

Capitolo I

Proporzionalità come categoria di teoria generale. Il legame genetico fra uguaglianza e proporzione

SOMMARIO: 1. *Proporzione* come *metodo* di analisi sistematica della sussunzione e della ponderazione: morfologia dei rispettivi rapporti giuridici. Proporzionalità come *categoria generale* che travalica le sponde del diritto amministrativo. Valore relativo delle nozioni rispetto all'*humus* nei diversi contesti storici e geopolitici di appartenenza. L'etimologia come chiave preliminare di lettura dei concetti e delle nozioni dai quali prende avvio la ricerca. – 2. *Ius* e *diritto*: A) rapporto proiettato *verticalmente* fra “*ius iussum*” e “*ius iustum*” nella relazione fra chi esercita il potere e chi ne è destinatario, nonché fra regola dettata dall'alto e contesto fattuale che, apprezzato dal basso, ne fonda l'applicazione. Richiami al giusnaturalismo e al giuspositivismo. Il mito della neutralità assoluta del giudice. Equilibrio e sintesi fra testo e contesto normativo. – 3. (*Segue*): B) rapporto proiettato *orizzontalmente* nella relazione fra i singoli destinatari della regola giuridica. Diritto come *linearità* nell'applicazione della regola stessa. Uguaglianza come “*regola delle regole*” (o “*regola ordinatrice*”) di quel rapporto orizzontale. – 4. Uguaglianza *formale* e *sostanziale*: *misura* del diverso trattamento giuridico a due o più soggetti destinatari di una stessa regola. Meritocrazia ed egualitarismo. I fondamenti delle diverse concezioni dogmatiche. – 5. *Proporzione* come metodo distributivo dell'uguaglianza in ragione delle diverse posizioni assunte. *Proporzione* nelle scienze esatte e meno esatte: dalla simmetria all'armonia. Proporzione nelle concezioni arcaiche di giustizia. Nozioni di *uguaglianza aritmetica* e di *uguaglianza geometrica*. Concetto elastico di *spettanza* nei vari settori giuridici: esempi attuali. – 6. Primi riferimenti di Giandomenico Romagnosi al *principio di proporzionalità* nel diritto amministrativo italiano preunitario e il suo oblio come categoria giuridica autonoma. Proporzione come fondamento primario del sistema costituzionale di ogni democrazia: il suo *legame genetico* con l'uguaglianza. Stimoli e sollecitazioni allo studio dei livelli e delle categorie della *proporzione* nei vari settori giuridici, ma nell'ambito di uno stesso quadro sistematico generale. Transizione all'analisi successiva.

1. Proporzione come metodo di analisi sistematica della sussunzione e della ponderazione: morfologia dei rispettivi rapporti giuridici. Proporzionalità come categoria generale che travalica le sponde del diritto amministrativo. Valore relativo delle nozioni rispetto all'*humus* nei diversi contesti storici e geopolitici di appartenenza. L'etimologia come chiave preliminare di lettura dei concetti e delle nozioni dai quali prende avvio la ricerca

Mutando prospettiva uno stesso fenomeno può apparire diverso o perfino opposto: ad esempio *concavo* o *convesso*¹. Ma i modi diversi od opposti di percepirlo possono risultare tutti a loro volta ugualmente proporzionati e verosimili col variare dei punti di vista.

La proporzione esprime in astratto un valore universale, ma si concretizza assumendo assetti differenziati a seconda delle coordinate di correlazione soggette a variare da un contesto all'altro. Nelle scienze giuridiche essa si realizza col ricorso sistematico al suo naturale strumento applicativo: il *principio di proporzionalità*. Ma come accade per ogni oggetto di studio che pone l'uomo al centro dell'indagine, anche per ogni branca del diritto la sua applicazione si rivela instabile. Muta in ragione dei diversi contesti operativi, con conseguente alterazione dei rapporti ad essi correlati.

Questi margini di instabilità devono essere inquadrati e classificati col supporto di ipotesi tratte dalla legislazione, dalla giurisprudenza, dalla prassi giuridica comune. L'osservazione di casi specifici accaduti in Italia e in altri Paesi europei ed extraeuropei mostrerà come essi siano forieri di incertezza giuridica, tuttavia contenibile in margini accettabilmente ristretti a condizione che, nel fissare le coordinate della proporzione, si ottemperi a regole che offrano all'interprete chiavi omogenee di lettura sistematica della realtà fattuale.

