

Nella storia umana il problema della giustizia occupa un posto centrale, tanto nella dimensione dell'agire quanto in quella del sapere. Il problema della giustizia presenta infatti almeno tre aspetti irriducibili: da un lato vi è la questione delle modalità di costituzione delle società umane e dei rapporti tra individui, comunità e istituzioni; dall'altro vi è l'esigenza di una approfondita riflessione metafisica, giuridica e teologica sulla natura della giustizia e del bene. Tale riflessione, a partire da Socrate, Platone e Aristotele e dall'influsso delle religioni monoteiste, non ha più lasciato il terreno della ricerca e del dibattito filosofico. Vi è poi un terzo aspetto: il tema della giustizia si lega anche, in qualche misura, alla questione della conoscenza del senso delle cose e delle vicende umane, cioè al vissuto in prima persona, che si manifesta spesso attraverso il senso di giustizia e di ingiustizia avvertito e riconosciuto in prima persona.

Il presente volume ha lo scopo di rimettere al centro dell'interesse di docenti e studenti il tema della giustizia, ripercorrendone alcuni snodi fondamentali negli elementi teorici e nella riflessione filosofica occidentale.

**Marco Ferrari** insegna filosofia e storia nei licei. È co-curatore di TEDxYouth@Bologna e direttore della Bottega di Filosofia di Diesse. È ideatore e direttore del Concorso di filosofia Romanae Disputationes e dei webinar dell'associazione ToKalOn di cui è vice presidente. Ha curato il volume *Soggetto e realtà nella filosofia contemporanea. Cinque lezioni* (2014) e i volumi *Libertà va cercando. Percorsi di filosofia medievale* (2016) e *Logos e techne* (2017).

Mimesis Edizioni  
Filosofie  
www.mimesisedizioni.it

12,00 euro

ISBN 978-88-5754-502-8



9 788857 545028

MARCO FERRARI (A CURA DI) IL PROBLEMA DELLA GIUSTIZIA

MIMESIS

# IL PROBLEMA DELLA GIUSTIZIA

A CURA DI MARCO FERRARI



 MIMESIS / FILOSOFIE

N. 531

Collana diretta da *Pierre Dalla Vigna* (Università "Insubria", Varese)  
e *Luca Taddio* (Università degli Studi di Udine)

COMITATO SCIENTIFICO

Paolo Bellini (*Università degli Studi dell'Insubria, Varese-Como*), Claudio Bonvecchio (*Università degli Studi dell'Insubria, Varese-Como*), Mauro Carbone (*Université Jean-Moulin, Lyon 3*), Antonio De Simone (*Università degli Studi di Urbino Carlo Bo*), Morris L. Ghezzi (*Università degli Studi di Milano*), Giuseppe Di Giacomo (*Università di Roma La Sapienza*), Giovanni Invitto (*Università degli Studi di Lecce*), Micaela Latini (*Università degli Studi di Cassino*), Enrica Lisciani-Petrini (*Università degli Studi di Salerno*), Luca Marchetti (*Università Sapienza di Roma*), Antonio Panaino (*Università degli Studi di Bologna, sede di Ravenna*), Paolo Peticari (*Università degli Studi di Bergamo*), Susan Petrilli (*Università degli Studi di Bari*), Augusto Ponzio (*Università degli Studi di Bari*), Riccardo Roni (*Università degli Studi di Urbino*), Luca Taddio (*Università degli Studi di Udine*), Valentina Tirloni (*Université Nice Sophia Antipolis*), Tommaso Tuppini (*Università degli Studi di Verona*), Antonio Valentini (*Università di Roma La Sapienza*), Jean-Jacques Wunneburger (*Université Jean-Moulin Lyon 3*)

# IL PROBLEMA DELLA GIUSTIZIA

a cura di  
Marco Ferrari

 **MIMESIS**

In collaborazione con:

Associazione Diesse



Associazione Tokalon



MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)  
[www.mimesisedizioni.it](http://www.mimesisedizioni.it)  
[mimesis@mimesisedizioni.it](mailto:mimesis@mimesisedizioni.it)

Collana: *Filosofie* n. 531  
Isbn: 9788857545028

© 2017 – MIM EDIZIONI SRL  
Via Monfalcone, 17/19 – 20099  
Sesto San Giovanni (MI)  
Phone +39 02 24861657 / 24416383

# INDICE

<i>Marco Ferrari</i> INTRODUZIONE	7
NOTA DI EDIZIONE	15
<i>Franco Trabattoni</i> LA GIUSTIZIA NELLA <i>REPUBBLICA</i> DI PLATONE (LIBRO I)	17
<i>Giovanni Catapano</i> LA GIUSTIZIA NELLA FILOSOFIA MEDIEVALE: AGOSTINO, ANSELMO, TOMMASO, ECKHART	29
<i>Giacomo Samek Lodovici</i> GIUSTIZIA E UTILITARISMO	53
<i>Paolo Monti</i> LA TEORIA LIBERALE DELLA GIUSTIZIA DI JOHN RAWLS	67
<i>Francesco Viola</i> EQUITÀ E GIUSTIZIA	79
<i>Gian Paolo Terravecchia</i> ONTOLOGIA DEL LEGAME SOCIALE E GIUSTIZIA	95
GLI AUTORI	107

FRANCESCO VIOLA  
EQUITÀ E GIUSTIZIA

1. *Il paradosso dell'equità*

Com'è noto, nel Libro V dell'*Etica Nicomachea* Aristotele affronta il tema dell'equità in rapporto alla giustizia e s'imbatte subito in un'apparente aporia.<sup>1</sup> Poiché entrambe indicano un bene, allora o si tratta di beni diversi o l'una assorbe in sé l'altra, essendo migliore. L'aporia consiste nel fatto che giustizia ed equità si presentano come concetti diversi tra loro e al contempo appartenenti al medesimo genere. Aristotele risolve il paradosso notando che l'equo e il giusto sono la stessa cosa, ma l'equo è migliore in quanto corregge e supera la mera giustizia legale.<sup>2</sup>

Vi sono, dunque, diversi gradi di giustizia in riferimento a differenti punti di vista e, tuttavia, la ricerca di ciò che è giusto è un'impresa unitaria volta all'ottimizzazione, cioè alla determinazione della forma migliore, almeno per quanto è possibile nelle cose umane. L'equità designa proprio questa tendenza alla massimizzazione interna alla virtù della giustizia.

