

PREFAZIONI

1. Cofrancesco e Borasi annunciano che questo è l'ultimo volume di una settina davvero eccezionale: un "trattato", che scandaglia temi e problemi di diritto pubblico, o meglio, come dicono i giuristi tedeschi, di Allgemeine Staatslehre. Anche se nel caso di Cofrancesco e Borasi si tratta di una dottrina generale di critica allo Stato, attraverso un argomentare di stampo liberale e una impietosa ma fondata diagnosi sulla crisi dello Stato contemporaneo. Crisi, che si declina e si coglie attraverso i titoli dei volumi di Cofrancesco e Borasi, e quindi: L'ordinamento occulto; Lo Stato mediatore, il sistema corporativo; Le figure della discrezionalità amministrativa; Il potere tecnocratico; Separazione dei poteri e cultura dei diritti; L'autonomia liquida.

In questo ultimo libro, ma verrebbe da dire e da sperare *last but not least ...*, vi è un nuovo e originale approccio alla Grundnorm kelseniana, sia pure riferita al solo contesto italiano, non più come "norma ipotetica" ma piuttosto come severa "legge dell'adeguamento marginale". Da intendersi, come scrive Cofrancesco nella introduzione, quale «movimento dinamico (*rectius*: una banda di oscillazione) che può lambire il lato superiore e quello inferiore della norma dando origine allo Stato eventuale», e che si manifesta come una sorta di pendolo in continua oscillazione fra la discrezionalità e l'arbitrarietà. E quindi non è applicazione né tantomeno interpretazione della norma, che sono le metodologie del sistema giuridico; come pure ragionevolezza e proporzionalità. Tutti "attrezzi" dello stato di diritto, il cui corretto uso serve a riparare, sostituire ovvero integrare la norma dalle sue illegittimità. Si pensi, fra le tante, alla c.d. interpretazione costituzionalmente conforme, che spetta al giudice comune, anche al fine di limitare le questioni di costituzionalità da sollevare davanti al giudice costituzionale.

L'adeguamento marginale si muove tra un alfa francese e un omega sudamericano, almeno secondo gli autori. In Francia, prevale sempre e comunque la legalità e con essa il superiore interesse pubblico, anche di fronte all'agire delle corporazioni prive di una loro forza di resistenza. In Sudamerica, valutata come terra di democrazie deboli a forte tendenza populista

(ma andrebbe visto caso per caso), lo Stato funge da catalizzatore dei conflitti sociali, che si manifestano a mo' di forbice tra i super ricchi e i veramente poveri. La realtà latino-americana è più varia e differenziata di quel che ci appare, specialmente se vista dalla nostra periferia. Sia perché ogni paese non è affatto uguale all'altro (per esempio, il Cile dal Venezuela, l'Argentina dalla Colombia), sia perché sono comunque paesi dagli innovativi laboratori costituzionali, in punto di diritti anche sociali, che vanno studiati con la dovuta attenzione. Certo, altra cosa è la loro concreta applicazione ...

2. Si potrebbe essere indotti a pensare che l'adeguamento marginale sia una deviazione del corretto uso della interpretazione quale criterio di risoluzione delle antinomie, e non solo. Anzi, come scrivono Cofrancesco e Borasi può essere una patologia, che si esprime con l'interpretazione mafioso-clientelare, interpretazione-faziosa, interpretazione burocratico-cavillosa. Allora, il problema non è l'interpretazione ma come questa viene piegata alle esigenze del caso, al privilegio corporativo, all'interesse clientelare. Vale il vecchio motto giolittiano: *la legge si interpreta per gli amici e si applica per i nemici*.

Invece, oggetto dell'interpretazione è la legge, il cui significato non può e non deve uscire fuori dal perimetro della legalità, dall'ordito costituzionale. È vero che la legge è entrata, non da oggi, in una fase di dissolvenza, e si è trasformata da dura e rigida in mite e flessibile: uguale la parola – legge – assai diverso l'uso, che deve, e non potrebbe altrimenti, essere soggetto ad attività interpretativa. Si viene così a determinare un rapporto “circolare”, per così dire, tra la legislazione e l'interpretazione: i “due volti del diritto”, come ebbe a definirli Adolf Merkl. Sul punto, mi sia consentita una citazione, tratta da Vittorio Frosini (La lettera e lo spirito della legge, Milano 1996), che chiarisce la questione e svela il problema: «La legge, questa realtà rocciosa, dura ed a sé stante, è unitaria, è statica, è identica a se stessa nella sua enunciazione e nella sua applicazione – ma soltanto in apparenza. La sua vera natura è dialettica, giacché il testo normativo trascorre fra il legislatore che lo ha emanato e l'interprete che lo applicherà; quel testo stabilisce una tensione fra due polarità, delle quali ognuna non può fare a meno dell'altra».