Proporzione e proporzionalità costituiscono dunque il *metodo* di questo studio che ha ad oggetto l'applicazione del diritto mediante lo svolgimento integrato di due funzioni essenziali nella determinazione proporzionata di ogni singolo rapporto giuridico:

¹ A questa osservazione è intitolata la litografia dell'Artista olandese Maurits Cornelis ESCHER "Concavo e convesso" (1955) rappresentata sul frontespizio del libro.

I. la qualificazione dei fatti da assumere (*sussumere*) come premesse alla applicazione di regole giuridiche astratte (clausole generali);

II. la ponderazione degli interessi, nonché dei valori e dei principi ad essi riferibili, che emergono dalla fattispecie reale, per i quali si pone un obbligo di bilanciamento.

Dottrina e giurisprudenza tedesche costituiscono *esperienze pilota* nello studio della proporzione. Esse si sono evolute e maturate trasferendosi all'ordinamento comunitario e propagandosi col suo tramite a quelli dei singoli Paesi membri. Nella molteplicità di queste esperienze l'analisi interesserà vari settori del diritto amministrativo², ma si estenderà ad altre discipline giuridiche con ampia dilatazione del tradizionale campo visivo. Proporzione e proporzionalità non rimarranno dunque circoscritte all'analisi dell'amministrazione pubblica (nei due versanti dell'attività e dell'organizzazione³), ma si propagheranno all'intero assetto giuridico delle singole esperienze prese in considerazione.

L'impostazione della ricerca preordina e prefigura i suoi sviluppi sistematici per due motivi.

Il primo è che la proporzionalità, sebbene non sia esplicitamente menzionata nelle Costituzioni dei singoli Stati, viene riconosciuta con forza crescente in taluni ordinamenti – ad iniziare da quello tedesco – come un principio di rilevanza costituzionale. Il processo di costituzionalizzazione, in fase di consolidamento nello scenario europeo, conferisce alla proporzionalità stessa valore nodale poiché imposta ai legislatori nazionali specie in applicazione del diritto comunitario.

² Vale appena rammentare come il principio di proporzionalità abbia avuto *accesso ufficiale* nell'ordinamento amministrativo italiano a seguito dell'emanazione della nuova disciplina dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 introdotta dalla legge n. 15 del 2005, a norma della quale sono stati recepiti nel nostro ordinamento tutti i principi dell'ordinamento comunitario (quindi anche il principio in parola). Delle problematiche di diritto amministrativo interno che si sono aperte a seguito della riforma – specie con riferimento al quesito su cosa sia *tangibilmente* cambiato nella rilevazione attuale del *vizio di sproporzione* rispetto a come esso è stato storicamente rilevato nell'ambito della sintomatologia del vizio di eccesso di potere – mi occuperò diffusamente in fase più avanzata del lavoro, *infra*, cap. III, parr. 2, 3, 4; cap. V, par. 7.

³ Limitatamente al diritto amministrativo occorre rammentare come lo studio della proporzionalità non possa essere limitato e circoscritto all'attività, ma – laddove è possibile stabilire un nesso di causalità – debba essere esteso anche all'organizzazione dalla quale dipende la qualità dell'attività stessa conformemente allo schema fissato dall'art. 97 della nostra Costituzione.

Il secondo motivo, connesso al primo, è che applicando le categorie della proporzione alle leggi, vale a dire alle norme primarie regolatrici di una qualunque disciplina, il loro principio applicativo si diffonde in via consequenziale e derivata a tutti i settori del diritto nei quali tali categorie assumono rilievo giuridico.

Solo per richiamare alcune fra le varie ipotesi possibili, oltre al diritto amministrativo (proporzione di una scelta, sia essa autoritativa sia essa consensuale), si può pensare, al diritto penale (proporzione della pena), al diritto tributario (proporzione del tributo), al diritto di famiglia (proporzione dell'assegno di mantenimento al coniuge separato o divorziato) al diritto del lavoro (proporzione della sanzione disciplinare) al diritto processuale (proporzione degli strumenti in dotazione al giudice nello svolgimento delle proprie funzioni, ad esempio guardando all'adeguatezza dei mezzi istruttori, oppure alla congruità delle misure cautelari) e via dicendo.

L'estensione del principio in parola ad ogni settore giuridico dei singoli ordinamenti nazionali implica, già a livello operativo, che proporzione e proporzionalità siano intrinsecamente dotate di rilievo costituzionale. Eppure in Italia tale rilevanza non è stata finora esplicitamente sostenuta⁴, sebbene i giudizi costituzionali di ragionevolezza sulle leggi costituiscano sovente espressione di valutazioni in termini impliciti di proporzione. Ma in termini espliciti il tema nodale del ruolo e del rilievo costituzionale del suo principio applicativo resta da noi sostanzialmente eluso e inesplorato⁵, nonostante l'occasione propizia offerta dall'art. 117, comma 1, della nostra Costituzione⁶.

