

IL MITO DEI MITI: LA GIUSTIZIA

Carla De Pascale

I. In questo contributo, ho ceduto alla tentazione di tornare a ragionare su quello che a me appare il mito *par excellence*, il “mito dei miti”: la giustizia. Un argomento che nelle vesti di storico del pensiero mi appassiona da tempo e sul quale continuo a riflettere, peraltro consapevole delle esigenze non ancora soddisfatte e delle richieste troppo alte avanzate dalla sua stessa complessità ed estensione. Se poi dalla ricerca storica su un autore o un filone di pensiero o dallo scavo archeologico su un aspetto specifico si volesse passare a una domanda più pregnante sul piano teorico e tentare di descrivere e definire il concetto di giustizia ‘quale esso è’ e quale potrebbe o dovrebbe diventare *nel nostro presente*, dovremmo probabilmente ricorrere a nuove categorie e ad altri strumenti interpretativi e a un vero e proprio cambio di passo nell’analisi.

Ma per adesso fermiamoci al lavoro dello storico. Per proseguirlo, occorre non solo testare il già fatto, cercare di comprenderne limiti ed eventuali pregi, ma innanzitutto capire se è corretta la direzione intrapresa, se sono stati appropriati gli strumenti utilizzati e comunque se sono stati utilizzati correttamente. Come accennato, i risultati di alcune mie ricerche furono consegnati qualche anno fa a un libretto apparso con il titolo *Giustizia* nella collana Lessico della politica de il Mulino¹. Ad esso sono affezionata più per la sfida che ha rappresentato che per i risultati raggiunti; l’analisi del concetto in certi autori solleva ancora oggi, così come sollecita ulteriori riflessioni l’indagine su alcuni periodi cruciali per la storia del concetto. Ma, al di là dei necessari approfondimenti, quello che avverto come ancora irrisolto è il quesito complessivo: cosa è la giustizia? Come la si può definire in modo accettabile, se non per tutti, per molti o anche solo per alcuni? E poi, si tratta davvero di un concetto politico o è soltanto una “idea”? (Su questo interrogativo, che sul momento può sollevare più di

1 C. De Pasquale, *Giustizia*, Bologna, il Mulino 2010. Prima ancora era apparso un contributo dedicato a Fichte dal titolo *Respublica. Una rilevante teoria della giustizia?* nel volume J.-Ch. Goddard- J. Rivera de Rosales ed., *Fichte et la politique*, Monza, Polimetrica 2008.

una perplessità, tornerò fra breve). Infine: la giustizia è un concetto politico o qualcosa che attiene piuttosto alla sfera del mito? Reduce da una ricerca sul *concelto*, mi offro ad un dibattito sul *mito*. Inutile tentare con bizantinismi di passare da un terreno all'altro; più interessante, forse, porsi il problema delle ragioni per le quali i due terreni possono apparire quanto meno contigui.

Al mito politico è stata di recente dedicata la parte monografica di un fascicolo della rivista "Filosofia politica" (3/2014); tra i contributi specifici, oltre a quelli dei curatori Vittorio Dini e Geminello Preterossi che hanno anche firmato l'illuminante editoriale, appare un saggio (su Benjamin) di Laura Bazzicalupo, dal quale cito le righe di apertura: «Si sente dire oggi che abbiamo bisogno di mito. Mito nonostante l'inflazione del termine al tempo dei simulacri. Mito dopo la crisi dell'ideologia. A compensazione di una politica ridotta ad amministrazione, una "risorsa mitica" come investimento appassionato in un progetto di non immediata convenienza e fattibilità ma orientato a una dimensione di giustizia: e la giustizia è sostenuta da credenza, fede, «sostanza di cose sperate» come direbbe Paolo. Credenza e fede hanno i caratteri dell'indiscutibilità che appartiene alla sfera della religione, del sacro e dunque del mito» (p. 449).

Queste righe mi hanno indotto a riflettere sul fatto che, pur non essendo stata sorretta da alcun afflato religioso nel pormi il problema di cosa sia la giustizia, a mia volta mi guarderei bene dal negare alla giustizia una sua veste di 'sacralità'. Forse la contiguità di cui sopra risiede proprio qui; forse, pur con modalità diverse, la questione da affrontare è la stessa: c'è un'idea, una concezione, una percezione del 'giusto' che orienta, magari nostro malgrado, la ricerca? In altri termini, da quale speciale organo o facoltà conoscitiva siamo guidati durante l'indagine? E questo accade in modo compiutamente consapevole (come in coloro che ritengono esista un ideale cui la realtà deve in qualche modo conformarsi) oppure, pur rifiutando di affidarsi alla nozione stessa di norma ideale, siamo comunque guidati da una sorta di istinto verso una risposta possibile? Si vedrà che tali interrogativi sono affiorati di frequente nella storia del pensiero.

Se nell'ultimo passaggio si è profilata la possibilità che nel retro-pensiero del ricercatore agisca un qualche criterio di orientamento utile a stabilire se e dove risieda la giustizia, non va d'altra parte trascurato che altri studiosi si collocano in una prospettiva praticamente opposta, ritenendo che un'idea forte di giustizia esista e debba essere messa in campo quando si discute dell'argomento. Mi riferisco a una recensione nella quale veniva deplorata l'assenza, nel mio volume, di un'idea-guida proprio di questo tipo, la cui autonoma elaborazione avrebbe giovato ad orientarsi nel gran mare delle numerose e più di-

verse teorie². E ciò in effetti corrisponde al vero, come si evince anche dalle osservazioni precedenti: non solo non ho preteso di elaborare una positiva teoria della giustizia, ma non me lo sono neppure proposta come obiettivo, essendomi oltretutto ben chiaro sin dall'inizio che, anche avessi voluto propormelo, si trattava di un obiettivo troppo arduo da raggiungere³, come lo svolgimento di questa ricerca dimostra peraltro a sufficienza. Quando mi sono messa all'opera, l'intendimento era di onorare la mia professione di storico della filosofia, esercitandola al meglio senza travalicare i limiti imposti dal suo specifico modo di procedere.

Tuttavia, chiunque abbia dedicato del tempo allo studio e alla riflessione su questi e consimili argomenti arriva a concepire delle idee in proposito, anzi inevitabilmente è da esse guidato nell'interpretazione di un autore, di un pensiero, di un periodo.

Nonostante tutti i tentativi di mantenere un atteggiamento 'oggettivo' – per quel che ciò possa significare – si è in ogni caso indotti a privilegiare certi temi di un autore piuttosto che altri, ad accentuare certe sue posizioni, a cogliere con particolare sensibilità certe sfumature rimanendo invece sordi di fronte ad altre sue istanze. E, per gli stessi motivi, si è portati a nutrire particolare interesse per certe categorie e atteggiamenti mentali piuttosto che per altri (alla ricerca di quella "giustizia relativa" di cui parlava Kelsen). Questo – e non il rischio opposto – è il rischio che si corre e che deve essere avvertito come tale, per quanto difficile da evitare.