Certo, è pur vero ogni ordinamento recepisce un'idea di legge che deve essere parametrata in relazione al tipo di Stato e alla forma di governo, dal cui modello possono derivare altri poteri e centri di competenze legislativi che concorrono alla produzione di leggi: si pensi agli Stati federali, che destinano alla periferia una serie di attribuzioni legislative, si pensi al ruolo

dell'esecutivo, come in Francia, che ha competenza a legiferare per il tramite dei regolamenti (da ciò ne deriva che è legge in Francia non lo è altrove, per esempio in Italia). E altri e più numerosi esempi si potrebbero fare. Però al di là e oltre i criteri ordinatori delle fonti, della differenziazione dei procedimenti legislativi, nonché della normazione europea di diretta applicazione, rimane il fatto che oggi la legge, quella che una volta era ritenuta *l'expression de la volonté général*, secondo la formula di Carré de Malberg, ha perso parte della sua forza e della sua capacità di regolare i rapporti giuridici. Non riesce a regolare la complessità del reale, non riesce a seguire e guidare l'accelerazione dei processi sociali. E quindi, esito di questo ragionare, è che la legge oggi appare sempre più come un mero simulacro.

Innanzitutto e soprattutto perché non ha più l'esclusività, ovvero non è più il solo atto con il quale si prescrivono le regole per la cittadinanza. I termini del problema sono noti: la c.d. globalizzazione ha favorito il sorgere e l'affermarsi di nuove e varie fonti del diritto, come la *soft law*, che si vanno sempre più espandendo senza confini e quindi prive di frontiere giuridiche. Che sono frutto di una prassi giuridica, che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto. Anzi, vi è di più: un incontenibile sviluppo del diritto dei privati, ovvero un diritto fatto dai privati, che genera diritti non più riferiti allo Stato ma alle persone, ai singoli soggetti. E che favorisce risposte agli sviluppi e alle situazioni che si producono in maniera dinamica, provando a fissare dei vincoli o degli obblighi che tuttavia lasciano possibilità di azione e di scelta ai destinatari.

Quindi, si sostiene, che il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato interorganizzativi e su processi mondiali di standardizzazione. Questo nuovo modo di intendere il diritto, che produce diritti oltre la funzione legislativa dello Stato, sconta una visione fin troppo occidentale di un unico e unificante processo di globalizzazione. Che tale non è: i processi di globalizzazione, infatti, sono diversi e si snodano anche sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione, e quindi alla competizione per la globalizzazione concorrono oggi tre principali candidati: l'Occidente, l'Islam e l'Asia orientale. Allora, occorre allargare gli orizzonti di studio e di analisi giuridica al di là e oltre l'Occidente, avvicinandosi, quindi, alle esperienze giuridiche beyond West e ridimensionando la prospettiva eurocentrica.

3. Vista sotto l'angolazione del diritto comparato, poi, la Grundnorm dell'adeguamento marginale, al di là dei sopra citati casi francese e sudamericano, si manifesta in tante realtà, anche e soprattutto con riferimento alla forma di stato, e quindi ai rapporti fra governanti e governati. Nel nostro Paese ha assunto toni e modalità quantomeno eccessive, che hanno portato addirittura a istituire un'autorità nazionale anticorruzione, che rappresenta la più manifesta sconfitta dello stato e della sua magistratura. È incredibile che si sia dovuto ricorrere a un organo cui destinare l'attività di indagine e repressione della corruzione. Primo, perché questo dimostra che la corruzione è un fenomeno endemico nel nostro Paese; secondo, perché è come se si ammettesse che la magistratura non ha saputo fare bene il suo dovere e pertanto si è reso necessario dovere ricorrere a un nuovo organismo *ad hoc*. E lo stesso può ben dirsi per la concorrenza nei mercati, per la riservatezza dei cittadini, per lo sciopero nei servizi pubblici: tutti settori, ma altri ce ne sono, sui quali lo stato non c'è più perché ha abdicato in favore delle c.d. autorità amministrative indipendenti, rinunciando a esercitare il controllo e sottraendolo in tal modo anche a scelte legittime di indirizzo politico. E comunque, insisto, nel caso dell'anticorruzione, escludendo di fatto l'azione investigativa della magistratura.