In sede europea la Corte di Giustizia – in forma analoga a come tradizionalmente avviene in Germania e in altri Paesi ad opera del Giudice costituzionale – applica il principio di proporzionalità previsto dal Trattato⁷ alle leggi dei singoli Stati membri. Infatti il Trattato stesso, non diversamente dalle Costituzioni, sovrasta tali leggi, di guisa che in entrambe le ipotesi appli-

⁴ Non è un caso che il nostro Consiglio di Stato si limiti oggi a qualificare il medesimo come “principio generale dell'ordinamento”: fra tutte, Sez. V, 16 aprile 2006, n. 2087, con nota di D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento* in *Giornale dir. amm.*, n. 10, 2006, p. 1107 ss.

⁵ In merito a questa carenza, *infra*, cap. I, par. 6.

⁶ Mi riferisco evidentemente al richiamo ivi contenuto ai “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario”. Della rilevanza costituzionale del principio di proporzionalità in Italia tornerò ad occuparmi poco oltre.

⁷ Si veda in particolare l'art. 5 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

cative (di diritto costituzionale e/o di diritto europeo) l'effetto è il medesimo: trasmettere e diffondere *verso il basso* il principio di proporzionalità, iniettandolo, veicolandolo e ramificandolo nei vasi sanguigni di ogni disciplina giuridica governata da leggi di diritto interno ed esposta all'obbligo imposto *dall'alto* di applicare quel principio.

In termini più elementari e con riferimento al nostro ordinamento, sia quando la proporzionalità promana dalla fonte costituzionale, sia quando promana da fonti sovranazionali, non si riscontra differenza alcuna nella dinamica della sua trasmissione e diffusione verso il basso, poiché il meccanismo operativo è il medesimo, agendo analogamente su entrambi i versanti.

Meccanismo che prefigura l'impostazione e l'evoluzione di questo studio ispirato al metodo della proporzione come *categoria generale del diritto*, oltre le strette sponde del diritto amministrativo.

* * *

Il metodo prescelto ha valore determinante poiché da esso deriva la rappresentazione del suo oggetto. Trattare un tema senza incorrere in equivoci o in ambiguità postula accettazione delle sue premesse di partenza. Ma per poterle condividere nei contenuti occorre anzitutto condividere i loro significati etimologici.

Movendo da questa premessa fondata sulla condivisione convenzionale del linguaggio, prima che sull'adesione a concetti esprimibili col suo tramite, giova riflettere su come l'approccio alla ricerca giuridica induca spesso erroneamente a considerare in modo stabile ed univoco le nozioni che fondano ogni assioma di partenza. Eppure il loro significato non viene normalmente recepito in termini universali e assoluti, ma parziali e relativi, poiché ascrivibili all'*humus* storico e geopolitico di appartenenza, specie laddove tali nozioni e i concetti a queste correlati nascono, mutano, si alterano nel tempo, seguendo itinerari talvolta ramificati e contorti, assumendo contenuti e significati autonomi, difformi, paralleli, o anche divergenti e perfino opposti.

Da qui l'opportunità di un chiarimento di fondo su nozioni e concezioni che precludono agli sviluppi immediati e mediati dell'analisi in divenire. Se, come sovente accade, il loro uso si rivela ambiguo, polivalente, improprio, è opportuno sul piano metodologico tener conto delle loro origini e della loro progressiva metamorfosi che in ambito spaziale e temporale si è prodotta, traendo spunto dalla loro etimologia nei diversi contesti originari rispetto ai

quali l'evoluzione del linguaggio rappresenta un percorso dinamico e consequenziale di conoscenza.

La lingua è un accumulo ricco di sedimentazioni culturali che favorisce l'approfondimento di ogni oggetto di studio consentendo di penetrarne le radici. La genesi delle parole rende palese la loro cornice originaria chiarendo il dispiegarsi in successione dei significati connessi, in una prospettiva utile a collegare la storia degli istituti con la loro attualità⁸.

L'analisi delle questioni attinenti alla *proporzione* e alla conformazione del suo principio (di proporzionalità) riferito (applicato) ad ogni settore giuridico sollecita alcune puntualizzazioni sulla nozione antica e recente di *diritto*: ad iniziare dalle sue origini latine, per considerare poi i suoi sviluppi riferibili a quelle accezioni cui proporzione e proporzionalità sembrano connettersi strutturalmente.