Oltretutto, i pochi studiosi, di grande levatura, che hanno intrapreso analogica ricerca e dai quali c'è ancora molto da imparare – da Giorgio Del Vecchio a Eugenio Garin, da Chaïm Perelman a Norberto Bobbio e da ultimo lo stesso Amartya Sen⁴ – hanno mostrato come

2 S. Maffettore, sul *Sole 24 ore* di domenica 11 aprile 2010.

3 Persino H. Kelsen riteneva troppo esigente tale pretesa. Così infatti concludeva il saggio *Che cos'è la giustizia?* (1953), in *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, trad. it. Bologna, il Mulino 1970, pp. 389-433: «Ho incominciato questa dissertazione col quesito: "Che cos'è la giustizia"? Ora che sono alla conclusione mi accorgo di non aver dato ad esso una risposta. La scusa che posso trovare è che, a questo riguardo, io mi trovo in buona compagnia. Sarebbe più che pretenzioso far credere al lettore che io possa riuscire ove i più grandi pensatori hanno fallito. Perché, in effetti, io non so e non sono in grado di dire che cosa sia la giustizia, la giustizia assoluta, questo bel sogno dell'umanità. Io mi debbo accontentare di una giustizia relativa [...]» (p. 433).

4 G. Del vecchio, *La giustizia*, Roma, Editrice Studium, 1959; E. Garin, *La giustizia*, Napoli, Guida, 1968 (1957¹); in appendice *Nota bibliografica*, a cura di A. Baratta; Ch. Perelman, *De la Justice* (1945), trad. it. *La giustizia*, Torino, Giappi-

alla definizione di giustizia appartengano certo alcuni caratteri positivi, quelli che anche alcuni di noi ritengono debbano essere necessariamente presenti perché una qualche condizione possa essere definita giusta, ma che molto più numerosi sono gli elementi di genere opposto, quelli connotati in negativo, quelli che riconosciamo solo quando una determinata situazione o condizione si presenta ai nostri occhi come 'ingiusta': è per questo che è così arduo arrivare a costruire una teoria compiuta della giustizia o, almeno, è per questo che solo da parte di alte vette del pensiero l'impresa viene tentata, e talvolta ha successo.

Tra i pochissimi lavori monografici dedicati in passato a questo tema⁵, lo studio di Garin si distingue per l'attenzione quasi esclusiva rivolta al pensiero italiano, che è invece il grande assente in questo volume. Un'assenza motivata dall'impostazione del testo, che procede per grandi temi, ma comunque degna di essere sottoposta a discussione e anche a critica. A ripensarci, è in effetti arduo sostenere che un'opera come la *Diceosina* di Antonio Genovesi⁶ possa non appartenere ai 'grandi temi' e la sua assenza da questa ricerca non rappresenti piuttosto una lacuna reale: è vero che i fasti della cultura italiana sono collocabili in un passato ormai molto lontano, ma questo non dovrebbe farci dimenticare le grandi stagioni in cui essa ha costituito un punto di riferimento per la cultura europea, assumendo talora un ruolo di avanguardia anche nell'ambito del pensiero filosofico-politico e giuridico, come è avvenuto fino al Settecento e in particolare nell'età dei Lumi. D'altro canto, quali che siano le dimensioni e la portata del contributo italiano, ogni popolo ha non solo il dovere ma anche il diritto alla memoria; e l'oblio che in gran parte si consuma nell'Italia odierna nei confronti anche della nostra storia più recente, che in quelle stagioni affonda le proprie radici, probabilmente non giova neppure alla comprensione di quanto oggi ci interessa.

chelli, 1959, Prefazione di N. Bobbio, pp. 5-11; A. Sen, *The Idea of Justice* (2009), trad. it. *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010.

5 Accanto ai quali vanno peraltro segnalate alcune antologie sull'argomento, accompagnate da ampi saggi introduttivi, come nel caso de *L'idea della giustizia da Platone a Rawls*, a c. di S. Maffettone e S. Veca, Roma, Laterza, 1997, o da più rapide panoramiche, come nel caso di A. Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Frankfurt/M., A. Metzner Verlag, 1984; cfr. anche K. Engisch, *Auf der Suche nach Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, Piper, 1971.

6 A. Genovesi, *Diceosina o sia Della filosofia del giusto e dell'onesto dell'abate Antonio Genovesi* (1766), tre tomi, Vercelli, 1779; ma si veda anche G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, ed. critica diretta da V. Ferrone, 7 voll., Mariano del Friuli, edizioni della Laguna, 2004².

II. Una ricerca sul concetto di giustizia dalle origini ai nostri giorni appare fin dall'inizio complessa, per i numerosi significati che il concetto, e il termine, hanno assunto nel corso della riflessione filosofico-politica. Tale polisemia dipende anche dal fatto che tanto il termine quanto il concetto sono presenti e attivi in ambiti diversi, da quello giuridico a quello morale e religioso, e in ciò del resto non fa che rinnovarsi un fenomeno già attestato storicamente. Ne consegue la necessità di comprendere ogni volta il significato peculiare di *giustizia*, all'interno di ciascuno dei campi nominati, e di delimitare altresì con la maggiore nettezza possibile i confini tra questi ultimi. Compito a sua volta non agevole, se si pensa a quante zone di sovrapposizione si producano fra questi diversi campi e quanti siano i punti di tangenza e le linee di intersezione che li accomunano, pur nella prospettata esigenza di isolarne le rispettive sfere di influenza.

Che il volume sia a suo tempo comparso in una collana dedicata al Lessico della politica e che pertanto, dal punto di vista formale, il terreno di indagine fosse ben individuato, non giova in realtà a porre la ricerca al riparo da altre possibili intromissioni, se non altro per le numerose e differenti accezioni della stessa nozione di 'politica'. È pensabile che ogni studioso lavori sulla base di una definizione di *politica* precisa e acclarata nella sua propria visione già in via preventiva, ma lo storico deve per parte sua essere consapevole della mutevolezza del significato di questa nozione nelle diverse epoche, e nelle diverse concezioni filosofiche, e non può perciò non tenere conto delle differenze che intercorrono, per fare l'esempio più ovvio, fra l'accezione moderna di politica come monopolio legittimo della forza e il significato antico: politica come ciò che concerne la vita della *polis* e la comunità di quanti attivamente partecipano alle sue istituzioni. L'una e l'altra non hanno, per aggiungere un altro esempio, nulla a che spartire con l'idea, assai più ordinaria e ancor oggi sovente ripetuta, di politica come 'arte del possibile' e neppure con quella di politica come serie di procedure idonee a ottenere una convivenza improntata alla civiltà, alla giustizia e magari anche alla felicità. È dunque evidente come la situazione di intreccio tematico sopra descritta finisca per risultare piuttosto aggravata che semplificata ove si tenga conto della presenza di tale ulteriore aspetto.

Ai problemi relativi alla scelta dei pensatori da illustrare, e quindi al tipo di percorso teorico da delineare, si sono affiancati i problemi derivanti dall'entità dell'arco cronologico interessato dalla ricerca, considerata la relativamente limitata quantità di spazio in genere concesso dagli editori. L'indagine ne è risultata in certi punti troppo compressa

e in altri lacunosa. Ma prima di entrare nei particolari, è opportuno soffermarsi ancora su qualche considerazione di carattere generale.