Forse è anche questo lo Stato eventuale di cui discorrono Cofrancesco e Borasi. Io, come credo anche loro, sono per uno stato, se non proprio minimo a la von Humboldt, comunque meno invadente e invasivo possibile, che non comprimi la libera iniziativa dell'individuo. Lo Stato eventuale, ovvero c'è oppure no, è un rischio per la cittadinanza e per l'agire del "buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione" (art. 97 Cost.). Nello Stato eventuale prevale l'adeguamento marginale della norma, che assurge a Grundnorm dell'ordinamento giuridico, e si infila, quale regola dominante, nei gangli della cultura politica e amministrativa condizionandola. E questo non ci piace. Questo libro ci spiega perché.

TOMMASO EDOARDO FROSINI

* * *

L'Ordinamento giuridico della Repubblica, non concretatosi ma inveratosi nella Costituzione del 1948, è un *compromesso* tra la forma istituzionale assunta dall'Italia a seguito della divisione del mondo in due blocchi contrapposti e della sua collocazione nella sfera di influenza americana e, al tempo stesso, una *promessa* di trasformazione che, nel dopoguerra, non c'era fortunatamente stata e che, secondo la maggioranza dei costituenti, avrebbe dovuto fare dell'Italia una democrazia popolare analoga a quelle nate nell'Europa centrale e orientale a seguito dell'occupazione dell'Armata rossa e finite nella sfera di influenza di Mosca (Piero Calamandrei disse al proposito "purtroppo non è la costituzione sovietica del 1936 che avremmo desiderato").

Tale compromesso è efficacemente espresso dal concetto di marginalità: tutti si adeguano marginalmente anche i rivoluzionari che – abbandonata la lotta violenta – preferirono il lungo viaggio attraverso le istituzioni premendo soprattutto sui mass media culturali e sull'uso alternativo del diritto.

L'Italia rimane una democrazia pasticciata, che ha difficoltà ad esprimersi compiutamente ed oscillante tra il modello francese, regolato dal diritto positivo post-rivoluzione del 1789, e il modello sudamericano populista. Nella Costituzione vi è una debole difesa dei diritti individuali perennemente condizionati dal ciclo economico e lo stesso diritto di proprietà appare come un fortuito accidente subordinato all'interesse pubblico. Con un paradosso: l'espropriato (o vincolato) per pubblica utilità è trattato come un suddito; il graziato all'edificabilità dai piani regolatori diventa miliardario. Da qui la dura affermazione che *l'interesse pubblico coincide con quello privato vincente nella dinamica corporativa*.

D'altra parte l'adeguamento marginale postula uno Stato eventuale, cioè quel tipo di Stato che si caratterizza per la forte incidenza della presenza pubblica e che nei periodi recessivi degrada ogni diritto individuale a mero interesse e ad una forte redistribuzione interna della "miseria" a danno del ceto medio ipertassato e ormai vicino all'estrema unzione.

Per illustrare le carenze dello Stato eventuale, il saggio percorre e descrive gli avvenimenti che si sono succeduti negli ultimi anni e che hanno fortemente influenzato anche il funzionamento dello Stato nazionale. Il ri-

corso al metodo storico per illustrare e spiegare postulati teoretici è il metodo del liberalismo empirico anglosassone che è, poi, la cultura degli Autori, fra i quattro gatti liberali ancora in circolazione in questa Italia condizionata dal gramscismo che ha occupato tutte le casematte della società civile, vanificando quanto di liberale c'era, malgrado tutto, nella Costituzione. Siamo vissuti nell'illegalità o, comunque, in una falsa legalità, per settant'anni senza accorgercene.