Affiora infatti la percezione diffusa di una immanente affinità, di una *consanguineità*, fra ciò che risponde a criteri di *giustizia* e ciò che risponde a criteri di *proporzione*. Se così è, quali le ragioni storiche ed attuali? Quali le modalità reali? Quali gli sviluppi immediati e mediati?

Per meglio chiarire i gangli della interconnessione fra quei due criteri è utile introdurre, col supporto di un'analisi etimologica, la questione della duplice proiezione *verticale* e *orizzontale* dei rapporti giuridici rispetto i quali la proporzione opera col suo principio applicativo.

2. *Ius* e *diritto*: A) rapporto proiettato *verticalmente* fra “*ius iussum*” e “*ius iustum*” nella relazione fra chi esercita il potere e chi ne è destinatario, nonché fra regola dettata dall'alto e contesto fattuale che, apprezzato dal basso, ne fonda l'applicazione. Richiami al giusnaturalismo e al giuspositivismo. Il mito della neutralità assoluta del giudice. Equilibrio e sintesi fra testo e contesto normativo

In epoca romana il complesso di regole di una comunità umana era indicato col termine “*ius*”, dal latino “*iubere*”. La regola rappresentava un co-

⁸ Sull'etimologia dei termini giuridici meritano generale richiamo le due seguenti opere: E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, 2001; A.G. CONTE, *Res ex nomine*, Napoli, 2009.

mando (“*iussum*”), un imperativo posto da un potere superiore che doveva essere eseguito dai suoi destinatari o essere ad essi coattivamente applicato dall’autorità preposta.

Ma da “*iubere*” derivano anche l’aggettivo “*iustum*” e il sostantivo “*iustitia*”, che implicano un sentimento morale di *equità*, perfino di *bontà* o di *positività* secondo la celebre definizione di Ulpiano “*ius est ars boni et aequi*”⁹. Un sentimento immanente alla natura dell’uomo in ogni epoca storica, ma mutevole in ragione all’evolversi della cultura, dei valori morali, delle convinzioni religiose, delle tradizioni, delle credenze, degli usi, dei costumi, dei gusti, delle scienze, delle conoscenze, dell’esperienza comune e via dicendo.

Tutto si trasforma, e in questo tutto trasformarsi affiorano valori nuovi e da essi si modellano principi giuridici inediti o applicazioni innovative rispetto alle precedenti. Col variare del contesto si sposta il baricentro dei progressi equilibri, si stabiliscono nuove proporzioni: non solo nell’elaborazione di regole astratte concepite in quanto tali, ma soprattutto nel modo di eseguirle in ragione di un margine flessibile di apprezzamento delle premesse fattuali che ne fondano l’applicazione specifica.

Nelle comunità umane si fronteggiano in ogni epoca e in ogni luogo, seppure in contesti e con schemi applicativi diversi, due concetti distinti, entrambi derivanti dal medesimo ceppo etimologico originario, che scorrono verticalmente lungo le opposte direttrici: dall’alto verso il basso e dal basso verso l’alto. Lungo una direttrice, lo “*ius*” inteso come *obbligo materiale* di conformarsi alla regola dettata dal potere costituito¹⁰ che *dall’alto* ne impone l’esecuzione (“*ius iussum*”); lungo l’altra direttrice, lo “*ius*” inteso invece

⁹ Non solo il comando astratto contenuto nella norma legislativa da applicare, ma anche questo secondo volto della giustizia, sosteneva C. PERELMAN, *Traité de l’argumentation: La nouvelle rhétorique*, Parigi, 1958, orienta il giudice nella decisione del caso concreto. Si manifesta cioè una duplice tendenza a giudicare secondo il dettato normativo e secondo equità. Il primo privilegia la dimensione della certezza del diritto, la seconda si caratterizza piuttosto come *ars boni et aequi*: N. BOBBIO, *Perelman e Kelsen*, in *Diritto e Potere, Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992, p. 11. Per una accurata ricostruzione del pensiero di C. Perelman, v. G. DAMELE, *Chaim Perelman*, in <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Damele-Perelman.pdf>.

¹⁰ In questo contesto la nozione di potere costituito prescinde dalle sue origini e dal suo fondamento giuridico. Sulla distinzione fra potere costituente e potere costituito, di cui si è occupata una copiosa letteratura, fondamentale l’opera di C. SCHMIDT, *Die Diktature*, München-Leipzig, 1921. Essenziale sul tema è altresì la classica elaborazione di E.J. SIEYÈS, *Che cosa è il terzo Stato*, 1789, trad. it., in *Opere e testimonianze politiche. Scritti editi*, I, Milano, 1993.

come *obbligazione morale* di conformarsi alla regola che promana *dal basso*, dal cuore e dalla coscienza degli uomini, conformemente al sentimento di equità dettato dalla percezione comune e diffusa, immanente al diritto naturale (“*ius iustum*”)¹¹.