Il pregio dell'equità, cioè quello di assicurare una migliore giustizia, è anche un fattore di debolezza, perché avvalora i dubbi sulla sua autonomia concettuale rispetto alla giustizia. Spesso si tende a risolverla in una vaga disposizione alla mitezza nell'imporre obblighi o nell'irrogare pene. Questo atteggiamento d'indulgenza è nella sostanza volto a mitigare la durezza della legge (*dura lex sed lex*) che in alcuni casi può diventare particolarmente odiosa (*summum ius summa iniura*). Si tratterebbe, pertanto, di una virtù del giudice. Il giudice equo è colui che opta per la soluzione più favorevole all'imputato, il giudice che – come dice Aristotele – prende meno di quello che dovrebbe, pur continuando a seguire la legge. Ma risolvere l'equità nell'umanità del giudice significherebbe renderla ben poco rilevante

1 *Etica Nicomachea*, V, 1137b-1138a. In generale cfr. F. D'Agostino, *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milano 1973.

2 Cfr. J. Tasioulas, *The Paradox of Equity*, in «Cambridge Law Journal», LV, 1996, pp. 456-459.

nei confronti della ricerca della giustizia. Sembra, allora, che l'aporia segnalata da Aristotele ritorni a galla: cosa c'è nell'equità che la rende al contempo ben distinta ed identica alla giustizia?

È facile constatare che la funzione dell'equità nel diritto è ben diversa che nella politica. Questa differenza si spiega con la differenza fra la ragion d'essere del diritto e quella della politica.

Il fine tradizionale del diritto è quello di risolvere le liti, di riparare i torti, d'impedire che gli individui siano ingiustamente danneggiati e offesi e di assicurare che i loro diritti siano garantiti e protetti. Il diritto deve essere equipaggiato per far fronte a casi concreti e per trattare individui in carne ed ossa. Se non fosse così, tutta la complessa organizzazione giuridica sarebbe priva di senso o, peggio, sarebbe un'anonima macchina puramente repressiva in cui tutto è già deciso in anticipo.

Al contrario la politica non guarda ai casi concreti ma alla società nel suo insieme. Il suo obiettivo è quello di disegnare una struttura di base della vita sociale che sia articolata in istituzioni in grado di garantire, in generale e in linea di principio, la libertà e l'uguaglianza dei membri della comunità politica.<sup>3</sup>

La differenza dei fini implica anche una differenza negli oggetti della giustizia. Nel diritto l'importanza del caso concreto conduce ad intendere l'equità come la giustizia del caso particolare.<sup>4</sup> Le norme giuridiche – come sappiamo – secondo il principio di legalità devono essere generali e astratte per evitare disposizioni *ad personam* e privilegi, ma il caso particolare può risultare mortificato da previsioni legislative che per varie e gravi ragioni non sono adatte ad esso ed allora è necessaria una correzione o un "aggiustamento", che si concretizza in un giudizio di equità.<sup>5</sup> Come nota

3 Per queste differenze tra diritto e politica rinvio a F. Viola, *La lotta del diritto contro i mali della società*, in «Seconda Navigazione. Annuario di filosofia», Leonardo Mondadori, Milano 1999, pp. 197–217.

4 In Inghilterra, dal XV al XIX secolo, si distinguono le corti che, per rimediare alla rigidità della legge, amministrano giustizia secondo *equity* da quelle ordinarie che amministrano giustizia secondo *common law*. Ma la regolamentazione giurisprudenziale dell'equità ha condotto inevitabilmente ad un corpo di massime (*maxims of equity*) e ad una dottrina che produce regole generali a loro volta suscettibili di ingiustizia nella stretta applicazione ai casi particolari. Attualmente non v'è più in Inghilterra la distinzione fra le due giurisdizioni e le stesse corti possono giudicare secondo il *common law* o *secondo equity*. Roscoe Pound a questo proposito ha parlato di una crisi dell'equità. Cfr. R. Pound, *The Decadence of Equity*, in «Columbia Law Review», V, 1905, pp. 20-35.

5 Per un'attualizzazione critica di questa problematica rinvio a F. Schauer, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*

ancora Aristotele, spesso non si tratta di errori della legge né di manchevolezza del legislatore, ma della natura intrinseca di tutto ciò che, essendo oggetto di azioni, è contingente e non sempre accade allo stesso modo. Allora c'è bisogno di una "giustizia animata", impersonata dal giudice che corregge il giusto legale non in generale, ma solo in riferimento al caso particolare. In questo senso l'equità è una migliore giustizia o una giustizia pienamente realizzata e concretizzata.

Tutto il contrario accade nella politica. Essendo il fine della politica quello di assicurare in generale un assetto giusto delle istituzioni, i casi particolari non hanno rilevanza o hanno solo una rilevanza secondaria. Se, ad esempio, consideriamo la più nota teoria contemporanea della giustizia, che è sotto il segno dell'equità – ammesso e non concesso che questa accreditata traduzione italiana renda esattamente il senso di *fairness* – notiamo subito che l'intento di Rawls, almeno nella sua prima e fondamentale opera,<sup>6</sup> è quello di neutralizzare le differenze dei soggetti che partecipano al patto sociale. L'esperimento mentale del "velo d'ignoranza" nella posizione originaria è diretto a spogliare i contraenti delle loro peculiari differenze, cioè della loro particolarità (soprattutto di quelle derivate dalla sorte o dalla lotteria naturale), al fine d'indurli convergere verso quei principi di giustizia che garantiscano a tutti un'eguale protezione ed eguali opportunità, qualunque sia la loro posizione sociale futura. Allora l'equità politica mette tra parentesi le particolarità a differenza dell'equità giuridica.

