del cittadino da qualsiasi arresto o forma di detenzione arbitraria. Questo principio risale all'*Habeas corpus Act* del 1679, che non faceva che ribadire e chiarire alcuni principi della *Magna Carta*. (*Ivi*, p. 191)

⁶⁵ Generalmente per *petition* si intende, oggi, una petizione, domanda, supplica in forma scritta del cittadino nei confronti dei poteri costituiti. Nel passato era un procedimento parlamentare nei confronti della Corona. La *Petition of right* del 1628 era relativa ai diritti e alle libertà fondamentali dei cittadini inglesi, e fu poi accettata da Carlo I. (*Ivi*, p. 193)

⁶⁶ Letteralmente Carta delle libertà, venne diretto dal parlamento inglese (per *bill* si intende una legge di iniziativa parlamentare) ai principi di Orange all'atto della loro ascesa al trono nel 1688 e subito trasformato in legge (*act*). (*Ivi*, p. 188)

rivoluzione del 1642), supremo organo legislativo, che darà vita al cosiddetto «modello Westminster»⁶⁷. La differenza con il modello continentale (successivo) di «stato di diritto» è lampante: la difesa dei diritti individuali (soprattutto quelli di libertà) è garantita prevalentemente dalle corti, in un sistema di diritto consuetudinario (*common law*) che in certo senso richiama il modello dell'uomo regio applicato alla figura del giudice. Diversamente, il paradigma del «governo delle leggi» è rappresentato dal parlamento che produce la cosiddetta *statute law*⁶⁸ secondo un modello di legalità *per leges*.

Il processo di costituzionalizzazione, proprio attraverso l'affermarsi del principio della *rule of law*, delle cosiddette «libertà inglesi» è stato interpretato come un processo di avvicinamento fra due modelli apparentemente molto distanti.

Lo «stato di diritto», sia in senso debole che in senso forte, può tuttavia realizzarsi anche diversamente, attraverso la soggezione *di fatto* dei pubblici poteri, a principi normativi quali le libertà fondamentali e la divisione dei poteri. È quanto è accaduto nell'esperienza inglese del *rule of law*, che pur non avendo conosciuto né codificazioni né costituzioni implica certamente un modello di stato di diritto in senso stretto o

⁶⁷ Con l'espressione «modello Westminster» si fa riferimento sia al sistema di governo britannico nel suo complesso, sia ad alcune sue caratteristiche specifiche. In questo secondo ambito di significati sono almeno due gli usi che se ne fanno correntemente: o come sinonimo di «sistema parlamentare» o per indicare i paesi dove vige un sistema elettorale basato su collegi uninominali. Decisamente improprio, invece, l'uso di chi fa ricorso a tale espressione per indicare un sistema politico in cui il primo ministro viene eletto direttamente dal popolo. Si vedano, tra gli altri, R. Dahrendorf, *Dopo la democrazia* (intervista a cura di A. Polito), Laterza, Roma-Bari 2001 e G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata*, il Mulino, Bologna 1995, pp. 115 e ss.

⁶⁸ Indica una legge scritta, decisa o statuita, formale o materiale, distinta da quella non scritta di formazione giurisprudenziale (la *common law*). In questa categoria assai generale rientrano gli *Acts of Parliament*, ma anche gli atti di legislazione delegata e di carattere regolamentare anche degli enti locali. Nel passato indicava qualsiasi atto di natura legislativa emanato dall'autorità regia (chiamato anche carta, assisa, *constitutio*, *provisio*) e anche tutti gli *acts* adottati in una legislatura. (N. Matteucci, Appendice a C. H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 195)

forte, tanto da aver ispirato l'intera vicenda dello stato di diritto nel continente europeo.⁶⁹

Nell'espressione *Rule of law*, sembrano confondersi significati molto diverse fra loro. Innanzi tutto la supremazia della legge può indicare che la fonte del diritto che prevale è la *statute law*, perché prodotta dal parlamento come organo sovrano; celebre è il detto *the Parliament of England can do anything it wants except change a man into a woman*. In un secondo significato la legge suprema è quella (*lato sensu*) costituzionale, il diritto consuetudinario che attribuisce il potere e lo vincola attraverso le «libertà inglesi»; secondo il giurista inglese William Edward Hearn: *the wind might whistle around the poor man's straw-built hut, although the rain might enter it, the King could not*⁷⁰. In un terzo significato ancora, *rule of law* rappresenta il limite giuridico (come nell'esempio del principio del «precedente vincolante») con cui le corti limitano il potere del parlamento, ben oltre le leggi fondamentali.

Lo sviluppo contestuale delle garanzie proprie della *rule of law* a livello giurisprudenziale e del modello di sovranità parlamentare costituisce il tratto distintivo del primo «stato di diritto» in senso moderno, al quale sono seguite esperienze altrettanto rilevanti come quella statunitense in cui l'introduzione di una costituzione scritta (1787), gli emendamenti che vanno a costituire il *bill of rights* (1791) e il meccanismo del *judicial review* (1803), sono integrati al sistema

⁶⁹ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, cit., p. 486. A differenza del principio di legalità espresso dalla teoria dello «stato di diritto», quello del *rule of law* è maggiormente soggetto a interpretazioni più restrittive, soprattutto relativamente a temi come la difesa dei diritti fondamentali; è il caso delle posizioni sostenute dal giudice conservatore della Corte suprema americana Antonin Scalia. Si veda A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, «The University of Chicago Law Review», Vol. 56, No. 4, 1989. Sul complesso processo di avvicinamento fra il modello continentale di *civil law* e quello anglosassone di *common law*, si veda M. Barberis, *L'Europa del diritto*, il Mulino, Bologna 2008, cap. III, dove, tra l'altro, viene proposta, relativamente ad alcuni aspetti specifici, una tripartizione (piuttosto che una dicotomia) fra modello *pratico* inglese, modello *tecnico* francese e modello *teorico* tedesco (*Ivi*, p. 109).

⁷⁰ W. E. Hearn, *The Government of England: Its Structure and Its Development*, George Robertson, Melbourne 1867, p. 88.

giuridico di *common law*, favorendo così un processo diffuso di revisioni della legislazione ordinaria.⁷¹

3. Gli uomini: l'eroe, il saggio, il giudice

Le figure classiche del «governo degli uomini» sono il grande legislatore, il fondatore di stati e il grande giudice.

I primi due sono ricondotti al *genus* dell'uomo saggio (Minosse, Licurgo, Solone), e dell'eroe (Mosè⁷², Ciro, Teseo⁷³, Romolo). Nonostante si tratti di figure simboliche del potere personale, non sono in contraddizione con il paradigma del «governo della legge», soprattutto nella sua declinazione *sub lege*. Tali personaggi risolvono, semmai, il problema della *regressio ad infinitum* che scaturisce dalla domanda circa chi abbia posto la «legge (buona)». Il grande legislatore è proprio colui che, ponendo la legge, sancisce la fine del «governo degli uomini»; come Licurgo che, allontanandosi da Sparta per consultare l'oracolo, raccomanda alla città, raccolta in assemblea, di non modificare le leggi da lui edificate fino al suo ritorno. Ritorno che non avverrà mai.

Il grande legislatore, allora, è la figura mitica, o mitico-storica, che assolve la funzione tanto del diritto naturale nel pensiero giusnaturalista quanto della teoria del *pactum unionis* nel contrattualismo. In Kant il patto rappresenta la soluzione al problema della fondazione. Il contratto è «una *semplice idea della ragione*, ma che ha indubbiamente una sua realtà (pratica): cioè la sua realtà

⁷¹ Cfr. *infra*, pp. 138 e ss.

⁷² «Non è più sorto in Israele un profeta come Mosè (lui con il quale il Signore parlava faccia a faccia) per tutti i segni e prodigi che il Signore lo aveva mandato a compiere nel paese d'Egitto, contro il faraone, contro i suoi ministri e contro tutto il suo paese e per la mano potente e il terrore grande messo in opera da Mosè davanti agli occhi di tutto Israele.» (Deuteronomio, 34, 5-12)

⁷³ «Che di un popolo disperso fece una città.» (Plutarco, *Vite parallele*)

consiste nell'obbligare ogni legislatore a far leggi come se esse dovessero derivare dalla volontà comune di tutto un popolo e nel considerare ogni suddito, in quanto vuol esser cittadino, come se egli avesse dato il suo consenso a una tale volontà. Questa infatti è la pietra di paragone della legittimità di una qualsiasi legge pubblica»⁷⁴.

Nella modernità, comunque, il ricorso al tipo del «fondatore di stati e ordinamenti» sopravvive e se ne trovano versioni illustri nel *Contratto sociale* di Rousseau e nel *Principe* di Machiavelli. In Rousseau il *topos* del grande legislatore, che propone un modello di governo, è ripreso per distinguerlo dal buon governante, che esercita i poteri così come imposto dal modello:

Per scoprire le norme costitutive di società che meglio convengono alle nazioni, occorrerebbe un intelletto superiore, che conoscesse tutte le passioni degli uomini senza provarne nessuna; che non avesse alcun rapporto con la nostra natura e che la conoscesse a fondo; la cui felicità fosse indipendente dalla nostra, ma che, tuttavia, volesse di buon grado occuparsi della nostra; che infine, preparandosi nel corso del tempo una gloria remota, potesse lavorare in un secolo e godere in un altro. Ci vorrebbero gli dei per dare delle leggi agli uomini.⁷⁵

Machiavelli invece, dopo aver distinto repubbliche da principati e i principati fra ereditari e nuovi, dedica una fra le sue opere più celebri proprio alla figura del «principe nuovo». A tale proposito vengono ricostruite le possibili vie alla conquista del potere, attraverso le coppie virtù-fortuna e violenza-consenso. Alla tradizionale classificazione delle forme di governo e ai criteri classici per distinguere buongoverno da malgoverno, Machiavelli sostituisce il solo criterio dell'efficacia del potere. Nelle pagine finali de *Il principe*, in riferimento al «principe nuovo», auspicato per l'Italia, si dice:

⁷⁴ I. Kant, *Sul detto comune*, cit., p. 143.

⁷⁵ J. J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), tr. it. *Contratto sociale*, II, 7, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 57.

mi pare corrino tante cose in beneficio d'uno principe nuovo, che io non so qual mai tempo fussi più atto a questo. E se, come io dissi, era necessario, volendo vedere la virtù di Moisè, che il populo d'Isdrael fussi stiuvo in Egitto, et a conoscere la grandezza dello animo di Ciro, ch'e' Persi fussino oppressati da' Medi e la eccellenza di Teseo, che li Ateniensì fussino dispersi; così al presente, volendo conoscere la virtù d'uno spirito italiano, era necessario che la Italia si riducessi nel termine che ell'è di presente, e che la fussi più stiava che li Ebrei, più serva ch'e' Persi, più dispersa che li Ateniensì, senza capo, senza ordine; battuta, spogliata, lacera, corsa, et avessi sopportato d'ogni sorte ruina.⁷⁶

Dopo il fondatore e il legislatore si incontra la figura del «grande giudice». In esso si ritrovano le caratteristiche dell'«uomo regio» platonico, applicate alle prerogative del potere di giudicare le controversie nei casi concreti. Anche la figura del «grande giudice» attraversa l'intera storia del pensiero: da Salomone, i cui proverbi servono «per conoscere la sapienza e la disciplina, per capire i detti profondi, per acquistare un'istruzione illuminata, equità, giustizia e rettitudine, per dare agli inesperti l'accortezza, ai giovani conoscenza e riflessione»⁷⁷; fino all'ideale del giudice «di capacità, cultura pazienza e ingegno sovraumani» descritto da Ronald Dworkin, e chiamato col fantasioso nome di Ercole:

Potremmo, perciò, considerare come un giudice filosofo potrebbe sviluppare, in casi adeguati, teorie su cosa richiedano lo scopo legislativo e i principi giuridici. Troveremmo che egli costruirebbe queste teorie come un arbitro filosofo costruirebbe il carattere del gioco. Ho inventato, a questo scopo, un giurista di capacità, cultura, pazienza e ingegno sovraumani che chiamerò Ercole.⁷⁸

⁷⁶ N. Machiavelli, *Il Principe* (1532), VI, Einaudi, Torino 1995, p. 34.

⁷⁷ *Proverbi*, 1, 2-6

⁷⁸ R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977), tr. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, p. 203.

Sia Salomone sia Ercole rappresentano il «grande giudice» come l'«arbitro filosofo» che estrae precetti generalissimi di giustizia dalla «storia dell'umanità» e li applica a quei casi in cui la generalità della legge penalizza qualcuno in una specifica situazione. Si tratta del giudizio di equità: l'*epieikeia* ricostruita da Aristotele nel libro V dell'*Etica nicomachea* o l'*aequitas* ciceroniana.⁷⁹

4. La legge: governo *sub lege* e governo *per leges*

Le due forme del «governo della legge» sono indicate dalle due formule «governo *sub lege*» e «governo *per leges*». La prima impone di esercitare il potere in conformità a norme superiori; la seconda impone al potere di esprimersi attraverso norme generali e astratte.

L'ideale del «governo *sub lege*» è proprio del pensiero giusnaturalista (e giusrazionalista) antico e moderno. Allo stesso tempo esso è alla base delle teorie giuspositiviste dello «stato di diritto» come quella forma di stato⁸⁰ che

⁷⁹ Si vedano, ad esempio, R. A. Newman (eds.), *Equity in the World's Legal System*, Edinburgh University Press, Edinburg 1974; AA. VV., *Equità*, Giuffrè, Milano 1975; P. Pinna Parpaglia, *Aequitas romana ed Epieikeia aristotelica nella dottrina romanistica*, Gallizzi, Sassari 1969; Id., *Aequitas in libera republica*, Giuffrè, Milano 1973; F. D'Agostino, *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milano 1973; Id., *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino 1977; F. W. Maitland, *Equity: A Course of Lectures* (1909), tr. it. *L'equità*, Giuffrè, Milano 1979; V. Lundstedt, *Law and Justice*, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1952; C. K. Allen, *Aspects of justice*, cit., pp. 56 e ss.; G. Ciulei, *L'équité chez Ciceron*, Hakkert, Amsterdam, 1972; G. M. Chiodi, *Equità: la categoria regolativa del diritto*, Guida, Napoli 1989; Id., *Equità: la regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino 2000; L. d'Avack, F. Riccobono, *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli 2004; D. Carpi, *The concept of equity. An interdisciplinary assessment*, Winter, Heidelberg 2007; M. Barberis, *Equità*, in «il Mulino», 2, 1986, pp. 304-312; Id., *Tutta un'altra storia. Equity, diritto e letteratura*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», X, 2008, 1, pp. 143-150.

⁸⁰ Con l'espressione «forme di stato» vengono indicate molte classificazioni differenti, che variano a seconda che il criterio scelto sia di tipo storico (es. stato feudale, di ceti, assoluto, rappresentativo), sociologico (stato liberale, socialista), politologico (stato centralizzato, federale). Quella di «stato di diritto» è una categoria che associa criteri di distinzione storica e sociologica, dove per sociologico si intende il rapporto (e i confini) dei poteri statali con la società.

impone la conformità degli atti del potere alla legge, sia nella forma (stato legislativo di diritto), sia anche nel contenuto (stato costituzionale di diritto).

Diversamente, l'espressione «governo *per leges*» richiama il problema del carattere universale delle norme. Se si analizzano le due componenti, il soggetto e il predicato, delle proposizioni prescrittive, si può dire che l'universalità, contrapposta alla singolarità, può dunque essere caratteristica propria sia del soggetto che compie l'azione regolata sia dell'azione compiuta. Una norma universale rispetto al soggetto si dice «generale», una norma universale rispetto all'azione si dice «astratta». Il contrario di «generalità» è «individualità», mentre il contrario di «astrattezza» è «concretezza».

Secondo una delle ricostruzioni proposte da Bobbio, una norma individuale, che si rivolge cioè ad una sola persona, è detta *comando*; una norma concreta, relativa quindi ad un'azione singola, è detta *ordine*. Se si pensa, ad esempio all'*Antigone* di Sofocle, la sentenza di morte emessa da Creonte nei confronti di Antigone è un «comando» (per il boia), l'editto che vieta la sepoltura del cadavere di Polinice è un «ordine».

Combinando i due criteri di universalità/singolarità con la coppia logica soggetto/predicato si ottengono quattro classi di norme, tutte presenti in qualsivoglia ordinamento positivo:

- a) norme «generali ed astratte»: si tratta della maggior parte delle norme (ad esempio quelle penali), dette in senso stretto «leggi»;
- b) norme «generali e concrete» [comandi generali]: si tratta di norme che si rivolgono a un'intera classe di cittadini prescrivendo un'azione singola (come per esempio l'evacuazione di una zona a rischio); esse rispondono a esigenze concrete (spesso d'emergenza) e hanno una durata ristretta nel tempo;
- c) norme «individuali ed astratte» [ordini astratti]: sono norme indirizzate a un singolo, e che prescrivono una molteplicità di

azioni (ad esempio tutte le prerogative di una determinata carica),
come nel caso della nomina di un commissario straordinario;

- d) norme «individuali e concrete»: l'esempio della prescrizione di un'azione singola a un individuo è la sentenza di un giudice, che richiama il momento dell'applicazione di una norma e non quello della sua produzione.⁸¹

La preferenza accordata agli ordinamenti composti prevalentemente da regole di condotta generali e astratte si basa sui due valori cardine dell'ideale del «governo della legge»: eguaglianza e certezza. L'«eguaglianza *di fronte alla legge*»⁸², il carattere formale dell'eguaglianza giuridica, sarebbe garantita dalla generalità delle norme in quanto la costruzione di una fattispecie giuridica (es: tutti i ladri) garantisce che nessun individuo singolo possa essere privilegiato o discriminato dalla legge. La «certezza» del diritto invece sarebbe garantita dall'astrattezza delle leggi, nel senso che la caratterizzazione tipica dell'azione comandata (o vietata) permette conoscere preventivamente le conseguenze (giuridiche) dei propri comportamenti.

In questo caso il problema della «giustizia come legalità» assume un significato ulteriore (ma pur sempre formale) rispetto alla sola osservanza di leggi superiori da parte del potere:

noi pensiamo che generalità e astrattezza siano requisiti non già della norma giuridica quale è, ma quale dovrebbe essere per corrispondere all'ideale di giustizia, per

⁸¹ In un altro luogo Bobbio propone una classificazione ancora più rigorosa, ricorrendo al termine «precetto» per indicare un *genus* che comprende quattro *species* normative differenti: ««precetto» per il *genus*; «legge» per i precetti generali; «norma» per precetti astratti (nei quali soltanto ricorre il carattere della normalità); «comando» per i precetti individuali; «ordine» per quelli concreti. Onde i quattro tipi sopra elencati sarebbero così denominati: 1° leggi-norme; 2° leggi-ordini; 3° comandi-norme; 4° comandi-ordini». (N. Bobbio, *Norma giuridica* (1964), in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino 1994, p. 223)

⁸² Per una ricostruzione dei diversi significati giuridici del principio di eguaglianza cfr. *infra*, pp. 191 e ss.

cui tutti gli uomini sono eguali, tutte le azioni sono certe; cioè siano requisiti, *non tanto della norma giuridica* (cioè della norma valida in un certo sistema), *ma della norma giusta*.⁸³

Le teorie dello stato di diritto nascono proprio sulla base dell'eliminazione di discriminazioni nella forma del diritto, sia attraverso l'abolizione di diritti speciali (diversificati per ceti) sia attraverso la sempre più dettagliata codificazione, di cui il *code civil* napoleonico costituisce il primo grande modello moderno. A proposito delle garanzie derivanti dal governo *per leges*, Calamandrei parlava dello «sconsolato ossequio delle leggi perché tali», così commentato da Zagrebelsky:

non perché egli creda in un legislatore-giusto, che è tale perché e in quanto da lui promanano leggi giuste, come possono ritenere i giusnaturalismi di ogni specie; e nemmeno perché creda in un giusto-legislatore, dal quale, per qualche qualità sua propria, provengono leggi giuste per definizione, come ritengono i giuspositivisti ideologici; ma perché crede che la legge in se stessa, in quanto cosa diversa dall'ordine particolare o dalla decisione caso per caso, contenga un elemento morale di importanza tale da sopravanzare addirittura l'ingiustizia eventuale del suo contenuto.⁸⁴

Ricapitolando, la legalità si esercita su tre diversi livelli, ciascuno dei quali influisce su un aspetto specifico del problema. Se si analizza il rapporto fra la legge e il sovrano, esso dovrà sempre sottostare a delle norme superiori (governo *sub lege*); se si analizza il rapporto tra il governante e i governati, il primo dovrà esprimersi mediante norme generali e astratte (governo *per leges*). C'è poi un terzo livello, che non riguarda la produzione ma l'applicazione delle norme: si tratta del rapporto fra leggi e casi singoli.⁸⁵ Qui il principio di legalità si riassume nella massima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, e rimanda al vincolo

⁸³ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 149.

⁸⁴ G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, Laterza, Bari-Roma 2008, p. 6.

⁸⁵ N. Bobbio, *Legalità*, cit., p. 563.

per i giudici di non ricorrere a decisioni «caso per caso» ma far riferimento a una norma generale da applicare al caso singolo.⁸⁶ Per altro verso, nel modello dello «stato di diritto», il principio di legalità applicato agli atti del potere giudiziario conduce all'adozione della massima *veritas, non auctoritas facit iudicium*, secondo la quale il ruolo del giudice è puramente quello di applicare la legge⁸⁷. Se condizione di legittimità del potere di produrre norme risiede nell'osservanza di una legge superiore (la *lex* che, nell'atto stesso in cui *facit regem*, limita l'esercizio del suo potere), la condizione di legittimità degli atti del potere giudiziario sta nella subordinazione dei giudici alle norme prodotte dal potere legislativo.

Parlando delle leggi consuetudinarie, del giudizio equitativo e delle prerogative dei giudici Hobbes afferma:

Quando un antico uso acquista l'autorità di legge, non è l'antichità a conferirgli tale autorità, ma la volontà del sovrano, espressa dal suo silenzio (perché a volte il silenzio è segno di consenso); e resta legge solo fin quando il sovrano non si pronuncia riguardo ad essa. Perciò se il sovrano si fonda, in una questione di diritto, non sulla volontà presente, ma sulle leggi fatte in precedenza, l'antichità di esse non pregiudica il suo diritto; e la questione deve essere giudicata secondo equità. Infatti molte azioni e sentenze ingiuste restano senza controllo per un tempo più lungo di ogni ricordo umano; e i nostri giuristi pensano che siano leggi solo i costumi ragionevoli, e che i cattivi costumi vadano aboliti. Ma il giudizio su ciò che è ragionevole e su ciò che va abolito spetta a chi fa la legge, cioè all'assemblea sovrana o al monarca.⁸⁸

⁸⁶ R. Guastini, *Il giudice della legge*, cit., soprattutto pp. 9 e ss. e pp. 49 e ss.

⁸⁷ Si veda L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 876.

⁸⁸ Th. Hobbes, *Leviatano*, cap. XVI, cit., p. 181.

Capitolo 4

Legalità, legittimità, effettività

Le persone da eleggersi dovranno [...] essere di conosciuta probità, e buon giudizio; zelanti del pubblico bene; non idiote, per quanto sia possibile.¹

1. Legalità e legittimità
2. La legittimità nello stato costituzionale di diritto
3. Legalità ed effettività
4. Il governo *sub iuribus*

Quando Antigone rivendica il suo «diritto» a seppellire il cadavere del fratello Polinice accusa Creonte di aver violato con il suo editto le leggi di Zeus e di *Dike*: questo è un problema di legalità. Nel mito dei *Sette contro Tebe*, messo in scena nella tragedia di Eschilo, il dilemma politico e morale è un altro. Quando Edipo decide di andare in esilio volontario a Colono i suoi due figli Eteocle e Polinice si accordano per regnare su Tebe a turno, un anno ciascuno. Alla fine del suo anno di regno, Eteocle si rifiuta di lasciare il trono al fratello. Polinice, con l'aiuto del re di Argo, organizza un esercito e muove guerra alla sua stessa città; guerra in cui i due fratelli si daranno la morte a vicenda. La tragica vicenda scaturisce dal problema su chi sia il re *legittimo* di Tebe.

¹ Regolamento per le amministrazioni de' Pubblici nelle città, borghi de' regj Stati; Regno di Sardegna, 6 giugno 1775, Titolo II, art. 4. Per questa citazione ringrazio la dottoressa Luisella Giacometto.

In questo capitolo verranno indagati i rapporti fra il concetto di legalità e quello di legittimità (§1), alla ricerca di criteri utili a ridefinire il problema della titolarità del potere negli «stati costituzionali di diritto» (§2); verrà poi affrontato un ulteriore criterio cui si ricorre tradizionalmente nei discorsi sul potere: l'effettività (§3). Lo scopo del capitolo consiste nel rendere esplicita una terza dimensione del giusto legale; al fianco della legalità come principio del potere *per leges* e *sub lege*, verrà analizzato il modello del «governo *sub iuribus*» (§4).

1. Legalità e legittimità

Nella storia del pensiero politico la nozione di legalità è spesso presa in considerazione assieme alla categoria della legittimità. La questione della legittimità concerne quella che Berlin ha definito la domanda fondamentale della politica: «perché un uomo dovrebbe obbedire a un altro?»². Se la legalità rimanda alla dimensione dell'esercizio del potere, la legittimità riguarda la titolarità del potere stesso³. Nella figura classica del tiranno i due aspetti sono tradizionalmente compresenti: è designato come tiranno sia l'usurpatore, che si impossessa illegittimamente del trono (*tyrannus absque titulo*), sia chi esercita il potere in modo illegale (*tyrannus quoad exercitium*)⁴. Ancora in età moderna è

² I. Berlin, *Does Political Theory Still Exist?* (1962), tr. it. *Esiste ancora la teoria politica?*, in Id., *Il fine della politica*, Edizioni di Comunità, Torino 2002, p. 180.

³ Si veda N. Bobbio, *Stato, governo e società*, Einaudi, Torino 1985, p. 77, e *Sul principio di legittimità* (1964), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970, p. 82.

⁴ La letteratura in materia è sterminata, si veda, a titolo di esempio, M. Turchetti, *Tyrannie et tyrannicide de l'antiquité à nos jours*, PUF, Paris 2001; L. Strauss, *On Tyranny: An Interpretation of Xenophon's Hiero* (1948), tr. it., *La tirannide: saggio sul «Gerone» di Senofonte*, Giuffrè, Milano 1968; R. Tabacco, *Il tiranno nelle declamazioni di scuola in lingua latina*, Accademia delle Scienze, Torino 1985; H. Baron, *The crisis of the early Italian Renaissance: civic humanism and republican liberty in an age of classicism and tyranny* (1955), tr. it. *La crisi del primo Rinascimento italiano: umanesimo civile e libertà repubblicana in un'età di classicismo e di tirannide*, Firenze, Sansoni 1970. Di particolare rilievo, dato il periodo storico, è la letteratura latina in epoca quintiliana e quella italiana in età comunale.

impossibile non notare l'affinità dei problemi che ruotano attorno alla categoria di «tirannia» e alla questione del «potere arbitrario». Nella voce «Tiranno» dell'*Encyclopédie* Diderot afferma:

con la parola tiranno si intende non solo un usurpatore del potere sovrano, ma anche un sovrano legittimo che abusa del proprio potere per violare le leggi, opprimere i popoli, e far dei sudditi le vittime delle proprie passioni o volontà ingiuste, sostituendole alle leggi.⁵

Come criteri di giudizio sul potere, legalità e legittimità si possono dire indipendenti, non nel senso che non si diano relazioni fra essi, ma che l'uno non è implicazione necessaria dell'altro. A proposito della categoria della *disnomia*, un «cattivo governante» può essere designato come tiranno⁶ in senso proprio se esercita un potere illegittimo; mentre il despota, nell'accezione classica aristotelica, pur governando in modo simile al tiranno, è un governante legittimo: il despota orientale aristotelico, pur esercitando sui governati una forma di «dominio» assimilabile a quella del padrone sui servi, è legittimato a farlo in ragione della naturale tendenza alla schiavitù che Aristotele attribuisce a tali popolazioni.

Il problema delle due facce della tirannia sembra però cambiare d'accento con la modernità; per gli antichi il rischio maggiore è quello rappresentato dal *tyrannus ex parte exercitii*, esemplificato dal tiranno platonico, che governa al solo scopo di «soddisfare i suoi piaceri illeciti». I moderni, invece, si preoccupano

Nel *De tyranno*, ad esempio, Bartolo da Sassoferrato propone un'interessante classificazione incrociando due dicotomie: quella del *tyrannus manifestus* opposto al *tyrannus tacitus* e quella del *tyrannus ex defectu tituli* opposto al *tyrannus ex parte exercitii*.

⁵ D. Diderot, *Tyrann* (1751-72), tr. it., *Tiranno*, in Id., *Scritti politici con le «voci» politiche dell'Encyclopédie*, Utet, Torino 1967, p. 732.

⁶ L'uso del singolare per i termini «tiranno» e «despota» richiama alla prevalenza nella storia di figure singole che hanno rivestito questi ruoli, ma esperienze come quella dei «trenta tiranni» in Atene o espressioni come «dispotismo della maggioranza» (Montesquieu) attestano che questi termini non sono applicabili ai soli regimi monocratici.

soprattutto del potere «di fatto» di un governante illegittimo. Se si escludono i moderni miti della fondazione (il principe nuovo di Machiavelli è sempre una sorta di tiranno *ex defectu tituli*) le teorie del contratto hanno come scopo quello di far risalire la giustificazione del potere a un accordo (corredato di clausole) formalmente stipulato fra le «parti» della società.

Si può affermare, in via di prima approssimazione, che per legittimità si intende una sorta di «“investitura”, o rivestimento di valore, di “validità”, intorno al nudo fatto del monopolio della forza»⁷. Chi contesta la riduzione della politica a semplici rapporti di forza si trova a dover replicare alla celebre obiezione agostiniana della «banda di ladroni», per cui la differenza tra il potere coattivo dello Stato e quello derivante dall'intimidazione del ladro sarebbe di tipo esclusivamente quantitativo. Quando Alessandro Magno chiede al pirata appena catturato a quale titolo egli si senta padrone del mare, Agostino gli fa rispondere:

con lo stesso diritto che hai tu; ma poiché io lo faccio con una piccola nave, sono chiamato pirata, mentre tu, che lo fai con una grande flotta, sei chiamato imperatore.⁸

La prima grande distinzione relativa al fondamento del potere politico è, allora, da ricercare nella contrapposizione fra le teorie che riconducono il potere (secondo la classificazione proposta da Weber) alla categoria di *Macht* (potenza, potere di chi ha la forza per imporsi) o quelle che lo concepiscono, piuttosto, in termini di *Herrschaft* (potere riconosciuto, che incontra obbedienza). Solo se si assume che il potere politico sia una forma di *Herrschaft*, ha senso parlare di «potere legittimo».

⁷ Si veda M. Bovero, *La natura della politica. Potere, forza, legittimità*, in «Teoria politica», XIII, n.3, 1997, p. 6.

⁸ Agostino, *De civitate Dei*, IV, 4.

Il problema della titolarità del potere può essere affrontato in modi diversi a seconda del criterio adottato per distinguere fra poteri legittimi e illegittimi. Una prima famiglia di teorie, di tipo normativo, ricorre a criteri assiologici per distinguere il potere legittimo da quello di fatto. Per il contrattualismo, ad esempio, è legittimo il potere che rispetta le clausole sostanziali del «contratto sociale» (il rispetto dei diritti naturali).⁹ Lo «stato di diritto», come sottomissione del potere alla legge, costituisce la risposta moderna, storicamente più rilevante, al problema della distinzione fra potere legittimo («di diritto», appunto) e potere illegittimo («di fatto»).

Un secondo gruppo di teorie sul fondamento del potere politico è di tipo descrittivo, e non si chiede a quali condizioni individui liberi per natura *dovrebbero* sottomettersi al potere, ma in quali circostanze il potere riesce *effettivamente* a farsi obbedire. Fra queste teorie, la più celebre è quella sociologica proposta da Max Weber, secondo il quale sarebbe possibile individuare (storicamente) tre diversi principi di legittimazione: tradizionale, carismatica e legale-razionale¹⁰. A ognuno di questi corrisponde un tipo di potere legittimo:

Nel caso del potere fondato sulla statuizione si obbedisce all'ordinamento impersonale statuito legalmente e agli individui preposti in base ad esso, in virtù della legalità formale delle sue prescrizioni e nell'ambito di queste. Nel caso del potere tradizionale si obbedisce alla singola persona del signore designata dalla tradizione e vincolata (in tale ambito) alla tradizione, in virtù della prevalenza da parte di coloro che la riconoscono. Nel caso del potere carismatico si obbedisce al duce in quanto tale, qualificato carismaticamente, in virtù della fiducia personale

⁹ Per un esempio si veda J. Locke, *Second Tract of Government* (1689), tr. it. *Secondo trattato sul governo*, in Id. *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, UTET, Torino 1982, p. 228.

¹⁰ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it. *Economia e società*, Edizioni di comunità, Milano 1999, libro I, p. 207 ss. e libro II, p. 258 e ss. Sulla questione metodologica nella teoria della legittimità weberiana si veda S. Wolin, *Legitimation, Method and the Politics of Theory*, in «Political Theory», Vol. 9, n. 3, 1981.

nella rivelazione, nell'eroismo o nell'esemplarità, che sussiste nell'ambito di validità della credenza in questo suo carisma.¹¹

Il potere tradizionale, caratteristico delle società premoderne e specificamente di *ancien régime*, poggia sulla credenza nel carattere sacro della tradizione; il potere carismatico, che richiama invece la dimensione affettiva dell'agire sociale, si traduce nella figura del capo¹² dotato di qualità eccezionali, che si impone nei momenti in cui entra in crisi l'effettività del potere¹³; il potere legale-razionale, infine, è il modello tipico della modernità che si fonda sulla progressiva spersonalizzazione dello stato. Il potere legale-razionale è impersonale, neutro e funzionale alla salvaguardia degli interessi privati.¹⁴ Ancora una volta è interessante notare come tale sviluppo affondi le radici nella svolta individualista alla base del giusnaturalismo moderno, che porta con sé il processo di «laicizzazione» e «razionalizzazione» del diritto. Per «laicizzazione» si intende l'affermazione del principio per cui il diritto naturale è accessibile senza altri intermediari che la ragione; per «razionalizzazione» si intende quel processo di codificazione di norme generali e astratte che si

¹¹ *Ivi*, libro I, p. 210.

¹² Si veda, tra gli altri, F. Tuccari, *Capi, élites, masse. Saggi di storia del pensiero politico*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 139-164.

¹³ La trattazione teorica di questa figura è molto antica e la si può forse già ritrovare nella celebre ricostruzione di Platone dei cambi di «costituzione» (scanditi dall'avvicinarsi delle generazioni che vanno peggiorando), nell'VIII libro della *Repubblica*. Il passaggio dalle forme «rette» (e ideali) di governo, a quelle «corrotte» (e reali), passa per la «timocrazia» (governo fondato sull'onore) in cui potere è nelle mani dei guerrieri. (si veda N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino 1976, pp. 18 e ss.)