Quando si affronta la questione delle possibili modalità di esposizione di una storia della giustizia come concetto politico, la via che per prima si presenta, la più semplice, è quella di seguire l'argomento nel suo sviluppo cronologico; non è ovviamente l'unica, ma sembra essere la più sensata in una ricostruzione di tipo storico. In modo altrettanto immediato si prospetta anche il rischio che vi è connesso: quello di privare del dovuto rilievo le emergenze più significative – i pensatori più originali o le singole acquisizioni teoriche di più forte impatto – determinando un effetto di generale appiattimento. L'alternativa era quella di procedere per modelli, presentando di volta in volta le dottrine costruite su impianto convenzionalista, e poi quelle su impianto deontologico, o naturalista o utilitarista e così via, ma alla fine ha vinto il timore di non riuscire a mostrare anche i momenti di coesistenza temporale e spaziale e di incrocio fra le diverse concezioni. E, perciò, di finire per illustrare una realtà complessa con strumenti troppo elementari, mentre si doveva riuscire, per altro verso, a non perdersi nei meandri di una storia non solo plurisecolare, ma che, soprattutto, non consente – né merita – di essere ingabbiata in schemi rigidi, che a loro volta rendono difficile la comprensione di come all'interno di uno stesso periodo storico, e anche all'interno di una medesima area geografica, possano nascere e prosperare teorie di matrice e orientamento diversi fra loro. Anche della collocazione spaziale, oltre che di quella temporale, occorre infatti tenere il debito conto. Tutto ciò non significa che non si sia cercato di seguire e tenere fermo il filo conduttore delle diverse direttrici di pensiero, mostrando tuttavia, insieme, come esse sorgano e riescano ad affermarsi nella misura in cui sono impegnate nel confronto costante con prospettive teoriche alternative.

Veniamo ora alle modalità di esposizione delle concezioni dei singoli pensatori: il presupposto era la necessità di evitare di scrivere l'ennesimo capitoletto dell'ennesimo manuale, pur avendo chiaro che è da una impostazione complessiva di pensiero che scaturisce la relativa visione della giustizia e che entro questo quadro essa va enucleata. La strada scelta è stata quella di presentare con un'agile panoramica introduttiva il pensiero complessivo dell'autore di volta in volta in questione, cercando tuttavia di incanalare il discorso entro una direttrice che conducesse il più rapidamente possibile (senza smarrire il filo argomentativo) al tema specifico e al luogo sistematico in cui, in ogni singolo autore, il tema si trova collocato. Un solo esempio, proprio partendo dall'inizio: forte era la tentazione di offrire una illustrazione larga del pensiero di Platone, evocando anche altri dialoghi per

dilucidare il nostro argomento, e altri ancora per riecheggiare il controcanto dei sofisti. La stessa *Repubblica* poteva, per parte sua, essere presa in più ampia considerazione. Molti argomenti non sono stati neppure accennati; non sono state citate le singole classi che dovrebbero costituire una polis armonica, né la questione della proprietà, né quella dell'organizzazione domestica, delle donne, dei figli. Ma era importante riuscire a evitare di parlare di tutto in modo contratto, per formule che uno studente avrebbe potuto sì imparare in fretta e magari in modo meccanico, ma con scarso giovamento. Si è preferito concentrarsi sui primi quattro libri della *Repubblica*, esaminare la definizione e illustrazione della giustizia offerte da Platone e il suo confronto con le dottrine coeve o antecedenti, a cominciare da quella del Socrate storico, nella speranza che ciò costituisse una sorta di viatico per ulteriori letture.

Quanto alla scelta degli autori proposti, una volta stabiliti i più rappresentativi, quelli che costituiscono le pietre miliari nella storia del pensiero, l'attenzione si è volta a quanti si sono segnalati per una riflessione *specifica* sul tema, primi fra tutti coloro che hanno palesato tale interesse sin dal titolo dei loro scritti (e non sono pochi – c'è da aggiungere – e per la più gran parte situati in età moderna). In questa ottica, era obbligata la trattazione di pensatori come John Rawls (*Una teoria della giustizia*, 1971⁷, e poi *Giustizia come equità. Una riformulazione*, 2000⁸), Chaim Perelman (*La giustizia*), Hans Kelsen (*Le metamorfosi dell'idea di giustizia*, 1949⁹, il già citato *Che cos'è la giustizia?*, 1953, *Il problema della giustizia*, 1960¹⁰), ma anche Gottfried Leibniz (*Riflessioni sulla nozione comune della giustizia*, 1700-1705¹¹, e i manoscritti su *La giustizia come carità universale* e *La giustizia come carità del saggio*, rispettivamente 1670-1671 e 1677-1678¹²), William Godwin (*Ricerca sulla giustizia politica e sul-*

7 Ed. it. a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982.

8 Ed. it. a cura di E. Kelly, trad. it. a cura di S. Veca, Milano, Feltrinelli, 2002.

9 Trad. it. in H. Kelsen, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, a cura di A. Carrino, Roma, Edizioni Lavoro, 1989, pp. 93-135.

10 Pubbl. in appendice alla II ed. dei *Lineamenti di dottrina pura del diritto*; trad. it. in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1998.

11 Trad. it. in G.W. Leibniz, *Scritti politici e di diritto naturale*, a cura di V. Mathieu, Torino, UTET, 1965, pp. 211-243.

12 Trad. it. *Ivi*, pp. 81-136.

la sua influenza su morale e felicità, 1793¹³) e Pierre-Joseph Proudhon (*La Giustizia nella Rivoluzione e nella Chiesa* 1858¹⁴).

Non sempre, però, questo criterio è stato rispettato; vi sono alcuni pensatori che mancano all'appello anche sotto questo punto di vista e almeno di una assenza vorrei fare qui ammenda. Anche questo caso, come già quello di Genovesi, va annoverato nel numero dei pentimenti resi possibili dall'essere tornata a distanza di qualche anno a riflettere sull'argomento: mi riferisco all'importante scritto di François Guizot *Cospirazioni e giustizia politica* (1821) – seguito l'anno successivo dal saggio *Della pena di morte in materia politica*, in Italia significativamente pubblicati insieme con il titolo unitario: *Giustizia e politica*¹⁵. Un'analisi di questo tema, dotato di un taglio così specifico, avrebbe consentito di aprire un versante di indagine totalmente nuovo nel panorama attraversato da questo volume. Com'è noto, l'opera tratta la questione della cospirazione politica e dell'atteggiamento che il potere può e deve assumere al riguardo, ovvero sotto quali condizioni esso deve punire e quale debba essere l'entità della pena: spesso nella storia il potere politico si è spinto fino al punto estremo, comminando la pena di morte per punire il reato di *cospirazione* e facendo con ciò stesso vacillare il fondamento della propria legittimità.