Indubbiamente c'è una stretta parentela tra *aequitas* e *aequalitas*, cosa d'altronde ripetutamente notata dai giuristi medievali e anche nel XVII secolo da Edward Coke.<sup>7</sup> Infatti tra le massime di equità una delle principali è la seguente: *equity is equality*. Ma la formula tradizionale dell'eguaglianza, cioè trattare i casi eguali in modo eguale e i casi diseguali in modo diseguale, è già di per sé rivelativa di una tensione fra universalismo e particolarismo.

Dunque, a prima vista, l'equità giuridica e l'equità politica sembrano cose del tutto eterogenee. Ma non bisogna lasciarsi impressionare dalla presenza di criteri contrastanti per raggiungere soluzioni eque o per perse-

---

(2003), tr. it. il Mulino, Bologna 2008.

- 6 J. Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, Oxford University Press, Oxford 1999.
- 7 E. Coke, *Institutes*, in *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, a cura di S. Steve, Liberty Fund, Indianapolis 2003, vol. II, Part I, section 21, fol. 24b, p. 682. Per altri riferimenti rinvio a F. Mazzarella, *Un diritto «allo stato fluido»*. Note storico-giuridiche su *aequitas* e *ragionevolezza*, in «Giornale di storia costituzionale», 2006, n. 11, pp. 121-144.

guire l'equità. Niente di diverso avviene nella giustizia. Anche qui a volte le differenze tra le persone sono rilevanti e altre volte non lo sono; alcune volte i casi particolari sono significativi, altre volte non lo sono. La differenza dei criteri mette in luce la diversità delle funzioni. In questo l'equità segue la giustizia, di cui – come s'è detto – è un'articolazione interna. Per questo, se si vuole capire l'equità, bisogna prendere le mosse dalla giustizia, ma per comprendere la giustizia bisogna a sua volta interrogarsi sui suoi rapporti con il diritto. È facile, infatti, constatare che ogni concezione della giustizia si caratterizza per le sue relazioni con il diritto.

Bisogna prendere le mosse dallo schema tradizionale per poi osservarne le principali varianti concettuali e storiche.

Secondo l'assetto tradizionale dei rapporti tra giustizia e diritto, nella giustizia correttiva o commutativa ciò che spetta ad ognuno è già stabilito e quindi si deve solo accertarlo e ripristinare ognuno nel proprio diritto preesistente. Si tratta di parificare un'eguaglianza violata a causa di un guadagno o di una perdita ingiusti (reintegrare, restituire, compensare). Per questo si chiama "correttiva". Nella giustizia distributiva, invece, la spettanza non è ancora stabilita e bisogna determinare ciò che spetta ad ognuno, come quando la preda viene divisa fra tutti i partecipanti alla caccia. Ciò avviene attraverso una decisione che ha un carattere in senso lato politico (ripartire, attribuire, assegnare). Una volta fatta la ripartizione sorge il diritto alla cosa, che poi sarà alla base della giustizia correttiva se la cosa è tolta o danneggiata ingiustamente.

In tal modo queste due forme di giustizia sono collegate fra loro strettamente: quella distributiva crea o accerta la spettanza e quella correttiva la fa valere e la protegge. La differenza fa riferimento a due modi di considerare le persone: o come un individuo già provvisti di una spettanza – e quindi legate tra loro da relazioni giuridiche preesistenti e accertabili – o come appartenenti ad un tutto sociale non ancora articolato al suo interno. L'equità sociale riguarda entrambe le forme, ma in modo diverso.

A ben guardare s'è creata una circolarità tra giustizia e diritto: da una parte, cioè nella giustizia distributiva, il diritto è il fine della giustizia, perché – come dice Rawls a proposito dei principi di giustizia<sup>8</sup> – bisogna assegnare i diritti e i doveri e determinare i benefici e gli oneri della cooperazione sociale, cioè stabilire il diritto; ma dall'altra, cioè nella giustizia

8 «*These principles are the principles of social justice: they provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation*» (J. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 4).

correttiva, la giustizia è il fine del diritto, perché bisogna proteggere e ripristinare i diritti violati e i danni arrecati.

## 2. *Equità e giusto naturale*

Nel suo *Commento all'Etica Nicomachea*<sup>9</sup> Tommaso d'Aquino, laddove Aristotele afferma che l'equità corregge il giusto legale, nota che essa fa appello al giusto naturale, cioè ad un diritto che è preesistente a quello stabilito dal legislatore, un diritto che ha una funzione direttiva del giusto legale: «*secundum iustum naturale oportet hic dirigere iustum legale*»,<sup>10</sup> e che di questo ne è l'origine: «*continentur sub iusto naturali a quo oritur iustum legalis*». <sup>11</sup> Non so fino a che punto Aristotele avrebbe condiviso quest'interpretazione giusnaturalistica, ma non è questo che qui importa. L'importante è che per Tommaso d'Aquino, e in generale per la concezione medioevale,<sup>12</sup> il diritto (naturale o positivo) ha la precedenza sulla giustizia. Se non v'è già un diritto, non vi può essere alcun atto di giustizia: «oggetto della giustizia è evidentemente il diritto». <sup>13</sup> Non è un caso che *ius* sia la radice di *iustitia*.

Per affermare che qualcosa spetta a qualcuno o che qualcuno ha diritto a qualcosa, cioè per formulare un giudizio normativo di giustizia, occorre fare appello ad un principio o ad una regola preesistente in quanto formulata dal legislatore e, in ultima istanza, ad un principio o ad una regola tratta dalla ragione. L'atto di giustizia consiste nel dare esecuzione alla regola, cioè nell'applicarla. Non si tratta di un giudizio teorico, ma pratico a cui segue un'azione che consiste nel dare o nel togliere. La giustizia sta nell'azione. Prima si constata (*jus dicere*) che qualcosa è propria di qualcuno e poi si può compiere un atto di giustizia nei suoi confronti, dandogliela o lasciandola che ne goda.