¹⁴ Di tutt'altro parere è Habermas, la cui ricostruzione del tipo di potere «legale-razionale» consiste nel riscontro della presunta insufficienza della razionalità formale come fonte di legittimazione del potere. Diversamente dall'ipotesi weberiana, per Habermas l'organizzazione dello stato moderno implica l'adesione a opzioni tutt'altro che neutre dal punto di vista del riferimento a valori. Egli parla di *razionalità delle regole* intesa come razionalità strumentale fondata sulla regolarità (da cui deriverebbe la *certezza del diritto*); *razionalità delle scelte* come razionalità rispetto al fine, (da cui la *legge astratta e universale*); *razionalità scientifica* (da cui il concetto stesso di *sistema giuridico*). Le caratteristiche di certezza del diritto, eguaglianza formale e coerenza dell'ordinamento sarebbero i meta-valori (moralì) fonte di legittimazione. Si veda J. Habermas, *Recht und Moral* (1986), tr. it. *Diritto e morale*, in Id., *Morale, Diritto e Politica*, Edizioni di Comunità, Torino 2001, pp. 9 e ss.

sostituiscono alla sedimentazione normativa del diritto consuetudinario, considerato generalmente come accumulazione di atti singoli.¹⁵

Tale processo di «razionalizzazione» è, almeno nel linguaggio della teoria, alternativo rispetto alle forme della legittimità «tradizionale». Parlando della gerarchia di decisione nel modello puro del potere tradizionale, Weber afferma che essa è determinata «su base tradizionale, a volte con la considerazione della provenienza di determinate norme giuridiche che vengono da altri paesi o dei precedenti»¹⁶; oppure «è completamente rimessa alla discrezionalità del signore al quale, quando compare di persona, cedono tutti gli incaricati»¹⁷.

La legittimità legale-razionale: Weber e Kelsen

Nonostante sembri intuitivo distinguere due piani di analisi del potere, relativi a esercizio e titolarità, esistono anche teorie che mettono in discussione tale indipendenza, e che si potrebbero, per questo, definire «riduzioniste». Se la teorizzazione hobbesiana della sovranità riduce la legalità alla legittimità (che si accompagna all'analoga riduzione della giustizia di una norma alla sua validità¹⁸), Weber basa la legittimità del potere tipicamente moderno sul connotato della legalità. Ciò non implica, però, una semplice riduzione della legittimità a legalità. Weber stesso denuncia, infatti, l'insufficienza di quest'ultima categoria:

Questa legalità può valere come legittima: 1) in virtù di una stipulazione (o accordo) da parte degli individui interessati; 2) in virtù di una imposizione (o concessione) fondata su un potere legittimo di uomini su altri uomini, e su una corrispondente disposizione ad obbedire.¹⁹

¹⁵ Si veda, N. Bobbio, *Max Weber, il potere e i classici* (1981), in Id., *Teoria generale della politica*, p. 90.

¹⁶ M. Weber, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 224

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. *infra*, p. 66 e pp. 87 e ss.

¹⁹ M. Weber, *Economia e società*, cit., libro I, p. 34.

Qualunque potere costituito, in altre parole, fonda la propria legittimità su una qualche norma. Tale fondazione apre, tuttavia, una prospettiva di regresso all'infinito: se la legittimità rinvia alla legalità si pone il problema ulteriore di trovare un fondamento alla stessa legalità.²⁰

Se si adotta, nello studio della politica, la prospettiva della priorità del potere rispetto al diritto (*il re fa la legge*), nel qual caso i poteri danno vita a nuovi poteri mediante norme, è necessario ipotizzare, per non generare un regresso all'infinito, un potere ultimo che fondi la catena di legittimazione (teoria della *summa potestas*, che, nel senso di «imposizione fondata su un potere legittimo di uomini su altri uomini», vale ancora per Weber). Se invece si guarda al medesimo problema dalla prospettiva della teoria del diritto, per cui la legge risulta fonte di attribuzione, giustificazione e regolazione del potere politico (*la legge fa il re*)²¹, si pone rimedio al problema del regresso con una norma prima che chiuda il sistema; tale è la teoria, proposta da Hans Kelsen, della *norma fondamentale*, che si presuppone quando il potere è effettivo. Rispetto alla teoria tradizionale della *summa potestas*, Kelsen non fa altro che invertire la gerarchia classica fra norme (di autorizzazione) e poteri (che producono norme):

In una teoria normativa rigorosa come quella di Kelsen la norma fondamentale è il concetto esattamente simmetrico a quello del potere sovrano. La norma fondamentale è la norma delle norme come il potere sovrano è il potere dei poteri.

²⁰ Si veda M. Bovero, *Luoghi classici e prospettive contemporanee su politica e potere*, in Id. (a cura di), *Ricerche politiche*, Il Saggiatore, Milano 1982, p. XXIII.

²¹ La ricostruzione dei due punti di vista dai quali si possono analizzare i rapporti fra politica e diritto, si trova in N. Bobbio, *La politica* (1987), in Id., *Teoria generale della politica*, cit., p. 178 e ss.

Perfettamente simmetrici, questi due concetti, perché la norma fondamentale e il potere sovrano hanno la stessa funzione, quella di chiudere il sistema.²²

In un altro luogo Bobbio evidenzia in maniera più radicale il fatto che potere sovrano e norma fondamentale sono due nozioni che differiscono per il punto di vista teorico da cui vengono affrontate: politico il primo, giuridico il secondo:

strana norma, davvero, la norma fondamentale: è invocata per fondare un potere, di cui ha essa stessa bisogno per essere fondata. La norma ultima viene così escogitata per fondare il potere ultimo, nello stesso tempo in cui il potere ultimo viene richiesto per fondare la norma ultima. Giunti a questo vertice, si può affermare, parafrasando un detto celebre, che *lex et potestas convertuntur*.²³

Weber e Kelsen riconoscono entrambi nella modernità un processo di positivizzazione del diritto, ma giungono a conclusioni differenti. Per Weber lo stato moderno si caratterizza per il sopravvento del diritto statuito (dal potere sovrano) su tutte le altre forme di diritto caratteristiche dei regimi premoderni, dal diritto naturale a quello consuetudinario. Kelsen, sostenendo che Weber si è «fermato troppo presto», fa derivare da tale concezione della legalità la riduzione del concetto stesso di stato a quello di ordinamento giuridico.²⁴

Il pensiero sociologico di Weber si può far risalire a una posizione *lato sensu* giuspositivista in quanto riconosce che il diritto positivo nello stato moderno sostituisce quello tradizionale; il pensiero giuridico kelseniano è

²² N. Bobbio, *Kelsen e il potere giuridico* (1981), in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, p. 125.

²³ N. Bobbio, *Sul principio di legittimità*, cit., p. 89.

²⁴ Si veda H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, pp. 140 e ss. A tale proposito Bobbio afferma che «mentre per Weber la teoria dello Stato, imperniata sulla teoria del potere e delle diverse forme di potere, è distinta dalla teoria del diritto, in Kelsen la teoria dello Stato è una parte della teoria del diritto» (N. Bobbio, *Max Weber e Hans Kelsen* (1981), in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 175).

positivista in senso stretto, quando afferma che non si può (a pieno titolo) definire diritto nient'altro che una norma dotata di validità formale in un determinato ordinamento (positivo e, dunque, nomodinamico)²⁵. Tutto ciò senza rimuovere il problema del potere (ultimo), che semplicemente viene escluso dalla teoria generale del diritto (e dello stato) con parole rimaste celebri:

La questione che occupa il diritto naturale è l'eterno problema di cosa si celi dietro il diritto positivo. Ma chi cerca una risposta trova – temo – non la verità assoluta d'una metafisica o l'assoluta giustizia d'un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi incrocerà lo sguardo fisso della testa di Gorgone del potere.²⁶

Se Weber era interessato ai molteplici meccanismi sociali e psicologici rilevanti nello studio del potere, per Kelsen dietro il diritto positivo non c'è null'altro all'infuori del mero fatto della violenza.

Di particolare interesse sono le critiche mosse da Marco Revelli a tale ricostruzione delle caratteristiche del diritto moderno. Secondo Revelli tale processo porterebbe con sé una legittimazione della violenza impensabile, almeno nei discorsi della teoria, nel mondo antico. La giustizia viene sostituita, da Hobbes in poi, con la forza; ciò sarebbe conseguenza della rottura del paradigma antico dell'ordine come *kosmos*. Tale (irreversibile?) frattura mostra tutta la brutalità del Leviatano che si fonda sull'assunto weberiano del monopolio della forza; riproducendo il «male da cui dovrebbe proteggerci»:

²⁵ Si noti che la divisione giuspositivista classica fra sistemi nomodinamici (es. il diritto) e nomostatici (es. la morale) è messa in discussione dalle teorie più recenti sugli «stati costituzionali di diritto». Si veda, ad esempio, L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. I, p. 571.

²⁶ Traduzione citata da M. La Torre, *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari 2006, p. 88.

L'idea di Giustizia trapassa nel concetto (apparentemente opposto) di Forza. La differenza fra un «regno» e una «banda di ladroni» cessa di essere *questione di contenuto* (la presenza o meno di una Giustizia come valore in sé, indipendente dal potere stesso e capace di legittimarlo o meno). E diventa *questione di quantità* – potremmo dire «di scala» (secondo, appunto, l'«argomento del pirata») –: di estensione dell'esercizio della forza. Anzi, di *esclusività* del controllo di essa. Di «monopolio», appunto, della violenza.²⁷

Revelli si pone così in esplicita opposizione rispetto alla tradizionale posizione liberale e giuspositivista che giustifica il diritto penale come «tecnica di *minimizzazione della violenza*, sia privata che pubblica» e, più in generale, lo stato di diritto come «tecnica di *minimizzazione del potere*, altrimenti assoluto e selvaggio».²⁸ Il diritto dello «stato di diritto» coincide, in questo senso, con le regole dell'uso della forza: le regole per imbrigliare il potere come *Macht*. La legittimità, che non è di per sé un limite al potere e nulla dice sul problema dell'«arbitrio», diventa concetto chiave per studiare il «potere limitato» quando la legge che stabilisce il titolo valido di un potere (la «*lex che facit regem*») regola anche l'esercizio del potere vincolando i contenuti degli atti che esso è autorizzato a produrre.²⁹

Legalità e legittimità tradizionale

Seguendo ancora Max Weber, è possibile misurare la distanza fra le diverse forme di potere legittimo.

Per Weber, «all'estremo opposto del potere legale sta il potere carismatico: l'uno e l'altro rappresentano esemplarmente la contrapposizione fra il governo degli uomini e il governo delle leggi. Il potere tradizionale sta in mezzo fra i

²⁷ M. Revelli, *La politica perduta*, Einaudi, Torino 2003, pp. 50-51.

²⁸ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 229.

²⁹ Cfr. *infra*, pp. 108-109.

due estremi»³⁰. La tripartizione dei tipi di potere – ciascuno con il suo principio di legittimità – nasce dall’intersezione di due dicotomie, secondo il seguente schema³¹:

	potere impersonale	potere personale
potere ordinario	potere legale-razionale	potere tradizionale
potere straordinario	—————	potere carismatico

Tale schema richiama anzitutto, relativamente alla differenza fra il potere legale-razionale e quello tradizionale, la diversa concezione della legalità. Come è stato più volte sottolineato, i pensatori politici premoderni avevano già elaborato sofisticate teorie del «governo della legge», sottolineando entrambi gli aspetti della legalità, sia nel senso del «governo *sub lege*» sia in quello del «governo *per leges*», anche se con un interesse decisamente maggiore per il primo³². Dov’è, allora, la differenza fra l’ideale antico del «governo della legge» e quello moderno dello «stato di diritto», nella sua forma evoluta di «stato costituzionale»?³³

Il nodo centrale è costituito dal rapporto fra diritti e doveri. Le concezioni politiche antiche e medievali tendono a ricostruire la figura del governante come il detentore del diritto-dovere di governare, che ha *diritto* al potere perché rispetta i suoi *doveri* nei confronti dell’ordine religioso, tradizionale o (in

³⁰ N. Bobbio, *Governo delle leggi o governo degli uomini?* (1983), in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1991, p. 191.

³¹ N. Bobbio, *Max Weber, il potere e i classici*, cit., p. 89.

³² Anche l’elaborata difesa della «legge senza passioni» di Aristotele è subordinata al concetto di ordine come *kosmos*. Se si torna, ad esempio, al mito dei *sette contro Tebe*, il nemico della città è Polinice che, rivendicando il suo «diritto» a regnare, prende le armi contro la patria; e non l’usurpatore Eteocle che, pur detenendo un potere solo «di fatto», difende la città contro il nemico esterno.

³³ Si veda, C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna 1990.

qualche senso) naturale. Habermas afferma che si tratta di una «biforcazione di diritto sacro e diritto profano, laddove il diritto sacro – nella prospettiva di una qualsiasi delle grandi religioni mondiali – si ricollega sempre a un ordine cosmico e a una storia di salvezza. Questo diritto divino, ovvero naturale, *non* è a disposizione del sovrano. Esso fornisce piuttosto il quadro legittimante all'interno del quale il sovrano esercita il suo potere mondano attraverso le funzioni della giurisdizione e della legislazione. In questo contesto Max Weber parlava del “duplice regno della potere tradizionale”³⁴.

Con la modernità, questa la «svolta» più volte evocata, gli obblighi dello stato nei confronti dei singoli vengono derivati da diritti originari individuali, diversi dagli «obblighi nei confronti della città» degli antichi. La filosofia politica premoderna tende (prevalentemente) a ricostruire un modello di convivenza basato su regole, retrospettivamente definibili come disegualitarie, che dovrebbero, in qualche modo, ricalcare un ordine naturale in cui a ciascuno è attribuito un luogo e un ruolo appropriato alla sua natura. Viene subito alla mente la tripartizione in classi (ordini o stati) per cui chi combatte (i nobili), chi prega (il clero) e chi lavora (tutti gli altri) devono essere rigidamente divisi quanto a diritti e doveri.³⁵ Tale modello politico resiste anche oltre la rivoluzione francese. La modernità porta con sé una funzione eguagliatrice che ridisegna alla base il concetto stesso di legalità soprattutto relativamente all'ideale del «governo *sub lege*»; in questo senso si può parlare più specificamente di legalità subordinazione del potere ai diritti – e dunque di potere *sub iuribus* –, come quel modello teorico dove il vincolo legale non riguarda solo la legge attributiva di potere ma è piuttosto un limite sostanziale alla produzione del diritto da parte del potere autorizzato a produrlo, a partire

³⁴ J. Habermas, *Diritto e morale*, cit., p. 56.

³⁵ Cfr. *infra*, p. 200.

dalle varie declinazioni dei diritti.³⁶ Il primo corollario di questo cambiamento consiste nel superamento dei ceti e nella garanzia di pari dignità sociale (e eguale diritto a cui sottostare) a tutti gli individui.

Il potere risulta sottomesso non più alla legge di natura ma alla costituzione. I diritti da essa stabiliti possono essere intesi come la condizione della legittimità del potere. Le costituzioni moderne sono, nella generalità dei casi, divise in due parti, una relativa alle norme di funzionamento dello stato e di attribuzione di poteri e un'altra contenente i diritti fondamentali che lo stato riconosce a tutti gli individui. La prima è, in forma positiva, la costituzione in senso stretto, in continuità con la concezione greca di *politeia*.³⁷ Tipico degli ordinamenti moderni è l'altro aspetto, quello della garanzia dei diritti, talmente rilevante da incidere, secondo alcuni, anche sulla forma di governo. Il governo *sub iuribus*, infatti, si accorda con la divisione dei poteri che si configura come un meccanismo costituzionale finalizzato proprio a prevenire la violazione dei diritti da parte dei governanti.

L'introduzione del primato dei diritti ridisegna, così, il problema dei limiti al potere, subordinando, di fatto, l'architettura del governo (la *politeia*) alla difesa dei diritti del singolo. Argomentando a favore (e di fatto introducendo) il meccanismo del *judicial review*³⁸, il sindacato di costituzionalità della legge, la

³⁶ Si veda M. Bovero, *Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución*, in P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México 2006, pp. 20-21.

³⁷ Per Aristotele la costituzione (*politeia*) consiste nell'organizzazione dei poteri all'interno della *pólis*. Del resto anche in Ferrajoli la definizione formale di costituzione non va oltre la divisione e l'organizzazione dei poteri dello stato: «Costituzione' è lo statuto di un'istituzione politica consistente in un insieme di norme sulla produzione dotate di un qualche grado di effettività» (L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. 1, p. 891). In questo senso la legge fondamentale è sia la regola di attribuzione (e divisione) dei poteri, sia la regola di procedura che prescrive i modi in cui deve essere esercitato il potere politico.

³⁸ L'ordinamento giuridico degli Stati Uniti prevede, primo caso nella storia, un sistema di revisione costituzionale da parte del potere giudiziario nei confronti delle leggi ordinarie. A questo meccanismo si è giunti per gradi. Nel 1787 la Convenzione di Philadelphia si conclude con l'approvazione della Costituzione degli Stati Uniti che sostituisce gli *Articles of Confederation*, che costituivano il primo atto amministrativo in seguito alla vittoria della guerra di indipendenza. La Costituzione, nel suo Articolo III, dispone la creazione di una Corte

Corte suprema degli Stati Uniti, riprendendo un argomento già proposto da Alexander Hamilton nel *Federalist* n. 78³⁹, pronunciò parole rimaste celebri:

o la Costituzione è una legge superiore prevalente, non modificabile con gli strumenti ordinari, oppure è posta sullo stesso livello della legislazione ordinaria e, come le altre leggi, è alterabile quando il legislatore ha piacere di alterarle. Se la prima parte dell'alternativa è vera, allora una legge contraria a Costituzione non è legge; se la seconda parte è vera, allora le Costituzioni scritte sono un tentativo assurdo, da parte del popolo, di limitare un potere per sua stessa natura illimitabile.⁴⁰

Suprema federale, ultimo e inappellabile grado di giudizio e unico tribunale disciplinato a livello costituzionale. La ratifica della Carta Costituzionale fu teatro di aspri scontri all'interno dei singoli Stati, a causa del rafforzamento del potere federale centrale. Risultato delle trattative fu l'approvazione, concomitante con la ratifica della Costituzione, dei primi dieci emendamenti che proponevano una forte limitazione della «discrezionalità legislativa» tanto dei singoli Stati che del Governo federale. Tali emendamenti, poi riassunti sotto il nome di *Bill of rights*, sono una lista dei diritti fondamentali che il governo deve riconoscere a tutti i cittadini americani. Solo nel 1803 la Corte suprema, con la sua sentenza forse più celebre, introdurrà il meccanismo della disapplicazione delle leggi dichiarate incostituzionali.

³⁹ «L'interpretazione delle leggi è compito preciso e specifico delle Corti. Una Costituzione è, in effetti, e così deve essere considerata dai giudici, una legge fondamentale. Spetta pertanto a loro precisarne i veri significati, così come conseguenze di ogni atto che provenga dagli organi legislativi. Qualora dovesse verificarsi dissonanza insanabile fra la legge costituzionale e quella ordinaria, si dovrà, naturalmente, dar preferenza a quella verso cui siamo legati da obblighi maggiori; in altre parole alla legge ordinaria si dovrà preferire la costituzione, ai voleri dei delegati del popolo quelli del popolo stesso». (A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist* (1788), tr. it., *Il federalista*, Il Mulino, Bologna 1997, p. 625)

⁴⁰ *Marbury v. Madison* (1803). La celebre decisione (presa all'unanimità della Corte Marshall) dirime una controversia fra il giudice di pace William Marbury, nominato dal Presidente Adams (del Partito federalista) dopo la sconfitta elettorale ma prima dell'entrata in carica del suo successore Jefferson, e James Madison, Segretario di Stato di Jefferson. L'accusa di Marbury a Madison era di non aver ratificato la sua nomina. Marbury si appellava ad una legge federale che attribuiva alla Corte il potere di *Writ of Mandamus* nei confronti della carica competente. Secondo Madison tale disposizione era in contrasto con la Costituzione che non attribuisce tale potere alla Corte. I giudici si trovarono di fronte alla decisione di integrare un giudice nel suo ruolo, applicando una legge federale, oppure rifiutarsi applicando il solo dettato costituzionale. La corte era allora presieduta da John Marshall, ex segretario di stato di Adams e compagno di partito di Marbury. Marshall, politico esperto con scarsa esperienza giuridica, mise d'accordo l'intera Corte nel ritenere illegittima la legge federale. Infatti guadagnò, da un lato, legittimazione politica, andando contro un suo compagno di partito, e dall'altro una difesa preventiva contro il nuovo partito al governo, stabilendo la possibilità da parte delle Corti (non solo quella Suprema) di disapplicare leggi statali e federali nel caso di conflitto con la Costituzione.

A conclusioni simili giunge anche Kelsen nella sua teoria dell'ordinamento a gradi. A partire da argomenti tecnici, viene introdotto il giudizio di costituzionalità (oltre alle regole di produzione differenziate per leggi ordinarie e costituzionali), senza il quale la legge ordinaria potrebbe avere forza di deroga alla legge costituzionale.⁴¹

Legalità e legittimità carismatica

Se la differenza fra il potere legale e quello tradizionale risiede nella progressiva spersonalizzazione del primo, il potere carismatico si distingue dal potere legale anche perché nasce ed agisce al di fuori della «legge» (la *lex* che *facit regem*). Questo è un potere straordinario, nel senso che ha una fonte di legittimazione diversa dalla legge (tradizionale o moderna), nel suo triplice significato di regola di attribuzione, regola di procedura e regola che vincola l'esercizio.⁴² Il «governo degli uomini» senza vincoli si impone quando il «governo delle leggi» non è in grado di gestire situazioni nuove che nascono in un momento di crisi. Lo «stato d'emergenza»⁴³, così come lo «stato d'assedio» presente in molte costituzioni contemporanee, è il dominio del potere straordinario che si impone quando l'esistenza stessa dello stato è messa in pericolo; la sopravvivenza di questo diventa l'unico fine possibile dell'azione politica (secondo la massima *salus rei publicae suprema lex esto*); tale motivazione è

⁴¹ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 106.

⁴² Cfr. *infra*, pp. 108-109.

⁴³ Si vedano, tra gli altri, C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton 1948; J. Lobel, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, in «Yale Law Journal», 1989, 98; F. Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, Puf, Paris 2001; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano 2003; J. Ferejohn, P. Pasquino, *The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers*, in «I.con», 2004, 2; O. Gross, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006; P. Mindus, *Nostalgia per Cincinnato? Elementi per una fenomenologia dell'emergenza*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 2, 2007; V. Ramraj (edited by), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge 2008; A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

forte abbastanza da sospendere le garanzie giuridiche previste dalla costituzione.

Fra le più celebri istituzioni antiche dell'emergenza c'è la dittatura (quella che poi sarà detta commissaria). Nella Roma repubblicana, nel caso fosse messa a repentaglio la sopravvivenza stessa dello stato – sia a causa di un pericolo esterno (*rei publicae gerundae causa*) sia per una sommossa interna (*seditionis sedandae causa*) –, i consoli, su proposta del senato, nominavano un dittatore (*dictator*) che assumeva, per la durata massima di sei mesi, i pieni poteri di comando.

Non mancano, anche in epoca moderna, sostenitori di tali istituzioni; Rousseau, ad esempio, dedica all'istituto della dittatura un intero capitolo del *Contratto sociale*. In momenti rari ed eccezionali, e per periodi ristretti nel tempo, può imporsi la necessità di affidare a un potere che governi per decreti la facoltà di «far tacere le leggi ma non di farle parlare»⁴⁴, di sospenderle, ma non di produrne di nuove.⁴⁵ Tale potere è assoluto ma risponde comunque a una *ratio* ben precisa, quella della difesa dell'esistenza dello stato, in cui trova anche il suo fondamento di legittimità, previsto da una norma (di rango) costituzionale, e perciò in questo senso «legale».

La nozione di «stato d'emergenza» richiama subito alla mente il pensiero di Carl Schmitt. Nella *Teologia politica*, egli definisce il sovrano come colui che

⁴⁴ J. J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), IV, VI, tr. it. *Il contratto sociale*, Laterza, Bari-Roma 1997. Si veda N. Bobbio, *Teoria delle forme di governo*, cit., p. 205. Argomentazioni simili si trovano anche nei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1517) di Machiavelli, ove un capitolo (libro I, cap. 34) è intitolato: *L'autorità dittatoria fece bene e non danno alla Repubblica romana*.

⁴⁵ Si noti che anche gli ordinamenti costituzionali contemporanei prevedono, quando non lo «stato d'emergenza», almeno «lo stato d'assedio». Una soluzione non completamente diversa da quella della dittatura commissaria si trova nelle recenti proposte di «costituzionalizzazione dell'emergenza» avanzate da Bruce Ackerman; si veda B. Ackerman, *The Emergency Constitution* (2004), tr. it. *La costituzione di emergenza*, Meltemi Editore, Roma 2005 e Id., *Before the Next Attack* (2006), tr. it. *Prima del prossimo attacco. Conservare le libertà civili nell'epoca del terrorismo*, Vita e Pensiero, Milano 2008.

«decide sullo stato d'eccezione»⁴⁶, nel quale viene meno il diritto senza che venga meno il potere politico. Tale «sovrano» detiene il monopolio della forza senza alcun vincolo normativo. A differenza della «dittatura commissaria» antica, la «dittatura sovrana» teorizzata da Schmitt non ha vincoli temporali e non è limitata alle prerogative del solo potere esecutivo; tale istituzione ha, insomma, pieni poteri. La dittatura, nel significato schmittiano, «vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione [...] non sospende una costituzione vigente facendo leva su di un diritto da essa contemplato, e perciò stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una costituzione ritenuta come quella autentica»⁴⁷. La norma suprema, la costituzione, è quella che autorizza il potere sovrano a prendere decisioni in deroga alle leggi ordinarie, rovesciando la tradizione del contrattualismo post hobbesiano che sembrava aver sancito la definitiva affermazione della supremazia del diritto sulla politica. L'elaborazione teorica schmittiana della dittatura – è stato fatto notare da più parti – mostra evidenti tratti di sintonia con l'ideologia alla base dello stato nazista, archetipo contemporaneo del governo tirannico e del cosiddetto «volto demoniaco del potere».

In un libro del 1941 Ernst Fraenkel, con tesi descrittivamente simili e assiologicamente opposte rispetto a Schmitt, ricostruisce il sistema giuridico nazista attraverso la teoria del «doppio stato». Il Terzo Reich, secondo Fraenkel, a fronte della sospensione del diritto pubblico e della conseguente sostituzione dello «stato di diritto» con lo «stato d'emergenza» e l'instaurazione di un regime di polizia, mantenne in vigore il sistema di diritto privato proprio

⁴⁶ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), tr. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id, *Le categorie del 'politico'*. Saggi di teoria politica, Il Mulino, Bologna 1972, p. 33.

⁴⁷ C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921), tr. it. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Roma-Bari 1975, p. 149.

dell'ordinamento ottocentesco. Il «doppio stato» conservò quindi una sorta di quotidiana legalità di facciata in cui la massima *pacta sunt servanda* restò in vigore, nascondendo, e per questo risulta così interessante, l'esatto contrario dello «stato di diritto», e cioè il regno dell'arbitrio, del governo senza freni:

Pertanto possiamo formulare nel modo seguente la distinzione fra Stato di diritto e Terzo Reich: *nello stato di diritto i tribunali controllano l'amministrazione dal punto di vista della legalità; nel terzo Reich le autorità di polizia controllano i tribunali dal punto di vista dell'opportunità.*

E poco più avanti:

Lo Stato discrezionale non si limita ad integrare e a soppiantare lo stato normativo, ma si serve anche dell'ideologia dello stato normativo per mascherare sotto forma di Stato di diritto i suoi obiettivi politici.⁴⁸

Nel testo Fraenkel usa l'espressione «stato discrezionale»⁴⁹ per coprire un'area di significati affine a ciò che finora è stato definito come «potere arbitrario», come quel potere che, superati i limiti imposti dal diritto, diventa un «potere assoluto». In questo senso Bobbio, commentando Fraenkel, parla di un potere «doppiamente illegale, cioè arbitrario in due sensi: rispetto al *modo* con cui viene esercitato, ovvero senza vincoli costituzionali, e rispetto al *mezzo* con cui questo esercizio viene attuato, ovvero in base a meri giudizi di opportunità»⁵⁰.

Al doppio carattere illegale del Reich, che esercita il potere *extra leges* e *super legem*, si aggiunge il problema dell'illegittimità, nascosto, secondo Fraenkel, dietro lo svuotato «stato di diritto». Allo stato normativo si sostituisce lo «stato

⁴⁸ E. Fraenkel, *The Dual State* (1941), tr. it., *Il doppio stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Einaudi, Torino 1983, p. 62.

⁴⁹ L'espressione originale è *Massnahmenstaat*, contrapposto a *Normenstaat* (stato normativo).

⁵⁰ N. Bobbio, *Introduzione*, in E. Fraenkel, *Il doppio stato*, cit., p. XIII.

discrezionale». Il secondo comma dell'articolo 48 della Costituzione di Weimar recita: «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153». Nel preambolo del decreto del 28 febbraio del '33, lo stato d'emergenza viene giustificato «per impedire atti di violenza comunisti diretti a mettere in pericolo lo Stato». A questo punto, in un modo del tutto somigliante alle profezie di Schmitt, la dittatura, commissaria in punta di diritto, nasce, di fatto, già come sovrana; «alla leggenda nazionalsocialista della “rivoluzione legale” si contrappone la realtà del colpo di Stato illegale»⁵¹. Lo stato di diritto viene poi definitivamente soppiantato dal «principio del capo» dalla riconfigurazione del complesso sociale basato su discriminazioni di censo e di razza; in questo modo, secondo la teoria del «doppio stato», proletari ed ebrei restano fuori anche dalle garanzie del diritto privato, essendo così sottoposti al totale «arbitrio» dello stato di polizia.

Il potere carismatico che si afferma nel (e crea) lo stato d'emergenza si colloca, allora, in totale opposizione rispetto al governo che si fonda sul principio di legalità; commentando la difesa di Calamandrei del principio di legalità, Zagrebelsky afferma che essa si erge «se non contro l'autoritarismo o il totalitarismo, almeno contro l'*arbitrarietà del potere*. Era l'ultima e minima linea difensiva, contro quello che in altri tempi si sarebbe detto il dispotismo, cioè il potere capriccioso, imprevedibile, casuale. Così si spiega l'attaccamento alla

⁵¹ E. Fraenkel, *Il doppio stato*, cit., p. 22.

legge e, per converso, la polemica contro quello che viene definito il ‘diritto libero’, considerato il regno dell’arbitrio»⁵².

Proprio su questa concezione della legalità che mette al riparo dall’«incubo del diritto libero» si fonda la svolta costituzionale del secondo dopoguerra, basata sulla fiducia nella funzione di garanzia del governo *sub iuribus* e come limite fondamentale e invalicabile contro l’«arbitrio» del potere. È interessante notare che, come la versione giuspositivista dello «stato di diritto» deriva dal giusnaturalismo moderno, così il paradigma dello «stato costituzionale di diritto» segue la rinascita del giusnaturalismo affermatasi dopo gli orrori delle dittature del novecento e della seconda guerra mondiale.

Emblematica è la posizione assunta da Gustav Radbruch in un famoso articolo del 1946:

Il conflitto fra la giustizia e la certezza del diritto potrebbe dunque essere risolto in un senso tale per cui il diritto positivo, assicurato dalla promulgazione e dalla sanzione, abbia la precedenza, anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto e inadatto allo scopo, a meno che il contrasto fra la legge positiva e la giustizia giunga a un grado tale di intollerabilità che la legge, in quanto «diritto ingiusto», debba arretrare di fronte alla giustizia.

È impossibile tracciare una linea più precisa fra i casi di ingiustizia legale e le leggi valide ancorché ingiuste per il loro contenuto; tuttavia, vi è una linea di confine che può essere tracciata con ogni precisione: quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata quell’eguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non soltanto è «diritto ingiusto», piuttosto non è affatto diritto.⁵³

⁵² G. Zagrebelsky, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 11. La critica di Calamandrei al movimento tedesco del «diritto libero» e di quelli che lui riconosce come esempi storici (l’Unione Sovietica dei tribunali del popolo e la Germania nazista) riguarda il complesso rapporto fra potere legislativo, potere giudiziario e giurisprudenza. Sta di fatto che in diversi scritti viene esplicitato un forte legame tra questa critica e la difesa del principio di legalità come opposto all’arbitrio. Si veda ancora P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., p. 85 e ss.

⁵³ G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), tr. it. *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in A. G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Iori (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2002, pp. 157-158. Ben diverso è quello che, in ottica giuspositivista

I concetti di «ingiustizia legale» e «diritto ingiusto» servono a Radbruch per denunciare l'obbedienza al diritto nazista nei tribunali del *Reich*. Si tratterebbe di leggi che mancano del «senso della verità»⁵⁴ inteso come freno agli «ordini criminali di tiranni disumani»⁵⁵. Si tratta, continua Radbruch, di armarsi contro «il ritorno di uno Stato di non-diritto [*Unrechtsstaat*], superando il positivismo giuridico, che rese impotente ogni difesa nei confronti dell'abuso della legislazione nazionalsocialista»⁵⁶.

Ma che cos'è, allora, lo «stato di non-diritto»? *Unrechtsstaat* non è proprio la negazione di *Rechtsstaat*? Di quella particolare forma di stato in cui, in termini giuspositivisti, il potere è sottoposto alla legge? Radbruch stesso afferma che la «legge di autorizzazione» che nel marzo del '33 attribuì pieni poteri a Hitler «non venne in essere con maggioranza costituzionale necessaria»⁵⁷; o che il regime consegnava gli imputati «non a un regolare procedimento giurisprudenziale dotato di garanzie giuridiche, ma all'arbitrio»⁵⁸; egli, inoltre, non ignora che «il fatto che il diritto sia certo [...] è al tempo stesso un'esigenza di giustizia»⁵⁹. Questo «stato di non-diritto», allora, non è altro che

(e non molto diversamente da Hobbes), Herbert Hart definisce «il contenuto minimo del diritto naturale» e cioè quelle «semplici ovvie verità» la cui messa in discussione risulta controintuitiva. Quella di Hart è un'analisi di tipo antropologico che esula dalla ricostruzione (sempre rigidamente positivista) della validità delle norme. Per Hart, insomma, si può parlare di diritto naturale nella forma di pochi semplici *truismi*. Il fatto che il diritto serva alla sopravvivenza dei membri di una comunità politica sembra a Hart una cosa tanto ovvia da non necessitare di ulteriore spiegazione; sufficiente, per altro, a sostenere che dal punto di vista esterno al diritto, un ordinamento che non considerasse la vulnerabilità umana sarebbe facilmente giudicabile come ingiusto. Si veda H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), tr. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002, pp. 225 e ss. Per due interpretazioni molto diverse del tema si vedano W. T. Blackstone, *The relationship of Law and Morality*, in «Georgia Law Review», 9, 1977, pp.1359-1391, e M. Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, ETS, Pisa 2008.

⁵⁴ G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, p. 157.

⁵⁵ *Ivi*, p. 156.

⁵⁶ *Ivi*, p. 159.

⁵⁷ *Ivi*, p. 155.

⁵⁸ *Ivi*, p. 153.

⁵⁹ *Ivi*, p. 157.

uno «stato di potere», lo stato assoluto dove o non ha senso parlare di arbitrarietà (Hobbes⁶⁰) oppure regna il «potere arbitrario». Afferma Bobbio:

Nello stato di diritto il potere è sottoposto al diritto; nello stato d'eccezione (o di polizia, volendo adottare una vecchia espressione) il potere è il creatore (a proprio assoluto arbitrio) del diritto.⁶¹

La critica al positivismo giuridico⁶² sembra limitarsi dunque al giuspositivismo ideologico⁶³ e lo «stato di non-diritto» di Radbruch finisce col sovrapporsi allo «stato discrezionale» di Fraenkel e alle forme di governo *extra leges* nelle quali vige il «diritto libero». Nel difendere il principio di legalità, Calamandrei sostiene:

questa formulazione astratta delle leggi significa, appunto che il diritto non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini che vengano domani a trovarsi nella stessa condizione in cui io mi trovo. Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto, del diritto anche se inteso come pura forma, indipendentemente dalla bontà del suo contenuto: che esso non può essere affermato in me senza essere affermato contemporaneamente in tutti i miei simili; che esso non può essere offeso nel mio simile senza offendere me, senza offendere tutti coloro che potranno essere domani i soggetti dello stesso diritto, le vittime della stessa offesa. Nel principio della legalità c'è il principio della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell'osservanza individuale della legge c'è la garanzia della pace e della libertà di ognuno.⁶⁴

⁶⁰ Cfr. *infra*, pp. 25-26.