A fronte di una ricostruzione come quella operata da Bobbio nella citata prefazione a *La giustizia* di Perelman, che si arrestava agli inizi del Novecento e si concentrava su un numero molto limitato di autori impegnati in un'analisi specifica del concetto di giustizia (Aristotele nel V libro dell'*Etica Nicomachea*, il giusnaturalismo moderno, Leibniz, Hume, Perelman e poco altro), si è cercato di ampliare il quadro, tenendo conto anche di quelle che Bobbio considerava mere *idee* di che cosa si dovesse intendere per una società giusta (in tal modo restringeva fortemente l'ambito d'azione del *concetto*). Da un lato, sono stati così inseriti grandi classici (Platone, Tommaso d'Aquino, Bodin, Rousseau ecc.), dall'altro pensatori meno presenti nel panorama degli studi odierni, come Tommaso Moro con la sua *Utopia*, o più ancora Godwin e Proudhon e tutto il filone egualitarista, nei quali il tema della giustizia compare legato con nesso inscindibile con il tema dell'uguaglianza.

Uguaglianza, giustizia e libertà sono da sempre temi forti nella riflessione politica, differentemente accentuati nelle diverse concezioni,

13 Trad. it. parziale in *Gli Anarchici*, a cura di G.M. Bravo, Torino, UTET, 1971, pp. 95-305.

14 Trad. it. a cura di M. Albertini, Torino, UTET, 1968.

15 Trad. it. a cura di A. Rèpaci, Torino, Chiantore, 1945 (Roma, Cangemi, 1998).

oggetto dello sforzo ora di far leva su uno di questi a danno degli altri, ora di giustapporli secondo una qualche gradazione e gerarchia, ora di combinarli insieme facendoli convivere in maggiore o minore armonia. Non è naturalmente il caso di avviare qui una riflessione di tale ampiezza, ma vanno comunque segnalati i rischi di una trattazione che potremmo definire modellistica, volta a isolare ciascuno di questi temi, magari mettendolo per dir così in concorrenza con gli altri, e farne l'elemento tipico, in grado di caratterizzare un'intera epoca. Un caso significativo, nel contesto di cui ci stiamo occupando, e che vorrei qui citare è l'interpretazione che vede nel concetto di giustizia l'elemento distintivo del pensiero di età antica e ad esso contrappone il concetto di libertà, considerato peculiare appannaggio dell'evo moderno¹⁶. C'è ovviamente del vero in questa idea, se gli esponenti maggiori della filosofia antica hanno fatto ruotare tanta parte delle loro riflessioni attorno alla nozione di virtù e se la giustizia fu ritratta, da Platone non meno che da Aristotele, pur nella diversità delle rispettive filosofie, non solo come una virtù, ma anche come la più alta tra le virtù, la virtù perfetta. Ma occorre, banalmente, far notare anche il peso di dottrine coeve del tutto configgenti con quelle. L'affannato adoperarsi di Socrate nel sostenere che è giusto migliorare quanti più individui possibile, che la giustizia è più forte dell'ingiustizia e che i giusti sono più felici degli ingiusti, trova la sua ragione nella presenza della vigorosa corrente di pensiero alternativa dei sofisti, con la loro crescente influenza sul piano dottrinale e ormai avviati ad assumere la consistenza di un partito politico. L'individualismo, l'identificazione della giustizia con l'utilità del più forte, il nominalismo e il convenzionalismo a seguito dei quali ciò che è stabilito dalla legge immediatamente si identifica con la giustizia, testimoniano di una concezione generale e in particolare di una visione della natura umana non solo destinata a far scuola per tutte le età successive, ma radicata fin nelle origini stesse del pensiero.

Per altro verso: è innegabile che libertà e modernità siano un binomio del tutto convincente; ciò che resta problematico è, da un lato, accettare che la concezione della giustizia sia davvero svanita dall'orizzonte della modernità e, dall'altro, stabilire la data di nascita del concetto di libertà, questione peraltro connessa in misura non irrilevante con la particolare accentuazione di volta in volta privilegiata

16 H. Hofmann, *Bilder des Friedens, oder Die vergessene Gerechtigkeit: drei anschauliche Kapitel der Staatsphilosophie*, München, C.F. von Siemens Stiftung, 1997. Dello stesso autore si legge in italiano la *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Roma-Bari, Laterza, 2003, ove si ritrovano molte delle suggestioni presenti nel testo sopra citato.

nell'interpretare tale concetto. Se è indubbio che il mondo moderno ha fatto della libertà individuale il suo vessillo, quest'ultima espressione richiama l'attenzione sulle nozioni di 'individuo' e 'individualità', la cui trattazione cela problemi di grande complessità, che certo non si risolvono in una mera questione di date: può considerarsi prima manifestazione dell'individualità quella del Cristo sulla croce (*Hegel docet*, nella sua singolare conferma degli insegnamenti del cristianesimo) ma anche altri, per esempio i primi esponenti del romanticismo, hanno rivendicato alla propria elaborazione teorica questa scoperta e se ne sono attribuiti il merito.

Certo, il concetto di giustizia ha sperimentato lunghe fasi di eclisse. Se non della sua scomparsa, di un suo radicale mutamento di segno si può parlare già¹⁷ a proposito de *La città di Dio* di Agostino d'Ippona, alle origini del cosiddetto giusnaturalismo cristiano, ove di giustizia terrena non v'è traccia, perché la giustizia appartiene esclusivamente a Dio (la città terrena è il regno dell'ingiustizia). Indice della radicalità di questa posizione è il sostanziale disinteresse per la politica in quanto sfera dell'agire terreno. E il fenomeno si ripresenterà anche in tempi successivi, per esempio con il giusnaturalismo cristiano di Leibniz (storicamente rilevante per la sua valenza antiassolutistica): anche qui la giustizia umana sarà decisamente subordinata a quella divina e l'idea di giustizia avrà il suo fondamento nell'amore, a sua volta incardinato sul principio della carità (benevolenza universale). Quando però la politica come sfera dell'agire terreno tornerà a sollecitare attrazione e attenzione, il tema della giustizia riemergerà con forza, assumendo anzi una configurazione politico-giuridica dai lineamenti già definiti, pur nella sopravvivenza dell'antica equiparazione di giustizia e virtù: con Tommaso d'Aquino la legge umana o positiva acquisterà una centralità che non verrà più meno nella storia del pensiero, per quanto accompagnata dall'obbligo di commisurarsi e conformarsi alla legge naturale – a un tempo legge di ragione ed emanazione della legge divina.

III. Il tema medievale della necessità della limitazione del potere¹⁸ e la peculiare accezione della giustizia che lo accompagnava sparirà

17 Mai come in una presentazione si è costretti ad essere schematici; è ovvio che avremmo potuto e dovuto menzionare anche altro, dalla tradizione veterotestamentaria alla *Lettera ai Romani* di San Paolo.