In questo modo l'equità assume un proprio spazio d'azione nei confronti della mera giustizia legale, in quanto si concretizza in un giudizio critico nei suoi confronti sia in riferimento a quei casi particolari che sarebbero ingiustamente trattati dalla pedissequa applicazione della regola legale, sia in

9 *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, Marietti, Torino 1964.

10 *Ivi*, n. 1086.

11 *Ivi*, n. 1082.

12 Cfr. F. D'Agostino, *La tradizione dell'epieikeia nel Medioevo latino: un contributo alla storia dell'idea di equità*, Giuffrè, Milano 1976.

13 *Summa theologiae*, II-II, 57, 1.

riferimento alla stessa legge generale (cioè all'atto legislativo) quand'essa va contro il giusto naturale. Si può dire anche che l'equità agisce a monte e a valle della ricerca della giustizia, perché la critica del giusto legale avviene sia sul piano delle sue giustificazioni, sia sul piano delle sue applicazioni. Ma il secondo è ben più importante del primo. Si può ben sopportare che esistano leggi ingiuste ma finché non vengono applicate, e per fortuna non tutte lo sono. La finalità delle leggi, infatti, è quella pratica di guidare le azioni sociali, cioè proprio quella di essere seguite ed applicate. Per questo l'equità è solitamente considerata una prerogativa dei giudici. Ma il giudizio pratico di giustizia non è riservato ai funzionari pubblici e ai legislatori, ma riguarda tutta la società che non cessa di sottoporre le leggi ad uno scrutinio non sempre disinteressato e critico, ma comunque sempre rilevante ai fini della loro applicazione.

Nell'interpretazione di Tommaso d'Aquino non c'è certamente il pericolo di confondere l'equità con la mitezza del giudice o con la sua arbitraria discrezionalità, ma a patto di accettare l'esistenza del diritto naturale che permette di difendere la priorità del diritto sulla giustizia. Per il giuspositivismo questo è un motivo in più per considerare l'equità come un concetto giuridico spurio e in contrasto con il principio di legalità che sta alla base dello Stato di diritto. Lo si può ammettere solo come un giudizio integrativo, come quando è demandato al giudice di determinare l'entità di un danno che per legge è impossibile prevedere, ma non certamente per riferirsi ad una legge diversa da quella del legislatore o per creare una legge al suo posto.<sup>14</sup>

In effetti la concezione di Tommaso d'Aquino è legata ad una visione metafisica e religiosa della natura umana e ad un'ontologia dei rapporti sociali. L'una e l'altra – come sappiamo – hanno perso nella modernità il generale consenso per essere sostituite da altre antropologie sociali ed allora – com'era prevedibile – i rapporti fra diritto e giustizia si rovesciano a scapito del ruolo dell'equità. L'atto di giustizia viene inteso come quello che stabilisce che qualcosa spetta a qualcuno, cioè come produttore di diritto e di ogni diritto possibile. Per Tommaso d'Aquino questo non sarebbe propriamente un atto di giustizia, come non lo è quello di Dio quando ha creato il mondo, cioè quando ancora non v'era diritto: «quell'atto grazie al quale una cosa diventa propria di qualcuno, non può

14 Sulla differenza fra equità integrativa, formativa e sostitutiva e per l'orientamento giuspositivista allo stato puro rinvio a R. Guastini, *Equità e legalità*, in «Giurisprudenza costituzionale», XLIX, 4, 2004, pp. 2243-2246.

essere un atto della giustizia». <sup>15</sup> Perché ci sia giustizia, ci vuole un *debitum* preesistente.

### 3. *Il primato del giusto legale*

Nella concezione hobbesiana si trova con chiarezza e nel modo più conseguente il passaggio dal primato del diritto al primato della giustizia. A prima vista nulla sembra essere cambiato rispetto alla tradizione antica e medioevale. Vi sono leggi naturali, vi sono patti o atti giuridici e vi sono leggi civili, cioè il giusto legale. Ma l'assetto generale è letteralmente capovolto.

Nel cap. XV del *Leviatano* la giustizia, che è la terza legge naturale, è ricondotta ai patti: *pacta sunt servanda*. In assenza di patti, non v'è niente di giusto o di ingiusto. Se i patti non vengono mantenuti, sono solo parole vuote. E quindi sembrerebbe che vi sia un diritto antecedente alla giustizia, cioè appunto i patti previsti dalla seconda legge di natura. Si tratta di atti giuridici segnati dal principio di reciprocità sia perché si consente ad essi a condizione che anche gli altri consentano, sia perché c'è equivalenza nella rinuncia reciproca a parte della libertà originaria. Tuttavia questi patti conclusi nello stato di natura non sono validi, cioè non sono diritto, perché non c'è nessuna sicurezza sul loro adempimento futuro. Vi sono patti validi solo dopo la costituzione di un potere civile in grado di costringere gli uomini a mantenerli. Conseguentemente, il giusto legale è la condizione di possibilità del giusto naturale, cioè dell'attuazione delle leggi naturali. Queste ultime perdono la loro funzione critica nei confronti del giusto legale, cioè dei comandi del sovrano.

In conclusione, nel cap. XXVI del *Leviatano*, a conferma di quanto detto Hobbes affermerà che tra legge naturale e legge civile c'è una piena corrispondenza, sicché si contengono l'una l'altra e hanno eguale estensione. Per stabilire che cosa sia l'equità, la giustizia e la stessa virtù morale, e per renderle obbligatorie, c'è bisogno dei comandi del potere sovrano. Il giusto legale ha assorbito in sé il giusto naturale come sua parte non scritta. Ciò significa che la giustizia politica ha la priorità sul diritto in quanto lo produce e lo rende effettivo. Senza effettività non c'è diritto.