⁶¹ N. Bobbio, *Introduzione*, in E. Fraenkel, *Il doppio stato*, cit., p. XIII.

⁶² Si veda, da ultimo, B. Bix, *Robert Alexy's Radbruch Formula, and the Nature of Legal Theory*, in «Rechtstheorie», 37, 2006.

⁶³ Cfr. *infra*, p. 72.

⁶⁴ P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., p. 105.

2. La legittimità nello stato costituzionale di diritto

Nonostante quanto detto finora a partire dalla ricostruzione weberiana, non può sfuggire che nel linguaggio comune l'aggettivo che più spesso qualifica il sostantivo «legittimità» è «democratica». Un «governo» viene comunemente riconosciuto come legittimo perché espressione della volontà popolare. Ciò sembra in contrasto con quanto detto finora sulla legittimità legale-razionale, non legata ad alcuna specifica forma di governo. In letteratura si ritrova, infatti, il tema ricorrente del conflitto fra la legittimità democratica e la legalità intesa come «governo *sub iuribus*», tipica del modello degli «stati costituzionali di diritto». Ad esempio:

La teoria costituzionale americana è perennemente perseguitata, se non totalmente logorata, dalla ricerca di un'armonia tra quelli che vengono generalmente concepiti come due principi configgenti: da un lato, l'ideale del governo soggetto alla legge (costituzionalismo) e dall'altro, l'ideale del governo attraverso la volontà popolare (democrazia).⁶⁵

Sembra, cioè, doveroso scegliere fra vincoli costituzionali e sovranità popolare, fra Locke e Rousseau. Tale tensione ha a che fare con la riconfigurazione del rapporto fra legalità e legittimità alla luce del passaggio (storico) dallo «stato legislativo di diritto» allo «stato costituzionale di diritto». La teoria della «legittimità democratica» di Luigi Ferrajoli è, però, un esempio di superamento (apparente?) di tale contrasto. Nel secondo volume di *Principia iuris*, vengono distinte due dimensioni della legittimità democratica, una formale, l'altra sostanziale. Un ordinamento democraticamente legittimato da un punto di vista formale richiede, per Ferrajoli, il rispetto dei diritti secondari

⁶⁵ F. Michelman, *Brennan and democracy* (1999) tr. it., *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Edizioni Dedalo, Bari 2004, p. 63.

(politici e civili⁶⁶) che «designano i poteri attraverso il cui esercizio un sistema democratico viene fondato e attivato»⁶⁷. La legittimità sostanziale, invece, riguarda i vincoli relativi al contenuto del diritto oltre alle regole formali circa la sua produzione. Tali vincoli sono costituiti dai diritti cosiddetti primari (di libertà e sociali) che «designano invece le finalità su cui esso [il sistema democratico] si fonda»⁶⁸.

Tale teoria ricostituisce la legittimità democratica ricorrendo a un modello quadripartito (democrazia politica, civile, liberale e sociale), a sua volta fondato sull'opposizione fra dimensione formale della *dinamica* giuridica e dimensione sostanziale governata da rapporti *nomostatici* di derivazione fra norme. Risulta chiaro, allora, come l'espressione «legittimità» non venga usata da Ferrajoli quale criterio diretto per riconoscere la titolarità del potere; si tratta bensì di un metro di giudizio delle norme che riguarda il problema della legalità dell'intero ordinamento come insieme di condizioni alle quali un potere mantiene la propria legittimità. A differenza di quel che accadeva in Kelsen, e forse anche in Weber, la teoria normativa dello «stato democratico di diritto» di Ferrajoli ritraduce le forme classiche della legalità («governo *per lege*» e «governo *sub lege*») a partire dall'ideale del governo *sub iuribus* proprio delle «democrazie costituzionali»⁶⁹. I diritti fondamentali, infatti, ancor prima di essere specificati

⁶⁶ Si noti che la classificazione quadripartita delle classi di diritti fondamentali in Ferrajoli è assolutamente originale e a questa, non ad altre più «tradizionali», si fa riferimento in questo paragrafo. A tale proposito si veda P. Comanducci, *Problemi di compatibilità fra i diritti fondamentali*, «Analisi e diritto», 2002-2003.

⁶⁷ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 24. La configurazione dei diritti politici e civili come diritti-potere, è ancora una caratteristica propria della teoria del diritto di Ferrajoli (ivi, vol. I, p. 647). Si noti, inoltre, come il profilo di legittimità democratica formale di Ferrajoli ricalca, sia pure non perfettamente, quelle che Bovero - a partire dalla teoria democratica bobbiana - ha definito «condizioni della democrazia»; mentre la legittimità sostanziale è più simile alle «precondizioni». Si veda N. Bobbio, *Dall'ideologia democratica agli universali procedurali* (1987), in Id., *Teoria generale della politica*, cit., pp. 370-83; M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2000.

⁶⁸ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 24.

⁶⁹ «Possiamo intendere per “costituzione democratica” una legge fondamentale che soddisfi le condizioni della democrazia, ossia che comprenda tra i diritti fondamentali, costituzionalmente

da una teoria normativa, richiamano, nella loro struttura formale, l'ideale dell'eguaglianza. La definizione, puramente formale, di «diritti» («Sono 'diritti fondamentali' tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini, o di persone capaci d'agire»)⁷⁰, non dice nulla sul contenuto semantico dei termini «persona», «cittadino» o «capace di agire», compatibili con ordinamenti massimamente inegualitari. Ma, afferma Ferrajoli:

questo carattere 'formale' della nostra definizione non toglie che essa sia sufficiente a identificare nei diritti fondamentali la base dell'eguaglianza giuridica. Grazie ad esso, infatti, l'universalità espressa dalla quantificazione dei (tipi di) soggetti che di tali diritti sono titolari viene a configurarsi come un loro connotato strutturale, che come vedremo comporta il carattere inalienabile e indisponibile degli interessi sostanziali in cui essi consistono.⁷¹

Le istituzioni democratiche costituiscono, del resto, una sorta di realizzazione storica della finzione «di ragione» del *pactum unionis*, che non costituisce (esplicitamente in molti degli autori del giusnaturalismo moderno)

protetti, i diritti di partecipazione politica così come sono previsti dalle regole del gioco democratico: tali regole infatti non sono altro che le norme che stabiliscono la titolarità e regolano l'esercizio dei diritti politici. Analogamente, possiamo intendere per "democrazia costituzionale" quella forma di governo in cui gli organi del potere democratico vengono esplicitamente limitati e vincolati, dalla norma costituzionale, al rispetto e alla garanzia (anche) degli *altri* diritti fondamentali, in primo luogo i diritti di libertà e i diritti sociali». (M. Bovero, *Democrazia costituzionale e viceversa*, manoscritto)

⁷⁰ La definizione completa proposta da Ferrajoli è la seguente: «Sono 'diritti fondamentali' tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini, o di persone capaci d'agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta a un soggetto da una norma giuridica, e per 'status' la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio». (L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 5)

⁷¹ *Ivi*, p. 6. A tale proposito si veda il dibattito fra Guastini e Ferrajoli contenuto nel volume citato: R. Guastini, *Tre problemi di definizione*, soprattutto pp. 45-47; L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, p. 135-139; e L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, pp. 309 e ss.

la ricostruzione della genesi del potere politico di qualsivoglia stato, quanto piuttosto la ricognizione teorica delle caratteristiche del potere politico legittimo⁷². È ancora Ferrajoli, però, a ricordare: «ciò che peraltro rende l'immagine del contratto sociale più d'ogni altra pertinente a raffigurare l'atto costituente di una *democrazia costituzionale* è il fatto che nella costituzione da esso prodotta sia stipulata l'uguaglianza tramite il conferimento a tutti di diritti fondamentali. Vengono in essa convenute, infatti, due dimensioni dell'eguaglianza: la dimensione formale, in forza della quale le dinamiche dell'ordinamento istituito, cioè l'intera produzione normativa sono affidate, direttamente o indirettamente, all'*autonomia* individuale o collettiva, degli stessi contraenti e consociati; e la dimensione sostanziale, in forza della quale tali dinamiche sia pubbliche che private, sono vincolate alla *garanzia* dei diritti fondamentali e, in particolare, al rispetto dei diritti di libertà e alla soddisfazione dei diritti sociali»⁷³.

3. Legalità ed effettività

Nell'enumerare i criteri di giudizio del potere codificati nella storia del pensiero politico al fianco di legalità e legittimità, di solito figura il criterio dell'effettività. Categoria affine è quella dell'efficacia delle norme che riguarda la verifica empirica tanto del rispetto delle norme da parte di coloro ai quali sono indirizzate, quanto della corrispondenza tra l'eventuale violazione e la sanzione (di fatto). Ciò rimanda al problema fenomenologico del diritto (teoria

⁷² Bovero, ad esempio, afferma che «l'ipotesi contrattuale è costituita anche per mostrare a quali condizioni un potere politico sussiste come tale: l'ipotesi suggerisce, o meglio induce ad osservare, che un potere politico viene meno, e presto o tardi cade, quando non sia più in un certo modo o in certa misura accettato, riconosciuto valido.» (M. Bovero, *La natura della politica. Potere, forza, legittimità*, cit., p. 8)

⁷³ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., p. 160.

realista del diritto) e all'approccio sociologico allo studio della politica (teoria realista del potere):

Il potere effettivo è il potere che riesce ad ottenere il risultato proposto; norma efficace è la norma osservata od eseguita. L'efficacia della norma dipende dall'effettività del potere, così come l'effettività del potere dipende dal fatto che le norme siano efficaci.⁷⁴

Seguendo ancora le categorie di Weber in *Economia e società*, l'uniformarsi dei cittadini a una decisione politica costituisce una sorta di «test di legittimità»; l'obbedienza effettiva alle leggi è, per Weber, il fondamento di ogni ordinamento giuridico; un potere è legittimo nella misura in cui viene obbedito, a prescindere dal contenuto dei suoi comandi. Se si parte proprio dal carattere formale e realista dell'indagine weberiana⁷⁵, si desume che la teoria della legittimità tende a ridursi a un'analisi storica delle diverse forme di spiegazione dell'adesione alle norme positive da parte dei cittadini.

L'approccio sociologico (detto giusrealista⁷⁶) al diritto nasce, come il giuspositivismo, in polemica con le diverse declinazione delle teorie del diritto naturale; come Trasimaco nella *Repubblica* e il pirata in Agostino, il «realista giuridico» è colui che riduce la validità – e al limite anche la giustizia – di una norma alla verifica della sua efficacia. Dell'approccio positivista, poi, tale corrente critica il carattere astratto; anche se, come nota Barberis, «che il giusrealismo costituisca una posizione davvero distinta dal giuspositivismo, [...] non è affatto ovvio: da un lato il giusrealista Ross si proclama più

⁷⁴ N. Bobbio, *Il principio di legittimità*, cit., p. 90.

⁷⁵ N. Bobbio, *Max Weber, il potere e i classici*, cit., p. 76.

⁷⁶ Cfr. *infra*, p. 85.

giuspositivista di Kelsen; dall'altro lo stesso Kelsen, giuspositivista per antonomasia, presenta la propria teoria come “radicalmente realista”⁷⁷.

La caratteristica comune alle diverse correnti del realismo giuridico consiste, comunque, nel ricondurre (e ridurre) la validità all'effettività: una norma è valida solo se anche effettiva; ciò comporta una critica al concetto positivista di validità così come ricostruito finora. Secondo Alf Ross, che è stato allievo sia del giusrealista svedese Axel Hägerström sia di Kelsen, una norma è da considerarsi valida nel caso vi siano «buone ragioni» per predire che, al verificarsi dei comportamenti ipotizzati dalla norma, un giudice utilizzerà le direttive contenute nella legge stessa come parte integrante della decisione sul caso.⁷⁸

Le regole formali e sostanziali di produzione non sono quindi (come per i positivisti) condizioni disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti alla validità di una norma, ma diventano «buone ragioni» fra le altre per ritenere che un giudice applichi quella legge in determinate circostanze; e ciò in virtù del fatto che «le proposizioni circa il diritto valido debbano essere interpretate come riferentisi non ad una inosservabile validità o “forza vincolante”, derivante da principi *a priori* o da postulati, ma a fatti sociali»⁷⁹.

Da ciò deriva la concezione del diritto come insieme di regole concernenti l'uso della forza⁸⁰, che porta con sé la critica sociologia alla validità come ricostruzione formale di regole del dover essere (sia pur non morale) del diritto.

⁷⁷ M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino 2008, p. 23.

⁷⁸ Si veda A. Ross, *On Law and Justice* (1959), tr. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 1990, pp. 41-42.

⁷⁹ *Ivi*, p. 39.

⁸⁰ A riprova della continuità fra il pensiero positivista e quello realista vi è il fatto che tale problema è già presente e dibattuto in Kelsen. Si veda B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, il Mulino, Bologna 1999, pp. 358 e ss.

Ciò detto, è bene ribadire che l'obiettivo polemico principale del giusrealismo è la categoria (giusnaturalista) di giustizia⁸¹. Già Kelsen riteneva la giustizia «un ideale irrazionale», sostenendo che «per quanto essa possa essere indispensabile per la volontà e l'azione dell'uomo, essa non è però accessibile alla nostra conoscenza»⁸². La critica giusrealista si pone sullo stesso piano; seguendo ancora Ross, si assiste alla ricostruzione analitica del concetto di giustizia come «esigenza formale di regolarità o razionalità»⁸³. Tale concetto, puramente formale, non sarebbe in nessun modo una guida per il legislatore perché non dice nulla riguardo al contenuto della norma o dell'ordinamento; si tratta di una parola senza «nessun significato descrittivo»⁸⁴. Il ricorso alla nozione di giustizia, di carattere eminentemente emotivo⁸⁵, finisce, secondo Ross, col vanificare le garanzie derivanti dalle esigenze formali del diritto («il trattamento riservato a ogni persona deve discendere da norme generali»⁸⁶) argomentabili alla luce di battaglie politiche (che hanno portato, ad esempio al superamento di privilegi legati al sesso o alla razza):

Se si dice che l'esigenza di eguaglianza non deve essere presa in senso formale, ma che l'elemento decisivo è dato dal fatto che la restrizione abbia luogo secondo caratteri distintivi «ben fondati», «ragionevoli» o «giusti», questo significa che l'idea di eguaglianza svanisce, per essere sostituita dal riferimento a ciò che è considerato

⁸¹ Si noti che l'uso tanto di «validità» quanto di «giustizia» ricalca la tripartizione tipica della teoria del diritto che rimanda soprattutto agli approcci giurpositivista il primo e giusnaturalista il secondo. Cfr. *infra*, pp. 84 e ss.

⁸² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 59.

⁸³ A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 258.

⁸⁴ *Ivi*, p. 259.

⁸⁵ «Il richiamo della giustizia è un'arma troppo efficace e ideologicamente utile per sperare che gli uomini di governo, i politici e gli agitatori, anche rendendosene conto, si mettano d'accordo per disarmare su questo punto. Inoltre, molti sono probabilmente essi stessi vittime dell'inganno. È così facile credere nelle illusioni che eccitano le emozioni stimolando le ghiandole surrenali!» (*Ivi*, p. 260)

⁸⁶ *Ivi*, p. 270;

«giusto» secondo un'opinione soggettiva ed emotiva. Un principio del genere non è un vero principio, ma la rinuncia a qualsiasi tentativo di analisi razionale.⁸⁷

L'appello alla giustizia non sarebbe altro che uno strumento retorico la cui analisi compete alla sociologia politica; la storia, del resto, è piena di esempi di poteri effettivi che hanno ottenuto consenso attraverso il richiamo al valore della «giustizia». Il campo di indagine della sociologia del diritto si limita all'analisi dell'efficacia delle norme come effettivi vincoli all'azione.

Al fine di fare ulteriore chiarezza sulle categorie di «efficacia» ed «effettività» è interessante notare come nei sistemi di *common law*, la sociologia del diritto abbia avuto un enorme successo grazie alla rilevanza del diritto consuetudinario nell'ordinamento. Tra gli esponenti più illustri del realismo giuridico americano figura il nome di Oliver Wendell Holmes Jr., giurista e giudice della Corte suprema dal 1902 al 1932; fin dal primo capoverso del suo celebre libro intitolato, non a caso, *The Common Law*, la sua visione del diritto è chiarissima:

L'obiettivo di questo libro è presentare un quadro generale della *common law*, del diritto consuetudinario. Per realizzare questo scopo sono necessari altri strumenti oltre la logica. Cosa importante è mostrare che la coerenza di un sistema porta a determinati risultati, ma c'è di più. Il diritto vivente (*the life of the law*) non si è costituito sulla logica, ma sull'esperienza. I bisogni più sentiti in un determinato momento, le teorie morali e politiche prevalenti, la comprensione degli indirizzi politici più generali, manifesti o inconsci, addirittura i pregiudizi che i giudici condividono con gli altri uomini, hanno avuto più peso dei sillogismi giuridici nel determinare le regole attraverso le quali gli uomini dovrebbero essere governati. Il diritto incarna la storia dello sviluppo di una nazione attraverso molti secoli, e non lo si può trattare come se fosse formato dai soli assiomi e corollari di un libro di matematica. Per comprendere che cos'è, dobbiamo sapere che cos'era e in che cosa si sta trasformando. Dobbiamo alternativamente far

⁸⁷ *Ivi*, p. 272.

ricorso alla storia e alle teorie giuridiche esistenti. Ma il lavoro più complesso è comprendere le combinazioni fra questi due elementi nei cambiamenti dei diversi stadi. La sostanza (*substance*) del diritto in un determinato momento corrisponde pressappoco a ciò che, a quell'epoca, era considerato più opportuno (*convenient*); ma le sue forme e i suoi strumenti, e quanto fosse in grado di realizzare gli scopi desiderati, dipende moltissimo dalla sua storia passata.⁸⁸

Tali parole sono particolarmente utili a comprendere l'approccio del realismo americano: il *common law* costituisce il punto di vista privilegiato per analizzare come la storia del diritto (e soprattutto della giurisprudenza⁸⁹) si sia sviluppata attraverso fenomeni difficili da ridurre alla coerenza logica che un certo positivismo attribuisce agli ordinamenti positivi: «i pregiudizi dei giudici contano più dei sillogismi giuridici». La disinvoltura con cui si parla della politicizzazione del sistema giudiziario è connaturata all'assetto politico e istituzionale degli Stati Uniti. In questi termini la sociologia giuridica e quella politica si confondono nell'analisi delle regole che vincolano la condotta, rifiutando una visione del diritto che si limiti ai soli assiomi e corollari, come in una sorta di «libro di matematica».

⁸⁸ «The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past.» (O. W. Holmes jr., *The Common Law* (1881), Barnes and Noble, New York 2004, p. 1)

⁸⁹ L'attenzione alla giurisprudenza è elemento comune al giusrealismo americano a quello sviluppatosi successivamente in Europa. Tra i due sussistono comunque molte e profonde differenze; per approfondire si veda G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano 1962.

Il diritto consuetudinario porta con sé un'attenzione sociologica sconosciuta alle tradizioni continentali giusnaturaliste e giuspositiviste; questa ha direttamente a che fare con procedimenti in cui i piani della legittimità, della legalità e dell'effettività si confondono, nel complesso rapporto tra la supremazia della legge (*rule of law*) e la forza di legge dei precedenti giurisprudenziali (*common law*). Non è un caso che l'interesse per le tesi di Dworkin, abbia, in ambito continentale, dato vita a teorie ibride, che incrociano temi classici del giusnaturalismo a letture sociologiche dei criteri della legittimità delle norme costituzionali. L'analisi del diritto costituzionale come scienza della cultura, proposta da Peter Häberle⁹⁰, ad esempio, costituisce un tentativo di interpretare la costituzione, ma soprattutto le regole della sua applicazione, alla luce di quella che Holmes definiva «la storia dello sviluppo di una nazione».

Tale visione è gravida di conseguenze, prima fra tutte quella di mettere in discussione la tesi giupositivista della separazione fra la morale e il diritto. Nei suoi scritti, Gustavo Zagrebelsky, che sostiene tesi affini a quelle di Häberle, non mette in dubbio dal punto di visto teorico la validità della legge di Hume⁹¹, ma propone una lettura del passaggio dallo stato legislativo ottocentesco a quello costituzionale diametralmente opposta a quella dei positivisti.

Se in un'ottica giuspositivista la positivizzazione, a livello costituzionale, di istanze morali tipiche del giusnaturalismo costituisce un passo ulteriore nella

⁹⁰ Si veda P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), tr. it. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma 2001.

⁹¹ La cosiddetta «legge di Hume» prescrive la non derivabilità di giudizi di valore da giudizi di fatto. Si veda G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano 1969; e B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino 1994.

direzione dell'emancipazione del diritto dall'etica⁹², per Zagrebelsky l'ordinamento a due livelli ripropone, sia pur all'interno del diritto positivo, il rapporto classico tra legge naturale e legge positiva⁹³, reintegrando nel diritto istanze morali. La massima «tutti gli uomini nascono liberi ed eguali», ad esempio, non sarebbe una norma giuridica vincolante per tutto l'ordinamento, quanto piuttosto un principio morale che entrando a far parte del diritto positivo guida l'azione di tutti i poteri dello stato: «il principio di costituzionalità trova il suo corrispondente sul piano delle idee politiche nel “patriottismo della costituzione”, formula e concetto che tanta fortuna hanno avuto di recente a indicare per l'appunto la medesima funzione di utilità che oggi, in carenza di altri strumenti spirituali unificanti, ci si attende dalla costituzione»⁹⁴.

Quanto detto finora sul ruolo preminente del governo *sub iuribus* nello «stato costituzionale di diritto» sarebbe, allora, smentito da una sorta di ritorno di modello *sub lege* (quasi) premoderno in cui il rispetto della legge superiore, che non è né naturale né divina (i citati «strumenti spirituali unificanti») ma piuttosto socio-culturale, si basa sull'adesione ai principi morali contenuti nelle costituzioni. Zagrebelsky, così come Habermas nella critica alla razionalità weberiana, ritiene necessaria una dimensione di legittimità morale che superi il principio formale di legalità proprio del positivismo giuridico.

⁹² Ciò evidentemente crea anche una divaricazione tra il «punto di vista interno» e il «punto di vista esterno» al diritto che consiste nella lotta politica per l'affermazione di un principio costituzionale piuttosto che un altro.

⁹³ Si veda G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, pp. 154 e ss.

⁹⁴ *Ivi*, p. 49.

4. Il governo *sub iuribus*

La ricostruzione fin qui proposta della categoria della legalità, alla luce dei suoi rapporti con la legittimità, serve a integrare la teoria del «potere limitato», elaborata dai pensatori politici moderni. Serve, in altre parole, a identificare i limiti, superati i quali l'esercizio «discrezionale» del potere si fa «arbitrario». La versione antica del principio di legalità è chiaramente esemplificata dalle teorie aristoteliche della giustizia come virtù perfetta (l'uomo giusto che vive nel rispetto delle leggi del libro V dell'*Etica nicomachea*) e della legge, come «ragione senza passione», quale criterio per distinguere il buongoverno dal malgoverno (la legge libera dalle passioni del libro III della *Politica*). La versione moderna del principio di legalità si rintraccia nella storia dello «stato di diritto» come subordinazione del potere alla legge (la condanna del governo senza né leggi né freni di Montesquieu).

La svolta moderna consiste nell'abbandono della concezione del potere *sub lege* intesa come rispetto di un presunto ordine naturale, secondo una concezione organicistica della società, e il passaggio (sancito politicamente dalle grandi rivoluzioni moderne) a un potere *sub iuribus*, limitato dai diritti individuali. L'evoluzione storica del paradigma dello «stato di diritto» consiste nell'affermarsi dell'ideale del governo *sub iuribus*, in cui i cittadini (degli stati moderni) hanno diritti (positivi) ai quali corrispondono doveri dei governanti; doveri verso il basso, non verso l'alto.

Lo «stato di diritto», come sottomissione dei pubblici poteri alla legge, allora, non tollera l'esercizio illegale del potere, inteso in due diversi significati:

- come *potere di fatto* che si esercita in modo illegittimo;
- come *potere arbitrario*, esercitato in violazione dei vincoli formali e sostanziali sulla produzione del diritto.

Nel primo caso la formula *lex facit regem* va intesa come regola di attribuzione e di procedura; nel secondo caso, come regola che vincola l'esercizio del potere.

In questo senso le visioni del potere di giuspositivisti (la «gorgone» di Kelsen) e giusnaturalisti (il «non-diritto» di Radbruch) non sono poi così distanti: in entrambi i casi il potere deve essere arginato. I giuspositivisti ripongono fiducia nelle norme positive che regolano (sia formalmente sia sostanzialmente) il potere; i giusnaturalisti puntano su massime come «tutti gli uomini nascono liberi ed eguali», intendendole quali vincoli morali a ogni decisione politica.

Che venga interpretata come un'esigenza morale (Habermas, Zagrebelsky), oppure come un elemento funzionale alla convivenza che garantisce gli individui contro la tirannia (anche delle maggioranze) (Rawls, Bobbio), la legalità moderna si configura come garanzia razionale (adeguatezza all'ideale del «governo *sub iuribus*») contro l'«arbitrio».

Molte di queste riflessioni sembrano già essere presenti, almeno in forma implicita, in uno dei primi grandi pensatori della razionalità moderna, e Thomas Hobbes. Parlando dell'eguaglianza nella *lex naturalis* hobbesiana, Mario Reale nota:

il tratto più caratteristico della moralità hobbesiana sta nella perfetta antitesi fra ragione e passione [...]: la prima comanda l'eguaglianza o la costruzione di una moralità sociale, la seconda viene esplicitamente riassunta nell'esclusione dall'eguaglianza. Tutti gli elementi dell'argomento hobbesiano – la guerra, la pace e il percorso che dall'una conduce all'altra – trovano essenziale esplicazione in questo quadro. [...] Si deve pur sempre presupporre l'ardua affermazione della ragione

egualitaria sulle passioni del dominio, la vittoria delle moralità sull'ombra fitta che costantemente l'accompagna.⁹⁵

⁹⁵ M. Reale, *La difficile eguaglianza. Hobbes e gli animali politici: passioni morale socialità*, Editori Riuniti, Roma 1991, p. 250.

Parte terza

Il principio di eguaglianza come limite al potere

Capitolo 5

La giustizia come eguaglianza

Si potrà forse dire, dunque, che non far male ad altri, *neminem laedere*, è il precetto di quel diritto che si dice *ius strictum*; ma l'equità esige che si faccia pure del bene allorché se ne mostra l'occasione, e in questo consiste il precetto di «attribuire a ciascuno ciò che gli spetta», *suum cuique tribuere*. Questo convenire, ovvero questo spettare, si riconosce per mezzo della regola di equità, ossia dell'eguaglianza: *Quod tibi non vis fieri aut quod tibi vis fieri, neque aliis facito aut negato*. È la regola della ragione e di nostro Signore. Ponetevi al posto degli altri, e sarete nel giusto punto di vista per giudicare che cosa sia giusto e che cosa no.

Gottfried Wilhelm von Leibniz¹

1. La regola di giustizia
2. Le forme della giustizia
3. I criteri di giustizia
4. Le enunciazioni moderne del principio di eguaglianza

Dopo aver trattato il tema della «giustizia come legalità», questo capitolo si propone di indagare i limiti del potere attraverso l'analisi del concetto di «giustizia come eguaglianza». La «giustizia come legalità» corrisponde a ciò che Aristotele definisce «virtù totale», che comprende in sé tutte le virtù particolari; senza

¹ G. W. Leibniz, *La notion commune de la justice* (1703), tr. it. *La nozione comune di giustizia*, in Id., *Scritti politici e di diritto naturale*, UTET, Torino 1951, p. 228.

soffermarsi sulla presupposizione implicita che la legge sia una «buona» legge, Aristotele afferma che chi segue la legge, si comporta *come se* fosse coraggioso, temperante, liberale ecc. Chi non diserta, ad esempio, sarà considerato giusto anche se il motivo per cui resta sul campo di battaglia non è il suo coraggio ma la sola obbedienza alla legge.

Nella ricostruzione degli usi frequenti del termine giustizia Aristotele però riconosce che una nozione con questo nome compare anche nel novero delle virtù particolari che sono parte del giusto totale; così come vi è un significato particolare di ingiusto che è parte dell'ingiusto totale.

Secondo Aristotele:

chi agisce secondo gli altri vizi compie sì ingiustizia ma non pretende affatto di avere di più: ad esempio chi getta lo scudo per viltà o chi per rudezza parla malamente o chi per illiberalità rifiuta di dare un aiuto economico. Invece quando si pretende di avere di più, sovente non si agisce per nessuno dei vizi di questo genere, e neppure per tutti i vizi, ma per una certa perversità (infatti lo biasimano), e cioè per ingiustizia. Vi è dunque un'altra forma di ingiustizia come parte di quella totale, ed un giusto che è parte del giusto totale.²

Esiste, allora, un significato di giustizia che rimanda a una virtù particolare, a una specifica qualità morale approvabile. L'uomo giusto è, in questo secondo senso, colui che «rispetta l'eguaglianza»³; chi non pretende per sé né più né meno di quanto gli spetti. Il criterio della «medietà», come condizione della virtù, si applica anche, e forse con maggiore evidenza, al caso della giustizia come eguaglianza: là dove sia posto un rapporto di eguaglianza, ingiusto è colui che pretende *di più* (come nel caso di una retribuzione) o *di meno* (come nel caso di una pena) di quanto gli spetti. Allo stesso modo si può designare «giusta» quella legge

² Aristotele, *Etica nicomachea*, 1130a.

³ *Ibidem*.

che istituisca o si conformi a un rapporto di eguaglianza tra gli individui cui la norma è rivolta.

Questo capitolo affronterà, in un primo momento, la ricostruzione teorica formale della giustizia come eguaglianza; la *regola* (§1), le *forme* (§2) e i *criteri* (§3) di giustizia sono alcuni fra gli aspetti su cui si è esercitata la riflessione sulla nozione di eguaglianza rilevanti per le scienze giuridiche e politiche. L'analisi dei significati delle diverse occorrenze storiche del principio di eguaglianza (§4) metterà, quindi, in luce come la positivizzazione di tale principio negli ordinamenti moderni contribuisca, in modo decisivo, a disegnare il paradigma dello «stato di diritto» prima e dello «stato costituzionale di diritto» poi.

Il concetto di eguaglianza, come già quello di legalità, ha a che fare con il problema dell'ordine. Fin dalle prime pagine della sua opera più famosa, Rawls afferma che una società «bene ordinata» necessita di una qualche concezione pubblica della giustizia (distributiva) più o meno condivisa; tale sarebbe il nucleo formale che accomuna ogni e qualsiasi teoria della giustizia: «le istituzioni sono giuste», dice Rawls, «quando non viene fatta alcuna distinzione arbitraria tra le persone nell'assegnazione dei diritti e doveri fondamentali, e quando norme determinano un appropriato equilibrio tra pretese contrastanti riguardo ai vantaggi della vita sociale»⁴.

Una società «ben ordinata», allora, non riposa solo sull'esistenza di un qualsivoglia diritto che prescriva regole di condotta, ma necessita anche «di un certo principio che è, appunto, quello dell'eguale distribuzione di oneri e onori. Anche la società tenuta assieme da leggi tiranniche, e quindi esclusivamente con la

⁴J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), tr. it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982, p. 23.

spada, è a rigore una società ordinata; ma è sufficiente quest'ordine a garantire la conservazione della società? L'ideale dell'eguaglianza è quello che fa porre nelle mani della giustizia, accanto alla spada, anche la bilancia»⁵.

Il divieto di «distinzioni arbitrarie» di cui parla Rawls o il riferimento di Bobbio a un qualsivoglia «rapporto di eguaglianza»⁶ mette in evidenza che il termine eguaglianza, in ambito morale, politico e giuridico, necessita di ulteriori specificazioni per essere compreso. «Arbitrario», inoltre, assume in questo contesto il significato di «non condiviso», che non risponde cioè ad altri criteri se non quelli puramente soggettivi. Ciò non dice ancora nulla su quale eguaglianza sia pertinente alla nozione di giustizia, dal momento che possono essere sensatamente qualificati come «giusti» assetti sociali che appaiono fortemente disegualitari, e per i quali la giustizia consisterebbe nella distribuzione gerarchica dei ruoli sociali secondo l'ordine naturale⁷. Nel libro IV della *Repubblica*, Platone afferma:

abbiamo in effetti stabilito, e ripetuto più volte, se ben ricordi, che ciascuno debba svolgere una sola delle attività comprese nella città, quella per quale la sua natura risulti più adatta.⁸

⁵ N. Bobbio, *La virtù della giustizia*, «La Stampa», 8 gennaio 2009, p. 1.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Tale concezione, prevalente nella storia premoderna del pensiero politico, non scompare tuttavia nella modernità; basti pensare a Machiavelli che, parafrasando Aristotele, sostiene: «Li uomini che nelle repubbliche servono alle arti meccaniche non possono sapere comandare come principi quando sono preposti a magistrati, avendo imparato sempre a servire. E però si vuole torre per comandare di quelli che non hanno mai ubbidito se non a' re e alle leggi, come sono quelli che vivono delle entrate loro». (*Sentenze diverse*, in Id. *Opere*, VII, *Il teatro e tutti gli scritti letterari*, Feltrinelli, Milano 1965, p. 223)

⁸ Platone, *Repubblica*, 433a. A tale proposito si veda M. Vegetti, *Quindici lezioni su Platone*, Einaudi, Torino 2003, pp. 98 e ss. È proprio Vegetti che fa notare che, in Platone, «questa convinzione non produce alcun sistema castale: l'appartenenza ai gruppi funzionali non dipende dalla nascita ma dalle doti individuali, e quindi sono sempre possibili spostamenti dall'alto verso il basso e viceversa». (M. Vegetti, *Il problema della giustizia nella Repubblica di Platone*, in G. M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Platone*, FrancoAngeli, Milano 2008, p. 33)

Si può affermare che ciascuno ha la propria concezione soggettiva della «giustizia eguale» e che da essa dipendono le più diverse teorie circa la «società giusta»; il complesso di tali teorie, del resto, costituisce una parte fondamentale della storia del pensiero politico occidentale.

Di particolare interesse risulta, allora, il rapporto fra l'uso prescrittivo delle varie declinazioni della giustizia come eguaglianza e il carattere meramente formale di espressioni come «a ciascuno il suo» o «tratta gli eguali in modo eguale». Le differenti specificazioni del significato che storicamente è stato attribuito a tali precetti hanno, di volta in volta, coinciso con i criteri utili a tracciare la linea di confine fra giusto e ingiusto come limite all'esercizio «arbitrario» del potere. Quello di «potere ingiusto», inteso come potere che non rispetta l'eguaglianza, tanto nel fare quanto nell'applicare la legge, è un concetto parzialmente sovrapponibile a quello di «potere arbitrario», tale perché ha superato i limiti impostigli dalla legge, sia essa morale o giuridica. Un potere sottoposto alla legge, infatti, è obbligato a rispettare una qualche forma d'eguaglianza.