18 Giacché era stato il fronteggiarsi del potere spirituale e del potere temporale a costituire il fondamento dell'assunto che gli universali principi di giustizia sono il criterio ultimo di valutazione della legittimità del potere terreno: cfr. G.M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, trad. it. Bologna, il Mulino, 1996; P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra co-*

dall'orizzonte per lasciare spazio all'incipiente processo di secolarizzazione e alla progressiva affermazione dell'idea di sovranità territoriale, parallela al disgregarsi ed esaurirsi del sistema feudale – anche se quel tema non scomparirà definitivamente, continuando anzi (sorretto da motivazioni di volta in volta diverse) ad agire carsicamente, come nel costituzionalismo inglese, e poi riaffiorare in pieno illuminismo per affermarsi successivamente in maniera pressoché definitiva.

Il passaggio al mondo moderno è icasticamente rappresentato dallo scarto fra la giustizia armonica di Bodin e l'assolutismo hobbesiano. Se la monarchia “regia” del primo, unica fonte di un governo *giusto*, si propone come soluzione alternativa rispetto ad ogni possibile costruzione utopica (da Platone a Tommaso Moro), il Leviatano si candida ad offrire la risposta risolutiva ai conflitti religiosi del tempo, alle rivolte politiche e sociali che avevano punteggiato la rivoluzione puritana, alle istanze di uguaglianza sociale e ai movimenti per il comunismo agrario che a distanza di un secolo avevano replicato episodi di tenore analogo avvenuti nel continente. Anche a questo riguardo occorre sottrarsi alla tentazione di affidarsi a modellizzazioni di vario tipo: si sa che uno dei cardini della costruzione hobbesiana è la nozione di uguaglianza (degli aderenti al patto sociale), così come cardine per quella di Bodin è la cosiddetta uguaglianza di proporzione. Ma la ‘modernità’ della prima non deve far velo circa la differenza sostanziale che la distingue, per esempio, dal concetto di uguaglianza connesso con nodo stretto a quello di giustizia sociale quale si trova a partire da Thomas Müntzer, poi nell’*Utopia* di Moro¹⁹ fino, almeno, ai movimenti dei Levellers e dei Diggers. In un contesto, oltretutto, in cui i due concetti immediatamente interpellano e sollevano la questione della proprietà privata.

La peculiare concezione della giustizia elaborata dai singoli rappresentanti del contrattualismo aiuta a mettere in evidenza le tante e diverse sfumature da cui esso è pennellato: dal convenzionalismo e positivismismo hobbesiani, fondati sull’assunto dell’asocialità dell’uomo, alla concezione di Locke imperniata su quel diritto naturale per eccellenza

scienza e diritto, Bologna, il Mulino, 2000; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995; D. Quagliani, *La giustizia nel medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004.

¹⁹ Uno degli esempi più rilevanti di tale connessione di concetti, ma non il primo: si pensi appunto alla visione della giustizia di Müntzer e alle richieste avanzate dall'interno dei movimenti ereticali sorti agli inizi del XVI secolo in area protestante. E neppure l'unico in terra anglosassone: si veda l'opera dei Livellatori e degli Zappatori, nel più vasto contesto dei conflitti religiosi e sociali che si protrarranno fino alla *Gloriosa rivoluzione*.

che è la libertà, volta *in primis* alla creazione e conservazione della proprietà privata. Anche le differenti declinazioni del tema dell'eguaglianza hanno in questo movimento uno dei più notevoli banchi di prova: dal pensiero di Hobbes che, osservato da questo angolo visuale, risulta allineato alle più tarde riflessioni di Spinoza²⁰ o di Rousseau, alle analisi dello stesso Rousseau – alle quali, proprio facendo leva sul binomio uguaglianza-giustizia, si ispireranno i movimenti rivoluzionari animati da Robespierre e Saint-Just, da Babeuf e Buonarroti, nonché la corrente di pensiero che attraverso i moti rivoluzionari del 1830/31, del 1848 e della Comune di Parigi, darà vita ai primi partiti socialisti, della I e II Internazionale, spingendosi fino ad influenzare le riflessioni di Ernst Bloch immediatamente successive alla rivoluzione russa, circa la giustizia fatta coincidere, sulle orme di Marx, con l'instaurazione di una società senza classi.

Il tema della limitazione del potere riemerge con Locke nella sottolineatura del primigenio diritto dell'uomo di "giudicare", diritto che torna ad attivarsi a seguito di un abuso da parte dell'esecutivo nell'esercizio della sua *perogativa*. L'uso politico della facoltà del giudizio tornerà ad essere centrale in una porzione dell'idealismo tedesco – nel corso del quale, pure, il paradigma contrattualista sperimenterà per intero la propria parabola discendente. D'altro canto, l'altro grande rappresentante dell'empirismo anglosassone, Hume, rifiuterà l'ipotesi

20 Si è tentato, nel volume, una interpretazione della nozione di giustizia in Spinoza, che varrebbe la pena sottoporre a discussione: l'argomento risulta ostico e uno dei motivi, anche se non l'unico, è che il concetto, sia nella sua configurazione sia nella sua valenza, è delineato in modo diverso negli scritti politici e nell'*Etica*. Una spiegazione potrebbe risiedere in quella separazione fra sfera del diritto e della morale che ha in Thomasius il rappresentante più autorevole ma che è già chiaramente presente anche in Spinoza. Nella prima prospettiva il concetto di giustizia come legalità rientra in uno schema generale di impronta hobbesiana, tuttavia talora affiancato da una nozione di "equità" invocata affinché il comando della legge non venga ottemperato in modo solo esteriore e formale, ma viceversa in modo da rispettare i dettami del diritto nella loro sostanza (problema dell'interpretazione della legge). Nell'*Etica* si comprende meglio la questione, nella misura in cui il giusto legale, ovvero ciò che è frutto di convenzione, è dichiarato "estrinseco" (alla "natura della mente"; si tenga a mente che "estrinseco", rispetto alla sostanza e al pensiero – che è uno dei suoi "attributi" – indica in Spinoza un'idea non "adeguata"); il giusto in generale è fatto coincidere con ciò che giova alla conservazione del nostro essere – e pertanto con il nostro utile – e davvero utile per l'uomo è dichiarato essere l'uomo stesso, quell'uomo che cerca il proprio utile sotto la guida della ragione e che perciò per sé desidera ciò che desidera anche per gli altri, ossia un'organizzazione della vita politica all'insegna di quell'armonia che può essere garantita solo da una democrazia in grado di realizzare il diritto.

contrattualista proprio allo scopo di contrastare il diritto di resistenza derivante dall'idea lockiana di 'appello al cielo', continuando pur tuttavia a descrivere la giustizia come una virtù "artificiale"²¹.

Il problema del rapporto fra questa e le altre virtù naturali non è se non la proiezione dell'ancor più rilevante questione delle relazioni tra interesse pubblico e interesse privato, che attraverserà tutta la corrente dell'utilitarismo inglese e poi del radicalismo politico, della quale Hume è con Hobbes uno dei padri fondatori. Il principio di utilità legherà come denominatore comune il pensiero di Adam Smith, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, continuando ad agire – seppure con modalità diverse – anche in autori quali Spencer o Sidgwick. Già in Bentham 'giustizia' è parola che ha senso solo in relazione al criterio dell'utilità ed essa si identifica con lo scopo perseguito dal legislatore di costruire una società felice per il maggior numero. In questa prospettiva, il giusnaturalismo è ormai da combattere (sia quello riportato in auge da Blackstone e dalla sua scuola, volto a mostrare la coincidenza fra diritto naturale e il diritto inglese della tradizione, sia anche quello che aveva ispirato le prime, coeve, elaborazioni della dottrina dei diritti dell'uomo); questa lotta corre parallela all'affermazione del giuspositivismo.