Ciononostante l'equità è ben presente nella concezione hobbesiana. Non mi riferisco tanto all'equità giudiziale, che si muove sempre all'interno del

---

<sup>15</sup> *Contra Gentiles*, II, 28.

giusto legale. A questo proposito Hobbes ribadisce che tra le cose che fanno un buon giudice c'è l'equità, ma dopo aver affermato che «l'intenzione del legislatore si suppone sempre che sia l'equità; sarebbe infatti una gran contumelia per un giudice pensare altrimenti del sovrano».<sup>16</sup> In realtà qui Hobbes si serve dell'appello all'equità per sganciare il giudice da vincoli giurisprudenziali che potrebbero sottrarlo alla fedeltà nei confronti delle intenzioni del potere sovrano, rafforzando il potere alternativo della corporazione dei giudici e dei giuristi. Ma ancora più interessante è osservare i rapporti tra l'equità e le leggi naturali hobbesiane.

Se osserviamo il contenuto delle leggi naturali secondo Hobbes, anche se l'equità è esplicitamente prevista come undicesima legge naturale e – come abbiamo già detto – intesa come virtù del giudice, si può affermare che tutte le leggi naturali sono nella sostanza forme di equità. Si tratta, infatti, di disposizioni morali riguardanti il modo di trattare gli altri che Hobbes raccomanda in quanto capaci di favorire la pace attraverso la promozione della socialità. Questi precetti, che – come Hobbes stesso non cessa di ribadire – sono impropriamente considerati come leggi prima dell'istituzione di un potere civile, affermano che la gratitudine, la compiacenza, il perdono, il divieto di crudeltà e di manifestazione di disprezzo o odio, il riconoscimento degli altri come eguali, l'uso eguale di cose comuni, l'equa distribuzione dei beni, il rispetto degli ambasciatori, l'accettazione dei principi di giustizia naturale (terzietà del giudice, sua imparzialità, uso delle testimonianze) sono mezzi per conseguire la pace e, quindi, sono virtù morali proprie dell'uomo equo e giudizioso.

Giustamente Rawls ha considerato questi precetti hobbesiani come principi di ragionevolezza, perché dispongono alle virtù e agli abiti mentali che favoriscono la socialità, la reciprocità e la cooperazione.<sup>17</sup> L'equità in generale viene, dunque, intesa nei termini della ragionevolezza. È ragionevole colui che ha una disposizione a trattare gli altri come eguali, è capace di mettersi nei panni degli altri, di tener conto del punto di vista degli altri e preferisce la cooperazione al conflitto. Dunque, dal pensiero di Hobbes emerge un senso dell'equità che è differente sia dalla tradizione del diritto naturale, sia dalla sua riduzione giuspositivistica all'equità giudiziale.

Com'è noto, Rawls ha distinto la ragionevolezza dalla razionalità. L'uomo razionale è interessato solo al proprio bene e al proprio interes-

16 *Leviatano*, cap. XXVI, a cura di G. Micheli, La Nuova Italia, Firenze 1976, p. 274.

17 J. Rawls, *Lectures on the History of Political Philosophy*, ed. by S. Freeman, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Ma) 2007, pp. 54-62.

se, tende a massimizzare il proprio utile, calcolandolo con logica coerenza senza guardare in faccia nessuno. Ragionevolezza e razionalità sono due forme distinte del ragionamento pratico o dell'uso della ragion pratica. In Hobbes sono collegate strettamente tra loro, poiché è evidente nel suo pensiero che la ragionevolezza è un mezzo utile per raggiungere ciò che la razionalità manifesta come fine ultimo necessario, cioè la sopravvivenza individuale. Infatti, il ragionamento di Hobbes è semplice ed efficace: il fine atomistico della sopravvivenza non può essere raggiunto nello stato di natura, dunque l'uomo razionale deve mettere in atto mezzi ragionevoli, cioè aperti all'equità e alla cooperazione, a condizione che anche gli altri lo vogliano; ma la razionalità esige la sicurezza del comportamento altrui e questo conduce necessariamente all'istituzione di un potere civile in grado di far rispettare i patti. Essere equi e cooperativi è vantaggioso per il proprio utile individuale. Dunque, la razionalità è il fondamento della ragionevolezza, cioè dell'equità. Conseguentemente, quest'ultima è priva di una forza morale autonoma, non vi sono diritti morali e obblighi che devono essere rispettati di per se stessi, ma solo a condizione che anche gli altri li rispettino.<sup>18</sup> Questa condizione si verifica in modo sicuro e stabile solo nello stato civile e, quindi, le leggi civili sono la sola fonte della giustizia.

#### 4. *Equità come ragionevolezza*

Questa non è l'ultima parola nella storia dei rapporti tra equità e giustizia. Com'è noto, Locke rivendicherà l'autonomia etica della ragionevolezza nei confronti della razionalità hobbesiana. Ma ciò è possibile in quanto è cambiato il punto di partenza, che ora non è più l'individuo atomistico che guarda solo alla propria sopravvivenza a tutti i costi, ma tutta l'umanità considerata come una comunità naturale, i cui membri hanno eguali diritti e doveri, hanno il comune intento di conservare la socialità naturale e seguono, pertanto, il principio di reciprocità. Questa è infatti la legge naturale fondamentale, così come Locke l'intende e che definisce anche come

---

18 Anche se vi sono autorevoli interpretazioni che difendono l'esistenza di veri e propri obblighi morali nel pensiero di Hobbes, ho già avuto modo di mostrare l'infondatezza di questa tesi. Cfr. F. Viola, *Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Giuffrè, Milano 1979, cap. V. Anche Rawls mi sembra dello stesso avviso. Cfr. *Lectures on the History of Political Philosophy*, cit., p. 66.

la legge della ragione e della comune equità (*common equity*),<sup>19</sup> oltre che come la retta regola della ragione o come la legge comune della ragione.