Eguaglianza è dunque, in uno dei possibili significati, un valore o un disvalore. Ricorda Bobbio:

Si pensi al principe degli scrittori egualitari, all'autore del *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*: la natura ha fatto gli uomini eguali, ma la società li ha resi diseguali. Si provi ora a considerare il principe degli scrittori disegualitari, l'autore di *Al di là del bene e del male*: gli uomini sono per natura diseguali e soltanto la società, con la sua morale del gregge, con la sua religione della compassione e della rassegnazione li ha resi eguali. Là dove Rousseau vede diseguaglianza naturale, Nietzsche, l'anti-Rousseau, vede

una eguaglianza artificiale, e quindi altrettanto condannevole, in contrasto con le diseguaglianze naturali.⁹

A differenza della giustizia, però, l'eguaglianza non è (solo) un valore ma anche un fatto. A tale proposito Peter Westen ha formulato quelli che egli stesso ha definito paradossi dell'eguaglianza: 1) l'eguaglianza sembra essere per tutti la stessa cosa e, contemporaneamente, cose diverse per persone differenti; 2) il lemma «eguaglianza» ha, nelle lingue naturali, delle connotazioni positive, ma non è in sé un termine valutativo, giacché, a differenza di altri vocaboli etici, non si riferisce direttamente a valori.¹⁰

Tanto in matematica quanto in diritto, la relazione di eguaglianza si istituisce almeno fra due elementi; per poter dire che giuridicamente due soggetti sono eguali, inoltre, è necessario specificare i diritti, gli obblighi, le cariche, le pene rispetto a cui possono considerarsi eguali. Non ha senso parlare di eguaglianza se non si pongono domande quali «eguaglianza fra chi?», «eguaglianza in che cosa?» ed «eguaglianza secondo quali criteri?»¹¹:

cose che sono eguali secondo un metro di comparazione sono inevitabilmente diseguali secondo un diverso standard, e viceversa. Perciò risulta che le cose di questo

⁹ N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo* (1976), in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1999, p. 256. Bobbio stesso fa poi notare che la valutazione assiologicamente positiva di ciò che è naturale è un presupposto abbandonato dalle teorie liberali e individualiste in generale. Se si pensa per esempio al pensiero di Hobbes, l'eguaglianza è un dato empirico relativo alla natura umana, («tutti gli uomini sono eguali nella capacità di darsi vicendevolmente la morte») e allo stesso tempo un meccanismo artificiale utile al mantenimento della pace interna dello stato («ciascuno sia considerato eguale agli altri per natura»).

¹⁰ P. Westen, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton (N.J.) 1990, p. XVII e ss.

¹¹ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino 1995, p. 3.

mondo che siamo capaci di misurare non sono *o* eguali *o* diseguali. Sono *sia* eguali *sia* diseguali.¹²

Normalmente, infatti, si fa riferimento ad alcuni tipi di eguaglianza come «equiparazione fra persone», al fine di descrivere situazioni in cui si attuano diverse concezioni delle «società giusta»¹³; non si può sottovalutare, però, il fatto che espressioni come «eguale libertà», «eguaglianza nei diritti politici», «eguaglianza delle opportunità», ecc. abbiano scandito la storia della politica degli ultimi secoli e il susseguirsi di movimenti liberali, democratici e socialisti. Il cosiddetto «principio di eguaglianza in sé», e alcune sue classiche specificazioni, attraversano l'intera storia della cultura occidentale.

Se la modernità politica può essere interpretata come la faticosa storia dell'affermazione del primato dell'individuo sul collettivo, attraverso la positivizzazione dei diritti dei singoli nei confronti dello stato, l'eguaglianza, nelle sue più diverse specificazioni, e al pari solo della libertà, è uno dei fili conduttori di questa storia. L'*égalité*, è noto a tutti, compare nel celebre motto della rivoluzione francese e, quando aderì agli ideali dell'89, il duca d'Orleans assunse (senza che ciò lo mettesse al riparo dalla ghigliottina nel '93) il nome di Philippe Égalité. Arrivando all'oggi, il principio di eguaglianza costituisce un elemento centrale per le moderne democrazie costituzionali, sia come regola fondamentale della democrazia (l'eguaglianza nei diritti politici), sia come fondamento di molte

¹² «Things that are equal by one standard of comparison are inevitably unequal by other standards, and vice versa. In therefore follows that the things of this world that we are capable of measuring are not *either* equal *or* unequal. They are *both* equal *and* unequal.» (P. Westen, *Speaking of Equality*, cit., p. 41)

¹³ «L'eguaglianza non è di per se stessa un valore ma è tale soltanto in quanto condizione necessaria, se pur non sufficiente, di quell'armonia del tutto, di quell'ordine delle parti, di quell'equilibrio interno di un sistema, che merita il nome di "giusto"». (N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. 8)

delle dottrine politiche che hanno influenzato la stesura delle carte costituzionali nei differenti paesi. Relativamente alle formulazioni, nel diritto positivo, del principio di eguaglianza si sono sviluppati importanti dibattiti giuridici e la giurisprudenza in materia è pressoché sterminata. L'eguaglianza *di fronte alla legge* è, ad esempio, almeno come precetto di *imparzialità* rivolto ai giudici¹⁴, il principio formale fondamentale dello «stato di diritto»: «l'eguaglianza di trattamento è la conseguenza del fatto non già che la regola stabilisca questo o quello, ma che la regola esista e venga ubbidita»¹⁵. Perelman fa notare che «l'eguaglianza di trattamento non è che una conseguenza logica del fatto che ci si attiene alla regola»¹⁶.

1. La regola di giustizia

La norma generalissima a cui si fa riferimento quando si analizzano i problemi del giusto eguale è la cosiddetta «regola di giustizia»: «tratta gli eguali in modo eguale e i diseguali in modo diseguale». Tale regola è sempre formale e prescrive che, in un senso minimo, due casi eguali non comportino trattamenti differenti. Trattare in modo diverso due ladri di pane sembra ingiusto in senso intuitivo. Afferma Aristotele:

¹⁴ Cfr. *infra*, pp. 199 e ss.

¹⁵ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, p. 85.

¹⁶ C. Perelman, *De la justice* (1945), tr. it. *La giustizia*, Giappichelli, Torino 1959, p. 71.

Se infatti non sono uguali non avranno cose uguali; ma è questa la situazione dalla quale sorgono le contese e le accuse: quando o essendo uguali possiedono ed ottengono cose non uguali, o non essendo uguali possiedono ed ottengono cose uguali.¹⁷

La regola si applica indistintamente a tutte le situazioni *prima facie* riconducibili all'ambito più generale di significati che concerne il termine «giustizia», sia nel caso ci si riferisca alle pene da attribuire a un determinato reato, sia nel caso ci trovi a distribuire onori e oneri, vantaggi e svantaggi, in un determinato contesto sociale. In un articolo dei primi anni '90, affrontando il tema della grazia a Renato Curcio, Bobbio scrisse che «coloro che sono contrari alla grazia sostengono che Curcio è uguale a tutti coloro che hanno commesso delitti e continuano a scontare la loro pena. E quindi anche Curcio deve restare in prigione. I favorevoli, invece, sostengono che per i delitti commessi è uguale a molti che per una ragione o per l'altra godono di vari benefici pur avendo colpe più gravi di lui. E quindi potrebbe essere giustamente liberato. È un caso tipico in cui un giudizio di valore come quello che viene dato in base ad una regola astratta com'è la regola di giustizia può avere formulazioni opposte, in quanto sostenuto da giudizi di fatto opposti. È giusto che Curcio non venga liberato (giudizio di valore), se altri come lui restano in prigione (giudizio di fatto). Oppure: è giusto che venga liberato (giudizio di valore), se altri come lui o addirittura più colpevoli di lui sono liberi o semiliberi (giudizio di fatto)»¹⁸.

La regola di giustizia è formale nel senso che la sua osservanza «garantisce la regolarità, la sicurezza e l'imparzialità nell'amministrazione della giustizia. Ma non

¹⁷ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1131a.

¹⁸ N. Bobbio, *I limiti della ragione*, in «La Stampa», 11 agosto 1991, p. 1.

è in grado di giudicare le regole stesse»¹⁹. A tale proposito si dirà che «tratta gli eguali in modo eguale» è una regola di applicazione²⁰ indipendente dai diversi criteri di giustizia prevalenti in un determinato contesto sociale o ordinamento giuridico. Essa tende, inoltre, una volta stabilito che cosa sia (si ritiene essere) «giusto» e «ingiusto», a garantire il mantenimento di tali criteri all'interno della società. Tale garanzia è da considerarsi assiologicamente neutra, anche se si tratta di uno strumento potente – se inteso come regola di applicazione – in difesa della conservazione dell'ordine costituito.²¹

2. Le forme della giustizia

Il punto di partenza della classificazione aristotelica delle forme della «giustizia come eguaglianza» consiste nella distinzione analitica tra giustizia commutativa (o correttiva) e giustizia distributiva. La prima appare nella forma del principio *neminem laedere*, la seconda nella forma del principio *suum cuique tribuere*. Entrambi sono contenuti nella massima di Ulpiano:

¹⁹ C. Perelman, *Droit, morale et philosophie* (1968) tr. it., *Diritto, morale e filosofia*, Guida Editori, Napoli 1973, p. 33.

²⁰ Si veda N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. 15.

²¹ La questione si complica quando dalla giustizia ordinaria si passa a quella costituzionale; autori come Bruce Ackerman e Frank Michelman, recuperando riflessioni già contenute nei *Federalist Papers*, hanno messo in evidenza il ruolo, il più delle volte radicalmente conservatore, della Corte suprema americana durante i periodi di trasformazione costituzionale come la guerra civile, il *New deal* o il periodo dei movimenti per i diritti civili negli anni '60, quando, a differenza dei casi precedenti, l'orientamento della Corte, presieduta da Earl Warren, è stato decisamente più aperto al cambiamento. Si vedano B. Ackerman, *We the People*, vol. II, *Transformation*, Harvard University Press, Cambridge 1998, F. Michaelman, *Law's Republic*, in «The Yale Law Journal», 97, 1988, soprattutto pp. 1522 e ss. e A. Ferrara, *Giustizia e giudizio*, Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 164 e ss.

*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*²²

Come la biblica «legge del taglione»²³, la giustizia commutativa si esprime con una relazione «aritmetica» che si applica in modo eminente soprattutto agli scambi economici ed è indipendente dai criteri di giudizio circa le differenze specifiche, ad esempio, delle parti in un contratto privatistico, cioè dei soggetti coinvolti nella relazione. In caso di violazione del contratto, «il giudice ristabilisce l'uguaglianza e, come se una linea fosse divisa in due parti diseguali, egli toglie la parte della quale il segmento maggiore supera la metà e l'aggiunge al segmento minore. E quando il tutto è diviso in due, allora si dice di avere il proprio, quando cioè si è ottenuto l'uguale»²⁴.

Quando si parla di giustizia distributiva, che riguarda piuttosto il conferimento di diritti e doveri, onori e oneri, vantaggi e svantaggi, rientrano in gioco quelle differenze specifiche dei soggetti, che apparivano irrilevanti a proposito della giustizia commutativa; come ad esempio nel caso dei concorsi pubblici ove, viene valutato il «merito»²⁵ dei candidati. Riferendosi a un tipo di relazione «geometrica», Aristotele afferma che «è dunque necessario che il giusto consista per lo meno in quattro termini. Infatti coloro per i quali è giusto sono due, e ciò in cui è giusto, ossia le cose, sono due»²⁶. Si tratta di una proporzione come eguaglianza di due rapporti, quello fra gli «oggetti» da distribuire e quello dei «soggetti» fra cui distribuire.

²² *Digesto* 1.1.10pr.

²³ Si veda, ad esempio, W. I. Miller, *Eye for an Eye*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

²⁴ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1132a.

²⁵ Cfr. *infra*, pp. 185 e ss.

²⁶ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1131a

Un caso particolare di giustizia «aritmetica» è la giustizia penale, detta anche correttiva, come assegnazione di pene proporzionate ai reati. Il principio per cui le pene possono riguardare solo ciò che si è fatto e mai ciò che si è, oggi si direbbe il principio fondamentale del garantismo penale²⁷, vale sia per la concezione isonomica antica²⁸ sia per le moderne teorie dello «stato di diritto».

Diverso dal problema del rapporto fra «delitto» e «castigo», è quello del rapporto fra i diversi reati (e le relative pene). Esso è analogo a quello dalle diverse retribuzione degli incarichi a individui membri di un collettivo; entrambi i casi hanno a che fare con le gerarchie di valori sociali consolidate. Scagliandosi contro le leggi penali francesi, Proudhon scriveva:

un poveraccio i cui figli si lamentano per la fame, dà la scalata di notte a un granaio, lo forza, e ruba un pane di quattro libbre. Il fornaio lo fa condannare a otto anni di lavori forzati: ecco il diritto... Mentre invece, lo stesso fornaio, accusato di aver messo nel pane del gesso in luogo di farina e del vetriolo come lievito, è condannato a cinque lire di multa: è la legge. Ora la coscienza grida che questo trafficante è un mostro e la legge stessa assurda e odiosa.²⁹

A tale proposito, Ferrajoli si spinge fino a parlare di «razionalità penalistica» quando afferma che «quanto più la devianza è necessitata, tanto meno è prevenibile con le pene. Per questo l'efficacia deterrente, intimidatoria, del diritto penale, mentre è massima nei confronti della criminalità niente affatto necessitata dei colletti bianchi, che prospera esattamente nella misura della sua impunità, è

²⁷ Si veda L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1998.

²⁸ Fatto salvo che schiavi e donne non venivano considerati cittadini, l'omicidio era punito allo stesso modo nel caso in cui a commetterlo fosse stato il ricco o il povero, il vecchio o il giovane.

²⁹ P. J. Proudhon, *De la justice dans la révolution et dans l'Église* (1858), tr. it. *La giustizia nella Rivoluzione e nella Chiesa*, citato in C. Perelman, *La giustizia*, cit., p. 88.

pressoché irrilevante nei confronti della criminalità di sussistenza»³⁰. Si noti comunque che tali considerazioni riguardano il problema della «giusta pena» ma non contraddicono affatto il principio di offensività del diritto penale³¹ che sancisce l'irrilevanza di una qualsivoglia caratteristica personale nell'attribuzione delle pene.

3. I criteri di giustizia

Fin dall'antichità il paradigma della giustizia distributiva è stato fatto coincidere, nel linguaggio della teoria, con l'espressione ciceroniana *suum cuique tribuere*.³² Da tale massima, puramente formale, nascono le più varie ideologie della giustizia, che differiscono a seconda dell'oggetto cui si riferisce pronome *suum*. Nell'attribuire un'onorificenza, ad esempio, il criterio prevalentemente seguito è quello del merito, mentre nel riconoscere un sussidio, quello del bisogno. Tali criteri vengono tradizionalmente indicati con l'espressione «criteri di giustizia» e permettono di stabilire, situazione per situazione, quando una distribuzione sia da considerarsi adeguata a un determinato contesto.³³

Secondo Chaïm Perelman, nell'analisi dei rapporti fra i diversi criteri di giustizia, sono possibili due atteggiamenti:

³⁰ L. Ferrajoli, *Democrazia e paura. L'illusione della sicurezza*, in M. Bovero, V. Pazé (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari 2010, p. 132. A tale proposito si veda anche A. Cottino, «Disonesto ma non criminale». *La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma 2005.

³¹ Tale principio, che prevede che non vi può essere reato senza un'offesa a un bene giuridico, è rintracciabile ad esempio all'art. 49 del Codice penale italiano dove si legge: «La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso».

³² Cicerone, *De legibus*, 1, 19.

³³ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. 11.

1) i diversi criteri non hanno nulla in comune:

- a) nessuno è propriamente «giusto»;
- b) uno solo è «giusto»;

2) i diversi criteri hanno qualcosa in comune:

- c) tutti sono riducibili a uno solo;
- d) sono tutti differenti, ma hanno la stessa forma logica.³⁴

La posizione a) è propria di un atteggiamento scettico nei confronti dei problemi della «giustizia come eguaglianza», come nel caso di quegli autori giuspositivisti che trattano della giustizia come di un «ideale irrazionale»³⁵.

Le posizioni b) e c), sostanzialmente coincidenti, sono proprie, per esempio, dell'egualitarismo radicale, di quella posizione ideologica per cui tutti gli uomini devono essere giudicati – e in conseguenza trattati come – eguali in tutto. Diverse sono le posizioni tradizionalmente definite egualitarie come ad esempio quella proposta da Rousseau nel suo *Discorso sull'origine dell'ineguaglianza fra gli uomini* che, distinguendo fra ineguaglianza naturale e sociale, afferma che:

Io vedo nel genere umano due specie di ineguaglianza; la prima che chiamo naturale o fisica, perché è stabilita dalla natura e che consiste nella differenza di età, della salute, delle forze fisiche, e delle qualità dello spirito e dell'anima; l'altra la si può chiamare ineguaglianza morale o politica, perché dipende da una specie di convenzione, ed è stabilita o almeno autorizzata dal consenso degli uomini. Questa consiste nei diversi privilegi di cui alcuni godono a scapito di altri, come di essere più ricchi, più onorati, più potenti di loro, o anche di farsi obbedire.³⁶

Nel *Contratto sociale*, Rousseau aggiunge che:

³⁴ Si veda C. Perelman, *La giustizia*, cit., pp. 28-29.

³⁵ Cfr. *infra*, p. 154.

³⁶ J. J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), tr. it. *Discorso sull'origine dell'ineguaglianza fra gli uomini*, I, Editori Riuniti, Roma 2002, p. 98.

Il patto fondamentale, invece di distruggere l'uguaglianza naturale, sostituisce, al contrario, un'uguaglianza morale e legittima a quel tanto di disuguaglianza fisica che la natura ha potuto mettere tra gli uomini i quali, potendo per natura trovarsi ad essere disuguali per forza o per ingegno, diventano tutti uguali per convenzione e di diritto.³⁷

La posizione d), infine, prevalente nei discorsi sulla giustizia, è quella generalmente assunta dal legislatore, il quale applica diversi criteri nella regolazione di differenti fattispecie di comportamento. Questa è la prospettiva assunta di qui in avanti.

Nessun individuo, infatti, è mai, in tutto e per tutto, uguale a un altro; il principio logico dell'identità degli indiscernibili è stato così formulato da Leibniz:

hinc non dari posse in natura duas res singulares solo numero differentes.³⁸

L'espressione «criteri di rilevanza» rimanda alla decisione circa quali somiglianze e quali differenze di fatto, tra soggetti e tra oggetti, debbano essere considerate rilevanti al fine del trattamento giuridico dei soggetti. In altre parole: «dire che un ente è “uguale” ad un altro ente significa assumere un punto di vista per cui i due enti non si diversificano; dire “uguaglianza” significa da un lato escludere (a titolo provvisorio oppure definitivo) la rilevanza delle differenze»³⁹. Poco più avanti: «il procedere nella allocazione di beni o di mali, di incentivi o di disincentivi, mediante *regole* implica sempre necessariamente la istituzione di

³⁷ J. J. Rousseau, *Du contrat social* (1762), tr. it. *Il contratto sociale*, I, 9, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 33.

³⁸ «In natura non possono esistere due cose singolari differenti unicamente per numero». Si veda G. W. Leibniz, *Primae veritates* (1686), tr. it. *Verità prime*, in Id. *Discorso di metafisica – Verità prime*, Rusconi, Milano 1999, p. 217.

³⁹ G. Tarello, *Su uguaglianza*, in S. Castiglione (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna 1989, p. 351.

eguaglianze: tra i membri della classe distribuita [gli oggetti] e tra i membri della classe dei destinatari della distribuzione [i soggetti]»⁴⁰.

Tali criteri, sostiene Blackstone, hanno a che fare con gli scopi che si hanno in mente quando viene formulato un giudizio di eguaglianza fra due o più enti, situazioni o individui.⁴¹ Sostenendo che, al fine della scelta di un candidato a un posto di lavoro, siano rilevanti la sua esperienza e la sua capacità, si sottintende che lo scopo della valutazione sia quello di selezionare il più adatto a svolgere una determinata mansione, al fine di impegnare nel modo più «efficiente»⁴² lo stipendio che gli verrà corrisposto. Particolarmente chiaro è l'esempio di Letizia Gianformaggio quando fa notare che:

se io dico che un libro di logica e uno di astrologia sono uguali, e un'altra dice che proprio non lo sono, vuol dire che, a differenza di lei, io intendo fare dell'uno e dell'altro la stessa cosa (ad esempio metterli nello stesso scaffale); a dividerci dunque non sono i significati, che attribuiamo al termine «eguaglianza»; sono piuttosto i criteri che impieghiamo per formulare i giudizi di eguaglianza: sono dunque, in definitiva, i nostri scopi.⁴³

Una parte importante della riflessione politica contemporanea sulla giustizia si è concentrata sul problema della scelta dei criteri di rilevanza. Il saggio sulla *giustizia sociale* di Bruce Ackerman, per esempio, è interamente dedicato all'indagine circa la «giusta distribuzione» di risorse; al fine di elaborare criteri atti a

⁴⁰ *Ivi*, p. 353.

⁴¹ W. T. Blackstone, *On the Meaning and Justification of the Principle of Equality*, «Ethics», LXXVII, 1967, p. 241.

⁴² Il lemma «efficienza» è qui usato in termini neutri. Non si dimentichi, però che proprio in forza di questa presunta neutralità, tale espressione è oggi impiegata in discorsi politici dai risvolti profondamente disegualitari. Si veda, ad esempio, Yew-Kwang Ng, *Efficiency, Equality, and Happiness: On the Ethical Foundation of Public Policy*, <http://ssrn.com/abstract=129008>

⁴³ L. Gianformaggio, *Valori giuridici fondamentali: eguaglianza, tolleranza, identità*, in Id., *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 95-96.

regolare le rivendicazioni su beni, risorse e diritti, viene proposto un modello di «dialogo vincolato» alle condizioni di razionalità, coerenza e neutralità:

RAZIONALITÀ: Ogni volta che qualcuno mette in dubbio la legittimità del potere altrui, il detentore del potere deve rispondere non reprimendo il contestatore, ma fornendo una ragione la quale spieghi perché egli abbia un diritto alle risorse maggiore di chi lo contesta.⁴⁴

COERENZA: Le ragioni addotte in una determinata circostanza da chi esercita il potere non devono essere incompatibili con le ragioni che adduce per giustificare le altre rivendicazioni sul potere.⁴⁵

NEUTRALITÀ: Una giustificazione non è valida se richiede al detentore del potere di asserire: che la sua concezione del bene è superiore a quella affermata da uno qualunque dei suoi concittadini, *oppure* che a prescindere dalla sua concezione del bene, egli è per natura superiore a uno o più suoi concittadini.⁴⁶

Tale concezione della «neutralità liberale» può condurre ad almeno due differenti esiti teorici, uno più vicino alle posizioni di Rawls, l'altro a quelle di Habermas. Secondo Rawls le condizioni di neutralità (la celebre «posizione originaria»⁴⁷ di stampo neocontrattualista) portano alla formulazione dei principi

⁴⁴ B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (1980), tr. it. *La giustizia sociale nello stato liberale*, Il Mulino, Bologna 1984, p. 42.

⁴⁵ *Ivi*, p. 46.

⁴⁶ *Ivi*, p. 50.

⁴⁷ Nella divertente appendice all'edizione italiana della *Giustizia sociale*, Franco Romani propone una metafora fantascientifica del modello di Ackerman. Il signore dell'universo si interessa al problema della spartizione della *manna* sulla terra e, dopo aver deciso di dividerla in parti uguali, chiede a due agenti della *PLA* (*Philosophical Inquiry Agency*) il loro parere su tale scelta. «Gli agenti della *PLA*», scrive Romani, «sono molto soddisfatti di questa decisione. L'agente Rawls lo assicura che questa è la decisione che i terrestri stessi avrebbero preso se fossero ignoranti come lui sui loro fini e su le loro differenze. Anche l'agente Ackerman sembra piuttosto soddisfatto. Tuttavia suggerisce che non c'era bisogno per il Grande Signore di disturbarli lui stesso a prendere la decisione. Avrebbe

di giustizia razionali; secondo la concezione habermasiana, invece, le regole del discorso pratico⁴⁸ sarebbero i veri e propri principi di giustizia⁴⁹.

In entrambi i casi sembrano esserci presupposti normativi che escludono, bollandole talvolta come «irragionevoli», concezioni della giustizia che hanno dominato per secoli la storia del pensiero; si pensi alla giustizia secondo il rango. Un'interpretazione non cognitivista della massima «a ciascuno il suo», al contrario, è l'unica che, essendo compatibile con ogni e qualsiasi concezione della giustizia, possa definirsi formale.

I criteri di giustizia storicamente più rilevanti sono (almeno) quattro, anche se, a ben guardare, spesso si confondono, si sovrappongono e possono ulteriormente differenziarsi al loro interno. Nella sua ricostruzione, Perelman⁵⁰ enumera i seguenti criteri: «a ciascuno la stessa cosa», «a ciascuno secondo il merito», «le opere», «i bisogni», e «il rango». Evidentemente si potrebbero enumerare ancora i criteri del «talento», della «capacità», dello «sforzo», della «verità rivelata dalle (più diverse) sacre scritture» e persino quello «estetico», nel caso si debba redigere il regolamento di un concorso di bellezza. Un discorso diverso andrebbe fatto per il sesto dei criteri proposti da Perelman. La massima «a ciascuno secondo ciò che la legge gli attribuisce» attiene, secondo la distinzione aristotelica sin qui seguita, alla

potuto decentralizzarla ai terrestri stessi vincolandoli ad un dialogo neutrale e nel suo rapporto prova che avrebbero raggiunto lo stesso risultato». (F. Romani, *Appendice letteraria*, in Ackerman, *La giustizia sociale nello stato liberale*, cit., p. 28)

⁴⁸ «Possono pretendere validità soltanto quelle norme che trovano (o possono trovare) il consenso di tutti i soggetti coinvolti quali partecipanti a un discorso pratico». (Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* (1983), tr. it. *L'etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari, p. 74)

⁴⁹ «In estrema sintesi, perciò, la posizione di Habermas si potrebbe riassumere così: le norme del discorso in generale non implicano alcun principio di giustizia. Un principio di giustizia (la pari considerazione degli interessi di tutti) è invece condizione del discorso morale». (S. Petrucciani, *Giustificare la giustizia: la prospettiva dialogica*, in M. Borrelli, M. Kettner (a cura di), *Filosofia trascendentalpragmatica. Transzendentalpragmatische Philosophie*, Pellegrini, Cosenza 2007, pp. 415-431)

⁵⁰ Si veda *La giustizia*, cit., pp. 38 e ss.

concezione della giustizia come legalità⁵¹, e non alla giustizia come eguaglianza qui trattata.

Di seguito verrà preso in esame ciascuno dei criteri più comuni allo scopo di offrirne una descrizione e una breve discussione.

A ciascuno la stessa cosa

Tale criterio riconosce come irrilevanti, in un determinato ambito sociale, tutte e ciascuna le caratteristiche empiricamente osservabili sulla base delle quali gli individui sono differenziabili, istituendo una classe logica (e di conseguenza una fattispecie giuridica) che comprende tutti gli esseri umani. Detto in termini generali, il criterio «a ciascuno la stessa cosa» non solo rimanda a un qualche principio universalizzante ma è anche, rispetto ai soggetti, l'unico veramente universalistico.

Il primo articolo della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 («tutti gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti») e della *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948 («tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»)⁵², sono sicuramente buoni esempi dell'applicazione di tale criterio. Allo stesso modo la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000, comunemente detta *Carta di Nizza*, riconosce, all'art. 20, che «tutte le persone sono eguali di fronte alla legge»; o ancora, l'articolo 1 della Costituzione dei Paesi Bassi, dove, ad essere eguali di fronte alla legge olandese, sono «tutte le

⁵¹ Relativamente ai contenuti egualitari del principio (soprattutto moderno) di legalità cfr. *infra*, pp. 120 e ss.

⁵² Si noti che in entrambe le formulazioni, l'assunzione di valore si confonde con la giustificazione che si dà del valore stesso dell'eguaglianza nei diritti. Nel caso del documento rivoluzionario dell'89 il fatto che gli esseri umani nascano eguali è posto a fondamento del valore secondo cui essi vanno trattati come eguali; nel caso della *Dichiarazione* delle Nazioni unite del '48, è il fatto che gli uomini nascono eguali in dignità a rimandare implicitamente al valore dell'eguaglianza di tutti gli individui nei diritti.

persone che si trovano nei Paesi Bassi»⁵³. Nonostante tali proclami, però, resta il problema che non tutti i cosiddetti «diritti fondamentali» vengono, nei documenti del diritto così come nelle elaborazioni della teoria, attribuiti a «tutti gli individui», ma alcuni a «tutti i cittadini»⁵⁴; tale categoria, che necessita per essere compresa di ulteriori specificazioni, esclude così alcuni altri individui.⁵⁵

Bobbio distingue, usando come strumento analitico la coppia tutto–parte, quattro possibili declinazioni dell’eguaglianza: eguaglianza di alcuni in qualche cosa; eguaglianza di alcuni in tutto; eguaglianza di tutti in qualche cosa; eguaglianza di tutti in tutto.⁵⁶ Alla luce di tale classificazione risulta evidente che la massima «a ciascuno la stessa cosa» si presta a diverse interpretazioni a seconda che il quantificatore universale sia applicato ai «soggetti» dell’eguaglianza o agli «oggetti» che devono essere distribuiti. Partendo, ancora una volta dalla duplice domanda «tra *chi* e in *che cosa*», che è pertinente per rendere razionalmente trattabili i problemi di eguaglianza, si ottengono risultati diversi a seconda che la risposta «tutti/o» venga data alla domanda «*chi* sono gli eguali?» o «*in che cosa* sono eguali?».

Le diverse risposte possibili sono «tutti sono eguali in qualche cosa» o «alcuni sono eguali in tutto»: «gli esseri umani» cui vengono attribuiti i diritti di libertà,

⁵³ Così anche: «Noi riteniamo che le seguenti verità siano di per se stesse evidenti: che tutti gli uomini sono stati creati uguali» (*Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti*, 1776); «Tutti gli uomini sono uguali per natura e davanti alla legge» (*Costituzione francese*, 1793, articolo 3). La lista delle diverse enunciazioni di tale principio è lunghissima e caratterizza la grande maggioranza delle costituzioni moderne.

⁵⁴ Lo stesso si può dire, seguendo la definizione di Ferrajoli, della categoria di «capace di agire». Cfr. *infra*, p. 150.

⁵⁵ M. Bovero, *Diritti e democrazia costituzionale*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 239.

⁵⁶ N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo*, cit., p. 248.

ricadrebbero nel primo caso; mentre gli *omoioi* spartani, o i *pari* inglesi⁵⁷, farebbero parte del secondo.

Pur essendo entrambe espressioni puramente formali, risulta subito evidente come la prima porti con sé quella forza eguagliatrice che molti interpreti riconoscono alle moderne teorie dei diritti⁵⁸, mentre la seconda, come nel caso dalla classe dei guerrieri nella repubblica platonica, sia perfettamente rappresentativa delle società premoderne organizzate per ranghi.

Alcune fra le più rilevanti dottrine politiche della modernità⁵⁹ si basano sulla rivendicazione dell'irrilevanza di ogni e qualsiasi differenza specifica fra gli uomini rispetto alla distribuzione di beni (vantaggi, onori). Sia pure con molte specificazioni all'interno dei diversi movimenti politici e di pensiero, i liberali rivendicano l'eguaglianza di tutti nei diritti di libertà, i democratici nei diritti politici e i socialisti nei diritti sociali⁶⁰.

A ciascuno secondo il merito

Nella *Politica*, Aristotele identifica, come genericamente appropriato alla giustizia distributiva, il criterio del «merito» inteso come «valore personale» (*axia*) di soggetti giudicati in circostanze simili. Aristotele afferma che «l'uguaglianza può essere intesa in due sensi: può essere numerica o proporzionata al merito»⁶¹.

⁵⁷ Tale è l'interpretazione di Perelman che ricorda come «lo strato più elevato della società, che non ammette nulla al di sopra di sé, desidera che tutti i membri, eguali fra loro e superiori a tutti gli altri, siano trattati tutti allo stesso modo». (*La giustizia*, cit., p. 40)

⁵⁸ Si veda, ad esempio, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 5 e ss.

⁵⁹ Si noti, comunque, che l'uso assiologicamente positivo dell'eguaglianza come valore politico, è solo una delle diverse opzioni morali possibili: «l'uomo ama l'eguaglianza, ma ama anche la gerarchia, se si trova a essere sui gradini più alti». (N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. XIII)

⁶⁰ Il tema dell'importanza dell'ideale politico dell'eguaglianza è al centro del saggio di N. Bobbio, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Donzelli, Roma 1994, soprattutto pp. 119 e ss. A tale proposito si veda anche M. Revelli, *Sinistra e destra. L'identità smarrita*, Laterza, Roma-Bari 2007, soprattutto pp. 60 e ss.

⁶¹ Aristotele, *Politica*, 1301b.

Il criterio del «merito», poi, è stato contrapposto dai liberali a quello del «rango» fatto valere dai nobili nelle società d'*ancien régime*; in una delle sue lettere più famose, Thomas Jefferson afferma:

sono d'accordo con voi che esiste un'aristocrazia naturale fra gli uomini. Essa si basa sulle virtù e sui talenti. [...] Esiste anche un'aristocrazia artificiale fondata sulla ricchezza e sulla nascita, senza né virtù né talenti [...] Considero l'aristocrazia naturale come il dono più prezioso della natura per l'educazione, la cura e il governo della società.⁶²

In almeno una delle sue accezioni correnti, l'espressione «merito» implica una sorta di «giusta ricompensa» legata a specifiche «virtù» o qualità proprie dell'individuo meritevole: «è stata proprio una vittoria meritata!» Al di là dei problemi legati alla misurabilità del «merito»⁶³, questo criterio apre la possibilità di giudizi graduabili.⁶⁴ Insomma, il «merito» di soggetti giudicati con il medesimo metro in circostanze compatibili sarà collocato più in alto o più in basso in una scala indefinita.

È interessante, infine, notare, come la vaghezza del lemma «merito» dia adito a interpretazioni molto diverse fra loro; l'espressione derivata, «meritocrazia», è stata spesso usata, ad esempio, come elemento fondamentale dei discorsi politici, ma ciò anche per la teoria (si pensi solo al cosiddetto «argomento di

⁶² «I agree with you that is a natural aristocracy among men. The grounds of this virtue and talents. Formerly bodily powers gave place among the aristoi [...] There is also an artificial aristocracy founded on wealth and birth, without either virtue and talents [...] The natural aristocracy I consider as the most precious gift of nature for the instruction, the trusts, and government of society». (Th. Jefferson, *To John Adams*, October 28th 1813, in M. D. Peterson (eds.), *The Political Writings of Thomas Jefferson*, The University of North Carolina Press, 2002.

⁶³ Si veda F. E. Oppenheim, *Uguaglianza*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, cit., p. 1008.

⁶⁴ C. Perelmann, *La giustizia*, cit., p. 41.

Chamberlain»⁶⁵ proposto da Robert Nozick), che hanno accompagnato le modificazioni in senso neoliberalista degli ordinamenti giuridici e dei sistemi sociali dei paesi (non solo) occidentali. Già nei primissimi anni '80, Federico Caffè usava parole molto critiche: «l'esperienza universitaria fornisce un osservatorio angoscioso di questo passivo ripiegamento verso la meritocrazia fondata su posizioni iniziali privilegiate»⁶⁶.

Affine a quello del «merito» è il cosiddetto criterio delle «opere» (o del «lavoro») che viene spesso usato in relazione all'espressione «giusta retribuzione». Nel caso di due lavoratori che svolgono la stessa mansione, nello stesso orario di lavoro, avrà senso affermare che è giusto retribuirli con il medesimo salario, ma le questioni si complicano nel caso in cui ci si trovi a paragonare mansioni che richiedono gradi di preparazione e di competenza molto diversi fra loro.