Il tema dell'autonomo diritto di giudicare da parte dell'uomo si ripresenta con forza nel pensiero di Fichte, dopo la parentesi kantiana (*absit iniura verbis*; peraltro avverto che a Kant è dedicato nel mio studio il dovuto spazio e sono suffragate le ragioni di quanti vedono in lui un luminoso punto di riferimento, anche solo tenendo conto del gran numero di teorie della giustizia che nel secondo Novecento statunitense si sono ispirate alla sua filosofia, da John Rawls in poi, e tenendo conto della rinascita del giusnaturalismo in Europa avvenuta principalmente nel suo nome all'indomani della seconda guerra mondiale; fra gli autori da citare: Gustav Radbruch, ma insieme anche il folto gruppo di italiani, da Carlo Antoni a Guido Calogero autore di *Intorno al concetto di giustizia*, e l'intero movimento di "Giustizia e libertà". Semplicemente, nutro dubbi sulla presenza nel pensiero di Kant di una compiuta dottrina della giustizia, giacché quest'ultima è considerata, in termini usuali e consolidati, come il limite posto alla libertà di ciascuno dalla norma scritta, con la quale il diritto coincide, mentre le nozioni più impegnative ed esigenti di dignità umana e responsabilità non sembrano avere ricadute significative sul piano della teoria del

21 D. Hume, *Trattato sulla natura umana. Un tentativo di introdurre il metodo sperimentale di ragionamento negli argomenti morali*, in *Opere*, 2 voll., a cura di E. Lecaldano e E. Mistretta, Bari, Laterza, 1971, vol. I, pp. 1-665; Id., *Ricerca sui principii della morale e Sul contratto originale*, vol. II, rispettiv. pp. 179-341 e pp. 865-886.

diritto – del resto programmaticamente considerato separato dagli altri ambiti dell'agire umano).

Questa peculiare caratteristica del pensiero fichtiano è una delle ragioni per cui esso è stato considerato compatibile con una concezione anarchica *à la* Godwin. In entrambi si riscontra inoltre una particolare enfasi posta sul concetto di “equità”: una nozione che, come è noto, interviene a partire da Aristotele ogni qual volta insorgano difficoltà nell'applicazione dell'universalità della legge al caso particolare, ma, soprattutto, che affianca e persino contende il campo alla giustizia nei passaggi più delicati della sua trattazione (da Spinoza a Rawls). In Godwin essa si presenta associata, invece che alla giustizia, all'idea di eguaglianza.

Tornando a Fichte, ma solo per gettare rapidamente lo sguardo in avanti, vi si osservano due temi di riflessione destinati ad acquistare uno straordinario rilievo nelle epoche successive: entrambi ruotano attorno alla nozione di costituzione, sia come costituzione formale (nella sua costruzione giuridica è notevole il rilievo dato all'esistenza di una legge fondamentale sovraordinata al sistema delle norme positive e al tema connesso della soggezione del potere politico alla legge), sia come costituzione materiale – questione che direttamente si lega a quella della giustizia sociale. Gli sviluppi della cosiddetta questione sociale, venuta in primo piano a metà dell'Ottocento²², e vera e propria protagonista della discussione novecentesca, incrociano il tema della giustizia fino alla rivoluzione russa ed oltre, intrecciandosi con il dibattito intorno al ruolo del diritto all'interno del comunismo. Prende corpo una lotta senza quartiere contro il formalismo della giurisprudenza, considerato addirittura ‘amorale’ (E. Bloch), lotta plasticamente rappresentata dalla dottrina sovietica, che da Lenin (in ciò fedele a Marx) fino a Pašukanis nega qualsiasi spazio al diritto sia nella società comunista sia nella fase di transizione al comunismo; posizione poi totalmente rovesciata dalla dottrina del socialismo in un solo paese, con la Costituzione dell'URSS voluta da Stalin e con Vyšinskij.

Per Hans Kelsen il diritto sovietico non costituisce solo un argomento di studio; esso gli prospetta problemi che paradossalmente lo porteranno a conclusioni non dissimili, nella misura in cui individuerà nella giustizia qualcosa che resta sempre separato dal diritto. Il che suona, appunto, paradossale per un giurista che si è dedicato alla costruzione di una teoria pura del diritto. Un'operazione parallela a que-

22 Ma in realtà anche prima, con l'ampio spettro di posizioni interne al socialismo, prima “utopistico” e poi “scientifico”, a fronte della teorizzazione isolata ma quanto mai fertile di un Proudhon.

sta, anche se con modalità diverse, sarà condotta da Perelman e poi da H.L.A. Hart, al culmine del movimento della giurisprudenza analitica, inaugurata nella prima parte dell'Ottocento da John Austin. Il presupposto da cui Kelsen procede è quello della necessità di non oltrepassare il perimetro descritto dalla struttura meramente formale del diritto, essendo qualsiasi contenuto di quest'ultimo storicamente condizionato. Non perciò scompare il problema della giustizia, che viene anzi acutamente avvertito, ma viene al contempo trasformato in una questione, da un lato, di morale individuale e, dall'altro, di generale visione del mondo.

Ma il formalismo non è stata l'ultima parola pronunciata dall'elaborazione filosofica del secolo scorso. Se pure essa fu la corrente prevalente nella prima metà del secolo – una sorta di rifugio e via d'uscita rispetto alle nefandezze della storia – con il secondo dopoguerra hanno rioccupato il campo una serie di dottrine di nuovo formulate all'insegna del tema della giustizia sociale. Rawls e il suo maggiore antagonista F.A. von Hayek, e poi Nozick, Dworkin, Nussbaum, Sen sono solo alcuni dei protagonisti di un dibattito la cui storia si sta svolgendo ancora sotto i nostri occhi.

L'ultimo capitolo, sul Novecento, è il più esile del volume (anche sul piano dei contenuti) e dal mio punto di vista il meno soddisfacente. In parte mancavano le competenze specifiche e in parte era necessario del tempo, per formarsele. Di qui la scelta di sollecitare l'editore a pubblicare una nuova monografia sull'argomento. La proposta è stata accolta e nel 2014 è uscito per i tipi de il Mulino *Distinguere uno Stato da una banda di ladri. Etica e diritto nel XX secolo*, di Daniela Tafani, alla cui presentazione mi dedicherò fra breve.