Sin dalla nascita dello Stato moderno il fronteggiarsi di queste due concezioni di giustizia¹² alimentano la disputa tra *giuspositivisti*¹³ e *giusnaturalisti*.

¹¹ Una efficace ricostruzione dell'avvicinarsi delle due concezioni di giustizia ci è fornito da R.M. PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, 1999, che mette a confronto le varie posizioni sul rapporto legge formale e giustizia sostanziale nei vari periodi storici del pensiero politico riducendole sostanzialmente alle tre seguenti: 1) secondo una prima posizione, le leggi sono sempre giuste e quindi bisogna sempre ubbidirle, perché *ius tum quia iussum*: “Prima del potere, giusto e ingiusto non esistevano, perché la loro natura è relativa al comando e ogni azione, per natura propria, è indifferente. Dunque i re legittimi rendono giuste le cose che comandano con il comandarle, e ingiuste le cose che vietano con il vietarle”: T. HOBBS, *De Cive*, XII, 1, trad. it. a cura di T. Magri, Roma, 1979, p. 183. Coerentemente alla sua teoria dell'assolutismo politico, l'Autore pone il sovrano al di sopra delle leggi che egli stesso crea. Lo Stato, da lui definito come il “*Dio mortale*” è assoluto. In esso i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario sono concentrati nel sovrano stesso. Da questa idea politica deriva la *concezione giuspositivista* secondo la quale unico possibile diritto è la legge del sovrano, che determina il giusto e l'ingiusto. Del pensiero di questo Autore continuerò ad occuparmi nelle note immediatamente successive per l'importanza che assume il suo pensiero nella costruzione delle basi del giuspositivismo; 2) secondo una diversa posizione, le leggi possono essere ingiuste e, in tale ipotesi, sorge il diritto di resistenza (S. Tommaso), per cui il potere corrotto che emana sistematicamente tali leggi va deposto e il popolo deve riprendersi la libertà di iniziativa. Questa concezione è ulteriormente sviluppata da J. LOCKE, *Trattato sul governo*, XIV, p. 168; XVIII, pp. 202-209; 3) secondo una terza posizione, le leggi possono essere ingiuste, ma si deve ciononostante ubbidire ad esse. Questa concezione è affermata da Immanuel Kant per il quale, tuttavia, tale dovere di ubbidienza non esclude la (libertà di) critica, in quanto entrando nello stato civile ognuno rinuncia al diritto di agire di proprio arbitrio, ma non a quello di ragionare e di giudicare. Da qui il seguente invito: “Ragionate pure finché volete, ma ubbidite”. Così I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in *Scritti politici*, trad. it., Torino, 1965, p. 143. Sul punto cfr. N. BOBBIO-M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Torino, 1984, pp. 89-100; I. MANCINI, *Filosofia della prassi*, Brescia, 1986, pp. 345-347.

¹² Sul tema in generale, con particolare riferimento al Cinquecento francese meritano considerazione le riflessioni di J. BODIN, *Les six livres de la République, lib. I, cap. VIII – De la souveraineté*. L'Autore, definito da P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, come “il fondatore della politologia moderna ma anche personaggio immerso nella esperienza pratica del diritto”, osserva quanta sia la “differenza fra il diritto e la legge, il primo registra fedelmente l'equità; la legge, invece, è soltanto comando di un sovrano che esercita il suo potere”.

¹³ Riguardo al *giuspositivismo* merita osservare come l'espressione “*ius positivum*” risalga al filosofo e logico Pietro Abelardo (1079-1142) nella sua opera *Dialogo tra un filosofo*,