Questo è uno dei motivi per cui il criterio delle «opere» viene confuso con quello del «merito».

Se da una parte la formula «a ciascuno secondo i suoi meriti» pretende l'universalità e dichiara di poter costituire una misura comune applicabile a tutti gli uomini, d'altra parte l'applicazione della formula «a ciascuno secondo le sue opere» ha di solito pretese più

⁶⁵ Per argomentare, nell'ambito della teoria dello «stato minimo», contro meccanismi redistributivi su base fiscale, Nozick porta l'esempio del giocatore di basket Wilt Chamberlain. Se i suoi ammiratori, infatti, sono disposti a pagare una quota delle proprie ricchezze per «ammirarne il talento», non è altrettanto sostenibile che essi siano disposti a finanziare, con gli stessi soldi, le «redistribuzioni» operate con le tasse di Chamberlain. Si veda R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974), tr. it. *Anarchia, stato e utopia*, Il Saggiatore, Milano 2000, pp. 174 e ss.

⁶⁶ F. Caffè, *Il governo fa l'ingenuo, l'opportunismo è di rigore*, «Il Manifesto», 1 agosto 1980, oggi in Id., *Scritti quotidiani*, Manifestolibri, Roma 2007, p. 29. Si veda anche Michael Young che nel racconto distopico del 1958 *L'avvento della meritocrazia 1870 – 2033* (*The Rise of the Meritocracy, 1870–2033: An Essay on Education and Equality* (1958), tr. it. Edizioni di Comunità, Milano 1962) mette in evidenza i rischi e le contraddizioni di un modello che prendesse sul serio l'espressione «governo del merito». Tale opera racconta di un futuro in cui l'attuazione perfetta dell'eguaglianza delle opportunità porta nella «classe dirigente» tutte le migliori menti della società. Essi dichiarano la classe subalterna (i lavoratori) inferiori, con il loro stesso consenso. Alcuni dei «migliori» pentiti guideranno, poi, le masse alla rivolta contro l'élite.

modeste e immediatamente utili. Si tratti di paragonare opere o conoscenze, quest'ultima formula della giustizia, una delle più usuali nella vita sociale, si limita, per mancanza di un criterio universale e per ragioni puramente pratiche, al paragone di opere e di conoscenze di una stessa specie.⁶⁷

A ciascuno secondo i bisogni

Se il criterio del «merito» è tradizionalmente riconosciuto come caposaldo delle teorie liberali, quello del «bisogno» richiama alla mente le dottrine socialiste. È Marx, nella *Critica al programma di Gotha*, a rivendicare come «giusto» il criterio «da ciascuno secondo le sue capacità, a ciascuno secondo i suoi bisogni»⁶⁸. Quella liberale, si dice infatti, è una dottrina dell'«eguaglianza dei punti partenza», mentre quella marxista dell'«eguaglianza dei punti arrivo». Nella prima, giusta è la società in cui tutti hanno eguali opportunità di far valere le proprie specifiche capacità⁶⁹; dall'eguaglianza di partenza si arriva alle diseguaglianze sociali, considerate funzionali allo sviluppo economico, sociale e culturale⁷⁰. Non è un caso, del resto, che il pensiero liberale nasca contemporaneamente all'economia politica classica. Comunque, anche l'espressione «eguaglianza delle opportunità» o «eguaglianza dei punti di partenza» può essere declinata in molti modi differenti. In *Una teoria della giustizia*, ad esempio, John Rawls parla di «equa eguaglianza delle opportunità» per cui (grazie al meccanismo del «velo di ignoranza» e ai «principi di giustizia») si

⁶⁷ C. Perelmann, *La giustizia*, cit., p. 45.

⁶⁸ Si veda K. Marx, *Kritik des Gothaer Programms* (1875), tr. it., *Critica al programma di Gotha*, Editori Riuniti, Roma 1990, p. 18.

⁶⁹ In realtà, molte dottrine liberali si limitano a disegnare una «società libera» senza preoccuparsi della questione dell'eguaglianza dei punti di partenza.

⁷⁰ Nei suoi primi saggi sull'eguaglianza (1981) Dworkin distingue fra trattare gli individui *as equal* e trattarli *equally* per argomentare circa l'insostenibilità delle tesi di chi ritiene che a tutti gli individui vadano distribuiti allo stesso modo beni e risorse. (R. Dworkin, *What is equal? Part 1: Equality of Welfare* (1981) e Id., *What is equal? Part 2: Equality of Resources* (1981), entrambi in Id., *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2002)

mitigherebbero gli effetti della cosiddetta «lotteria della natura». In altri termini, il problema di Rawls è quello dell'eguaglianza delle opportunità in opposizione alla casualità delle situazioni di partenza:

uno dei punti fissi dei nostri giudizi morali è che nessuno merita la sua posizione nella distribuzione delle doti naturali, più di quanto non meriti la sua posizione di partenza nella società.⁷¹

E, tornando al tema generale dell'«arbitrarietà», che qui coincide con la scontata evidenza che non vi sono «criteri» di alcun genere nella casualità:

L'ingiustizia più evidente del sistema della libertà naturale sta intuitivamente nel fatto che esso permette che le quote distributive siano eccessivamente influenzate da tali fattori così arbitrari da un punto di vista morale.⁷²

Nelle dottrine socialiste, invece, «giusto» è quell'ordinamento in cui le capacità determinano le diseguaglianze nei doveri («il lavoro va ripartito secondo le capacità») mentre i bisogni sono determinati per l'eguaglianza nelle condizioni di arrivo. Alla base di tale ragionamento sta l'assunzione valoriale che tutti gli uomini abbiano gli stessi bisogni primari; che, come affermava Babeuf, nessuno ha due bocche o due stomaci. «Mentre per la dottrina liberale», afferma Bobbio, «il criterio meno egualitario, il criterio della capacità, viene invocato per giustificare la diseguaglianza delle fortune, nella dottrina egualitaria lo stesso criterio viene

⁷¹ J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 262.

⁷² *Ivi*, p. 75. Per una discussione di tale questione si veda, ad esempio, il capitolo *Problemi di convergenza* in Th. Nagel, *Equality and Partiality* (1991), tr. it. *I paradossi dell'eguaglianza*, il Saggiatore, Milano 1993, pp. 97 e ss.; e il capitolo *Giustizia distributiva* in R. Nozick, *Anarchia, stato e utopia*, cit., pp. 164 e ss.

invocato per giustificare la disegualianza dei doveri che ciascuno ha di fronte alla società»⁷³. Criticando proprio la dottrina liberale, Marx afferma che:

questo diritto *uguale* è un diritto disuguale per lavoro disuguale. Esso non riconosce nessuna distinzione di classe, perché ognuno è soltanto operaio come tutti gli altri, ma riconosce tacitamente la ineguale attitudine individuale, e quindi capacità di rendimento, come privilegi naturali. *Esso è perciò, pel suo contenuto, un diritto alla disegualianza, come ogni diritto.*⁷⁴

A ciascuno secondo il rango

Quello del «rango» è stato senza dubbio il criterio di giustizia dominante in buona parte delle società premoderne rigidamente divise in classi, a loro volta disposte in ordine gerarchico. Secondo tali teorie aristocratiche della giustizia, ad ognuna di queste classi, il più delle volte determinate per nascita, spettano diritti diversi ma anche doveri diversi; come nota Perelman «il detto *noblesse oblige* è l'espressione di un'aristocrazia cosciente dei suoi doveri particolari»⁷⁵. Tornando all'esempio dei diritti fondamentali (la cui forma logica è l'«egualianza di tutti»⁷⁶ in qualcosa) e dei guerrieri della repubblica platonica («egualianza dei membri di una classe di individui in tutto»), sembra lecito affermare che solo il secondo è compatibile con il criterio del «rango».

⁷³ N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo*, cit., p. 253.

⁷⁴ K. Marx, *Critica al programma di Gotha*, cit., p. 16. Poco prima: «E dove rimane, allora, l'«egual diritto» di tutti i membri della società? Ma «tutti i membri della società» e «l'egual diritto» sono evidentemente solo modi di dire. Il nocciolo sta nel fatto che in questa società comunista, ogni operaio deve ricevere un lassaliano «reddito del lavoro» «integrale». (*Ivi*, p. 13)

⁷⁵ C. Perelman, *La giustizia*, cit., p. 48.

⁷⁶ È già stato fatto notare che il semplice ricorso al quantificatore universale è compatibile con classificazioni ampiamente disegualitarie. Guastini, ad esempio, afferma che: «il quantificatore universale non è sufficiente a distinguere un diritto da un privilegio, dal momento che anche un privilegio può essere ascritto ad una classe universale di soggetti, la quale tuttavia di fatto include – al limite – un solo membro». (R. Guastini, *Tre problemi di definizione*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 45)

Le discriminazioni legate al «rango» erano talmente radicate nelle società d'*ancien régime* che ancora Montesquieu affermava:

Esistono sempre, in uno stato, delle persone illustri per nascita, ricchezza od onori; se venissero confuse tra il popolo, e non avessero che una voce come quella degli altri, la libertà comune sarebbe la loro schiavitù, e non avrebbero alcun interesse a difenderla, perché la maggior parte delle risoluzioni sarebbero contro di loro. La parte che essi hanno nella legislazione deve dunque essere proporzionata agli altri vantaggi che essi godono nello Stato.⁷⁷

Anche in molti stati degli Stati Uniti, le discriminazioni di diritto, prima ancora che di fatto, rispetto alla popolazione afroamericana, sopravvissero molti decenni dopo l'abolizione della schiavitù⁷⁸ e l'introduzione, nel 1868, del XIV emendamento.⁷⁹ Sembra legittimo, poi, domandarsi se alcuni privilegi, come le diverse forme di immunità parlamentare, di cui godono ancora oggi alcune *élites*, non debbano considerarsi come diseguaglianze legate al rango.

⁷⁷ C. L. de S. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), tr. it. *Lo spirito delle leggi*, UTET, Torino 1952, vol. I, p. 281. Considerazioni simili si trovano a proposito del potere giudiziario: «Bisognerà poi che i giudici siano della stessa condizione dell'accusato, o i suoi pari, perché egli non possa sospettare di essere caduto nelle mani di persone inclini ad usargli violenza». (*Ivi*, p. 279)

⁷⁸ Sia pur in termini differenti rispetto alla più tradizionale distinzione fra patrizi e plebei, nobili e ignobili, anche quella tra schiavi e liberi sembra rientrare nella declinazione dell'eguaglianza secondo il rango. Lo stesso si può dire oggi delle differenze fra cittadini e stranieri immigrati; si tratta infatti di numeri sempre più rilevanti di individui che pur abitando in maniera stanziale in uno stato e sottostando alle sue leggi, sono privi di alcuni diritti fondamentali come quelli politici.

⁷⁹ «Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei *cittadini* degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà alcuna *persona* della vita, della libertà, o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale (*without due process of law*), né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi (*the equal protection of the laws*). [...]»

4. Le enunciazioni moderne del principio di eguaglianza

Fin qui la ricostruzione teorica non ha tenuto conto delle enunciazioni storiche, nel diritto positivo, del principio di eguaglianza. Nella storia degli ordinamenti giuridici dei moderni «stati di diritto», l'eguaglianza ha costituito un elemento assai rilevante.

Verrà ora presa in esame, a titolo di esempio, la formulazione di tale principio all'interno della Costituzione dell'Italia repubblicana, nata dopo l'esperienza della dittatura fascista, della seconda guerra mondiale e della lotta di liberazione partigiana.

Il principio di eguaglianza è enunciato, nella Costituzione italiana, all'articolo 3:

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

La giurisprudenza in materia è vastissima⁸⁰ ma sostanzialmente concorde su alcuni punti fondamentali, primo fra tutti il carattere ineliminabile di eguaglianza e

⁸⁰ Si vedano, tra gli altri, AA. VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladín*, Cedam, Padova 2002; AA. VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità degli ordinamenti giuridici. Atti del XIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Cedam, Padova 1999; A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1976; Id., *L'eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2005; C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana – Saggi*, CEDAM, Padova 1953; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova 2003; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti dell'eguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli 1999; L. Paladín, *Il principio di*

differenza nel diritto nel suo complesso, in virtù del fatto che «trattare allo stesso modo il malfattore e il galantuomo, il debitore e il creditore, ecc. sarebbe eliminare il diritto»⁸¹. Il meccanismo di equiparazione e differenziazione attraverso la costruzione delle fattispecie giuridiche sarebbe alla base dei concetti stessi di norma⁸² e di ordinamento⁸³.

Per la giurisprudenza costituzionale italiana la distinzione più generale, in materia di principio di eguaglianza è quella fra «eguaglianza formale» ed «eguaglianza sostanziale». La prima avrebbe a che fare con i principi enunciati dal primo comma dell'articolo 3, mentre il profilo sostanziale dell'eguaglianza sarebbe rintracciabile nel secondo comma.

A proposito dell'eguaglianza formale si parla, poi, di differenza fra profilo soggettivo e profilo oggettivo del principio di eguaglianza. Il profilo soggettivo rimanda all'eguaglianza di diritto (o eguaglianza *di* legge), che nella Costituzione viene affermata attraverso il riconoscimento della «pari dignità sociale»; si tratta della stessa rivendicazione contenuta in quei documenti che affermano che «tutti gli uomini nascono eguali»⁸⁴. Tale principio sancisce l'eguaglianza di tutti gli individui in qualcosa (e non solo di qualcuno in qualcosa), attraverso l'affermazione che gli uomini vanno «trattati da eguali rispetto a quelle qualità che secondo le diverse concezioni dell'uomo e della società costituiscono l'essenza dell'uomo, ovvero la natura umana distinta dalle natura degli altri esseri, come il

eguaglianza, Giuffrè, Milano 1965; C. Rossano, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 1966; G. Zagrebelsky, *Sul giudizio di uguaglianza e di giustizia. A proposito del contributo di Livio Paladin*, in «Quaderni costituzionali», a. XXII, n. 1, marzo 2002.

⁸¹ A. Cerri, *Eguaglianza (Principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1994. Si veda anche C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, cit., pp. 8 e ss.

⁸² Si veda ad esempio V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, *Introduzione al diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1970, pp. 7 e ss.

⁸³ L. Paladin, *Il principio di eguaglianza*, cit., pp. 3 e ss.

⁸⁴ Cfr. *infra*, pp. 183-184.

libero uso della ragione, la capacità giuridica, la libertà di possedere, la ‘dignità sociale’, o, più brevemente la ‘dignità’»⁸⁵. Da tale principio deriva quello dell’eguaglianza *di fronte alla legge*, se lo si interpreta, in uno dei suoi possibili significati, come garanzia di imparzialità da parte di chi giudica.

Il profilo oggettivo del principio d’eguaglianza ha, invece, a che fare con i contenuti della legge e non con la sua forma, con quella che, nel linguaggio della teoria, viene comunemente definita *égalité dans la loi*. È questo l’ambito in cui si trova il cosiddetto «nucleo forte dell’eguaglianza» e cioè il divieto di discriminazione relative a sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Tale elenco è da considerarsi come un «giudizio di rilevanza negativo», una lista di differenze irrilevanti rispetto a qualsiasi situazione: «una sorta di promemoria volto a segnalare quelli che sono stati in passato i più frequenti fattori in base ai quali sono state compiute discriminazioni. L’elenco di questi fattori rappresenta un monito, un’avvertenza per il legislatore, per il giudice della costituzionalità delle leggi e per chiunque altro a non ricadere negli errori del passato, ma non esprime una regola rigida che imponga o escluda qualunque altra differenziazione»⁸⁶.

Al di là delle distinzioni analitiche, l’interpretazione per lungo tempo più influente sia tra i giuristi sia nella giurisprudenza della Corte è stata quella del costituzionalista Carlo Esposito⁸⁷; essa è caratterizzata da due punti fondamentali: lo «stretto dettato» sulle leggi personali e il divieto di discriminazione. Secondo Esposito il principio di eguaglianza:

⁸⁵ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. 18.

⁸⁶ A. Pizzorusso, *Che cos’è l’eguaglianza*, Editori riuniti, Roma 1983, p. 47.

⁸⁷ Sul pensiero di Esposito si veda, da ultimo, F. Modugno, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, Giappichelli, Torino 2008.

- vieta tassativamente ogni norma di tipo personale, che manchi cioè di generalità e astrattezza⁸⁸;
- vieta tassativamente ogni norma che istituisca una disparità di trattamento secondo uno dei criteri espliciti (sesso, razza, lingua, religione opinioni politiche, condizioni sociali e personali).

Corollario immediato di questa posizione è l'impossibilità da parte della Corte, pena la violazione dell'Art. 101⁸⁹, di:

- interpretare in senso estensivo tale norma⁹⁰;
- immaginare ogni e qualsiasi norma di discriminazione positiva, atta a ristabilire l'eguaglianza di fatto.⁹¹

La Corte stessa, nella Sentenza 3/1957, si attesta su posizioni simili, affermando:

⁸⁸ Esposito naturalmente specifica che «Le leggi di delega, di autorizzazione o di approvazione previste dalla Costituzione (art. 76, 77, 79, 81) non sono leggi «personali» poiché esse non disciplinano o controllano il singolo cittadino, ma sono rivolte a organi, uffici, autorità cui è conferito attraverso delega il potere, o che vengano autorizzate, o i cui atti sono approvati». (C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, cit., p. 42)

⁸⁹ Secondo Esposito l'articolo 101 comma 2 della Costituzione («I giudici sono soggetti soltanto alla legge»), vieterebbe esplicitamente al giudice della legge qualsiasi ampliamento di interpretazione delle norme di rango costituzionale.

⁹⁰ La critica contro il rischio di «dispotismo dei giudici» è estesa anche ad altri sistemi giuridici. A proposito della Corte suprema degli Stati Uniti, ad esempio, Esposito si chiede se «la circostanza stessa che i giudici hanno sempre cercato di mascherare come controllo di legalità quello che era un controllo di merito, non prova che i giudici si trasformano in legislatori (e in legislatori incontrollabili) quando si arbitrano di sindacare il merito delle leggi?». (C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, cit., p. 12, nota 24)

⁹¹ Esposito si spinse a dubitare della costituzionalità delle leggi di risarcimento alla popolazione di origine ebraica che fu perseguitata durante il regime fascista, perché relativo a un singolo gruppo, per di più individuato su base etnica.

Questo principio non va inteso nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale. Ma lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da regolare non può non essere riservata alla discrezionalità del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma del citato art. 3.⁹²

Risulta evidente nel testo della sentenza, come del resto anche nelle parole di Esposito (i giudici che si «arbitrano di sindacare il merito delle leggi»), che il giudizio di «rilevanza» (fatti salvi i criteri espliciti di sesso, razza...) si fa coincidere, sempre e comunque, con un giudizio di valore che, in quanto tale, rientra nella sfera della «discrezionalità» del legislatore.⁹³

L'evoluzione dell'interpretazione del principio di eguaglianza è andata nella direzione di un progressivo allontanamento dai presupposti sostenuti da Esposito. Allo stesso tempo, nella giurisprudenza della Corte, si è assistito al consolidamento dell'uso del criterio di «ragionevolezza» come strumento essenziale per la difesa del principio di eguaglianza⁹⁴. Tale criterio rimanda alla

⁹² Commentando la sentenza 53/1958, Esposito sosteneva che «la valutazione delle diverse situazioni è riservata al potere discrezionale del legislatore e sottratta perciò al giudizio di legittimità costituzionale. Ma è anche vero che non si contraddice a queste affermazioni, né si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio d'eguaglianza è violato, quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse». (C. Esposito, *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, in «Giurisprudenza costituzionale» Anno III, n. 3-4, 1958, p. 610.)

⁹³ Per una critica a tale posizione cfr. *infra*, pp. 221 e ss.

⁹⁴ Si vedano: L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, I, Giuffrè Milano 1997; J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino 1997, pp. 341-362; M. Jori, *Razionalità e ragionevolezza del diritto*, in «Sociologia del diritto», 2, 1975; AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi a Roma nel Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano 1994; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001; M. La Torre, A. Spadaro (a

possibilità per il giudice della legge di vagliare le ragioni alla base di una determinata disparità di trattamento; l'analisi di ciò che i giuristi definiscono la *ratio legis*⁹⁵ di un determinato provvedimento indaga «sul fatto che quella distinzione sia fondata su elementi obiettivi, rilevanti, giustificabili»⁹⁶. Tale procedimento però «non è né univoco né certo»⁹⁷ e costituisce un ampliamento (potenzialmente infinito?) del «potere discrezionale» del giudice costituzionale che finisce per far valere nell'argomentazione considerazioni circa ragioni, motivi e scopi condivisi dai cittadini in un determinato momento storico, suscitando un dubbio sul rispetto delle garanzie della certezza del diritto e della separazione giuspositivista fra diritto e morale. Le istanze politiche, la cui valutazione dovrebbe essere prerogativa del parlamento, finiscono per influenzare le decisioni delle corti. La punizione del solo adulterio femminile, ad esempio, non fu ritenuta discriminatoria da una sentenza della Corte costituzionale del 1961⁹⁸, mentre, in

cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino 2002; G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè Milano 2000; L. D'Andrea, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000; AA. VV., *Ragionevolezza e interpretazione*. «Ars Interpretandi», 2002; A. Ruggeri, *Il «diritto ragionevole» e la teoria della Costituzione*, in Id., *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti. VII. Studi dell'anno 2003*, Giappichelli, Torino 2004; S. Pajno, G. Verde (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto. Atti del seminario di Palermo dell'11 febbraio 2002*, Giappichelli, Torino 2004; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007; G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano 2006.

⁹⁵ L'elaborazione e l'uso di tale concetto sono quanto mai controversi; per una ricostruzione analitica si veda A. Moscarini, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Giappichelli, Torino 1996.

⁹⁶ M. Dogliani, *Articolo 3. Il principio di eguaglianza*, in Neppi Madonna (a cura di), *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano 1995, p. 15.

⁹⁷ *Ibidem*. Riguardo ai giudizi di ragionevolezza, Robert Alexy afferma che «gli argomenti che ne fanno uso senza indicare dei criteri relativi alla ragionevolezza, sono in verità dei sofismi. L'argomento: «Questa legge è costituzionale perché ragionevole» è vuoto e, quindi, cattivo quanto l'altro che asserisce: «Questa palla è rossa perché è vero che è così». Ne consegue che un uso ragionevole del concetto di ragionevolezza è possibile solamente se si indicano dei criteri per la ragionevolezza». (R. Alexy, *Ragionevolezza nel Diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., p. 152)

⁹⁸ 64/1961. In tale sentenza, la Corte giunge alla conclusione che «la norma impugnata, dal punto di vista della sua legittimità costituzionale, nulla presenta nel suo contenuto e nelle sue finalità che possa qualificarla come violazione del principio di eguaglianza. Con tale norma non è stata creata a

un clima politico profondamente mutato, fu dichiarata incostituzionale nel '68⁹⁹. Un caso altrettanto interessante si trova nella disciplina che regolava le politiche razziali in alcuni stati americani: nel 1896, con la sentenza *Plessy v. Ferguson*¹⁰⁰, la Corte suprema sancì il cosiddetto principio del *separate but equal* che legittimava la segregazione razziale in molti stati del Sud. Tale dottrina rimase in piedi fino alla storica sentenza *Brown v. Board of Education*¹⁰¹ (1954) in cui la Corte, presieduta dal giudice Warren, dichiarò incostituzionale ogni forma di segregazione, aprendo di fatto la strada alle rivendicazioni del movimento per i diritti civili.

Le osservazioni di tali casi hanno spesso legittimato le posizioni di chi ritiene che il compito dei giudici sia quello di ristabilire una qualche forma di *veritas* legata alla «matura» coscienza di un popolo.¹⁰² A tale proposito Riccardo Guastini una volta ebbe a dire:

La tesi che il diritto nasca non dai legislatori, ma dai «costumi», dalla «coscienza sociale», dalle «dinamiche» della società, e simili – a meno di circoscrivere inopinatamente la nozione di diritto alle sole norme consuetudinarie – non solo è storicamente falsa, ma è anche simpaticamente reazionaria. Implica, tanto per dire, che il Code Napoléon, pur avendo fatto tabula rasa dei rapporti feudali, sia maturato proprio nei costumi della società

carico della moglie alcuna posizione di inferiorità, ma soltanto è stato preso atto di una situazione diversa, adattandovi una diversa disciplina giuridica. Che poi tale disciplina soddisfi ogni esigenza e sia mezzo idoneo e sufficiente per le finalità prese in considerazione, è questione di politica legislativa, non di legittimità costituzionale».

⁹⁹ 126/1968. In questa si legge che «la Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del Codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità».

¹⁰⁰ 163 U.S. 537. La pronuncia della Corte riguarda il caso di un cittadino afroamericano della Louisiana che fu arrestato per aver preso posto in uno scompartimento ferroviario riservato ai bianchi e essersi rifiutato, come atto di disobbedienza, di spostarsi a seguito dell'intervento della forza pubblica.

¹⁰¹ 347 U.S. 483. La decisione della Corte riguardava la *class action* di un gruppo di genitori afroamericani della città di Topeka in Kansas che rivendicava il diritto di scegliere per i propri figli la scuola elementare più vicina a casa.

¹⁰² Si veda, da ultimo, il volume di G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008.

feudale. E questo è il suo lato storicamente falso. Ma implica anche che nessuna riforma del diritto vigente sia mai possibile (o legittima) fino a che la necessità della riforma stessa non si sia manifestata nei costumi e/o nella coscienza sociale. E questo è il suo lato reazionario.¹⁰³

Di qui in avanti si prenderanno in esame i vari significati assunti storicamente dal principio di eguaglianza.

L'eguaglianze di fronte alla legge

Al di là delle più diverse interpretazioni possibili del principio di eguaglianza, nel testo dell'articolo 3 è inequivocabile il riferimento all'eguaglianza *di fronte alla legge* (*égalité devant la loi*) come precetto di «imparzialità» per il giudice che applica la legge. Ciò ha, evidentemente, a che fare con l'ideale del governo *per leges*, come esigenza di un ordinamento composto prevalentemente di norme generali e astratte.¹⁰⁴ Le garanzie dell'eguaglianza formale e della certezza del diritto derivanti dal carattere generale e astratto delle norme¹⁰⁵ sono efficaci, però, solo a fronte dell'imparzialità nell'applicazione della legge. Secondo Letizia Gianformaggio l'ideale dell'eguaglianza *di fronte alla legge* corrisponde a una «concezione del diritto come ordinamento, cioè come sistema unitario, completo e logicamente coerente, dalle cui norme generali è doveroso, e prima ancora possibile, dedurre in maniera logicamente corretta giudizi giuridici particolari»¹⁰⁶. L'ideale del governo *per leges* viene così a sovrapporsi, almeno in parte, con quello

¹⁰³ R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2/2007, p. 1374.

¹⁰⁴ Si veda G. Marshall, *Notes on the Rule of Equal Law*, in J. R. Pennock and J. W. Chapman (eds.), *Nomos IX: Equality*, 1967, p. 268.

¹⁰⁵ Cfr. *infra*, pp. 120 e ss.

¹⁰⁶ L. Gianformaggio, *Valori giuridici fondamentali: eguaglianza, tolleranza, identità*, cit., p. 98.

dell'eguaglianza *di fronte alla legge*, come precetti reciprocamente necessari, l'uno rivolto al legislatore, l'altro al giudice.

L'eguaglianza di legge

Se si passa ad analizzare l'eguaglianza *di fronte alla legge* come un precetto indirizzato al legislatore, oltre che al giudice, si comprende meglio la genesi storica di un principio che si afferma in polemica con il sistema giuridico tipico della società per ceti dell'*ancien régime*.

Le costituzioni che nascono dalla rivoluzione francese, così come il codice civile napoleonico del 1804, sanciscono la definitiva rottura con la tradizione giuridica precedente attraverso il superamento del «particolarismo giuridico», e istaurano un diritto comune a tutti i francesi. Tutti gli individui devono sottostare alla medesima legge, oltre che essere giudicati dagli stessi tribunali. Lo «stato di diritto», nato dalle rivoluzioni liberali, non può tollerare leggi o tribunali di ceto, di corporazione, ecc. Nel *Code Napoléon* scompaiono le figure del nobile, del prelado e del lavoratore, protagonisti di quella che Dumézil ha definito l'«ideologia trifunzionale indoeuropea»¹⁰⁷. I presupposti teorici di tale svolta giuridica, e prima ancora politica, si ritrovano, quasi letteralmente, nelle teorie liberali alla base dell'elaborazione del modello dello «stato di diritto» e del «potere limitato». Nel *Secondo trattato sul governo*, Locke afferma che:

¹⁰⁷ Si veda G. Dumézil, *Mythe et épopée. L'idéologie des trois fonctions dans les épopées des peuples indo-européens* (1968), tr. it. *Mito e epopea. La terra alleviata. L'ideologia delle tre funzioni nelle epopee dei popoli indoeuropei*, Einaudi, Torino 1982. Il modello di divisione sociale trifunzionale, in *oratores, bellatores e laboratores*, sarebbe riscontrabile in molte delle società arcaiche indoeuropee, fino, almeno, al medioevo. A proposito si veda G. Duby, *Les Trois Ordres ou l'imaginaire du féodalisme* (1978), tr. it. *Lo specchio del feudalesimo. Sacerdoti, guerrieri e lavoratori*, Laterza, Roma-Bari 1980. A proposito si veda anche M. Bovero, *Hegel e i confini della modernità*, in G. M. Chiodi, G. Marini, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Hegel*, FrancoAngeli, Torino 2003, p. 64, soprattutto nota 4.

Questi sono i limiti che la fiducia in esso posta dalla società e dalla legge di Dio e dalla natura, ha fissato al potere legislativo di ogni società politica in ogni forma di governo.

In primo luogo, esso deve governare secondo leggi stabilite e promulgate, che non abbiano a variare nei casi particolari, ma seguano una sola regola per i ricchi e per i poveri, per il favorito della corte e per il contadino al campo.¹⁰⁸

La forma più neutra (e meno egualitaria) di questo «eguale diritto» è l'eguaglianza *giuridica*, intesa, solitamente, come eguale riconoscimento a tutte le persone della capacità giuridica; il significato che invece si ricava dal dettato costituzionale italiano, così come in tutte le cosiddette «costituzioni del costituzionalismo», è quella dell'eguaglianza *nei diritti*, e cioè l'eguale attribuzione a tutti gli individui di alcuni diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti.¹⁰⁹ Luigi Ferrajoli descrive il rapporto fra principio di eguaglianza e diritti fondamentali in questo modo:

Tra uguaglianza giuridica e diritti fondamentali esiste un nesso biunivoco: non solo l'uguaglianza è tale in quanto costitutiva dei diritti fondamentali, ma anche i diritti fondamentali sono tali in quanto sono costitutivi dell'uguaglianza.¹¹⁰

Secondo la classificazione dei problemi di eguaglianza proposta da Ferrajoli, il modello che si evince dalle formulazioni positive delle costituzioni moderne è quello dell'«eguale valorizzazione giuridica delle differenze»¹¹¹.

¹⁰⁸ J. Locke, *Second Tract of Government* (1689), tr. it. *Secondo trattato sul governo*, XII, 142, in Id. *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, UTET, Torino 1982, p. 335.

¹⁰⁹ Si veda N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., pp. 22-24. A tale proposito si veda T. Mazzarese, *Principio d'eguaglianza e diritti fondamentali: una (ri)lettura dell'articolo 3 della costituzione*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, cit., pp. 329-360.

¹¹⁰ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 950.

¹¹¹ L. Ferrajoli, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in «Democrazia e diritto», 1993, n. 2, p. 50. Si tratta di un modello «basato sul principio normativo di eguaglianza nei diritti fondamentali –

L'introduzione, nel diritto positivo, del riferimento alla «pari dignità», allora, non è solo la riaffermazione della versione giustiniana di un diritto unico e certo, dell'ideale del «governo della legge» così come difeso già da Aristotele; si tratta piuttosto della garanzia connessa all'introduzione del modello del «governo *sub iuribus*»¹¹².

Insito nell'introduzione del principio di eguaglianza negli ordinamenti positivi c'è la svolta individualista della modernità politica che rinnega la concezione premoderna della società «ben ordinata» in cui ognuno assumeva oneri e onori in relazione al gruppo sociale di appartenenza. L'ideale moderno del «governo della legge», che altro non è che lo «stato di diritto», non si basa più sulla sola richiesta che il potere si esprima in maniera generale e imparziale, ma richiede anche che il diritto sia la legge di tutti «gli uomini [che] nascono e [perciò] rimangono liberi e uguali nei diritti».

La formulazione più antica che rientra nel novero delle possibili declinazione dell'espressione «eguaglianza di legge» (che ne è il calco pressoché letterale) è l'ideale greco dell'*isonomia*, spesso inteso come condizione della democrazia degli antichi. I cittadini ateniesi, infatti, erano eguali tanto nel diritto di voto, quanto nella libertà di parlare nell'assemblea (*isegoria*)¹¹³ e nella possibilità di essere eletti alle cariche pubbliche (*isotimia*). Da questo punto di vista, la democrazia moderna non sembra molto diversa da quella antica¹¹⁴; la condizione (necessaria) della pari

politici, civili, di libertà e sociali – e al tempo stesso di un sistema di garanzie capaci di assicurarne l'effettività». (*Ivi*, p. 51)

¹¹² Cfr. *infra*, pp. 159 e ss.

¹¹³ Bovero nota che «il significato democratico di *isegoria*, non sta nell'essere una libertà, ma come risulta evidentemente dalla costruzione del termine con il prefisso iso-, nell'essere un'eguaglianza». (M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 9)

¹¹⁴ Si vedano M. I. Finley, *Democracy Ancient and Modern* (1973), tr. it. *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Laterza, Roma-Bari 1973 e N. Bobbio, *La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)* (1987), in Id., *Teoria generale della politica*, cit. Per un'interpretazione che

dignità sociale svolge la medesima funzione dell'ideale dell'*isonomia* così come descritta da Erodoto nel libro III delle *Storie*:

Invece il governo del popolo porta, anzitutto, il più bello dei nomi, *isonomia*, e poi nulla fa di ciò che fa il monarca: a sorte si esercitano le cariche pubbliche, i magistrati sono tenuti a rendere conto dell'esercizio del potere, ogni decisione è sottoposta al voto popolare. Propongo dunque che noi rifiutiamo la monarchia, per elevare al potere il popolo: tutto è possibile ai più.¹¹⁵

L'eguaglianza nella legge

Esiste un altro significato per cui il principio di eguaglianza *di fronte alla legge* può essere interpretato come un precetto indirizzato al legislatore: l'enunciazione del «divieto di discriminazione» sembra indicare questa direzione. In tal caso si può parlare di eguaglianza *nella legge* (*égalité dans la loi*)¹¹⁶. In tal caso, il principio d'eguaglianza si configura come un vero e proprio vincolo di «non arbitrarietà» nella costruzione delle categorie di eguali. L'esplicitazione di tale principio in costituzione ha risvolti anche per quanto riguarda i «giudici della legge». Quando il legislatore afferma che le differenze di fatto fra due soggetti (o categorie di soggetti) sono rilevanti al fine di un diverso trattamento giuridico di essi, il giudice costituzionale può chiedersi se tale discriminazione sia giustificata o meno.

Comanducci nota che:

mette in luce le differenze, ben più delle somiglianze, fra i concetti antico e moderno di democrazia si veda G. Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, Chatam House Publisher, Chatam (N.J.) 1987, pp. 278 e ss.

¹¹⁵ Erodoto, *Storie*, III, 80. A tale proposito si vedano J. P. Vernant, *Mythe et pensée chez les Grecs. Etudes de psychologie historique* (1965), tr. it. *Mito e pensiero presso i greci*, Einaudi, Torino 1978, pp. 219 e sg e M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, cit., pp. 7-25.