Prima però mi siano consentite alcune osservazioni conclusive sull'argomento oggetto di questa conversazione. Fin dalla costruzione dell'indice del volume e poi nel tempo della sua stesura, e molto di più una volta che esso è stato terminato e guardato per dir così dall'esterno, viva è stata la consapevolezza che le direttrici lungo le quali ci si era mossi non solo non esauriscono il panorama complessivo degli studi, ma che basta collocarsi in una prospettiva mutata anche solo di poco perché prendano luce zone che prima si trovavano in ombra o viceversa vengano spinti sullo sfondo momenti su cui una tradizione consolidata aveva concentrato il fuoco dell'attenzione. Prendiamo per esempio in considerazione *L'idea di giustizia* di Amartya Sen, uscito nel 2009 e scarsamente utilizzato nel mio volume. Potremmo definirlo una *summa* e insieme un riepilogo ragionato degli studi ch'egli va compiendo da decenni. Sen suddivide la speculazione storicamente sviluppata sulla giustizia in due grandi tronconi: il primo (significativamente definito "istituzionalismo trascendentale") ha il

suo momento di origine nella dottrina del contratto sociale e gli esiti ultimi nel pensiero prima di Kant e poi di Rawls, ed è orientato alla ricerca della giustizia “perfetta” e delle istituzioni capaci di garantirne i principi; il secondo è mosso da una finalità essenzialmente pratica, avendo individuato come proprio scopo quello di rendere meno ingiusta la vita delle persone reali. Da un lato l'autore rivendica e difende la propria adesione alla visione del mondo illuministica, con il ruolo primario assegnato alla ragione, ma, dall'altro, dichiara di sentirsi parte di una tradizione “alternativa” al contrattualismo, i cui principali esponenti egli individua in Smith, Condorcet, Wollstonecraft, Bentham, Marx e John Stuart Mill. Da queste dottrine egli ricava di volta in volta gli elementi di critica e discussione, e anche gli stimoli per una revisione, della teoria di Rawls – l'autore con il quale Sen si confronta in via prioritaria, chiamando a partecipare al dibattito i principali protagonisti della discussione contemporanea sulla giustizia.

Ma non è questo il punto principale sul quale ora concentrare l'attenzione, così come non lo sono le componenti di pensiero orientale, innanzitutto indiano, che arricchiscono e completano la sua costruzione. Ciò che adesso preme rilevare è non solo che in questo importante libro compaiono autori nuovi rispetto al panorama che si è sopra presentato, ma che, anche quando le dottrine trattate sono le medesime, esse assumono una configurazione complessiva diversa e, per giunta, sovente sono diversi gli elementi stessi che per ciascuna di tali dottrine vengono posti in evidenza. Ad esempio, stante la peculiare prospettiva adottata da Sen, non è l'utilità il referente privilegiato nell'analisi della dottrina di Smith, ma piuttosto l'ipotesi-presupposto dello “spettatore imparziale”; così come, di nuovo stante tale prospettiva, di Condorcet ad essere presa in esame è la “teoria della scelta sociale”, in grado di sollecitare assai di più l'interesse dello scienziato, matematico ed economista, di quanto non lo siano i più eclatanti progressi dello spirito umano tratteggiati nel pur superbo *Esquisse*.

Tutto questo per corroborare alcuni degli interrogativi di cui è stata punteggiata la precedente esposizione. Chiudo con un *errata corrige*: in realtà l'errore di cui ho avuto contezza a libro stampato è uno e me lo ha fatto notare l'amica e collega Raffaella Gherardi, alla quale sono per questo grata: ho attribuito a Kelsen la stesura della Costituzione di Weimar (stilata invece da Hugo Preuss); Kelsen ha ispirato la Costituzione della Repubblica federale austriaca.

IV. *Distinguere uno Stato da una banda di ladri*: codificata da Agostino ispirato da un aneddoto ciceroniano, la metafora della possibile assimilazione dello Stato a una banda di ladri mutuata nel titolo del volume di Tafani indica in modo sintetico l'argomento di ricerca: la di-

scussione novecentesca sul rapporto fra legge e giustizia. Letto – sia che lo si approvasse, sia lo si contestasse – come rapporto fra diritto positivo e diritto naturale, esso si trova a sua volta incastonato nella cornice dell'intricata relazione fra etica e diritto. La ricerca mostra come, a dispetto della sua vetustà, il problema abbia continuato a riproporsi durante tutto il XX secolo e, salvo rare eccezioni, sia stato al centro delle riflessioni elaborate dalla più gran parte degli intellettuali del tempo: magari non sempre con perfetta cognizione di causa, anzi spesso insinuato in modo inconsapevole nella mente di un autore suo malgrado condizionato da elementi di metafisica.

Il volume si dipana lungo tre capitoli apparentemente dedicati a temi diversi e autonomi tra loro, i cui contenuti alla fine sfociano tutti nella sola grande questione che interessa: come rendere invalido il diritto codificato dal nazismo senza ricorrere a norme retroattive o, in altri termini, in base a quali principi è teoricamente sostenibile comminare pene per reati non riconosciuti come tali dalla normativa allora vigente.

Il primo capitolo, *L'irrealtà del diritto*, dedicato al pensiero di B. Croce e A. Ross, si occupa di alcune delle eccezioni sopra ricordate: offrendo “un esempio del più rigoroso empirismo” (p. 15) Croce è stato tra i primi a rendersi conto dell'errore pressoché universalmente commesso di combinare e confondere etica e diritto e per parte sua ha cercato di evitare al massimo tale indebita connessione. Scartati i criteri via via adottati nella storia del pensiero per operare e giustificare la distinzione fra etica e diritto, elabora un criterio considerato per la prima volta adeguato allo scopo: il “principio economico”; separato dal principio che presiede all'attività morale, esso fa dell'utilità un “momento autonomo della vita dello spirito” (p. 25) e attiene al particolare (mentre l'etica attiene all'universale).

Poiché qualsiasi tipo di legge è legge, sono indistinguibili, per Croce non meno che per Ross, l'istituzione statale e una qualsiasi banda di malfattori (purché regolata al suo interno da un codice di comportamento): è la morale a poterli e doverli distinguere. In quanto “pseudoconcetto” “empirico” (finzione concettuale), il diritto positivo, l'unico diritto esistente, è privo di una sua consistenza ontologica; esso è descritto come fondato anzitutto sulla forza, ma anche sul consenso (concesso per convenienza).

La distinzione finalmente raggiunta fra diritto positivo e diritto naturale (dopo che l'idea stessa di quest'ultimo è stata rifiutata in quanto contraddittoria) rende all'autore chiara in tutto il suo rigore la necessità di intervento da parte della morale, nella tensione di ottenere dal diritto che esso sia anche giusto.

Analogamente empirista la concezione di Alf Ross, la cui opera *On Law and Justice* (1958) prende avvio da una constatazione tanto ovvia quanto rilevante nelle sue conseguenze: è insensato porsi la domanda relativa alla natura del diritto; nessuna delle scienze naturali si interroga sulla “*natura del proprio oggetto*” (p. 41). Anche per lui solo nell’ottica della filosofia morale ha senso parlare di un contrasto fra legge positiva e giusnaturalismo e attiene all’orizzonte della metafisica pensare che si diano universali principi giuridici. Al pari di Kelsen Ross pensa che le norme siano rivolte non ai cittadini ma ai giudici e che la loro validità dipenda dalla effettività della loro applicazione.