Questa legge naturale fondamentale è la fonte da cui Locke deriva i diritti naturali e i doveri corrispettivi, ma essa ancora non dice ciò che spetta ad ognuno, soltanto dice che in partenza deve esservi una vera e propria distribuzione e non già una mera aggregazione delle utilità, perché c'è già una comunità naturale che si estende a tutta l'umanità. C'è distribuzione dove c'è cooperazione. Tale distribuzione deve essere compiuta secondo criteri di ragionevolezza e di equità, perché avviene tra esseri liberi ed eguali che si riconoscono reciprocamente come tali. Il giusto naturale ha, dunque, una sua autonomia rispetto alle leggi civili, perché dalla legge naturale derivano conclusioni ragionevoli accessibili a tutti. Il sovrano non ha il monopolio dell'interpretazione della legge naturale.

Siamo, dunque, tornati alla prospettiva aristotelica in cui l'equo è una giustizia migliore rispetto al giusto legale. Locke va ancora oltre, poiché vede nella legge naturale fondamentale l'origine del giusto legale a somiglianza di Tommaso d'Aquino.<sup>20</sup> Ma rispetto alla tradizione scolastica del diritto naturale – non sempre pienamente fedele al pensiero dell'Aquinate – le differenze sono notevoli e di grande rilievo. È opportuno guardarle più da vicino in quanto la linea di pensiero inaugurata da Locke aiuta a comprendere il modo in cui si pongono oggi i rapporti tra equità e giustizia.

Secondo Locke il nucleo originario del giusto naturale è costituito dai diritti naturali, che – come abbiamo già detto – sono derivati dalla legge naturale fondamentale. Non si può, dunque, ancora parlare di diritto in senso oggettivo, ma di diritti, cioè di una titolarità che è la base per assegnare ciò che spetta. Il diritto in senso oggettivo è semmai il risultato dell'assegnazione di beni, cioè dell'applicazione dei criteri di distribuzione, e – come già s'è detto – è il presupposto per l'atto di giustizia, che consiste nel far valere il diritto acquisito. Di conseguenza, mentre Tommaso d'Aquino si pone nella prospettiva di un diritto naturale già formato, per Locke il problema è quello della sua formazione a partire dalla legge naturale fondamentale e dai diritti naturali. Com'è possibile passare dall'originaria comu-

19 «*In transgressing the law of Nature, the offender declares himself to live by another rule than that of reason and common equity*» (*Second Treatise of Government*, par. 8, Everyman's Library, London 1975, p. 120).

20 Per un confronto rinvio a M. Mangini, F. Viola, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Giappichelli, Torino 2009.

ne destinazione dei beni, a vantaggio della comunità naturale dell'umanità nel suo insieme, ad una distribuzione equa ai singoli individui?

Il "silenzio di Dio" a tal proposito riguarda non solo il modo di costituire un'autorità politica, ma anche i criteri che essa dovrebbe seguire per una distribuzione equa. Locke interpreta questo silenzio come un implicito invito rivolto ad esseri liberi ed eguali di servirsi delle risorse già messe a loro disposizione dalla provvidenza divina e, in primo luogo, della ragionevolezza. Questo è propriamente il modo in cui Locke intende l'equità, cioè la distribuzione equa tra esseri eguali.

La ragionevolezza è insieme il riconoscimento dell'eguale dignità degli esseri umani (e in questo senso del valore morale dei loro diritti) e un processo di specificazione e concretizzazione dei diritti che deve tener conto di molteplici fattori, tra cui la qualità dei beni da distribuire, le circostanze di fatto e i contesti sociali. Il risultato non è certamente il diritto naturale della tradizione scolastica, ma neppure l'assolutezza del giusto legale dipendente dalla volontà del sovrano hobbesiano. Si tratta piuttosto di una ricerca continuamente emendabile dei criteri per una distribuzione equa.

Pur se con queste notevoli differenze, resta il fatto che anche per Locke l'equità ha la priorità sul giusto legale. Resta ora da osservare in generale quali sviluppi questa linea di pensiero ha prodotto nel nostro tempo.

### 5. *Legge e persona*

La linea di pensiero – già delineata da John Locke – è stata sviluppata nel nostro tempo in modo originale da John Rawls. Ma non mi soffermerò ad esaminare i principi di giustizia che Rawls propone e che dovrebbero essere accettati da tutti per la loro equità, divenendo la guida per la formazione di istituzioni giuste, cioè del giusto legale. A questo punto mi sembra più istruttivo prendere coscienza dei fattori che condizionano oggi l'esercizio della ragionevolezza, che è diventata ormai sinonimo di equità. Si tratta solo di dare un'occhiata ad essi, o almeno ai principali, e per giunta a volo d'uccello.

La ragionevolezza oggi, sulla scia di Rawls, è generalmente intesa come la disposizione a tener conto delle conseguenze delle proprie azioni per il benessere degli altri, cioè un atteggiamento che predispone a partecipare ad una cooperazione equa, rispettosa dell'altro come libero ed eguale e segnata dalla reciprocità.<sup>21</sup> Essere ragionevoli significa riconoscere che gli altri

---

21 Cfr. F. Viola, *Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro*, in «Ars interpretandi», VII, 2002, pp. 109-129.

hanno gli stessi diritti a perseguire i propri fini e che, quindi, bisogna cercare condizioni tali che siano accettabili da tutti.<sup>22</sup> La persona ragionevole percepisce come valore fondamentale e fine in sé un mondo sociale nel quale tutti possano cooperare da individui liberi ed eguali, a condizioni accettabili da tutti, in piena reciprocità e con mutuo beneficio.<sup>23</sup> Tuttavia queste sono nella sostanza solo buone intenzioni, che servono certamente a sottolineare quanto resti importante il presupposto antropologico e l'orientamento etico ai fini di una concezione della giustizia, ma nulla di più. La persona ragionevole dovrà pur sempre seguire regole della ragione (o dell'equità), che siano ben fondate e che riscuotano un ampio consenso. Nelle condizioni del pluralismo attuale coniugare questi due obiettivi è divenuto particolarmente difficile. Alto è il rischio che la ragionevolezza scivoli nel mero compromesso oppure che si riduca ad assicurare il minimo indispensabile. In entrambi i casi la comunità politica nel suo insieme diventa poco significativa per coloro che la abitano e non si può più parlare di cooperazione sociale, ma solo di problemi di mera coordinazione.