¹¹⁶ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. 20.

Data la positivizzazione del principio (o meglio: dei principi) di uguaglianza nelle costituzioni di tutti i paesi civili, e in genere nei rispettivi sistemi giuridici, a questo livello non si pone il quesito: «perché uguaglianza?». Non dobbiamo cioè giustificare l'uguaglianza, ma applicarla (nelle leggi, nell'azione di governo, nella contrattazione, e così via); giustificate devono essere invece le deviazioni dall'eguaglianza.¹¹⁷

La presenza, nel diritto positivo, del principio di eguaglianza è forse, assieme ai diritti fondamentali, l'innovazione maggiore in materia di limiti al potere legislativo introdotto dalle forme storiche dello «stato costituzionale di diritto»¹¹⁸. Secondo la definizione ferrajoliana di vincoli sostanziali alla produzione di norme, la costruzione delle categorie di eguali cessa di rientrare completamente nell'ambito della «discrezionalità» del potere legislativo. Nel caso in cui, ad esempio, il legislatore introducesse nell'ordinamento italiano una norma che prevedesse disparità di trattamento fra uomini e donne nell'accesso al mondo del lavoro e il giudice della legge non fosse in grado di riscontare nessun'altra *ratio* all'infuori, ad esempio, di precetti biblici, una questione di tradizionale rilevanza politica si risolverebbe in un problema di legittimità costituzionale.

Da un lato si può argomentare che tale svolta introduce nuove garanzie per i governati contro i governanti; esse consisterebbero in una sorta di obbligo implicito di giustificazione delle diseguaglianze a carico del legislatore. Mentre per obbligo di motivazione si intende comunemente l'onere a carico del giudice di produrre e depositare le motivazioni delle sentenze così come previsto dall'art.

¹¹⁷ P. Comanducci, *Uguaglianza: una proposta neo-illuminista*, in «Analisi e diritto», 1992, p. 86.

¹¹⁸ Il concetto puramente formale di costituzione come norma fondamentale, tradizionalmente proposto dai pensatori giuspositivisti, non prevede come condizione necessaria la presenza in essa di un qualche principio di eguaglianza (soprattutto *nella* legge). Sta di fatto, poi, che analizzando la tradizione del costituzionalismo moderno si riscontra una tendenza alla positivizzazione dell'eguaglianza come vincolo al potere giudiziario prima e a quello legislativo poi.

111, comma 6 della Costituzione¹¹⁹, con l'espressione generica «obbligo di giustificazione» qui si intende la sindacabilità delle possibili «ragioni» a sostegno di una distinzione giuridica.¹²⁰

D'altro canto, alcuni interpreti paventano il rischio, tante volte evocato in letteratura, della cosiddetta «tirannia dei giudici» e della preoccupante sottrazione di potere ai rappresentanti del popolo; essi fanno riferimento, ad esempio, all'ampliamento degli strumenti a disposizione delle Corti in tale campo.

Del resto, tanto *Plessy v. Ferguson* quanto *Brown v. Board of Education* sono sentenze «legittime» della Corte suprema americana; quello che si può notare a proposito, al fianco delle fondate perplessità di chi ritiene che le decisioni di questo genere siano di natura squisitamente politica, è che l'espressione «discriminazioni arbitrarie», come quelle differenziazioni giuridiche la cui *ratio* non risiede in altro che nella sola volontà del legislatore, non sia più usata nel solo linguaggio delle rivendicazioni politiche ma sia, ormai a pieno titolo, parte del diritto positivo.

L'eguaglianza attraverso la legge

Nella relazione preliminare della prima sottocommissione dell'Assemblea costituente, redatta da Lelio Basso, si legge:

Nessuna prestazione o servizio dello Stato può determinare situazioni di ingiustificato privilegio di fatto a beneficio di singoli o di categorie di cittadini.

¹¹⁹ «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

¹²⁰ Ben più controversa è la posizione di chi sostiene che il giudizio di «ragionevolezza» possa essere esteso all'indagine delle motivazioni di ogni e qualunque provvedimento ordinario e non quindi alle sole norme che introducono disparità di trattamento. Tra i giuristi c'è chi si è spinto ad affermare che la «ragionevolezza» sarebbe un «termine evocativo della tessitura logica (non deduttiva) e della natura politica del sindacato di legittimità *tout court*». (G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 23)

Con questa norma si contribuisce all'attuazione dell'uguaglianza nella Repubblica. È necessario perciò che, come le prestazioni dei cittadini allo Stato sono improntate all'uguaglianza e all'uguale sacrificio contributivo, così le prestazioni e i servizi dello Stato non abbiano a creare situazioni di privilegio a favore di singoli o di gruppi di beneficiari. La norma evidentemente non esclude provvedimenti particolari che siano ispirati da particolari necessità cui urga provvedere, ma tende ad evitare che dallo Stato si vengano a creare situazioni di favore destituite di ogni legittima giustificazione, e quindi situazioni di disuguaglianza sostanziale.¹²¹

Tale proposta sarebbe poi servita da bozza per la stesura del secondo comma dell'articolo 3; ad esso la giurisprudenza si riferisce come «principio di eguaglianza sostanziale». Si tratta della possibilità di introdurre discipline differenziate che garantiscano la promozione di gruppi economicamente e socialmente svantaggiati. Alla base di tale disposizione sta l'opinione per cui le disuguaglianze di fatto di interi gruppi sociali (classi di individui) non sono sanabili con la sola garanzia dell'eguaglianza formale. Uno stato che riconosca, nella sua legge fondamentale, l'eguaglianza come un fine¹²², ha, tra le sue funzioni, quella di rimuovere le sperequazioni *attraverso* la legge. A ciò è legato il concetto di «redistribuzione»¹²³, anch'esso problematico in quanto rimanda tanto a forme classiche come la tassazione progressiva o le imposte di successione (fondamentale strumento

¹²¹ Si veda, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati – Segretariato generale, Roma 1971, vol. IV, pp. 699 e ss.

¹²² N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., p. 40. Inutile negare che l'inarrestabile tendenza dei moderni verso l'eguaglianza di cui parola Tocqueville sembra essersi arrestata ormai da tempo, anche (soprattutto?) nelle più avanzate fra le democrazie occidentali. Altrettanto evidente è che tale percorso politico (di reazione) è stato spesso seguito in patente violazione delle regole di convivenza sancite dalle costituzioni, pur mantenendo una legalità di facciata. Si vedano, fra gli altri, M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, cit., soprattutto la parte terza, e, da ultimo, S. Wolin, *Democracy Incorporated*, Princeton University Press, Princeton (NJ) 2008.

¹²³ Per quanto riguarda l'attualità del tema della redistribuzione, anche su scala sovranazionale, si veda N. Fraser, *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation*, in N. Fraser, H. Honneth, *Redistribution or recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, London 2003.

liberale per la cosiddetta «eguaglianza di partenza») quanto agli effetti redistributivi dei diritti sociali.¹²⁴

La questione dei diritti sociali risulta qui centrale; essi vengono tradizionalmente citati a proposito dell'eguaglianza sostanziale, essendo diritti a prestazioni. Essi infatti necessitano di un'azione positiva dello stato: «Ognuno capisce facilmente la differenza tra “non ostacolare” e “rimuovere gli ostacoli”»¹²⁵. Per garantire la libertà basta «non ostacolare», per promuovere l'eguaglianza è necessario «rimuovere gli ostacoli». Eppure i rapporti fra eguaglianza e libertà sono ben più complessi. Le rivendicazioni liberali, tradizionalmente ispirate alla libertà negativa di stampo lockeano (ma ben prima di Locke affermata nei documenti che propugnavano le «libertà degli inglesi»), avevano come scopo primario l'eliminazione dei privilegi feudali: attraverso la richiesta di eguale libertà di tutti i cittadini si rivendicava, allora, maggiore libertà o maggiore eguaglianza? Discorsi simili si possono fare relativamente alle richieste di diritti sociali da parte dei movimenti socialisti i quali ritengono che nessuna libertà (negativa ma anche positiva, si pensi ai diritti politici) può essere esercitata senza la garanzia di condizioni minime di sussistenza. In uno scritto del 1946 Calamandrei parlava dei diritti sociali come veri e propri diritti di libertà in quanto essi «costituiscono la

¹²⁴ Nel saggio *Il costo dei diritti*, Stephen Holmes e Cass Sunstein sostengono che tutti i diritti costituzionalmente garantiti, e non solo quelli sociali, hanno effetti redistributivi, in ragione nella necessità di impegnare denaro pubblico per la loro attuazione: «Se sia il diritto alla libertà di parola sia il diritto di voto comportano spese pubbliche, se entrambi presuppongono scelte di carattere redistributivo e sono beni relativi piuttosto che assoluti, è probabile che lo stesso sia vero anche per gli altri diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico» (S. Holmes, C. Sunstein, *The Cost of Rights* (1999), tr. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino, Bologna 2000, p. 121). Si noti che per «carattere relativo» dei diritti si intende la tesi discutibile che «nulla che abbia un costo può avere valore assoluto: nessun diritto la cui tutela presuppone una spesa necessariamente selettiva, del denaro dei contribuenti può quindi, in ultima analisi, essere protetto in maniera unilaterale dal potere giudiziario, senza tener conto delle conseguenze finanziarie, delle quali sono gli organi dello stato a portare primaria responsabilità». (Ivi, p. 101)

¹²⁵ N. Bobbio, *Sui diritti sociali* (1996), in Id., *Teoria generale della politica*, cit., p. 465.

premessa indispensabile per assicurare a tutti i cittadini il godimento effettivo delle libertà politiche»¹²⁶.

Non è questo il luogo per affrontare il problema del rapporto fra eguaglianza e libertà¹²⁷; risulta però evidente che l'introduzione, in gran parte delle costituzioni del dopoguerra, del riferimento all'eguaglianza sostanziale rende impossibili le interpretazioni restrittive del principio di eguaglianza come quelle sancite dalla Corte suprema degli Stati Uniti per il lungo periodo definito *Lochner era*. Tale periodo, che va dalla sentenza *Lochner vs. New York*¹²⁸ (1905) fino al *New deal*, è caratterizzato dal pressoché totale divieto di intervento dello stato, sanzionato dalla Corte suprema, nell'ambito delle libertà economiche.¹²⁹

C'è poi un altro senso in cui ci si riferisce all'eguaglianza *attraverso la legge*: le cosiddette *affirmative action* intese come politiche che introducono temporaneamente discriminazioni di diritto al fine di eliminare discriminazioni di fatto¹³⁰, in altre parole, le «azioni positive», o «discriminazioni alla rovescia», consistono «in misure e provvedimenti a primo aspetto discriminatori, ma

¹²⁶ P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, Introduzione alla seconda edizione di F. Ruffini, *Diritti di libertà*, La Nuova Italia, Firenze 1975, p. XXXVIII.

¹²⁷ Si veda N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, cit., pp. 3 e ss.

¹²⁸ La Corte giudicò fondato il ricorso del proprietario di una panetteria di Utica che ricevette due multe per aver fatto lavorare troppo un proprio impiegato. Una legge dello Stato di New York, il *Bakeshop Act* (1897), infatti, fissava dei limiti al numero di ore giornaliero che un panettiere poteva lavorare a salvaguardia della sua salute. Joseph Lochner sosteneva l'incostituzionalità di tale legge perché in contrasto con la libertà d'impresa economica.

¹²⁹ A tale proposito di veda, ad esempio, C. Sunstein, *Lochner's Legacy*, in «Columbia Law Review», vol. 87, n. 5, pp. 873-919.

¹³⁰ La letteratura in materia è sterminata; si vedano, a titolo di esempio, M. Rosenfeld, *Affirmative action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven 1991, M. Ains, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, pp. 582-608 e L. Gianformaggio, *Politica della differenza e principio di eguaglianza: sono veramente incompatibili?*, in Id., *Filosofia e critica del diritto*, cit.

tendenti a stabilire parità ed equilibri impediti o alterati da precedenti discriminazioni giuridiche o sociali»¹³¹.

Un caso di scuola¹³² in materia di discriminazioni positive è quello dei posti riservati a determinate categorie nell'istruzione di (cosiddetta) eccellenza. L'accesso in tali strutture è normalmente garantito a chi supera una determinata prova preselettiva, attraverso la valutazione del merito e dalla motivazione, riconoscendo qualsiasi altra caratteristica come irrilevante (ad esempio sesso, etnia o provenienza geografica). Tale ragionamento, però, non prende in considerazione una serie di diseguaglianze reali, che poco hanno a che fare con il merito. A tali scuole, infatti, accedono prevalentemente coloro che hanno alle spalle un determinato *curriculum* formativo che prevede la frequenza di scuole prestigiose spesso situate nel centro delle grandi città e, per tanto, riservate ai residenti di quei quartieri; si tratta normalmente delle famiglie più agiate. Senza alcuna attenzione all'«eguaglianza delle opportunità», a chi nasce e si forma nelle periferie o nelle campagne – i più poveri o i figli di immigrati – non vengono forniti gli strumenti necessari a superare le selezioni. Una discriminazione positiva consiste nel concedere, a parte di essi, una «corsia preferenziale» al fine riequilibrare le differenze di partenza. Il senso dell'espressione «discriminazione positiva» consiste proprio nella constatazione che se la situazione fosse invertita, tali «canali privilegiati» sarebbero considerati classisti quando non apertamente razzisti.

¹³¹ U. Scarpelli, *Classi logiche e discriminazione dei sessi*, in «Lavoro e diritto» 1988, p. 615. Tale articolo commenta la sentenza della Corte suprema americana *Johnson v. Transportation agency of Santa Clara County* (cfr. *infra*, nota 136). Si noti che Scarpelli segue un ragionamento teorico, basato su presupposti di stretta osservanza liberale, e non tiene conto di come il caso estremo da lui paventato sia esplicitamente scongiurato nelle argomentazioni della sentenza commentata, come mostra molto bene M. V. Ballestrero, *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Un breve resoconto della sentenza*, in «Lavoro e diritto» 1988, pp. 56 e 57.

¹³² È, ad esempio, il caso delle *Zone d'Education Prioritaire* (ZEP) in Francia.

All'obiezione di chi si domanda se queste siano soluzioni efficaci ai problemi delle disparità di fatto (anche all'interno di uno stesso sistema di istruzione nazionale, fra diverse regioni e fra i centri urbani e la periferia), la risposta di solito consiste nel ribadire il carattere temporaneo di tali strumenti. A ciò si aggiunga che le *affirmative action* vengono, talvolta, criticate dai soggetti stessi cui sono destinate; essi lamentano il fatto che tali iniziative minerebbero la credibilità sociale tanto faticosamente guadagnata.

Molti altri sono i problemi connessi a tali pratiche. Scarpelli, ad esempio, provocatoriamente afferma: «personalmente, lo confesso, sono abbastanza egoista da voler essere operato, quando debba essere operato, dal chirurgo migliore, uomo o donna che sia: non mi sarebbe di nessuna consolazione uscir male dalla sala operatoria, sapendo che una donna meno capace, o un uomo meno capace, sono stati portati a quel posto da un nobile principio di giustizia»¹³³.

La giurisprudenza americana si è occupata di questi temi almeno dal *Civil Rights Act*¹³⁴ del '64, seguito da importanti pronunce della Corte suprema come *United Steelworkers of America v. Weber*¹³⁵ (1979) e *Johnson v. Transportation agency of Santa Clara County*¹³⁶ (1987). Quest'ultima riassume le posizioni pro e contro le *affirmative action* se si confrontano l'opinione di maggioranza redatta dal William J. Brennan e il *dissent* di Anthony Scalia.

¹³³ U.Scarpelli, *Classi logiche e discriminazione dei sessi*, cit., p. 622.

¹³⁴ Tale legge, voluta da Kennedy e approvata durante l'amministrazione Johnson, dichiara illegittima ogni forma di segregazione razziale e prevede, tra l'altro, al titolo VII, il divieto di discriminazione in materia di assunzione e licenziamento sulla base di «razza, colore, religione, sesso, origine nazionale». (Pub.L. 88-352, 78 Stat. 241, July 2, 1964)

¹³⁵ La sentenza respinge il ricorso di un lavoratore bianco (Mr. Weber) che riteneva di essere stato estromesso ingiustamente da un corso di specializzazione professionale il cui accesso era regolato da un piano di azioni positive teso a promuovere il lavoro professionalizzato fra i neri .

¹³⁶ La pronuncia bocchia il ricorso dell'impiegato di un'agenzia pubblica di trasporti che, pur avendo ricevuto un punteggio di poco superiore, non aveva ottenuto una promozione, andata invece a una donna, nel quadro di una politica di riequilibrio del rapporto fra uomini e donne all'interno dell'agenzia.

Brennan, che riteneva le azioni positive compatibili con le leggi statunitensi, scriveva:

Sarebbe invero ironico (o paradossale) se una legge (come il Titolo VII) attivata dal rimorso di tutto il paese per secoli di ingiustizia razziale, diretta a migliorare le condizioni di gruppi di popolazione per tanto tempo esclusi dall'*American dream* diventasse la prima proibizione legislativa di ogni sforzo *volontario privato* e consapevole per abolire modelli tradizionali di segregazione razziale.¹³⁷

Scalia, contrario, affermava:

Una legge destinata a realizzare luoghi di lavoro senza colore né sesso è stata ora convertita in una potente macchina di razzismo e sessismo, che non soltanto permette le discriminazioni sessuali e razziali di carattere intenzionale, ma spesso le produce attraverso manipolazioni del sistema giuridico praticamente obbligate.¹³⁸

Per giudicare situazioni analoghe, la giurisprudenza ha elaborato la procedura dello *strict scrutiny*, che prevede, nei casi in cui una legge ricorra a «categorie sospette» (come razza, sesso o etnia), un vaglio di costituzionalità in tre fasi. La Corte potrà giudicare costituzionale (in accordo, cioè, con il XIV emendamento) un provvedimento di tal genere solo nel caso in cui:

- sia possibile riscontare un interesse primario dello stato, che comunque non violi nessuna norma costituzionale esplicita;

¹³⁷ 480 U.S. 616. La traduzione in T. Treu, *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Commento alla sentenza*, in «Lavoro e diritto» 1988, p. 66.

¹³⁸ 480 U.S. 616. La traduzione in M. V. Ballestrero, *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Un breve resoconto della sentenza*, cit., p. 64.

- tale provvedimento sia strettamente limitato al raggiungimento degli scopi prefissati;
- non sia possibile riscontrare un modo alternativo, meno restrittivo (si potrebbe dire meno «sospetto»), per raggiungere lo stesso obiettivo.

Sembrerebbe fondata, allora, l'ipotesi per cui il riequilibrio di dislivelli economici e sociali di partenza, possa rientrare tra le possibili giustificazioni di un trattamento diseguale di diritto. Il peso attribuito al nesso di rilevanza fra disparità delle opportunità e riequilibrio delle situazioni di partenza è alla base del concetto stesso di «giustizia sociale». Di fronte al caso delle cosiddette «quote rosa», ad esempio, un'eventuale discriminazione in base al sesso potrebbe essere giustificata (non configurandosi, così, come vizio di incostituzionalità?) dal dato di fatto che le donne sono svantaggiate relativamente all'accesso alle cariche pubbliche. La rilevanza che questi temi hanno assunto nel dibattito giurisprudenziale marca la distanza con i rilievi di Carlo Esposito che dubitava della legittimità delle leggi di risarcimento ai cittadini di origine ebraica all'indomani della seconda guerra mondiale.

Capitolo 6

Per una teoria della rilevanza giuridica

Si presuppone che l'uguaglianza non abbia bisogno di ragioni, e che solo la disuguaglianza ne abbia; che l'uniformità, la regolarità, la somiglianza, la simmetria, la correlazione funzionale di certe caratteristiche ai diritti corrispondenti non abbiano bisogno di una spiegazione speciale, e che invece le differenze, l'asistematicità di un comportamento, l'incoerenza di una condotta richiedano una spiegazione e, di regola, una giustificazione.

Isaiah Berlin¹

1. La costruzione delle categorie di eguali
2. I vizi di ascrizione per difetto e per eccesso
3. Irrilevanza di fatto e di diritto
4. Un caso esemplare: l'istituto giuridico del matrimonio
5. Ha senso parlare di ragionevolezza della legge?

In una sentenza della Corte costituzionale tedesca si legge:

Il principio di eguaglianza è violato se non si riesce a trovare un motivo ragionevole (*vernünftig*) che risulti dalla natura delle cose o sia altrimenti oggettivamente evidente, in breve: se la disposizione deve essere dichiarata arbitraria.²

Da tale prospettiva sembra si possa affermare che, ogni qualvolta il «giudice della legge» si trova di fronte a una disparità di trattamento, deve giudicare in base al (a un) principio di «ragionevolezza», se sia stato violato o meno il principio di eguaglianza (*nella legge*³). Tuttavia, la complessità dei problemi relativi al concetto di «giustizia come eguaglianza» spinge a ritenere, almeno *prima facie*, che tracciare un confine fra «discrezionalità» e «arbitrio» appellandosi alla «ragionevolezza» non sia impresa facile. Se il carattere formale della regola di giustizia non sembra aggiungere molto alla garanzia di generalità e astrattezza della legge così come proposta dall'ideale del governo *per leges*, la presenza in quasi tutte le «costituzioni moderne» di diverse formulazioni positive del principio di eguaglianza induce a interrogarsi sul problema della compatibilità fra tali norme e le diverse «categorie giuridiche» istituite dal legislatore ordinario. Riferendosi alla costruzione della «categoria di eguali» nella legge Bobbio si domanda:

Basta addurre ragioni perché una discriminazione possa considerarsi giustificata? Quasiasi ragione o non piuttosto certe ragioni piuttosto che certe altre? Ma in base a quali criteri si distinguono le ragioni valide da quelle invalide? Esistono criteri oggettivi, criteri cioè che riposino sulla cosiddetta 'natura delle cose'?⁴

Come si è visto, le risposte a tali interrogativi, addotte in via prevalente dalla letteratura giuridica, fanno riferimento a una delle molteplici accezioni del lemma «ragionevolezza». Già Perelman affermava che «una distinzione sarà considerata

¹ I. Berlin, *Equality* (1956), tr. it., *L'uguaglianza*, in Id., *Il fine della filosofia*, Edizioni di Comunità, Torino 2002, p. 104.

² BVerfGE 1, 14 (52) II, traduzione in A. Moscarini, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Giappichelli, Torino 1996, p. 98, nota 39.

³ Cfr. *infra*, pp. 203 e ss.

⁴ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino 1995, p. 22.

arbitraria quando non si possa indicare un motivo evidente o funzionale, conforme alla natura delle cose, ragionevole, pertinente e almeno non irragionevole, che permetta di giustificarla»⁵.

Giuristi e filosofi del diritto si sono divisi tra chi ritiene la «ragionevolezza» un nuovo principio ordinatore del diritto, e chi lo vede come un artificio retorico vuoto e tautologico per legittimare l'allargamento fuori misura della «discrezionalità» dei giudici. Da un lato, insomma, c'è chi afferma che «la problematica coesistenza tra i vari aspetti costitutivi del diritto (diritti, giustizia, legge) e l'adeguatezza tra casi e regole richiedono un particolare atteggiamento spirituale [denominato ragionevolezza] da parte di chi opera giuridicamente»⁶. Dall'altro chi sostiene che «secondo il principio di ragionevolezza, una distinzione è giustificata quando è giustificata»⁷, per cui si tratterebbe di una formula retorica ricorrendo alla quale la «discrezionalità» del legislatore subentra a quella del giudice.

Nelle pagine che seguono si tenterà di formulare una teoria della «ragionevolezza della legge» che restringa il campo di applicazione di tale criterio ai casi in cui si tratta di stabilire se una determinata distinzione sia o meno «arbitraria». Se è stato detto che la violazione della regola di giustizia è il caso paradigmatico di ciò che comunemente si intende per «atto ingiusto», la costruzione di categorie giuridiche in qualche senso «irragionevoli» rappresenta il caso paradigmatico di «atto arbitrario». Si può intuitivamente dire «ingiusto» il

⁵ C. Perelman, *Droit, morale et philosophie* (1968) *tr. it., Diritto, morale e filosofia*, Guida Editori, Napoli 1973, p. 288. Poco dopo: «il ricorso al principio dell'eguaglianza di fronte alla legge riguarda l'applicazione della legge, esso invoca il valore della certezza giuridica. Quando concerne la non-discriminazione nella formulazione della legge, il valore che difende è quello del ragionevole, della ripulsa dell'arbitrario, della conformità delle classificazioni a fini perseguiti. In questi due casi l'eguaglianza di trattamento è presunta essere giusta, mentre ogni discriminazione deve essere giustificata». (*Ibidem*)

⁶ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 203.

⁷ R. Guastini, *La costituzione come limite alla legislazione*, in «Analisi e diritto» 1998, p. 111.

potere (giudiziario) che commina pene diseguali per reati uguali, ad esempio due furti di mele per i quali non siano previste circostanze attenuanti. Si dirà «arbitrario», invece, il potere (legislativo) che costruisce le categorie di eguali basandosi su un giudizio «esclusivamente personale della situazione»⁸, come nel caso del legislatore che faccia leggi rivolte a «tutti i ladri con gli occhi azzurri». Alla ricerca di criteri *lato sensu* razionali per analizzare l'opposizione fra «discrezionalità» e «arbitrio» nella costruzione delle categorie giuridiche, può essere interessante andare alla ricerca di un significato di «ragionevolezza», elaborato alla luce del principio di eguaglianza nelle sue diverse formulazioni positive, che non pretenda di assurgere a nuovo principio ordinatore del diritto.

Questo approccio non è scontato. Buona parte del cosiddetto «neocostituzionalismo», infatti, rintraccia la *ratio* delle norme nelle assunzioni di valore a esse sottese; ciò deriva dalla cosiddetta interpretazione per principi (o per valori) delle costituzioni. Dworkin, che accusa i positivisti di trattare «il diritto come il baseball»⁹, afferma che:

i giudici che accettano l'ideale interpretativo di integrità risolvono i casi difficili cercando di individuare all'interno di un insieme coerente di principi riguardanti i diritti e i doveri dei cittadini la migliore interpretazione costruttiva della struttura politica e della dottrina giuridica della loro comunità.¹⁰

Per i neocostituzionalisti, quindi, l'analisi della *ratio legis* consiste nella ricostruzione dei valori che sottendono una norma; il compito dell'interprete, in altre parole, sarebbe quello di valutare la coerenza di tali valori con il complesso dei

⁸ N. Bobbio, *Legalità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino 2004, p. 526.

⁹ R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977), tr. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, p. 112.

¹⁰ R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), tr. it. *L'impero del diritto*, Il saggiatore, Milano 1989, p. 239.

principi costituzionali, alla ricerca dell'unica «risposta corretta» – questo è il nucleo della concezione dworkiniana dell'integrità dell'interprete – a un problema del diritto.¹¹ Non stupisce, del resto, che l'espressione «ragionevolezza della legge» abbia accompagnato la rinascita delle più disparate teorie giusnaturaliste. A tale proposito, Anna Moscarino fa notare che «l'allontanamento del pensiero giuridico da una gnoseologia di impronta teologica e la perdita di significato ontologico della nozione “*ratio legis*” è una vicenda che segue un percorso lento e tortuoso, un distacco le cui difficoltà vanno ravvisate proprio nella semantica di “*ratio legis*”, consistente nell'idea di conformità ad un *ordine superiore universale*, in grado di proteggere i *cives* dall'arbitrio della *voluntas* di un sovrano *legibus solutus*»¹².

La teoria dworkiniana nasce in polemica con il positivismo di Hart, secondo il quale il significato degli enunciati normativi dipende dall'attività interpretativa.¹³ Alla base di ciò vi è una visione scettica del dettato normativo che non ammette nessuna analisi specifica delle «ragioni» della legge:

Nel caso delle norme giuridiche i criteri di rilevanza e della strettezza delle somiglianze dipendono da molti fattori complessi che pervadono l'intero ordinamento e dagli scopi o dalla *ratio* che si possono attribuire alla norma. Caratterizzare questi significherebbe caratterizzare tutto ciò che è specifico o peculiare del ragionamento giuridico.¹⁴

¹¹ «A differenza dell'interpretazione teleologica che si propone come giudizio descrittivo degli interessi della norma da tutelare», sostiene Moscarino, «l'interpretazione assiologica utilizza un concetto prescrittivo di “*ratio*»». (A. Moscarino, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge*, cit., p. 21)

¹² A. Moscarino, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge*, cit., p. 15.

¹³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), tr. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002, pp. 146 e ss.; A. Ross, *On Law and Justice* (1959), tr. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 1990, pp. 137 e ss.; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 2002, p. 182; D. Miers, W. Twining, *How to do things with rules: a primer of interpretation* (1976), tr. it. *Come fare cose con le regole*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 223 e ss.

¹⁴ H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 150.

L'analisi della *ratio legis* consiste, tanto per il giuspositivista Hart quanto per il giusrealista Ross, nel tentativo di descrizione (e contestualizzazione) da parte degli interpreti degli scopi del legislatore, come uno degli elementi che contribuiscono a rendere esplicito il significato di un enunciato normativo.

In alternativa sia alla teoria hartiana, comunemente definita dell'*open-texture*, sia a quella dworkiniana dell'integrità, si propone qui di analizzare il cosiddetto criterio di «ragionevolezza» a partire dal problema dei nessi di rilevanza alla base delle differenze di trattamento fra due gruppi di individui in un determinato contesto giuridico. Il lavoro dell'interprete, di fronte a una classificazione giuridica, sarebbe allora quello di trovare un qualche motivo valido per considerare una norma «non-arbitraria»: né più (come per Dworkin) né meno (Hart) che andare alla ricerca di (almeno) una giustificazione compatibile con il dettato costituzionale. Nel caso in cui il giudice della legge non fosse in grado di trovarne una, la norma violerebbe il principio di eguaglianza.

Si fa qui, dunque, riferimento a un significato minimo d'interpretazione giuridica come dovere dell'interprete di ricavare (almeno) un significato della norma coerente con la costituzione.¹⁵ Seguendo la formulazione di Gianformaggio:

produrre una ragione G a giustificazione di una proposizione normativa N comporta la produzione di una regola R secondo cui G è una buona ragione per N.¹⁶

¹⁵ Si veda ad esempio L. Ferrajoli, *Il diritto come sistema di garanzie*, in «Ragion pratica», 1993, p. 154; per approfondire si veda A. Núñez Vaquero, *La teoria dell'interpretazione giuridica di Luigi Ferrajoli*, <http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/nunez.doc>, soprattutto p. 3.

¹⁶ L. Gianformaggio, *La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione*, in «Analisi e diritto» 1994, p. 153.

Data una norma N, dunque, il compito dell'interprete sarebbe quello di ricavare una ragione G che giustifichi N alla luce di una regola R che mostri la coerenza fra N e le norme gerarchicamente superiori.

La formulazione positiva di principi tanto astratti sembra riabilitare la ragione discorsiva (i filosofi del diritto direbbero argomentativa¹⁷), ben presente agli antichi ma guardata con sospetto dai moderni. Secondo Vernant «questa ragione verbale è spesso e volentieri giustificatoria, per non dire teologica. Invece di indagare sul reale per stabilire in quale misura le nostre teorie ne rendono conto, si assume il compito di elaborare, al livello del discorso, un argomento al termine del quale tutti i problemi appaiano risolti, tutte le contraddizioni eliminate o superate»¹⁸.

Il rischio di «sconfinamento teologico» è esattamente ciò che preoccupa chi guarda con (fondato¹⁹) sospetto la sterminata letteratura sul tema della

¹⁷ La bibliografia in materia di «teoria dell'argomentazione giuridica» è vastissima. Si vedano, tra gli altri, C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (1958), tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 2001; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1983), tr. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998; A. Aarnio, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht 1987; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1994), tr. it. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 2001; L. Gianformaggio, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico* (1983), in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino 2008; M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 1996; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999.

¹⁸ J. P. Vernant, *Entre mythe et politique* (1996), tr. it. *Tra mito e politica*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1998, p. 81.

¹⁹ L'atteggiamento «entusiasta» di molti giuristi nei confronti del tema della ragionevolezza non può non destare sospetti circa il rigore scientifico di tale concetto. A titolo di esempio si veda L. D'Andrea, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000: «Se vi è una categoria che vale ad esprimere e marcare il passaggio dall'ottocentesco Stato liberale di diritto, rigidamente improntato ai principi di legalità, al contemporaneo Stato costituzionale, che trova invece il suo cardine nel principio di costituzionalità, questa è certamente la ragionevolezza». (p. 1) «Non vi è studioso che, per quanto sensibile ai rischi insiti in un ricorso sempre più massiccio all'incerto ed imprevedibile (e perciò incontrollabile) criterio in esame, giunga a negare (o anche seriamente contestare) la necessità di avvalersene per conferire effettiva portata normativa alle disposizioni costituzionali (e segnatamente alle disposizioni di principio), e dunque per garantire la stessa rigidità costituzionale». (p. 22)

ragionevolezza. Tentare una sistematizzazione, che sia allo stesso tempo un'argine, significa rispondere alle preoccupazioni di chi vi vede lo strumento per l'instaurazione del «governo dei giudici», senza però concludere che è impossibile indagare, attraverso procedure razionali, sulla costruzione delle categorie giuridiche. Fra le note della *Teoria e dogmatica delle fonti* di Riccardo Guastini, si trova un'argomentazione, apparentemente definitiva, circa l'impossibilità di ricorrere a un qualche significato di «ragionevolezza» per discutere quando un potere «discrezionale» si fa «arbitrario».

Sembra utile riportare per intero tale argomentazione:

Se si conviene che il contenuto di ogni norma consista in ultima analisi nel connettere una conseguenza giuridica ad una determinata *classe* di fattispecie, si deve anche convenire che è semplicemente impossibile dettare norme senza classificare (fattispecie), cioè senza *distinguere* (certe fattispecie da tutte le altre). Nasce dunque il problema di decidere quali distinzioni o classificazioni siano giustificate, e quali no. Il principio di ragionevolezza (delle distinzioni legislative) costituisce appunto una risposta a questo problema. Disgraziatamente, si tratta di una risposta tautologica.²⁰

Più oltre si legge che il principio di ragionevolezza:

esige che le distinzioni legislative siano ragionevoli. Ma che significa «ragionevoli»? Significa che una distinzione è giustificata quando può vantare ragioni in suo favore. Bene: e che significa 'ragioni'? È evidente che, in questo contesto, 'ragioni' non significa argomenti qualsivoglia: significa buoni argomenti, ossia giustificazioni. È ovvio che per decidere se un argomento sia buono (e pertanto se una distinzione legislativa sia giustificata) occorre un giudizio di valore. L'organo competente a pronunciare in ultima istanza siffatto giudizio di valore è la Corte costituzionale, la quale dispone così di uno

²⁰ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, p. 404, nota 26.

strumento molto potente per rivedere discrezionalmente le decisioni discrezionali del legislatore, cioè per sovrapporre la discrezionalità sua propria a quella legislativa.²¹

Tentando di ricostruire l'argomentazione di Guastini si potrebbe dire che:

- a. il diritto consiste nella costruzione di fattispecie (classificazioni giuridiche);
- b. ogni classificazione consiste in distinzioni fra classi di individui o di atti o di fatti;
- c. connaturato al diritto è il problema di distinguere fra classificazioni «giustificate» e «non giustificate»;
- d. il principio di «ragionevolezza», come vaglio delle distinzioni giuridiche possibili (o introdotte dal legislatore), rappresenta un tentativo di dare una risposta al problema esposto in c;
- e. sostenere che una distinzione è «ragionevole» significa affermare che si fonda su *buone* ragioni (argomenti accettabili);
- f. se tali «ragioni» sono riscontrabili allora una determinata distinzione è «giustificata»;
- g. i criteri di distinzione fra *giustificato* e *ingiustificato* implicano il ricorso da parte delle corti a giudizi di valore.