un giudeo e un cristiano, scritto un anno prima della sua morte (ristampato in epoca recente da Rizzoli nel 1992), secondo cui con tale espressione si intende “il diritto istituito dagli uomini”. Ma il primo grande esponente del giuspositivismo è lo stesso T. Hobbes che, come ho anticipato nella precedente nota, è il primo grande teorico in epoca assolutistica. Nella sua opera *Dialogo tra un filosofo e uno studioso del diritto comune d’Inghilterra*, 1665-1666, formula così la sua concezione giuspositivista: “*Auctoritas non veritas facit legem*” (“non è la verità, ma è l’autorità a creare la legge”). “Diritto è ciò che colui o coloro i quali detengono il potere sovrano ordinano ai suoi o ai loro sudditi, proclamando in pubblico e in chiare parole quali cose essi possono e quali non possono fare”. L’Autore abbraccia dunque una concezione *formale e imperativistica* del diritto: il diritto è “*comando*” (“*iussum*”), regola la forza ed esiste grazie ad essa. Con Hobbes affiora un importante elemento fondante del giuspositivismo: la relazione tra diritto e forza. Sul punto, si veda HASSO HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Roma-Bari, 2003, p. 133 ss. Se Hobbes getta le basi del giuspositivismo moderno, l’età della codificazione, che sarebbe iniziata il secolo successivo, consoliderà e affermerà definitivamente la stessa concezione giuspositivista con la quale si realizzerà “il monopolio statale nella produzione e nell’applicazione del diritto”. Sul punto, interessanti riflessioni di J.G. BELLEY *L’état et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique*. In *Sociologie et sociétés*, vol. 18 (*Droit et pouvoir, pouvoirs du droit*) 1986, pp. 11-32 e di M. CORSALE, voce *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1983, pp. 1003-1026; ID., *Alcuni nodi teorici del modello pluralistico*, in *Sociologia del diritto*, 1994, 1, pp. 15-29. Dal momento in cui nacquero i primi codici civili (in Prussia nel 1794, in Francia nel 1804, in Austria nel 1811) lo stesso diritto civile finisce col coincidere col relativo codice. In questa prospettiva l’attività giurisdizionale si riduce alla semplice applicazione di norme. In questa fase l’interpretazione letterale rappresenta l’unica forma applicativa della norma, ossia del popolo attraverso il legislatore che lo rappresenta. Questa concezione – detta legalista o normativista – nasce, dunque, dalla progressiva codificazione e tende a far coincidere il diritto con la legge. La dottrina che nel Novecento rielaborerà la concezione giuspositivista è quella del giuspositivismo formalista, il cui massimo rappresentante, Hans Kelsen, enuncerà, come noto, la teoria della validità formale in base alla quale il diritto è prodotto in conformità ad una norma di grado superiore, che stabilisca il modo in cui la norma inferiore debba essere prodotta (*Stufenbau*). L’interrogativo che l’Autore si pone non è quello deontologico su cosa debba essere il diritto, bensì quello ontologico su cosa esso realmente sia. Di tal che, il compito che si prefigge è quello di “liberare la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei”: H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1961, trad. it. di R. Treves del “*Reine Rechtslehre*”, Leipzig-wien, 1934; HASSO HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, cit., *passim*. Da qui la contrapposizione della sua concezione rispetto a quella di E. Ehrlich secondo il quale, invece, sono i fatti a condizionare le norme e non viceversa. Della contrapposizione fra norma e fatto con riferimento al pensiero dei due Autori tornerò ad occuparmi in seguito, *infra*, cap. II, par. 17; cap. III, par. 4. Nel diritto amministrativo nazionale, riguardo all’approccio “normativista” (nonché “sostanzialista”): vedi G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1 ss. Sul rischio che il positivismo degeneri in formalismo, causando l’allontanamento della legge, vedi le importanti osservazioni di I. MARINO, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, in *Dir. dell’economia*, 2005, p. 25 ss.

*listi*¹⁴. Un confronto dagli incerti equilibri e rapporti di forza fra le rispettive teorie c.d. *riduzionistiche del diritto*: su un versante il *modello giusnaturalistico* che riduce la validità a giustizia (*la norma è valida se è giusta*); sul versante opposto il *modello giuspositivistico* che, ribaltando quel rapporto, riduce la giustizia a validità (*la norma è giusta se è valida*)¹⁵.