Come abbiamo già visto, in passato una convergenza più robusta sui criteri di giustizia era assicurata dal diritto naturale. Ma nella legge naturale fondamentale di Locke è già palese un processo di notevole assottigliamento della legge naturale della tradizione scolastica e, tuttavia, evidenti sono ancora i segni della presenza della sua matrice religiosa, cosa imbarazzante per una ragionevolezza che intende parlare a tutti gli esseri umani e a tutte le forme di vita. Non vale ribadire che una regola della ragione alla fin dei conti si regge sui propri piedi, anche se si è nutrita di una particolare cultura o di una determinata religione. Sarà così, ma resta il sospetto. Tuttavia la questione è ancora più profonda e radicale, perché il disagio contemporaneo non è soltanto nei confronti di specifici contenuti della legge naturale, ma soprattutto nei confronti di un'etica che prenda le mosse dal concetto stesso di "legge". Nella coscienza contemporanea all'inizio non c'è la legge, ma la persona e la sua dignità da rispettare. La legge viene dopo. Il lascito della tradizione della legge naturale alla cultura contemporanea consiste proprio in una radicata e diffusa convinzione che le persone sono eguali e devono essere trattate e rispettate in modo eguale. Questo – se vogliamo – è il dovere fondamentale che consiste nel ricono-

22 J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1996, pp. 48-54.

23 Il primato della comprensione rende l'ermeneutica particolarmente predisposta a sviluppare questo senso della ragionevolezza. Cfr. il fascicolo della «Revue de Métaphysique et de Morale» dedicato a *Équité et interprétation*, 2001, n. 1.

scimento dell'altro e degli altri come persone. Ma non ha la forma di una legge, perché ancora non si sa come bisogna trattare le persone.

Basta gettare uno sguardo sul costituzionalismo contemporaneo, che è il nuovo giusto legale, per accorgersi che è in atto in generale un processo di costituzionalizzazione della persona umana.<sup>24</sup> Le regole giuridiche del passato vengono sottoposte allo scrutinio del rispetto per la dignità della persona e quelle del presente usano spesso questo criterio come loro giustificazione e avvaloramento. È interessante notare che la ricerca dell'equità è ora interna alla stessa formazione del giusto legale, mentre prima – come s'è già notato – era esterna, come lo era la “migliore giustizia” di cui parlava Aristotele.<sup>25</sup>

Semberebbe che la legge naturale si sia spostata all'interno del giusto legale, trasformandosi da un corpo di regole dettate dalla ragione (*iustum naturale*) in un insieme di principi positivizzati nelle carte costituzionali. I giudici costituzionali formulano giudizi sull'equità delle leggi, cioè sulla loro conformità ai principi costituzionali che a loro volta sono assunti come essenziali per il rispetto delle persone, cioè come giusti. Anche il bilanciamento e la ponderazione nel caso di conflitto di diritti avvengono all'insegna della ragionevolezza, perché per definizione nessun diritto fondamentale può essere sacrificato del tutto.<sup>26</sup>

È curioso notare che, mentre unanimemente si rigetta la tesi della tradizione scolastica per cui una legge ingiusta non è una vera e propria legge, si difende ora quella per cui una legge incostituzionale non è una legge vera e propria, cioè una legge valida. Certamente i principi costituzionali, essendo diritto positivo, possono a loro volta essere ingiusti e resta, pertanto, la legittimità di contestarli in nome di una giustizia superiore. Tuttavia spesso non si contestano i principi in se stessi, ma il loro modo d'intenderli, le loro interpretazioni e applicazioni, cioè il processo di formazione delle regole partendo da essi. Chi mai pone in discussione, ad esempio, il principio della protezione della vita umana? In tal caso apparentemente il

24 Cfr., ad esempio, S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

25 Per la tesi che sostiene che il diritto coincide con l'equità e che ogni giudizio giuridico è strutturalmente e formalmente un giudizio di equità cfr. G.M. Chiodi, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino 2000. Per altri l'equità è, invece, il limite trascendentale del diritto, il limite che impedisce al diritto di andare contro se stesso. Cfr. F. D'Agostino, *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino 1977, pp. 13-45.

26 Cfr. F. Viola, *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in «Persona y Derecho», XLVI, 1, 2002, pp. 35-71.

conflitto di ragioni resta interno al giusto legale, mentre in realtà esso dipende da visioni etico-politiche esterne al dettato costituzionale, che per sua natura è vago ed indeterminato. Ciò vuol dire che la chiusura in se stesso del giusto legale è solo un'illusione.

Modellare regole appropriate per la giustizia tra le persone non è cosa facile.<sup>27</sup> Il presupposto della loro uguaglianza si complica quanto più sensibili si diventa nei confronti della loro diversità. I diritti naturali, di cui parlava Locke, guardavano agli esseri umani a prescindere *dalle* differenze, ma ben presto le persone rivendicano i diritti *delle* differenze, quali ad esempio i diritti legati alle identità culturali e religiose che sono qualità non naturali. Ed infine, almeno finora, le persone chiedono diritti *alle* differenze, cioè a quelle che hanno liberamente scelte, come ad esempio i diritti di genere.<sup>28</sup> A questo punto la stessa relazione fra natura e cultura perde di significato, si tende ad evadere del tutto da essa, e alla costruzione sociale delle identità si sostituisce l'aspirazione all'autocostruzione del proprio *self*. L'identità personale viene cercata come frutto dell'autonomia di scelta e chiede di essere riconosciuta come tale.