L'argomentazione è stringente da *a* fino a *f*. Non pare invece logicamente inoppugnabile sostenere che il discrimine fra ciò che è – o non è – *giustificato* debba consistere in *solli* giudizi di valore. Proporre una teoria della rilevanza che

²¹ *Ibidem.*

non comporti la semplice giustapposizione della *summa potestas* del legislatore con quella del giudice implica la sostituzione dell'assunto *g* con:

- g1. i criteri di distinzione fra *giustificato* e *ingiustificato* implicano il ricorso da parte delle corti a giudizi di fatto o a giudizi di diritto, ma non richiedono giudizi di valore;
- g2. i giudizi di valore spettano al legislatore.

La sostituzione di *g* con *g1+g2* introduce due ordini di questioni. Per comprendere la prima è necessario ritornare su ciò che differenzia giudizi di fatto, di diritto e di valore. Attraverso un esempio si può sostenere che:

- «i cittadini ricchi e quelli poveri sono diversi in quanto i primi, ma non i secondi, pagano le tasse» è un giudizio di fatto;
- «è giusto che chi non paga le tasse sia escluso dal diritto di voto» è un giudizio di valore;
- «a fronte di una norma costituzionale che prescrive l'eguaglianza di tutti i cittadini in materia di diritti politici, escludere i poveri dal diritto di voto è incostituzionale» è un giudizio di diritto.

La seconda questione, relativa a *g2*, riguarda la separazione dei compiti fra il legislatore e il giudice della legge. Schematizzando si può affermare:

- al legislatore compete formulare giudizi di valore del tipo «chi non paga le tasse deve essere escluso dal diritto di voto»;
- il giudice ha il compito di vagliare tali giudizi con argomenti di fatto («anche i poveri hanno interessi economici che possono necessitare di

essere rappresentati») o di diritto («l'esclusione di una parte della cittadinanza dai diritti politici contrasta con la Costituzione»).

L'assunzione $g1+g2$ costituisce il quadro preliminare a partire dal quale verrà delineata una teoria della rilevanza giuridica. Come si giunge da un giudizio di fatto, che riconosce due classi di individui A e B come effettivamente differenti nella qualità c , a un giudizio di valore, da cui si può far derivare un diverso trattamento nella situazione (giuridica) d ? La risposta consiste nella valutazione da parte del giudice della legge dell'esistenza di una qualche *rilevanza* della caratteristica c nella situazione d .

1. La costruzione delle categorie di eguali

Ci si trova, così, davanti a un rapporto dialettico tra giudice della legge e legislatore in cui il primo è chiamato a operare la ricostruzione delle categorie giuridiche proposte dal secondo, il quale si esprime attraverso giudizi di valore del tipo:

A e B devono essere trattati diversamente nella situazione d.

[es. 'lavoratori' (A) e 'disoccupati' (B) *devono* essere trattati in modo diverso rispetto agli 'obblighi fiscali' (d): i primi, ma non i secondi, sono tenuti a pagare le tasse]

Il compito del giudice della legge non è quello di formulare ulteriori giudizi di valore in merito a tali norme, quanto piuttosto di ricostruire la *ratio* della norma attraverso uno schema di questo tipo:

Premessa I: A e B sono diversi nella caratteristica c ;

[‘lavoratori’ (A) e ‘disoccupati’ (B) sono diversi rispetto alla caratteristica del ‘percepire o meno reddito’ (c)]

Premessa II: esiste un nesso di rilevanza fra la caratteristica c e la situazione d ;

[‘percepire reddito’ (c) è rilevante per ‘essere sottoposti agli obblighi fiscali’ (d)]

Conclusione: è lecito che A e B vengano trattati diversamente in d .

[è lecito (ha «senso») che ‘lavoratori’ (A) e ‘disoccupati’ (B) vengano trattati diversamente rispetto agli ‘obblighi fiscali’ (d)]

Il lavoro interpretativo del giudice parte dunque (*Premessa I*) dall’analisi della costruzione, da parte del legislatore, della «categoria giuridica di eguali» in cui rientra il gruppo A ma non il gruppo B . Tale categoria corrisponde a ciò che, nella scolastica medievale, veniva detto «universale». Al di là delle dispute ontologiche e gnoseologiche attorno alla sua definizione, dal punto di vista logico un universale è un predicato di molti. La categoria giuridica di «avente diritto alla pensione», ad esempio, può essere predicata (normativamente) di chiunque abbia determinate caratteristiche, fra cui quella di aver maturato un certo numero di anni di lavoro. Logicamente si dice, allora, che per ogni x , se x possiede la caratteristica c (aver lavorato un certo numero di anni), allora x ha diritto alla pensione.²² La semplice formazione di una categoria è una convenzione (o un’astrazione), per questo si parla di «costruzione» di categorie (logiche). Per dirla con Scarpelli: «condizione trascendentale delle affermazioni di eguaglianza o parità è dunque la capacità di

²² Si veda Aristotele, *Analitici primi*, I.24, a16-20.

pensare e parlare per concetti corrispondenti a classi logiche, ossia astrattamente»²³.

L'analisi della *premessa II* costituisce il cuore del problema della rilevanza. Riscontrare un nesso di rilevanza fra la caratteristica *c* e la situazione *d* può sembrare un giudizio di fatto; risulta intuitivo, ad esempio, che una norma che preveda l'esclusione delle donne dai diritti politici si basa su tesi falsificabili come l'assunzione che le differenze di genere influiscano sulla capacità di giudizio politico. Ma non tutti i casi sono altrettanto incontrovertibili; può capitare che le caratteristiche (razionalmente) rilevanti, in una determinata situazione, siano più d'una e in conflitto fra di loro. Oppure si pensi al caso della differenziazione giuridica fra maggiorenni e minorenni nella possibilità di stipulare contratti, in forza della cosiddetta «immaturità» dei minori. È possibile argomentare che, nonostante la falsificabilità della generalizzazione (il caso di almeno un sedicenne più che «maturo»), esistono ugualmente sufficienti «ragioni» per mantenere tale differenza di trattamento; tra queste, l'opportunità pragmatica di stabilire un limite convenzionale per stabilire il momento del conseguimento della maggiore età.

La *conclusione* lascia meno spazio alla discussione. Sostenere che *A* e *B* vanno trattati diversamente nella situazione *d* è una semplice deduzione, quindi valida solo nel caso in cui le premesse siano valide. Il problema della validità dell'intero ragionamento, quindi, coincide con l'accettabilità della *Premessa II*.²⁴

²³ U. Scarpelli, *Classi logiche e discriminazione dei sessi*, in «Lavoro e diritto» 1988, p. 618.

²⁴ Sta di fatto che il legislatore può sbagliare anche nell'eseguire una semplice deduzione; ma questo non è un problema di eguaglianza né di giustizia. Quando alcuni senatori della Commissione affari costituzionali fecero notare che la legge elettorale, che ha poi preso il nome dal Ministro Calderoli, conteneva una grave ambiguità (che in seguito avrebbe dato luogo a una lunghissima vertenza circa l'attribuzione di alcuni seggi della XV legislatura) gli esponenti della maggioranza, non modificando la legge, ritennero più importante l'approvazione in tempi utili di tale riforma rispetto alla «certezza del diritto».

Tornando a quest'ultima, e riferendosi alla genesi dei pregiudizi legati alla nazionalità, Flavio Baroncelli mette in luce come la scelta di determinate caratteristiche come identificative di un gruppo, piuttosto che di altre, si basi su associazioni di idee di dubbia plausibilità:

I gruppi di connazionali all'estero non fanno collezione di falsità sugli autoctoni; spesso dicono cose statisticamente molto vere; ma inconsapevolmente le scelgono in modo che servano a compattare le cerchia degli immigrati, a giustificare gli insuccessi personali, e così via. I criteri di rilevanza sono inconsapevolmente adatti a queste esigenze; del resto, se le informazioni non fossero organizzate in questo modo nessuno le cercherebbe e le comunicherebbe.²⁵

Qui Baroncelli indaga sui motivi all'origine dei pregiudizi etnici. Il compattamento della comunità, piuttosto che gli insuccessi personali, sono le «ragioni» che giustificano la differenziazione fra «stranieri» e «autoctoni» nei discorsi fra «connazionali all'estero». Allo stesso modo, alla base di una norma giuridica che escluda i più poveri dai diritti politici vi possono essere le ragioni di chi, al fine di preservare i propri privilegi, argomenta che, per un maggiore sviluppo economico, a eleggere il parlamento debba essere chi paga le tasse. Qualora si ritenessero tali «ragioni» insufficienti a giustificare la diseguaglianza alla base di una tale norma (di conseguenza ritenuta irragionevole) si dirà che essa:

- *si basa su asserzioni controvertibili*, ritenendo che le «ragioni» che sottendono alla *premessa II* siano, in qualche modo, falsificabili. Ad esempio, esistono controargomentazioni empiriche all'assunzione che

²⁵ F. Baroncelli, *Il razzismo è una gaffe. Eccessi e virtù del «politically correct»*, Donzelli, Roma 1996, p. 76.

vi siano differenti livelli di intelligenza a seconda dell'appartenenza etnica;

- *si basa su motivazioni in contrasto con una qualche altra norma*, considerando tali «ragioni» in contraddizione con una norma positiva (sovraordinata). Ad esempio una legge che garantisse l'accesso a certe cariche pubbliche ai soli cattolici sarebbe in contrasto con una norma costituzionale che vieti esplicitamente ogni forma di discriminazione in base al credo religioso;
- *presuppone opzioni di valore a cui non aderisco*, collocando la questione sul piano delle scelte (siano esse politiche, morali, estetiche...). Quest'ultimo tipo di presa di posizione, ovviamente, non compete alle corti.

2. I vizi di ascrizione per difetto e per eccesso

Prima di affrontare il tema della giustificazione vera e propria delle differenze giuridiche (*premessa II*), è bene considerare un problema analiticamente differente ma che spesso viene confuso con questo. Si tratta degli errori logici che può compiere il legislatore nell'ascrivere una classe di soggetti a una categoria più comprensiva.

L'ascrizione di una specie a un genere si basa su considerazioni di fatto²⁶, e per tanto falsificabili. Chiunque ritenga, ad esempio, che il requisito fondamentale per la titolarità dei diritti politici consiste, in democrazia, nel fatto di essere

²⁶ «Tale giudizio – “A e B sono eguali” – semplicemente riconosce che tanto A quanto B presentano di fatto i requisiti per essere inclusi in quella data classe». (M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 13)

«sottomessi a un ordinamento giuridico», giudicherà incoerente il mancato inserimento nella categoria di «elettorato attivo» dei residenti privi di «cittadinanza» (intesa, ad esempio, secondo lo *ius sanguinis*). Se, infatti, si ritiene che a votare i rappresentanti incaricati di fare le leggi debbano essere coloro i quali dovranno sottostare a quelle leggi, non vi è «ragione» per negare i diritti politici agli immigrati residenti.

In tale caso è riscontrabile quello che per comodità si può chiamare «vizio di ascrizione». Tale problema è diverso rispetto a quello del giudizio di rilevanza, che riguarda le ragioni per cui una categoria di individui deve o meno essere ammessa al voto; si tratta piuttosto del problema, essenzialmente logico, dell'appartenenza di un soggetto a una determinata categoria, come anche di una *species* a un *genus*.

Logicamente, tale vizio può essere esclusivo o inclusivo. Si parlerà di vizi di ascrizione *per difetto* nel caso di affermazioni del tipo: il *genus* «poligono» non comprende la *species* «triangolo»; di vizi di ascrizione *per eccesso* in casi tipo: il *genus* «poligono» comprende la *species* «piramide». Riprendendo l'esempio della categoria di «elettorato attivo» e del criterio secondo cui devono farne parte coloro che sono sottomessi alla legge, si parlerà di vizio ascrizione *per difetto* nel caso dell'esclusione di residenti privi di cittadinanza, e *per eccesso* qualora venissero estesi i diritti politici ai cittadini residenti all'estero.

3. Irrilevanza di fatto e di diritto

Una volta che sia stata identificata tanto la categoria di eguali quanto le situazioni giuridiche in cui tale categoria «deve» essere trattata in modo *diverso* da altre categorie, si possono indagare le «ragioni» di tale differenziazione. Quando una di queste ragioni si presterà a essere contestata a partire da

controargomentazioni empiriche, si potrà parlare di irrilevanza *di fatto* della caratteristica *c* rispetto alla situazione *d*.

Tale questione non è però di così facile soluzione. Il diritto, infatti, ricorre spesso a convenzioni pragmaticamente utili e condivise che allo stesso tempo sono facilmente falsificabili. È il caso, già ricordato, dell'esclusione dei minori dall'esercizio dei diritti politici. In forza dell'evidenza empirica che un neonato non è in grado di votare, risulta chiaro a tutti la necessità di fissare una soglia minima d'età al di sotto della quale negare i diritti politici a «persone non ancora mature», ma è altresì evidente con quanta facilità si possono trovare minori in grado di articolare argomenti politici in modo molto più raffinato di molti maggiorenti votanti. Essendo la caratteristica *c* (essere maturo) rilevante nella situazione giuridica *d* (godimento dei diritti politici), il legislatore è chiamato a fissare una differenziazione di trattamento basata su una qualche convenzione. La stessa evidenza richiamata nel caso dei minori, però, non è riscontrabile nel caso dell'esclusione, alquanto frequente nella storia del diritto, di donne o neri.

Il problema dell'irrilevanza di fatto sorge, forse con maggior forza, quando si prendono in esame le cosiddette verità statistiche:

però poi ti capita di non saper rispondere ad obiezioni di questo tipo: «Tu dici che gli uomini sono tutti uguali, ma in Times Square alle due di notte se incontri una masnada di giovani neri entri in ansia». Il che è verissimo.²⁷

Baroncelli prosegue ridisegnando i limiti della questione della rilevanza attraverso l'affermazione che «l'egualitario che cerca di negarlo è destinato alla sconfitta nella discussione (o a credere di vincerla a suon di esclamazioni scandalizzate), e, se è coerente ha anche buone probabilità di essere rapinato; una

²⁷ F. Baroncelli, *Il razzismo è una gaffe*, cit., p. 72.

volta rapinato, poi, è anche facile che diventi razzista. Il punto è che bisognerebbe capire fino in fondo l'importanza del luogo e del tempo: in Times Square alle due di notte è razionale e per nulla incoerente con l'egualitarismo fare riferimento alle statistiche sulla criminalità. Ma il punto è che le stesse statistiche non mi devono dire proprio nulla sul mio vicino di casa. L'antirazzista che sfida le statistiche in Times Square alle due di notte e il razzista che disprezza un singolo individuo in base alle statistiche sono in situazioni pressoché simmetriche»²⁸.

Le considerazioni fin qui affrontate non devono, comunque, distogliere l'attenzione dal fatto che, a volte, le diversificazioni giuridiche sono state fondate su presupposti che si sono poi rivelati inaccettabili dalle scienze naturali. L'esclusione dal voto di intere categorie, come le donne o gli schiavi, per supposta inferiorità intellettuale ne sono una prova evidente.

Nel caso in cui venisse riscontrata l'incompatibilità di una delle ragioni che sottendono la costruzione di una determinata categoria giuridica con una norma superiore, si parlerà, invece, di *irrelevanza di diritto*. Il «principio di offensività» del diritto penale, di cui si è già parlato²⁹, è un buon esempio di argomento di diritto sollevato per dimostrare l'«arbitrarietà» di alcuni procedimenti di differenziazione giuridica. Una norma che preveda, nel diritto penale, l'istituzione della fattispecie «tutti i ladri con gli occhi azzurri» violerebbe il divieto di costruire classi giuridiche che si riferiscano a uno *status*, all'identità di un individuo, e non a un'azione in violazione della legge.³⁰ All'interno della teoria della rilevanza che si va delineando si può dire che ogni e qualsiasi possibile argomento non sarà mai sufficiente per giustificare l'introduzione di un reato di *status*, o la discriminazione delle

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Cfr. *infra*, p. 177.

³⁰ Si veda, ad esempio, l'articolo 49 del Codice penale italiano.

cosiddette «categorie pericolose»³¹, là dove vi sia uno «stato di diritto» che abbia il principio di offensività tra le sue norme (di diritto positivo).

4. Un caso esemplare: l'istituto giuridico del matrimonio

L'analisi del rapporto, nell'ordinamento italiano, fra le leggi che regolano l'istituto civilistico del matrimonio e le norme costituzionali in materia costituisce un interessante test per la teoria della rilevanza fin qui delineata.

La dibattuta esclusione da tale istituto delle coppie omosessuali, mai esplicitata né dalla Costituzione né dal Codice civile, è data per scontata nel complesso di norme che costituiscono il cosiddetto diritto di famiglia.³² In esso viene proposta la forma tradizionale di matrimonio come unione fra un uomo e una donna sostenuta dall'interpretazione dell'Articolo 29 della Costituzione dove la famiglia è definita come «società *naturale* fondata sul matrimonio».

La differenza fra coppie di persone dello stesso sesso e di sesso diverso è considerata rilevante per una differenziazione di trattamento riguardo all'accesso all'istituto del matrimonio.

La ricognizione delle possibili giustificazioni di tale discriminazione muove dalle diverse interpretazioni dell'aggettivo «naturale», che verrà qui trattato come controverso, che necessita, cioè, di interpretazione. «Naturale», tuttavia, è un

³¹ Di grande attualità è il problema della legittimità costituzionale delle leggi sull'immigrazione che, in tutta Europa, stanno ridisegnando il diritto penale dei singoli stati. A proposito dell'Italia si veda, ad esempio, L. Ferrajoli, *Democrazia e paura. L'illusione della sicurezza*, in M. Bovero, V. Pazé (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari 2010.

³² Costituzione, art. 29-31; Codice civile, art. 79-148; legge n. 431/1967, 184/1983, 149/2001, 54/2006 in materia di adozione e affidato; legge n. 898/1970, 74/1987 in materia di divorzio; legge n. 121/1985 sul matrimonio concordatario; legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita.

termine sovraccarico di significati impliciti; il riferimento a una dimensione naturale nel diritto positivo lascia intravedere – ma questa è un’intuizione preliminare – il ricorso a classici argomenti della «conservazione». Bobbio è lapidario:

la teoria del diritto naturale, quando non è un erroneo tentativo di ricavare un sistema di prescrizioni da un sistema di accertamenti di fatto, è un illusorio mascheramento di una fondazione religiosa, o tradizionalistica, o storica, di una determinata morale sociale, in altre parole di una fondazione che si richiama all’autorità divina o all’autorità della tradizione o all’autorità di una ideologia storicamente rilevante.³³

«Naturale» come «relativo alla sfera sessuale»

Una parte della tradizione giusprivatista si limita a riconoscere il nesso fra l’istituto del matrimonio e la sfera sessuale. Nella *Metafisica dei costumi*, Kant definisce il matrimonio tra due persone come finalizzato al «possesso reciproco delle loro facoltà sessuali durante tutta la loro vita»³⁴.

Se l’attinenza con la sfera sessuale fosse il criterio di rilevanza usato per tracciare il discrimine relativo all’accesso al matrimonio, allora l’esclusione delle coppie omosessuali si configurerebbe come un *vizio di ascrizione per difetto*.

«Naturale» come «relativo alla procreazione»

Nel caso in cui per unione naturale si intendesse quell’unione finalizzata alla procreazione, la categoria di coloro che avrebbero accesso al matrimonio sarebbe quella delle «coppie in grado di procreare» o «coppie che hanno prole». Dal punto

³³ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, p. 190.

³⁴ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), tr. it. *Metafisica dei costumi*, parte I, cap. II, sez. III, § 24, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 96. Si noti comunque che, contestualmente, Kant sostiene che l’omosessualità è contro natura.

di vista della costruzione giuridica, in base a tale criterio, l'esclusione delle coppie omosessuali sarebbe *logicamente* corretta. Tale argomento è spesso sostenuto da chi vuole negare l'estensione di tali diritti agli omosessuali. La fattispecie giuridica così formulata, tuttavia, non è quella alla base del diritto di famiglia vigente. Nell'ordinamento italiano, infatti, una donna in punto di morte può sposarsi e trasmettere al coniuge una serie di diritti anche se evidentemente l'unione non è finalizzata alla procreazione. Questo sarebbe il caso di un *vizio di ascrizione per eccesso*.

«Naturale» come «eterosessuale»

Questo è, come fin qui mostrato, l'unico significato coerente con l'attuale normativa sul matrimonio e probabilmente fedele al significato inteso dai costituenti.³⁵ Ciò almeno a partire dall'introduzione dell'istituto del divorzio; fino a tutto il periodo del dibattito referendario del 1974, infatti, sembrava possibile interpretare «unione naturale» come «indissolubile unione fra un uomo e una donna». La legge 898 del 1970, e la sua successiva conferma referendaria, hanno espunto l'aggettivo «indissolubile»; resta però l'«unione fra un uomo e una donna».

In questo caso la fattispecie evidentemente non comprende le coppie omosessuali (non vi è vizio di ascrizione per difetto), le uniche³⁶ logicamente escluse (non vi è neanche vizio di ascrizione per eccesso).

³⁵ Sulla formulazione dell'articolo 29 risulta di estremo interesse la discussione nella I commissione dell'Assemblea costituente alla quale parteciparono, tra gli altri, Lelio Basso, Giuseppe Dossetti, Nilde Iotti, Giorgio La Pira, Aldo Moro e Palmiro Togliatti. Si veda *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati – Segretariato generale, Roma 1971, vol. IV, pp. 631-641.

³⁶ Molte sono in realtà le ulteriori specificazioni possibili che qui non sono prese in considerazione, come il problema del consenso, la normativa in materia di unione fra minori o il caso dell'incesto.

Quali sono le assunzioni alla base del diverso trattamento fra coppie omosessuali ed eterosessuali? Le possibili risposte sembrano poter essere (almeno) tre:

a) *il riconoscimento giuridico dell'omosessualità è rischioso per la sopravvivenza della specie umana*. Questo, e non altro, sembra essere l'argomento di chi afferma che l'omosessualità è «contro natura»³⁷. Tale «ragione» si richiama a un giudizio scientifico, falsificato dalla scienza stessa; la diffusione delle pratiche omosessuali in diverse specie animali è un controargomento che si oppone a tale assunzione. Si tratta quindi di un caso di *irrelevanza di fatto* che non giustifica la differenza.

b) *l'omosessualità è un peccato*. Questo è l'argomento di chi afferma che l'omosessualità è «contro dio». Tale ragione si richiama a un giudizio teologico, la cui influenza sull'ordinamento è vietata dalle affermazioni di laicità contenute nella Costituzione. Tale principio è ampiamente recepito dal diritto positivo degli stati di diritto e ne costituisce uno dei cardini. Questo è quindi un caso di *irrelevanza di diritto* che non giustifica la differenza. Come ebbe a dire già Locke:

Ogni mortale ha pieno diritto di consigliare, esortare, convincere dell'errore un altro, e condurlo alla sua opinione col ragionamento; ma è proprio del magistrato comandare con gli editti e convincere con la spada. Questo è dunque ciò che affermo: che l'autorità civile non deve prescrivere con legge civile articoli di fede o dogmi, o forme di culto divino.³⁸

³⁷ Si veda F. Remotti, *Contro natura. Una lettera al papa*, Laterza, Roma-Bari 2008.

³⁸ J. Locke, *A Letter Concerning Toleration* (1689), tr. it. *Lettera sulla tolleranza*, in Id., *Scritti sulla tolleranza*, UTET, Torino 1977, p. 137.

c) *il riconoscimento giuridico dell'omosessualità è un rischio per l'ordine sociale.* Questo è l'argomento di chi afferma che l'omosessualità è in contrasto con la cosiddetta «famiglia tradizionale». Tale «ragione» si richiama a un argomento politico comunemente formulato dai movimenti conservatori. Che le riforme giuridiche egualitarie siano pericolose per la tenuta dell'ordine sociale, non è certo un argomento nuovo tra coloro che vi si oppongono. Vi hanno fatto ricorso i conservatori di ogni tempo, siano essi stati contro l'abolizione della schiavitù o l'allargamento del suffragio alle donne. Non è, del resto, molto diverso dalla constatazione di Plotino per cui «le città che hanno il governo migliore non sono quelle in cui tutti i cittadini sono eguali»³⁹.

È possibile analizzare la categoria della «discrezionalità legislativa» alla luce dell'esempio dell'argomento conservatore, in quanto esso non risulta né falsificabile, né incostituzionale. Non sembra, infatti, possibile dimostrare che l'argomento della disgregazione dell'ordine sociale è empiricamente falso, neanche se in passato l'allargamento della base dei diritti non ha mai portato alla guerra civile; allo stesso modo è difficile richiamare una norma costituzionale esplicita che evidenzia una qualche forma di irrilevanza di diritto delle affermazioni su cui si basa l'argomento, nonostante sia evidente che vengono messi a repentaglio i diritti di una minoranza. Il caso fin qui esplorato sembra, dunque, essere un argomento di per sé ammissibile e proponibile alla «discrezionalità» del legislatore.

La teoria della rilevanza delineata non la ha pretesa di risolvere le controversie sul tema della «ragionevolezza della legge»; si propone piuttosto come uno strumento per analizzare in quale modo gli argomenti del diritto possono delimitare il campo della decisione politica. Affermare che l'unica giustificazione

³⁹ Plotino, *Enneadi*, VI, 6, 17-18.

possibile all'esclusione delle coppie omosessuali dall'accesso all'istituto giuridico del matrimonio è rintracciabile in un argomento conservatore, potrebbe essere un interessante spunto di riflessione. Se poi un giorno una corte dichiarasse illegittima, perché in qualche senso «irragionevole», tale restrizione, come successe per il delitto d'onore, alcuni diranno che la giustizia è stata ristabilita, altri che la natura è stata sovvertita, altri ancora, si limiteranno a osservare che i privilegi di una maggioranza o le intromissioni di argomenti religiosi non sono più accettabili.

In questo «spazio limitato della politica», l'argomento della conservazione è schiacciato su uno dei due estremi di un ipotetico asse che rappresenti un concetto di giustizia in tensione fra due poli opposti: ordine ed eguaglianza. Forse si potrebbe anche dire, fra destra e sinistra: lo «stato costituzionale di diritto» esclude una serie di opzioni dalle possibili risposte a un problema politico, ma al legislatore restano tutte le altre.

L'asse destra-sinistra, nel campo limitato della «discrezionalità», vale la pena far notare, sembra essere polarizzato fra eguaglianza e ordine, però, solo nei discorsi dei difensori della disegualianza, antichi e moderni. Le teorie individualiste dell'eguaglianza nei diritti (il governo *sub iuribus*⁴⁰), infatti, non nascono come teorie del disordine quanto piuttosto come teorie di un particolare ordine egualitario. Le proposte socialiste di redistribuzione, fino al «canto del cigno» del *welfare* messo in scena da Rawls, si basano sull'assunto che società meno diseguali producono meno conflitti al loro interno e di conseguenza sono, in qualche modo, *meglio* ordinate. Sembra, allora, di poter affermare che nella modernità la sfera della «discrezionalità» si definisce in costante tensione rispetto al principio di eguaglianza, soprattutto in relazione all'ideale del «governo *sub iuribus*». La positivizzazione del principio di eguaglianza, inoltre, assegna l'onere

⁴⁰ Cfr. *infra*, pp. 159 e ss.

della giustificazione a chi difende le differenziazioni di trattamento. «Si presuppone», dice Berlin, «che l'uguaglianza non abbia bisogno di ragioni, e che solo la disuguaglianza ne abbia».⁴¹

Ciò non toglie comunque che, malgrado i confini costruiti dalla *ratio* nel corso dello sviluppo del diritto moderno, alla *voluntas* del legislatore resti il margine di «discrezionalità» che la svolta giuspositivista le ha riconosciuto.

5. Ha senso parlare di ragionevolezza della legge?

Il filosofo Bernard Williams scrisse che:

Il principio secondo cui gli uomini vanno trattati diversamente, in relazione al loro benessere, semplicemente in considerazione del loro colore non è un particolare tipo di principio morale, ma (caso mai) l'espressione di una decisione del tutto arbitraria, non meno di quella di un nuovo Caligola che decidesse di condannare a morte tutte le persone il cui nome contenga tre «r».⁴²

Nonostante il fascino retorico di tale argomentazione, quanto detto finora smentisce la possibilità di elaborare una teoria dell'eguaglianza che tracci in maniera definitiva un limite fra «discrezione» e «arbitrio». Anche dando credito a letture teleologiche che rintracciano nella storia moderna un cammino della società verso l'estensione dell'eguaglianza fra i suoi membri, risulta chiaro, a uno sguardo retrospettivo, che tale storia non può essere trattata come null'altro che il frutto dello sviluppo coerente e necessario dei presupposti dello «stato di diritto».

⁴¹ I. Berlin, *L'uguaglianza*, cit., p. 104.

⁴² B. Williams, *The Idea of Equality* (1973), tr. it. *L'idea di eguaglianza*, in I. Carter (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2001, p. 26.

Tra le innumerevoli contraddizioni di tale percorso, vi è per esempio il fatto che il padre dei diritti fondamentali americani, Thomas Jefferson, battutosi perché le libertà fondamentali fossero tutelate contro lo stato, era un convinto schiavista, nonché possidente di schiavi.

Si può argomentare, questo è certo, che la schiavitù (di diritto), così come la nobiltà di nascita, sono istituti premoderni, superati, finanche barbari, e questo anche a prescindere dall'esistenza di un senso comune maggioritario che li rigetti, quanto piuttosto perché nella storia moderna si possono rinvenire delle «ragioni» (un esempio su tutti, la falsificazione delle teorie razziste e sessiste) e dei motivi ideali che hanno accompagnato le battaglie politiche costruite attorno a rivendicazioni egualitarie.

A fronte di ciò, a ridisegnare il confine fra «discrezionalità» e «arbitrio» è la positivizzazione del principio di eguaglianza, scelto come valore alternativo alla diseguaglianza. L'eguaglianza è di per sé giustificata, la diseguaglianza deve esserlo. Un «potere arbitrario», che pretenda di essere *legibus solutus* rispetto al principio di eguaglianza, è quello che fa leggi costruendo categorie giuridiche la cui *ratio* non risiede in altro che nella propria volontà.

Il paradigma moderno della giustizia come legalità contrappone la discrezionalità del governo *sub iuribus* all'«arbitrio» del tiranno che governa la città «facendo la legge egli stesso a se stesso». La versione moderna della giustizia come eguaglianza aggiunge a ciò la pretesa che le diseguaglianze di trattamento, sia pur connaturate al concetto stesso di diritto, debbano essere giustificate. Questo è, in fin dei conti, un significato di «ragionevolezza della legge» che non sovverte i presupposti giuspositivisti, e non-cognitivistici dal punto di vista meta-etico, degli «stati costituzionali di diritto». In tale modello, il principio di eguaglianza «riconosce che di fatto gli esseri umani sono tutti differenti l'uno dall'altro e si

vuole impedire che le loro differenze pesino come fattori di diseguaglianza»⁴³. In questo senso si può affermare che, nel modello dello «stato costituzionale di diritto», il principio di eguaglianza è un limite giuridico, forse il principale, al potere politico. Ferrajoli definisce tale principio come quella «norma che è posta a tutela di tutti contro la legge del più forte e che per questo ho chiamato legge del più debole»⁴⁴.

⁴³ L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. I, p. 796.

⁴⁴ *Ivi*, vol. II, p. 60.

Bibliografia dei testi citati

AA. VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paldin*, Cedam, Padova 2002.

AA. VV., *Equità*, Giuffrè, Milano 1975.

AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi a Roma nel Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Giuffrè, Milano 1994.

AA. VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità degli ordinamenti giuridici. Atti del XIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Cedam, Padova 1999.

AA. VV., *Ragionevolezza e interpretazione*. «Ars Interpretandi», 2002.

Aarnio, A., *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht 1987.

Abbagnano, N., *Dizionario di filosofia*, UTET, Torino 1998.

Ackerman, B., *Before the Next Attack* (2006), tr. it. *Prima del prossimo attacco. Conservare le libertà civili nell'epoca del terrorismo*, Vita e Pensiero, Milano 2008.

Ackerman, B., *Social Justice in the Liberal State* (1980), tr. it. *La giustizia sociale nello stato liberale*, il Mulino, Bologna 1984.

Ackerman, B., *The Emergency Constitution* (2004), tr. it. *La costituzione di emergenza*, Meltemi, Roma 2005.

Ackerman, B., *We the People*, vol. II, *Transformation*, Harvard University Press, Cambridge 1998.

Agostino, *De civitate Dei*, tr. it. *La città di Dio*, Einaudi, 1992.

Ainis, M., *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992.

Alexy, R., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 2002.

Alexy, R., *Ragionevolezza nel Diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino 2002.

Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation* (1983), tr. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano 1998.

Alighieri, D., *De Monarchia* (1312-13), Garzanti, Milano 2006.

- Allen, C. K., *Aspects of justice*, Stevens, London 1958.
- Aristotele, *Analitici primi*, tr. it. in *Organon*, Adelphi, Milano 2003.
- Aristotele, *Costituzione di Atene*, tr. it. UTET, Torino 1992.
- Aristotele, *Etica nicomachea*, tr. it. Rizzoli, Milano 1998.
- Aristotele, *Politica*, tr. it. UTET, Torino 1992.
- Aristotele, *Problemi*, tr. it., Bompiani, Milano 2002.
- Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 1996.
- Atienza, M., *Para una razonable definición de «razonable»*, in «Doxa», 4, 2007.
- Azzoni, G. M., *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, FrancoAngeli, Torino 1991.
- Ballestrero, M. V., *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Un breve resoconto della sentenza*, in «Lavoro e diritto» 1988.
- Barberis, M., *Equità*, in «il Mulino», 2, 1986.
- Barberis, M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino 2008.
- Barberis, M., *L'Europa del diritto*, il Mulino, Bologna 2008.
- Barberis, M., *Tutta un'altra storia. Equity, diritto e letteratura*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», X, 2008, 1.
- Baron, H., *The crisis of the early Italian Renaissance: civic humanism and republican liberty in an age of classicism and tyranny* (1955), tr. it. *La crisi del primo Rinascimento italiano: umanesimo civile e libertà repubblicana in un'età di classicismo e di tirannide*, Firenze, Sansoni 1970.
- Baroncelli, F., *Etica e razionalità. Un finto divorzio?*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, n. 1, giugno 1997.
- Baroncelli, F., *Il razzismo è una gaffe. Eccessi e virtù del «politically correct»*, Donzelli, Roma 1996.
- Baroncelli, F., *Razionali, troppo razionali. Lo scontro tra mito e ragione nell'analisi delle elezioni americane*, in «diario», 26 novembre 2004.
- Bearzot, C., *La giustizia nella Grecia antica*, Carocci, Roma 2008.
- Benveniste, E., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (1969), tr. it. *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. 2: *Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino 1976.
- Berlin, I., *Does Political Theory Still Exist?* (1962), tr. it. *Esiste ancora la teoria politica?*, in Id., *Il fine della politica*, Edizioni di Comunità, Torino 2002.
- Berlin, I., *Equality* (1956), tr. it., *L'uguaglianza*, in Id., *Il fine della filosofia*, cit.