La ricerca iniziata nel 2002 con l'Ordinamento occulto, è, in effetti, una passeggiata "dentro le istituzioni" delle quali Giovanni Cofrancesco e Fabrizio Borasi descrivono debolezze e carenze. Se ne avvertiva la necessità, e persino l'urgenza, a fronte del dominio che sul sistema politico della Repubblica ha esercitato la cultura marxista. È giusto darne merito agli Autori che, così, confermano l'importanza che nell'Italia dopo l'Unità e nel Secondo dopoguerra avrebbe avuto una più pregnante presenza culturale liberale.

PIERO OSTELLINO

INTRODUZIONE

Si conclude, questa volta sul serio, la ricerca che iniziata nel 2002 con l'Ordinamento occulto si compone di otto volumi editi con questa casa editrice.

Mancava una chiave interpretativa che qua e là appare e che, finalmente, si è materializzata nella teoria dell'*adeguamento marginale* e dello *Stato eventuale* con cui si è cercato, necessariamente a grandi linee, di declinare i principi che informano l'organizzazione dello Stato italiano talora onnipresente con le sue pretese amministrative e fiscali, non di rado assente e liquefatto (per tutti la data che più ci caratterizza: l'8 settembre 1943 e il proclama di resa di Pietro Badoglio che abbiamo messo in epigrafe al saggio).

Il termine "adeguamento marginale" esprime di per sé un movimento dinamico (*rectius*: una banda di oscillazione) che può lambire il lato superiore e quello inferiore della norma dando origine allo Stato eventuale: laddove raggiungesse i punti estremi, per comodità di esposizione, ci siamo riferiti all'ordinamento francese e, all'opposto, a quello sud-americano.

Queste realtà straniere, pur nella diversità delle situazioni, non sono monolitiche ma rappresentano delle approssimazioni accettabili.

Il modello francese è caratterizzato da una forte legalità e non può dirsi mediatore tra le corporazioni che pure esistono ma cedono di fronte al superiore interesse pubblico (lo Stato non è un punto prospettico ma una solida realtà).

Per contro il modello sudamericano fra dittature militari, populiste-peroniste e castriste, democrazie deboli sembra avvicinarsi ad uno Stato contenitore dei conflitti sociali dove c'è poco da mediare mancando le corporazioni e radicalizzandosi il corpo sociale tra iper-ricchi e poveri.

Esclusi dalle nostre analogie e differenze sono i modelli statali del mondo arabo dove la teocrazia ispirata alla religione islamica ha sempre impedito una chiara distinzione tra Stato e fazioni islamiche peraltro in lotta tra di loro (sunniti e sciiti) sicché, paradossalmente, le dittature militari o i capi più o meno carismatici sono gli unici a garantire un minimo rispetto delle libertà civili e dei credo altrui.

Le primavere arabe si sono sciolte come neve al sole al primo caldo e quando si è andati a elezioni la maggioranza ha visto il prevalere dei movimenti più fanatici: ed anche la Turchia che pure vorrebbe entrare nell'Unione europea, sembra attraversata da una deriva fondamentalista.

Il discorso sarebbe lungo ma rinvio a Dino Cofrancesco quando sostiene che la democrazia o è liberale o ... è altro.

Venendo alla nostra realtà l'ordinamento dello Stato sabaudo è certamente debitore di quello francese ma con l'unificazione ha dovuto fare i conti con la cultura e la storia di tutta la penisola dove un ruolo a legalità forte si può vedere fino alla caduta della destra storica, per poi cedere alle sfaccettate corporazioni presenti sin dai comuni medievali e riciclate nella storia dipendente in misura abnorme dalla variabilità del ciclo economico.

Nei periodi di espansione economica non si svilupparono i diritti individuali sempre cronicamente deboli per un fattore culturale di origine casuistica e controriformista: la cultura redistributiva che blocca il sistema economico e che dà poco o nessuno spazio all'iniziativa dei singoli generando una massa di postulanti e assistiti sotto la regia delle corporazioni.

Oggi la condizione, per di più in periodo di recessione, è ancora più seria. La poco meditata adesione all'Unione europea con gli stretti parametri di bilancio, la globalizzazione che ci espone a una concorrenza esasperata, una fiscalità per le imprese fino al 68,8% che ha distrutto il ceto medio, ostacola ogni tentativo di ripresa economica affidata al "merito" e fa emergere un predominio tecnocratico ancora una volta gestito dai mediatori. Lo sviluppo economico è deciso dall'alto con poco credibili punteggi, quiz, master dato che all'uomo medio appaiono incomprensibili atteso che le borse indicano inversioni di tendenza dello 0,1 ma le bollette di luce, gas, acqua aumentano in un periodo in cui il prezzo del petrolio non è mai stato così basso.