Questa tendenza verso l'unicità della persona, cioè verso il primato del caso singolo, mette in crisi il principio di legalità proprio dello Stato di diritto. La legalità si basa sulla possibilità della generalizzazione, cioè della costruzione di categorie entro cui sussumere i casi singoli. La regola che si applica al caso concreto deve valere per tutti i casi appartenenti alla stessa categoria. Ma ora è ben difficile considerare le persone non solo come appartenenti ad un'unica categoria, ma persino come in generale appartenenti ad una categoria. La tutela della particolarità oppone resistenza nei confronti della generalizzazione. L'enfatizzazione del particolare mette l'accento più sulla dissomiglianza che sulla somiglianza o similitudine.

A conferma di questa nuova situazione soccorre l'evoluzione del principio di eguaglianza, legato originariamente alla generalizzazione. È stato più volte notato che nello sviluppo storico di questo concetto s'è prodotta

27 Non c'è solo da considerare le persone, ma anche la differente natura dei beni da distribuire. Di conseguenza, avremo una molteplicità di principi distributivi e di quelle che Michael Walzer ha chiamato "sfere di giustizia". Ma su questo punto non posso soffermarmi. Sta di fatto che una delle cause maggiori di ingiustizia non è l'ineguaglianza, ma piuttosto l'uso non appropriato dei principi distributivi, come ad esempio monetarizzare i diritti, cioè sottoporli al regime del mercato, oppure la meritocrazia, cioè l'espansione del criterio del merito al di là del suo ambito proprio.

28 Per un esempio di questa superfetazione delle richieste di diritti rinvio a F. Viola, *Diritti e differenze*, in «Dialoghi», XV, 2, 2015, pp. 29-36.

una dissociazione tra un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza configurata come giustificabilità della discriminazione e quindi come ragionevolezza, cioè alla fin dei conti come giudizio di equità che avanza valutazioni contenutistiche sulle ragioni che inducono ad equiparare o a discriminare.<sup>29</sup>

Abbiamo visto che tradizionalmente l'equità è considerata come la giustizia del caso concreto e, quindi, sembrerebbe che nulla di nuovo vi sia sotto il sole. Ma non è così. La giustizia del caso concreto del nostro tempo è interna al giusto legale, come nel passato, ma a differenza del passato non è un aggiustamento della regola generale già stabilita e formata, ma una partecipazione alla formazione della regola. La stessa decisione giudiziaria è il momento finale di questo processo. Di conseguenza il ruolo dei giudici aumenta a dismisura e si paventa un eccessivo attivismo giudiziale che mette in serio pericolo il principio della separazione dei poteri. Il fatto è che il paradigma di un diritto legislativo come già formato, e quindi da applicare meccanicamente ai casi concreti, è progressivamente sostituito da un diritto sempre in corso di positivizzazione fino all'atto decisionale del giudice. La tradizionale giustizia del caso concreto è tutt'altra cosa, perché presuppone una legge già formata. A questo punto tra giustizia ed equità non v'è più una differenza sostanziale. È estremamente difficile trattare in modo eguale persone così diverse. I casi concreti sono diventati normativi, perché le persone singole sono diventate normative.

Questo è solo un aspetto dei mutamenti in corso nel diritto e nella politica. Il panorama generale è molto più complesso. Neppure si può dire che il passato sia del tutto tramontato. La legge naturale cacciata via dalla porta è in certo qual modo rientrata dalla finestra. La costituzionalizzazione della persona conduce ad individuare comportamenti che sono in se stessi e "oggettivamente" una violazione della sua dignità, cioè sono mali assoluti combattuti mediante le garanzie offerte dai diritti umani. E questo non può non ricordare il vetusto diritto naturale. Ma, d'altra parte, anche la coscienza delle persone ha un rilievo costituzionale e questo può metterle in conflitto con l'ethos della comunità politica e con gli stessi principi di una moralità critica.

Le persone sono pericolose per la stabilità della vita comunitaria. Basti pensare che l'ordinamento dei beni da distribuire dipende a sua volta dall'identità dei soggetti che ne godono e ne fruiscono. Nelle società pluralistiche e multiculturali del nostro tempo viene meno l'uniformità della gerar-

---

29 Cfr. G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, p. 46.

chia dei valori da attribuire ai beni e, di conseguenza, il conflitto identitario si aggiunge al conflitto distributivo.<sup>30</sup>

Per ciò che hanno in comune le persone costituiscono una comunità, ma questa è necessariamente il luogo d'incontro e di scontro di tanti universalismi, cioè di differenti visioni dei valori comuni. Di conseguenza il rispetto per la persona può collidere con l'imposizione di un ordinamento pubblico di valori, l'ordine nell'anima con l'ordine nella città. E tuttavia, se la persona è un essere in relazione, la sua visione della comunanza non può essere solipsistica, poiché per definizione riguarda anche ciò che gli altri dovrebbero condividere e praticare e, conseguentemente, dovrà essere alla fin dei conti il risultato di una interazione discorsiva al fine di raggiungere un'intesa comune. Pertanto, la centralità del valore della persona, mentre indebolisce la stabilità dell'ordine costituito, al contempo attiva una ricerca di nuovi e più adeguati ordinamenti pubblici di valori.

Siamo in un'epoca di transizione in cui giustizia ed equità si sono avvicinate troppo fin quasi ad identificarsi. Devono tornare a distinguersi per entrare di nuovo in quel rapporto dialettico che ha segnato la lunga storia delle società umane, cioè quello tra l'universale e il particolare, tra la legge e la persona.

---

30 Cfr. S. Veca, *Il dilemma della condivisione politica*, in *Giustizia e liberalismo politico*, a cura di S. Veca, Feltrinelli, Milano 1996, pp. 177-178.