- Bernstein, R., *The abuse of evil. The corruption of politics and religion since 9/11*, Polity Press, Cambridge 2005.
- Bernstein, R., *The New Constellation: Ethical-political Horizons of Modernity/postmodernity* (1991), tr. it. *La nuova costellazione. Gli orizzonti etico-politici del moderno / postmoderno*, Feltrinelli, Milano 1994.
- Bertelli, L., *Platone contro la democrazia (e l'oligarchia)*, in M. Vegetti (a cura di), *La Repubblica di Platone*, Vol. VI, Bibliopolis, Napoli 2005.
- Besson, S., *The morality of conflict. Reasonable disagreement and the law*, Hart Publishing, Portland 2005.
- Bèze, T. de, *De iure magistratuum in subditos et officio subditorum erga magistratus* (1574), tr. fr. *Du droit des magistrats*, Librairie Droz, Genève, 1970.
- Bingman, L. J., *Reasons and Reasons for Reasons: Differences Between a Court Judgment and an Arbitration Award*, in «Arbitration international» 4, 1988.
- Bix, B., *Robert Alexy's Radbruch Formula, and the Nature of Legal Theory*, in «Rechtstheorie», 37, 2006.
- Bix, B., *Will versus Reason: Truth in Natural Law, Positive Law, and Legal Theory* in K. Pritzl (eds.), *Truth: Studies of a Robust Presence*, Catholic University of America Press, Washington 2009.
- Blackstone, W. T., *On the Meaning and Justification of the Principle of Equality*, «Ethics», LXXVII, 1967.
- Blackstone, W. T., *The relationship of Law and Morality*, in «Georgia Law Review», 9, 1977.
- Bobbio, N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino 1994.
- Bobbio, N., *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Donzelli, Roma 1994.
- Bobbio, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992.
- Bobbio, N., *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli, Torino 1969.
- Bobbio, N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino 1995.
- Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965.
- Bobbio, N., *Governo delle leggi o governo degli uomini?* (1983), in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1991.
- Bobbio, N., *I limiti della ragione*, in «La Stampa», 11 agosto 1991.

- Bobbio, N., *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio, M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, il Saggiatore, Milano 1979.
- Bobbio, N., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (1961), Giappichelli, Torino 1996.
- Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.
- Bobbio, N., *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino 1976.
- Bobbio, N., *La virtù della giustizia*, «La Stampa», 8 gennaio 2009.
- Bobbio, N., *Legalità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino 1983.
- Bobbio, N., *Norma*, in *Enciclopedia*, IX, Einaudi, Torino, 1980.
- Bobbio, N., *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in A. Petroni, R. Viale (a cura di), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Cortina, Milano 1997.
- Bobbio, N., *Stato, governo e società*, Einaudi, Torino 1985.
- Bobbio, N., *Sul principio di legittimità* (1964), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970.
- Bobbio, N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993.
- Bobbio, N., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999.
- Bobbio, N., *Thomas Hobbes* (1989), Torino, Einaudi 2004.
- Bodei, R., *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico* (1991), Feltrinelli, Milano 2007.
- Bodin, J., *Les Six Livres de la République* (1576), tr. it. *I sei libri dello Stato*, UTET, Torino, 1988.
- Bovero, M., *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2000.
- Bovero, M., *Democrazia costituzionale. E viceversa*, manoscritto.
- Bovero, M., *Diritti e democrazia costituzionale*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001.
- Bovero, M., *Diritto di resistenza. Modelli analitici e riflessione teorica*, in «Ragion pratica» 1997/98.
- Bovero, M., *Hegel e i confini della modernità*, in G. M. Chiodi, G. Marini, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Hegel*, FrancoAngeli, Torino 2003.
- Bovero, M., *Hobbes y la apología moderna del artificio*, in «Diánoia. Anuario de Filosofía», XXXIV, 34, 1988.

- Bovero, M., *La natura della politica. Potere, forza, legittimità*, in «Teoria politica», XIII, n.3, 1997.
- Bovero, M., *Luoghi classici e prospettive contemporanee su politica e potere*, in Id. (a cura di), *Ricerche politiche*, il Saggiatore, Milano 1982.
- Bovero, M., *Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución*, in P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México 2006.
- Bovero, M., *Politica e artificio. Sulla logica del modello giusnaturalistico*, in «Materiali filosofici», 1981, n. 6.
- Bracton, H. *De legibus et consuetudinibus Angliae* (1235), G. E. Woodbine (eds.), Harvard University Press, Cambridge 1968.
- Bulygin, E., *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini, G. B. Ratti, Giuffrè, Milano 2007.
- Caffè, F., *Il governo fa l'ingenuo, l'opportunismo è di rigore* (1980), in Id., *Scritti quotidiani*, Manifestolibri, Roma 2007.
- Calamandrei, P., *Fede nel diritto*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- Calamandrei, P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, Introduzione alla seconda edizione di F. Ruffini, *Diritti di libertà*, La Nuova Italia, Firenze 1975.
- Calvino, I., *I nostri antenati*, Einaudi, Torino 1960.
- Carcattera, G., *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano 1969.
- Carpi, D., *The concept of equity. An interdisciplinary assessment*, Winter, Heidelberg 2007.
- Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino 1994.
- Celano, B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, il Mulino, Bologna 1999.
- Cerri, A., *Eguaglianza (Principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1994.
- Cerri, A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1976.
- Cerri, A., *L'eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2005.
- Chiassoni, P., *L'utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2005.
- Chiodi, G. M., *Equità: la categoria regolativa del diritto*, Guida, Napoli 1989.
- Chiodi, G. M., *Equità: la regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino 2000.

- Cicerone, *De legibus*, tr. it. Zanichelli, Bologna 1972.
- Cicerone, *De officiis*, tr. it. Rizzoli, Milano 2002.
- Ciulei, G., *L'équité chez Ciceron*, Hakkert, Amsterdam, 1972.
- Cohen, J., *Moral pluralism and political consensus*, in D. Copp, D. Zimmerman (eds.), *Morality, reason and truth*, Rowman Allanheld, Totowa 1984.
- Cohen, M., *Reason-Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads*, in «Columbia Journal of European Law», 14, 2, 2008.
- Comanducci, P., 'Uguaglianza': una proposta neo-illuminista, in «Analisi e diritto», 2001.
- Comanducci, P., *Problemi di compatibilità fra i diritti fondamentali*, «Analisi e diritto», 2002-2003.
- Conte, A. G., *Materiali per una tipologia delle regole*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 15, 1985.
- Costa, P., *Lo stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2003.
- Cottino, A., «Disonesto ma non criminale». *La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma 2005.
- Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, *Introduzione al diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1970.
- D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino 1977.
- D'Agostino, F., *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milano 1973.
- D'Andrea, L., *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.
- d'Avack, L., Riccobono, F., *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli 2004.
- Dahrendorf, R., *Dopo la democrazia* (intervista a cura di A. Polito), Laterza, Roma-Bari 2001.
- de Leonardis, O., *In un diverso welfare. Sogni e incubi* (1998), Feltrinelli, Milano 2002.
- Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999.
- Diderot, D., *Réfutation d'Helvétius* (1773-78), tr. it. *Confutazioni di Helvétius*, in Id. *Scritti politici con le «voci» politiche dell'Encyclopédie*, UTET, Torino 1967.
- Diderot, D., *Tyran* (1751-72), tr. it., *Tiranno*, in Id., *Scritti politici*, cit.

- Dogliani, M., *Articolo 3. Il principio di eguaglianza*, in Neppi Madonna (a cura di), *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano 1995.
- Duby, G., *Les Trois Ordres ou l'imaginaire du féodalisme* (1978), tr. it. *Lo specchio del feudalesimo. Sacerdoti, guerrieri e lavoratori*, Laterza, Roma-Bari 1980.
- Dumézil, G., *Mythe et épopée. L'idéologie des trois fonctions dans les épopées des peuples indo-européens* (1968), tr. it. *Mito e epopea. La terra alleviata. L'ideologia delle tre funzioni nelle epopee dei popoli indoeuropei*, Einaudi, Torino 1982.
- Dworkin, R., *Law's Empire* (1986), tr. it. *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano 1989.
- Dworkin, R., *Taking rights seriously* (1977), tr. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982.
- Dworkin, R., *What is equal? Part 1: Equality of Welfare* (1981), in Id., *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2002.
- Dworkin, R., *What is equal? Part 2: Equality of Resources* (1981), in Id., *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, cit.
- Erodoto, *Storie*, tr. it. Mondadori, Milano 2000.
- Eschilo, *Eumenidi*, tr. it. Mondadori, Milano 1995.
- Esiodo, *Le opere e i giorni*, tr. it. Rizzoli, Milano 1998.
- Esiodo, *Teogonia*, tr. it. Rizzoli, Milano 2004.
- Esposito, C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana – Saggi*, CEDAM, Padova 1953.
- Esposito, C., *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, in «Giurisprudenza costituzionale» Anno III, n. 3-4, 1958.
- Euripide, *Supplici*, tr. it. Mondadori, Milano 1995.
- Ferejohn, J., P. Pasquino, *The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers*, in «I.con», 2004, 2.
- Ferrajoli, L., *Democrazia e paura. L'illusione della sicurezza*, in M. Bovero, V. Pazé (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari 2010.
- Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali*, cit.
- Ferrajoli, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1998.
- Ferrajoli, L., *Il diritto come sistema di garanzie*, in «Ragion pratica», 1993.
- Ferrajoli, L., *Intorno a Principia iuris. Risposta a Pier Paolo Portinaro, a Michelangelo Bovero e a Valentina Pazé*, in corso di pubblicazione sul n.3/2009 di «Teoria politica».

- Ferrajoli, L., *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in «Democrazia e diritto», 1993, n. 2.
- Ferrajoli, L., *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazione*, Anabasi, Milano 1995.
- Ferrajoli, L., *Lo stato di diritto fra passato e futuro*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit.
- Ferrajoli, L., *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007.
- Ferrajoli, L., *Rappresentanza politica e organicismo para-democratico*, in «Democrazia e diritto», 2003, n. 3.
- Ferrara, A., *Giustizia e giudizio*, Laterza, Roma-Bari 2000.
- Finley, M. I., *Democracy Ancient and Modern* (1973), tr. it. *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Laterza, Roma-Bari 1973.
- Fraenkel, E., *The Dual State* (1941), tr. it., *Il doppio stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Einaudi, Torino 1983.
- France, A., *Les dieux ont soif* (1912), tr. it. *Gli dei hanno sete*, Einaudi, Torino 1975.
- Fraser, N., Honneth, H., *Redistribution or recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, London 2003.
- Galli, C., *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna*, Laterza, Roma-Bari 2009.
- Garzón Valdés, E., *¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?* (2000), tr. it., *Può la ragionevolezza essere un criterio di correttezza morale?*, in Id., *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto*, il Mulino, Bologna 2003.
- Garzón Valdés, E., *Las limitaciones jurídicas del soberano*, in Id., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.
- Gastaldi, S., *Dikaion/dikaiosyne*, in M. Vegetti (a cura di), *La Repubblica di Platone*, Vol. I, Bibliopolis, Napoli 1998.
- Ghera, F., *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova 2003.
- Gianformaggio, L. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E Diciotti, V. Velluzzi, Giappichelli, Torino 2008.
- Gianformaggio, L., *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino 1995.
- Gianformaggio, L., *La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione*, in «Analisi e diritto» 1994.

- Giorgis, A., *La costituzionalizzazione dei diritti dell'eguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli 1999.
- Giovenale, *Satire*, tr. it. Garzanti, Milano 1996.
- Gometz, G., *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Ets, Pisa 2008.
- Gross, O., *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 2002.
- Guastini, R., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995.
- Guastini, R., *Implementing the Rule of Law*, in «Analisi e diritto», 2001.
- Guastini, R., *La costituzione come limite alla legislazione*, in «Analisi e diritto» 1998.
- Guastini, R., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Giappichelli, Torino 2002.
- Guastini, R., *Sostiene Baldassarre*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2/2007.
- Guastini, R., *Sovranità*, in Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, Torino 2006.
- Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998.
- Guastini, R., *Tre problemi di definizione*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit.
- Gutmann, A., Thompson, D., *Democracy and disagreement*, Harvard University Press, Cambridge 1996.
- Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), tr. it. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma 2001.
- Habermas, J., *Die Moral der Weltbilder – Vernunft und Wahrheit in Rawls politischem Liberalismus?*, tr. it. *L'insostenibile contingenza della giustizia*, in «Micromega», 5, 1996.
- Habermas, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates* (1992), tr. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano 1996.
- Habermas, J., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* (1983), tr. it. *L'etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari 1985.
- Habermas, J., *Recht und Moral* (1986), tr. it. *Diritto e morale*, in Id., *Morale, Diritto e Politica*, Edizioni di Comunità, Torino 2001.
- Habermas, J., *Reconciliation through the public use of reason: Remarks on John Rawls's Political liberalism* (1995), tr. it. *Per la critica del liberalismo politico di John Rawls*, in «Almanacco di Filosofia – Micromega», 1996.

- Hamilton, A., Madison, J., Jay, J., *The Federalist* (1788), tr. it., *Il federalista*, il Mulino, Bologna 1997.
- Hare, R. M., *Sorting Out Ethics* (1997), tr. it. *Scegliere un'etica*, il Mulino, Bologna 2006.
- Hare, R. M., *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point* (1981), tr. it. *Il pensiero morale. Livelli, metodi, scopi*, il Mulino, Bologna 1989.
- Hare, R. M., *The Language of Morals* (1952), tr. it. *Il linguaggio morale*, Ubaldini, Roma 1968.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law* (1961), tr. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002.
- Hawkins, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford 2002.
- Hearn, W. E., *The Government of England: Its Structure and Its Development*, George Robertson, Melbourne 1867.
- Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), tr. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999.
- Hegel, G. W. F., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (1832), tr. it. *Lezioni di storia della filosofia*, La Nuova Italia, Roma 1967.
- Hobbes, Th., *A Dialogue Between A Philosopher And A Student Of The Common Laws Of England* (1666), tr. it. *Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune in Inghilterra*, in Id., *Opere politiche*, UTET, Torino 1988.
- Hobbes, Th., *Behemoth, or The Long Parliament* (1668), tr. it. *Behemoth, ovvero il Lungo Parlamento*, Laterza, Roma-Bari 1979.
- Hobbes, Th., *De cive* (1642), tr. it. in Id., *Opere politiche*, cit.
- Hobbes, Th., *Leviathan* (1651), tr. it. *Leviatano*, Editori Riuniti, Roma 1998.
- Holmes jr., O. W., *The Common Law* (1881), Barnes and Noble, New York 2004.
- Holmes, S., *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (1995), tr. it. *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale*, Edizioni di Comunità, Torino 1998.
- Holmes, S., Sunstein, C., *The Cost of Rights* (1999), tr. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino, Bologna 2000.
- Holmes, S., *The Anatomy of Antiliberalism* (1993), tr. it. *Anatomia dell'antiliberalismo*, Edizioni di comunità, Torino 1995.
- Hume, D., *A Treatise of Human Nature* (1739), tr. it. *Trattato sulla natura umana*, in Id., *Opere*, Laterza, Roma-Bari 1971.
- Isocrate, *Areopagitico*, tr. it. Canova, Treviso 2002.

- Itzcovich, G., *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 31/2, 2001.
- Itzcovich, G., *Sulla metafora del diritto come macchina*, in «Diritto e questioni pubbliche», 9/2009.
- Jefferson, Th., *To John Adams*, October 28th 1813, in M. D. Peterson (eds.), *The Political Writings of Thomas Jefferson*, The University of North Carolina Press, 2002.
- Jellamo, A., *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Donzelli, Roma 2005.
- Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre* (1900), tr. it. *La dottrina generale del diritto dello stato*, Giuffrè, Milano 1949.
- Jori, M., *Razionalità e ragionevolezza del diritto*, in «Sociologia del diritto», 2, 1975.
- Junius Brutus [P. Duplessis-Mornay, H. Languet], *Vindiciae contra tyrannos* (1597), tr. it. La Rosa, Torino 1994.
- Kalyvas, A., *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Kant, I., *Die Metaphysik der Sitten* (1797), tr. it. *Metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 2001.
- Kant, I., *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (1793), tr. it. *La religione nei limiti della semplice ragione*, Chiantore, Torino 1943.
- Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), tr. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1997.
- Kant, I., *Kritik der reinen Vernunft* (1787), tr. it. *Critica della ragion pura*, Adelphi, Milano 1995.
- Kant, I., *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), tr. it. *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002.
- Kantorowicz, H., *Bractonian problems*, Jackson, son & Co., Glasgow 1941.
- Kelsen, H., *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts* (1920), tr. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano 1989.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre* (1934), tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000.
- Kelsen, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), tr. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, il Mulino, Bologna 1998.
- La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati – Segretariato generale, Roma 1971.

- La Torre, M., *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari 2006.
- La Torre, M., Spadaro A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit.
- Laclau, E., *On Populist Reason* (2005), tr. it. *La ragione populista*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- Lecaldano, E., *Etica*, UTET, Torino 1995.
- Leibniz, G. W., *La notion commune de la justice* (1703), tr. it. *La nozione comune di giustizia*, in Id., *Scritti politici e di diritto naturale*, UTET, Torino 1951.
- Leibniz, G. W., *Primae veritates* (1686), tr. it. *Verità prime*, in Id. *Discorso di metafisica – Verità prime*, Rusconi, Milano 1999.
- Leibniz, G. W., *Si la justice est arbitraire* (1703), tr. it. *Se la giustizia sia arbitraria*, in Id., *Scritti politici e di diritto naturale*, cit.
- Levêque, P., Vidal-Naquet, P., *Clisthene l'Athenien: essai sur la representation de l'espace et du temp dans la pensée politique grecque de la fine du VI siecle à la mort de Platon*, Les Belles Lettres, Paris 1964.
- Lifante Vidal, I., *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, in «Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho», 25, 2002.
- Lloyd, S. A., *Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes. Cases in the Law of Nature*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Lobel, J., *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, in «Yale Law Journal», 1989, 98.
- Locke, J., *A Letter Concerning Toleration* (1689), tr. it. *Lettera sulla tolleranza*, in Id., *Scritti sulla tolleranza*, UTET, Torino 1977.
- Locke, J., *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), tr. it. *Saggio sull'intelletto umano*, Utet, Torino 1971.
- Locke, J., *Second Tract of Government* (1689), tr. it. *Secondo trattato sul governo*, in Id. *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, UTET, Torino 1982.
- Lundstedt, V., *Law and Justice*, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1952.
- Luther, J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino 1997.
- MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory* (1994), tr. it. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 2001.
- MacCormick, N., *On reasonableness*, in C. Perelman, R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles 1984.
- MacCormick, N., *Reasonableness and objectivity*, in «Notre Dame Law Review», 1999, Vol. 74, n. 5.

- Machiavelli, N., *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1517), Einaudi, Torino 2000.
- Machiavelli, N., *Il Principe* (1532), Einaudi, Torino 1995.
- Machiavelli, N., *Sentenze diverse*, in Id. *Opere*, VII, *Il teatro e tutti gli scritti letterari*, Feltrinelli, Milano 1965.
- MacMahon, C., *Reasonable Disagreement. A Theory of Political Morality*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Magri, T., *Saggio su Thomas Hobbes. Gli elementi della politica*, Il Saggiatore, Milano 1982.
- Maitland, F. W. (eds.), *Bracton's Note Book* (1887), William S. Hein & Co., Buffalo 1999.
- Maitland, F. W., *Equity: A Course of Lectures* (1909), tr. it. *L'equità*, Giuffrè, Milano 1979.
- Maniaci, G. (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano 2006.
- Maniaci, G., *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino 2008.
- Manzoni, A., *I promessi sposi* (1842), Mondadori, Milano 1995.
- Marazzita, G., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano 2003.
- Marramao, G., *Sovranità*, in G. Zaccaria (a cura di), *Lessico della politica*, Edizioni Lavoro, Roma 1983.
- Marshall, G., *Notes on the Rule of Equal Law*, in J. R. Pennock and J. W. Chapman (eds.), *Nomos IX: Equality*, 1967.
- Marx, K., *Kritik des Gothaer Programms* (1875), tr. it., *Critica al programma di Gotha*, Editori Riuniti, Roma 1990.
- Mastropaolo, A., *La mucca pazza della democrazia*, Bollati Boringhieri, Torino 2005.
- Matteucci, N., *Sovranità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, cit.
- Mazzarese, T., *Principio d'eguaglianza e diritti fondamentali: una (ri)lettura dell'articolo 3 della costituzione*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, cit.
- McIlwain, C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna 1990.

- Mény, Y., Surel, Y., *Par le peuple, pour le peuple* (2000), tr. it. *Populismo e democrazia*, il Mulino, Bologna 2004.
- Merkel, N., *Filosofia del populismo*, Laterza, Roma-Bari 2009.
- Meyer, A., *Mechanische und organische Metaphorik politischer Philosophie*, in «Archiv für Begriffsgeschichte», 13, 1969.
- Michelman, F., *Brennan and democracy* (1999) tr. it., *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Edizioni Dedalo, Bari 2004.
- Michelman, F., *Law's Republic*, in «The Yale Law Journal», 1988, 97.
- Miers, D., Twining, W., *How to do things with rules: a primer of interpretation* (1976), tr. it. *Come fare cose con le regole*, Giuffrè, Milano 1990.
- Mill, J. S., *Considerations on Representative Government* (1861), tr. it. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Editori Riuniti, Roma 1997.
- Miller, W. I., *Eye for an Eye*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Mindus, P., *Nostalgia per Cincinnato? Elementi per una fenomenologia dell'emergenza*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 2, 2007.
- Modugno, F., *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, Giappichelli, Torino 2008.
- Modugno, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007.
- Modugno, F., *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale scientifica, Napoli 2009.
- Mohnhaupt, H., Grimm, D., *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* (1995), tr. it. *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, Carocci, Roma 2008.
- Montani, P. (a cura di), *Antigone e la filosofia. Hegel, Holderlin, Kierkegaard, Heidegger, Bultrmann, Donzelli*, Roma 2001.
- Montesquieu, C. L. de S., *De l'esprit des lois* (1748), tr. it. *Lo spirito delle leggi*, in Id., *Opere*, UTET, Torino 1952.
- Morgan, G., *Images of Organization* (1986), tr. it. *Images. Le metafore dell'organizzazione*, FrancoAngeli, Torino 1995.
- Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001.
- Moscarini, A., *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Giappichelli, Torino 1996.
- Nagel, Th., *Equality and Partiality* (1991), tr. it. *I paradossi dell'eguaglianza*, il Saggiatore, Milano 1993.
- Newman, R. A. (eds.), *Equity in the World's Legal System*, Edinburgh University Press, Edinburg 1974.

- Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia* (1974), tr. it. *Anarchia, stato e utopia*, Il Saggiatore, Milano 2000.
- Núñez Vaquero, A., *La teoria dell'interpretazione giuridica di Luigi Ferrajoli*, <http://www.giuri.unige.it/corsistudio/dottdiritto/documents/nunez.doc>.
- Oppenheim, F. E., *Uguaglianza*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, cit.
- Ost, F., *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique* (2004), tr. it. *Mosè, Eschilo, Sofocle. Alle origine dell'immaginario giuridico*, il Mulino, Bologna 2007.
- Päivänsalo, V., *Balancing reasonable justice. John Rawls and crucial steps beyond*, Ashgate Publishing Company, Aldershot 2007.
- Pajno, S., Verde, G. (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto. Atti del seminario di Palermo dell'11 febbraio 2002*, Giappichelli, Torino 2004.
- Paladin, L., *Il principio di eguaglianza*, Giuffrè, Milano 1965.
- Paladin, L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Giuffrè Milano 1997.
- Pazé, V., *Democrazia e populismo*, in «Nuvole», 2009, n. 40.
- Perelaman, C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Sirey, Paris 1978.
- Perelman, C., *De la justice* (1945), tr. it. *La giustizia*, Giappichelli, Torino 1959.
- Perelman, C., *Droit, morale et philosophie* (1968) tr. it., *Diritto, morale e filosofia*, Guida Editori, Napoli 1973.
- Perelman, C., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (1958), tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino 2001.
- Petrucciani, S., *Giustificare la giustizia: la prospettiva dialogica*, in M. Borrelli, M. Kettner (a cura di), *Filosofia trascendentalpragmatica. Transzendentalpragmatische Philosophie*, Pellegrini, Cosenza 2007.
- Petrucciani, S., *Introduzione a Habermas*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- Pindaro, *Olimpiche*, tr. it. Rizzoli, Milano 2004.
- Pinna Parpaglia, P., *Aequitas in libera republica*, Giuffrè, Milano 1973.
- Pinna Parpaglia, P., *Aequitas romana ed Epieikeia aristotelica nella dottrina romanistica*, Gallizzi, Sassari 1969.
- Pintore, A., *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003.
- Pizzorusso, A., *Che cos'è l'eguaglianza*, Editori riuniti, Roma 1983.
- Platone, *Leggi*, tr. it. Rizzoli, Milano 2005.
- Platone, *Politico*, tr. it. Rizzoli, Milano 2005.

- Platone, *Repubblica*, tr. it. Rizzoli, Milano 2006.
- Platone, *Teeteto*, tr. it. Laterza, Roma-Bari 1999.
- Plotino, *Enneadi*, tr. it. Bompiani, Milano 2000.
- Poggi, F., *Il diritto meccanico. La metafora del diritto come macchina e i suoi limiti*, in «Diritto e questioni pubbliche», 9/2009.
- Polibio, *Storie*, Rizzoli, Milano 2002.
- Portinaro, P. P., *Sovranità*, in R. Esposito e C. Galli, *Enciclopedia del pensiero politico*, Laterza, Roma-Bari 2000.
- Portinaro, P. P., *Stato*, il Mulino, Bologna 1999.
- Portinaro, P. P., *Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all'unificazione europea*, in «Teoria politica», Anno XXI, n. 1/2005.
- Portinaro, P. P., *Il realismo politico*, Laterza, Roma-Bari 1999.
- Proudhon, P. J., *De la justice dans la révolution et dans l'Église* (1858), tr. it. *La giustizia nella Rivoluzione e nella Chiesa*, UTET, Torino 1868.
- Quaglioni, D., *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari 2004.
- Radbruch, G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), tr. it. *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in A. G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Iori (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2002.
- Ramraj, V. (edited by), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Rawls, J., *A Theory of Justice* (1971), tr. it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982.
- Rawls, J., *Political Liberalism* (1993), tr. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino 1999.
- Rawls, J., *Reply to Habermas* (1995), tr. it. *Risposta a Jürgen Habermas*, in «Almanacco di Filosofia – Micromega», 1996.
- Rawls, J., *The Idea of Public Reason Revisited* (1997), tr. it. *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, in Id. *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino 2001.
- Raz, J., *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford 1979.
- Reale, M., *La difficile eguaglianza. Hobbes e gli animali politici: passioni, morale, socialità*, Editori Riuniti, Roma 1991.
- Redondo, M. C., *Ragioni e norme*, in «Ragion pratica», 25, dicembre 2005.
- Remotti, F., *Contro natura. Una lettera al papa*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- Revelli, M., *La politica perduta*, Einaudi, Torino 2003.

- Revelli, M., *Sinistra e destra. L'identità smarrita*, Laterza, Roma-Bari 2007.
- Ricciardi, M., *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, ETS, Pisa 2008.
- Riedel, M., *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Rombach, Freiburg 1972-74.
- Ritter, G., *Die Dämonie der Macht* (1947), tr. it. *Il volto demoniaco del potere*, il Mulino, Bologna 1968.
- Rorty, R., *The Priority of Democracy to Philosophy* (1988), tr. it., *La priorità della democrazia sulla filosofia*, in G. Vattimo (a cura di), *Filosofia '86. Secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari 1987;
- Rosenfeld, M., *Affirmative action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven 1991.
- Ross, A., *On Law and Justice* (1959), tr. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 1990.
- Ross, A., *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961), tr. it. *Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, il Mulino, Bologna 1982;
- Rossano, C., *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 1966.
- Rossiter, C., *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton 1948.
- Rousseau, J. J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), tr. it. *Discorso sull'origine dell'ineguaglianza fra gli uomini*, Editori Riuniti, Roma 2002.
- Rousseau, J. J., *Du contrat social* (1762), tr. it. *Il contratto sociale*, Laterza, Roma-Bari 1997.
- Ruggeri, A., *Il «diritto ragionevole» e la teoria della Costituzione*, in Id., *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti. VII. Studi dell'anno 2003*, Giappichelli, Torino 2004.
- Sachs, B., *Whose reasonableness counts?*, in «The Yale Law Journal», Vol. 107, n. 5.
- Saint-Bonnet, F., *L'Etat d'exception*, Puf, Paris 2001.
- Sartori, G., *Ingegneria costituzionale comparata*, il Mulino, Bologna 1995.
- Sartori, G., *The Theory of Democracy Revisited*, Chatam House Publisher, Chatam (NJ) 1987.
- Sassoferrato, B. da, *De tyranno*, in D. Quaglioni, *Politica e diritto nel Trecento italiano: il De tyranno di Bartolo da Sassoferrato, 1314-1357*, L. S. Olschki, Firenze 1983.

- Scaccia, G., *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000.
- Scalia, A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, «The University of Chicago Law Review», Vol. 56, No. 4, 1989.
- Scarpelli, U., *Classi logiche e discriminazione dei sessi*, in «Lavoro e diritto» 1988.
- Schiavello, A., *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino, 1998.
- Schiavello, A., *Il diritto è una ragione per l'azione? La 'presunta' svolta convenzionalista del positivismo giuridico contemporaneo*, in «Politica & Società», 1, 2009.
- Schiera, P., *Stato moderno*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, cit.
- Schluchter, W., *Rationalismus der Weltbeherrschung : studien zu Max Weber* (1980), tr. it. *Il paradosso della razionalizzazione. Studi su Max Weber*, Liguori, Napoli 1987.
- Schmitt, C., *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938), tr. it. *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano 1986.
- Schmitt, C., *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921), tr. it. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Roma-Bari 1975.
- Schmitt, C., *Die Tyrannei der Werte* (1979), tr. it. *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano 2008.
- Schmitt, C., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), tr. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, il Mulino, Bologna 1972
- Sibley, W. M., *The rational versus the reasonable*, in «The Philosophical Review», Vol. 62, n. 4.
- Snell, B., *Leben und Meinungen der Sieben Weisen* (1971), tr. it. *I sette sapienti. Vite e opinioni*, Bompiani, Milano 2005.
- Sofocle, *Antigone*, tr. it. Rizzoli, Milano 1997.
- Solone, *Frammenti dell'opera poetica*, tr. it. Rizzoli, Milano 2002.
- Spinoza, B., *Tractatus Politicus* (1675/76), tr. it., *Trattato politico*, Edizioni del Gallo, Roma 1990.
- Steiner, G., *Antigones* (1984), tr. it. *Le Antigoni*, Garzanti, Milano 1990.
- Strauss, L., *On Tyranny: An Interpretation of Xenophon's Hiero* (1948), tr. it., *La tirannide: saggio sul «Gerone» di Senofonte*, Giuffrè, Milano 1968.
- Strauss, L., *The Argument and the Action of Plato's «Laws»* (1975), tr. it. *Le «Leggi» di Platone. Trama e argomentazione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2006.

- Strauss, L., *The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis* (1936), tr. it., *La filosofia politica di Hobbes*, in Id., *Che cos'è la filosofia politica?*, Argalia, Urbino 1977.
- Strauss, L., *Thoughts on Machiavelli* (1978), tr. it. *Pensieri su Machiavelli*, Giuffré, Milano 1970.
- Sunstein, C., *Lochner's Legacy*, in «Columbia Law Review», vol. 87, n. 5.
- Tabacco, R., *Il tiranno nelle declamazioni di scuola in lingua latina*, Accademia delle Scienze, Torino 1985.
- Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffré, Milano 1962.
- Tarello, G., *Su uguaglianza*, in S. Castiglione (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, il Mulino, Bologna 1989.
- Tocqueville, A. de, *De la démocratie en Amérique* (1835-40), tr. it. *La democrazia in America*, in Id., *Scritti politici*, vol. II, UTET, Torino 1991.
- Treu, T., *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Commento alla sentenza*, in «Lavoro e diritto» 1988.
- Tuccari, F., *Capi, élites, masse. Saggi di storia del pensiero politico*, Laterza, Roma-Bari 2002.
- Turchetti, M., *Tyrannie et tyrannicide de l'antiquité à nos jours*, PUF, Paris 2001.
- Tuzet, G., *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, Giappichelli 2006.
- Tuzet, G., *Sul possibile moto della macchina*, in «Diritto e questioni pubbliche», 9/2009.
- Vegetti, M., *Il problema della giustizia nella Repubblica di Platone*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Platone*, FrancoAngeli, Torino 2008.
- Vegetti, M., *Quindici lezioni su Platone*, Einaudi, Torino 2003.
- Vernant, J. P., *Entre mythe et politique* (1996), tr. it. *Tra mito e politica*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1998.
- Vernant, J. P., *Mythe et pensée chez les Grecs. Etudes de psychologie historique* (1965), tr. it. *Mito e pensiero presso i greci*, Einaudi, Torino 1978.
- Vitale, E., *Dal disordine al consenso. Filosofia e politica in Thomas Hobbes*, FrancoAngeli, Milano, 1994.
- Vitale, E., *Fine della modernità politica?*, in «Iride», XX, n. 52, settembre-dicembre 2007.
- Vitale, E., *Hobbes e Kant*, Giappichelli, Torino, 1993.
- Vitale, E., *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma-Bari 2000.

- Vitale, E., *Platone, Aristotele, Machiavelli*, Giappichelli, Torino, 1989.
- Vogler, C., *Reasonably Vicious*, Harvard University Press, Cambridge 2002.
- Warrender, H., *The Political Philosophy of Hobbes, His Theory of Obligation* (1957), *Il pensiero politico di Hobbes*, Laterza, Roma-Bari 1974.
- Watkins, J., *Hobbes's System of Ideas* (1965), Gover, Aldershot 1989.
- Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it. *Economia e società*, Edizioni di comunità, Torino 1961.
- Westen, P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton (NJ) 1990.
- Williams, B., *The Idea of Equality* (1973), tr. it. *L'idea di eguaglianza*, in I. Carter (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2001.
- Wittgenstein, L., *Philosophische Untersuchungen* (1953), tr. it. *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino 1967.
- Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-Philosophicus* (1922), tr. it. Einaudi, Torino 1989.
- Wolfe, C., *Natural Law Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Wolin, S., *Democracy Incorporated*, Princeton University Press, Princeton (NJ) 2008.
- Wolin, S., *Legitimation, Method and the Politics of Theory*, in «Political Theory», Vol. 9, n. 3, 1981.
- Wolin, S., *Politics and Vision: Continuity and Innovation in Western Political Thought* (1960), tr. it. *Politica e visione. Continuità e innovazione nel pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996.
- Yew-Kwang Ng, *Efficiency, Equality, and Happiness: On the Ethical Foundation of Public Policy*, <http://ssrn.com/abstract=129008>.
- Young, M., *The Rise of the Meritocracy, 1870–2033: An Essay on Education and Equality* (1958), tr. it. *L'avvento della meritocrazia 1870–2033*, Edizioni di Comunità, Milano 1962.
- Young, S. (eds), *Reasonableness in Liberal Political Philosophy*, Routledge, London 2008.
- Young, S., *Divide and conquer: Separating the reasonable from unreasonable*, in «Journal of Social Philosophy», Vol. 32.
- Young, S., *Rawlsian reasonableness: A problematic presumption?*, in *Canadian Journal of Political Science*, 2006, Vol. 39, n. 1.

Young, S., *The (un)reasonableness of rawlsian rationality*, in «South African Journal of philosophy», Vol. 24, n. 4, 2005.

Zagrebelsky, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992.

Zagrebelsky, G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino 2009.

Zagrebelsky, G., *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008.

Zagrebelsky, G., *Sul giudizio di uguaglianza e di giustizia. A proposito del contributo di Livio Paladin*, in «Quaderni costituzionali», a. XXII, n. 1, marzo 2002.

Zagrebelsky, G., *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit.

Zorzetto, S., *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano 2008.