Anche Kelsen ammette in via teorica la possibilità di equiparare all’ordine dello Stato un’associazione a delinquere, ma solo quando essa sia in grado di produrre un “ordinamento coercitivo efficace, anche solo in una zona territorialmente ristretta, e [...] in tale zona abbia con ciò escluso l’efficacia dell’ordinamento giuridico statale” (p. 63). Le condizioni descritte sono in realtà tali da escludere la possibilità di una siffatta equiparazione: se la validità di un ordinamento giuridico dipende dalla sua “efficacia complessiva” (*a grandi linee*), “entro un valore intermedio” (p. 62), la differenza fra i due ordini diventa palese. In questo secondo capitolo, *La realtà del diritto*, dedicato all’analisi delle teorie di Kelsen e di Santi Romano, il tema del dibattito, univoco nel suo significato e lineare nello svolgimento che Croce e Ross gli avevano impresso, comincia a rivelarsi più articolato e complesso. In Kelsen la questione della validità delle norme, quella della natura della norma fondamentale e del rapporto fra quest’ultima e le prime, concorrono tutte a rifiutare con nettezza la tesi agostiniana di una relazione fra diritto e giustizia, ma si intensificano gli interrogativi, o le soluzioni diverse prospettate nei diversi scritti, in particolare in quelli più tardi, per esempio riguardo al problema dei conflitti fra norme (di ordinamenti diversi). Infine, per quanto respinta, viene presa in esame la possibilità di dichiarare nullo, giusnaturalisticamente, l’ordinamento ingiusto ma viene per converso stabilita la validità giuridica delle leggi retroattive proprio in forza di un “principio di giustizia” (p. 84). In Santi Romano il diritto assume un significato assai più ampio e la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici implica la presenza, al loro interno, di una pluralità di principi, ben oltre la sola presenza delle norme.

L’ultimo capitolo, *Etica e diritto dopo il male assoluto*, affronta di petto la questione principale e tira le fila che avevano attraversato le pagine precedenti. Ora il tema vero riguarda la giustificazione teorica e la praticabilità tecnico-giuridica per pene da comminare per azioni compiute durante il nazismo conformi al suo sistema giuridico. Dopo la guerra non si può più trattare a cuor leggero l’argomento sintetizzato

nella metafora evocata nel titolo del volume e le risposte a suo tempo facilmente offerte al quesito da essa posto sono spesso ritenute irricevibili.

Di qui la controversia che vide protagonisti Lon Fuller (sostenitore di una “legge naturale procedurale”, p. 92) e Herbert Hart (sostenitore, nel suo giuspositivismo, dell’esistenza di un “diritto naturale minimo”, p. 102) e il dibattito a sua volta ingaggiato da questi con Ronald Dworkin, sostenitore di una nuova forma di giusnaturalismo, pretesa più attuale rispetto a quelle di un tempo. Nel susseguirsi delle pagine del capitolo si percepisce con crescente chiarezza che una sorta di ritorno al diritto naturale costituisce sempre meno motivo di scandalo anche fra gli addetti ai lavori, per quanto ben consapevoli di tutte le difficoltà teoriche che esso fa insorgere e anche dei veri e propri ostacoli, di nuovo teorici, che occorre oltrepassare o altrimenti aggirare: ne sono testimonianza evidente le dottrine di Radbruch e di Robert Alexy (un paragrafo che lo riguarda è dall’autrice intitolato addirittura: “La connessione necessaria tra morale e diritto”, p. 118). E, quel che più conta, non fu solo la filosofia a prendere questi orientamenti; furono le corti di giustizia a emanare sentenze che andavano nella medesima direzione, dichiarando nulle le leggi vigenti nel periodo nazista.

Evidentemente, era sembrata troppo debole la presa di posizione di Alf Ross, essendo subentrato, come scrive Tafani, “il bisogno giuridico e politico di negare carattere di diritto alle leggi naziste e di dichiararne nulle le conseguenze giuridiche (evitando il ricorso a leggi retroattive)” (p. 10). Ross aveva per parte sua scritto: «Non sarebbe di alcun vantaggio respingere l’uso del termine “diritto” nei confronti di quei sistemi che non ci piacciono [...] una terminologia descrittiva non ha niente a che vedere con l’approvazione o la disapprovazione morali. Mentre posso classificare un certo ordinamento come “ordinamento giuridico”, è possibile che nello stesso tempo io consideri il rovesciarlo come il mio più alto dovere morale» (cit. p. 49).

Mi congedo da queste pagine rinnovando il ricordo di Letizia Gianformaggio, alla quale il volume sulla giustizia era dedicato e che ha lasciato un’impronta negli studi giuridici dell’ultima parte del secolo scorso, sapendo coniugare la ricerca scientifica con l’impegno personale e l’interrogazione critica sul funzionamento e il senso delle nostre istituzioni e i ‘valori’ ch’esse hanno il compito di tutelare.

Abstract

Il testo è una breve rassegna della più recente storiografia sulle teorie della giustizia, a partire da una sorta di auto-recensione di una mia monografia di qualche anno fa sulla storia del concetto e di riflessioni ulteriori che ne sono scaturite. Concetto di giustizia, oppure idea o addirittura mito politico? La domanda sorge dalla constatazione della grande varietà di soluzioni possibili al quesito: che cosa è la giustizia? Nelle differenti teorie elaborate nel corso della storia del pensiero e dall'impressione che la soluzione di volta in volta trovata sia più che altro una costruzione ideale escogitata per dare risposta a ciò che risposta non ha. Lo confermano, ad esempio, la distinzione kelseniana fra "giustizia relativa" e "giustizia assoluta" e la folla di caratteri tratteggiati 'in negativo' (assai più numerosi di quelli 'positivi') da autori come De Vecchio, Bobbio, Garin, C. Perelman, A. Sen. Di particolare interesse per noi è la discussione novecentesca sul tema, dominata dal formalismo nella prima metà del secolo e con un'ampia ripresa, invece, di questioni di contenuti e valoriali all'indomani della sconfitta dei totalitarismi.

The greatest myth of all: Justice

The work is a brief survey of the latest historiography on theories of justice, moving from a self-review of the monograph I wrote a few years ago and from the considerations that have stemmed from it. Is justice a concept or just an idea or even a political myth? The question arises from the observation of the wide variety of answers given throughout the history of thought to the question of what Justice truly is, and from the impression that the solution found in each case is actually an ideal construction devised to give an answer to that which has no answer. This is attested by Kelsen's distinction between "relative Justice" and "absolute Justice", and by the rich description of what Justice is not, rather than what it is, in the work of authors like De Vecchio, Bobbio, Garin, C. Perelman, A. Sen. Of particular interest to us is the twentieth-century debate on this issue. In the first half of the century, this debate was dominated by formalism, which was followed by a wide revival of interest for the contents and values of Justice once totalitarianism had been overcome.

Keywords: teoria della giustizia, mito politico.