La contrapposizione ripropone il dilemma ciceroniano sull'ordine col

¹⁴ Le origini del giusnaturalismo risalgono ai sofisti Ippia di Elide e Antifonte di Atene. La concezione giusnaturalista di Aristotele sviluppata nella sua opera *Etica nicomachea* e i contributi successivi della scuola stoica si estesero poi all'antica Roma, influenzando sul pensiero e sull'opera di Marco Tullio Cicerone. Al *giusnaturalismo antico* successe, col trascorrere dei secoli, il *giusnaturalismo scolastico* il cui principale esponente fu, certamente, S. Tommaso D'Aquino e, poi, il *giusnaturalismo moderno* con i grandi contributi fra i quali quello di Thomas Hobbes, di Ugo Grozio, di John Locke, di Murray N. Rothbard, di Jean Jacques Rousseau, di Immanuel Kant e di molti altri illuministi. Per un approfondimento sulle origini del Giusnaturalismo e sulla sua contrapposizione col giuspositivismo, si rinvia a N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965 e a F. DI BLASI, *God and the Natural Law: A Rereading of Thomas Aquinas*, South Bend, 2005. ID., *Natural law and natural rights*, in A.C. Grayling and Andrew Pyle (eds.), *Encyclopedia of British Philosophy*, Bristol, 2006. In epoca contemporanea assume notevole rilievo il pensiero definito da alcuni un pò sommariamente come *postgiusnaturalista*. Merita, al riguardo, particolare attenzione alla tesi sostenuta dal filosofo contemporaneo del diritto Ronald Myles Dworkin che, nel criticare il positivismo giuridico di Herbert Lionel Adolphus Hart, ritiene che il diritto sia costituito da quanto possa scaturire da un'interpretazione costruttiva della storia istituzionale di un sistema giuridico. Il diritto sarebbe, in definitiva, un concetto interpretativo. Il pensiero dell'Autore e la sua analisi critica viene sviluppata complessivamente in due fasi. In una prima fase, R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, (Mass.), 1977 (trad. it. di F. ORIANA, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, pp. 319-322), viene messa in evidenza l'incapacità del giuspositivismo di tener conto della effettiva pratica giudiziaria. Viene in particolare sottolineata l'esistenza di *standard* giuridici utilizzati dai giudici e l'applicazione di principi, che vanno oltre il diritto c.d. *statuito*. In una seconda fase lo stesso R.M. DWORKIN, *Law's Empire*, London, 1986 (*L'impero del diritto*, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, Milano, 1989) in un quadro di sostanziale continuità rispetto alla precedente opera, estende ulteriormente la propria analisi agli aspetti conoscitivo-metodologici del positivismo. Per un approfondimento del pensiero dell'Autore e per una lucida disamina delle tematiche trattate, specie con riferimento alla teoria costituzionalistica come categoria interpretativa del diritto e dei sistemi giuridici contemporanei, si rinvia al pregevole lavoro di G. BONGIOVANNI, *La teoria "costituzionalistica" del diritto di Ronald Dworkin*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, 1999, p. 243.

¹⁵ Ai due criteri della giustizia e della validità si aggiunge anche un terzo criterio, frutto dell'impostazione c.d. *giusrealistica*, secondo cui una norma è valida se è efficace. Sul punto, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993. Più recentemente, A.G. CONTE-P. DI LUCIA-L. FERRAJOLI-M. JORI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, pp. 1-4.

quale impostare il nesso di causalità e il conseguente primato fra le suddette concezioni giuridiche: *iussum quod iustum?* O *iustum quod iussum?* La portata del quesito, la cui attualità rimane tuttora attestata su posizioni dogmatiche antitetiche, si traspone nell'eterna dicotomia fra *giustizia formale* riferibile alla *lettera* della regola da applicare, e *giustizia sostanziale* riferibile alla sua *anima*, nella contingenza del caso, del suo peculiare contesto fattuale e storico-culturale che la esprime, la caratterizza, la orienta nella sua applicazione.

Ogni soluzione applicativa dipende dall'apprezzamento di valori ideali, morali, civili, sociali e politici che, sebbene assoluti nella loro astratta portata, mutano nel tempo e nello spazio in conformità alla loro matrice di appartenenza. Questo vale soprattutto quando i fatti concreti, apprezzati in ragione di quei valori, costituiscono altrettanti presupposti – fondati a loro volta su altrettante presunzioni di verità – volti a legittimare una certa applicazione della regola astratta imposta dall'alto¹⁶. “Prima di essere un comando, il diritto è una mentalità, esprime un costume e lo ordina, esprime i valori di una civiltà e – ordinandola – la salva”¹⁷. Il diritto, come “dimensione della vita quotidiana, è scritto anzitutto nella concretezza dei fatti della vita, prima che in leggi”¹⁸.

¹⁶ Il rapporto fra norme e fatti coinvolge inevitabilmente quello “*fra parole e cose*” sviluppato nella teoria aristotelica sul valore della dialettica e dell'accordo fondato sulla coscienza collettiva. Questi elementi emergeranno con maggiore evidenza dall'analisi delle teorie dell'argomentazione volte a fornire i criteri di correlazione all'applicazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

¹⁷ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 6 s. L'Autore, premette al riguardo che “Se il diritto è esperienza, lo storico/giurista è il primo a dover rifiutare di limitarsi a una contemplazione di atti autoritarii che non ne restituiscono la immagine effettiva” (p. 6).

¹⁸ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 8. Per questa via occorre anche superare la storica frattura fra *parole e cose* esaltando il valore della dialettica che nel linguaggio assume un fondamentale ruolo giuridico (si pensi oggi alle c.d. *teorie dell'argomentazione* di cui mi occuperò nel prosieguo, *infra*, cap. II, par. 3 (testo e soprattutto note) cap. III, par. 5; *passim*). In particolare, non ci si deve limitare – come era consuetudine dei sofisti – a considerare la lettera, ma spingersi a ricercare lo spirito, la intenzione dei dialoganti. Fondando l'analisi sul pensiero aristotelico, si è esattamente posto l'accento sulla circostanza che “il confronto delle opinioni è un elemento costitutivo del significato delle parole: la definizione dialettica suppone un perpetuo stadio di ricerca. Le definizioni insomma sono soggette a revisione e correzione per essere adattate al caso, in una situazione controversiale, processuale”: così A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, pp. 5 ss., 9 ss., che precisa come le definizioni stesse servano per “imputare una norma ad un fatto”. Occorre soprattutto

Affermazioni condivisibili, tenendo tuttavia presente il meccanismo della saldatura fra astrattezza della regola e rilievo dei fatti, laddove l'applicazione verticale di ogni norma che opera dall'alto presuppone la *sussunzione* e la *qualificazione* dei fatti stessi che emergono dal basso, senza potersi prescindere da una loro valutazione in termini di apprezzamento come altrettanti *oggetti reali* o *ideali*¹⁹ talora suscettibili, talora insuscettibili di rilevare nella fattispecie²⁰.

considerare che la filosofia aristotelica della giustizia assume come punto di partenza le opinioni comuni intorno al giusto e all'ingiusto. Il "linguaggio ordinario è il veicolo dei *punti di vista*, delle credenze, delle ideologie: la parola serve ad esprimere il giusto e l'ingiusto" (Pol. 1253 a 16). Le diverse reazioni del giurista innanzi ad una realtà in perenne trasformazione sono descritte in modo efficace e suggestivo dal compianto A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005. L'Autore, al termine della sua opera (p. 192), nel riferirsi a quanti, nell'attingere "a culture e sensibilità di più ampio orizzonte", riusciranno "a collocare le proprie costruzioni all'altezza dei tempi", osservava che "i sognatori appariranno come i più capaci di percepire la realtà, i teorici come i più abili nel risolvere problemi pratici, gli ideologi come portatori di visioni del mondo più idonee a comprenderlo, gli eccentrici come coloro che hanno avvertito per tempo che il centro si è spostato".

¹⁹ I fatti costituiscono altrettanti *oggetti* che A. MEINONG (nei suoi numerosissimi contributi nei quali viene sviluppata la sua "*Gegenstandstheorie*": fra essi cfr. in particolare, *Über Gegenstände höherer Ordnung und deren Verhältnis zur inneren Wahrnehmung*, in *Zeitschrift für Psychologie und Physiologie der Sinnesorgane*, 21, 1899, pp. 181-271) ha distinto in due differenti categorie: *oggetti reali* e *oggetti ideali*. Quasi contemporaneamente, ossia l'anno successivo alla pubblicazione del saggio citato, la stessa distinzione viene proposta anche dal fondatore della fenomenologia E. HUSSERL, nella sua opera *Logische Untersuchungen*, Halle, 1900-1901. Per un'ampia disamina delle molte e importanti opere di entrambi gli Autori citati, è d'obbligo il rinvio a G. LORINI, *Oggetto e atto. Contributo alla filosofia del diritto*, Torino, 2008, p. 5 ss. Per un'ulteriore e interessante analisi del tema si veda, dello stesso G. LORINI, *Objects juridiques incorporels*, relaz. al Conv. *Reinach: philosophie des normes et théorie du droit* (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 17-18 giugno 2005). Sul tema è altresì fondamentale il rinvio a B. CROCE, *Irrealtà della legge* (1907), in P. DI LUCIA, *Filosofia del diritto*, Milano, 2002.

²⁰ Secondo l'allievo dello stesso E. Husserl, il filosofo A. REINACH nella sua opera *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1, 1913, pp. 685-847, esiste un'ulteriore tipologia di oggetti (*Gegenstände*) del tutto nuova rispetto agli oggetti *reali* e a quelli *ideali*: si tratta degli *oggetti giuridici*. Esempi di oggetti giuridici sono entità come pretese e obblighi che scaturiscono, ad esempio, da una promessa che l'Autore definisce come un "atto sociale". Anche con riferimento al pensiero e alle opere di Reinach è d'obbligo il richiamo a G. LORINI, *Oggetto e atto*, cit. Nel nostro contesto di studio merita precisare come la giuridicità della terza categoria di oggetti derivi dalla particolare natura di quanto possa renderla tale: non solo la promessa intesa, appunto, come *atto sociale*, ma, indefinitamente, altri eventi di diversa natura.