Con l'11 settembre statunitense le borse crollarono del 30%, con la mattanza parigina del 14 novembre, le borse europee addirittura indicano un segno più.

E ancora va bene che i mediatori, ricorrendo a rimedi contabili, possono mediare qualcosa giacché laddove non vi fosse più nulla potremmo anche toccare il punto più basso sudamericano. L'Italia ha conosciuto qualcosa di simile alla fine del '600 e, di recente, con l'8 settembre 1943 quando lo Stato, anche ma non solo a causa della sconfitta, si dissolse.

Va detto che, in genere, in periodo di crisi, le corporazioni sono oltremodo potenti: benché siano ridimensionate il loro peso specifico aumenta a meno che non scompaia quel po' di ricchezza che rimane (con il che diventano capi clan).

Si sentono in giro pericolose idee come quelle per cui l'“economicità” degrada ogni diritto soggettivo. Si pensi alla proposta del Presidente dell'Inps Tito Boeri di *rimodulare il sistema pensionistico* in modo che sia sempre in equilibrio tra pensioni alte (paramtrate ai contributi) e quelle basse (di assistenza) con un'incredibile confusione tra previdenza, assistenza e fiscalità e con la “bufala” (così si esprime Vittorio Feltri) che i giovani (disoccupati) pagano per i pensionati. Se passasse questa linea lo Stato verrebbe meno al patto stipulato con il cittadino (“ti trattengo metà dello stipendio perché sei imprevedente, ma quando vai in pensione riceverai almeno quanto hai versato”). Ugo Grozio (chi era costui?) parlerebbe di “esproprio senza indennizzo”, altro che rimodulazione pensionistica.

Se poi si sono dati pensioni, vitalizi, privilegi a chi ne aveva bisogno o non ne aveva alcuno, questo semmai va imputato all'assistenza da sostenersi con la fiscalità generale.

Vediamo cosa dirà la Corte costituzionale in ordine a questa “feudalizzazione” solidaristica (che dovrebbe riguardare anche le banche), in barba al principio di eguaglianza e a quello della capacità contributiva. Su questo rinvio all'acuto e spiritoso contributo di Alberto Marcheselli.

Il fatto è che l'ordinamento italiano oscilla tra principi vagamente liberali (che pure non mancano), e collettivisti: non a caso abbiamo una Costituzione dei mille valori interpretabile come si vuole.

Come giustamente rileva Angelo Panebianco la nostra storia unitaria è stata sempre dominata dalla presenza di forze “antisistema” non di rado ai più alti vertici delle istituzioni, della cultura e della stessa Magistratura. Quando la Costituzione viene interpretata non come un compromesso ma come trasformazione “sovversiva” della realtà ingiusta è difficile distinguere nettamente tra forze legate al sistema e forze antisistema.

Anzi illegali sarebbero le interpretazioni conservatrici in contrasto con la legalità rivoluzionaria della Costituzione (il c.d. *patriottismo costituzionale*). Se poi ci si chiede se per settant'anni abbiamo vissuto illegalmente si risponde che, abbandonata la violenza rivoluzionaria, si è preferito il lungo viaggio attraverso le istituzioni: anche qui come si vede, domina il principio dell'adeguamento marginale verso l'ideale del mondo perfetto.

La causa di tutto è il modo di produzione capitalistico, peraltro poco precisato essendo un sistema economico che rischia sui ritorni anticipando il capitale: si tratta di un meccanismo neutro, ciò in quanto, trattandosi di un sistema come un altro, subisce gli impulsi della struttura produttiva e della lotta sociale.

Talora il linguaggio scivola verso la banalizzazione tra ricchi e poveri, tra sfruttati e sfruttatori purtroppo sempre presenti nel cammino umano. Ne deriva che il peccato originale (o il “legno storto” di Kant) non è la superbia di Adamo ma la proprietà o la ricchezza per cui la violenza se pure è condannata, viene in qualche modo giustificata. E qui il marxismo del plusvalore si sposa con le correnti pauperistiche del cristianesimo di Bonagrazia da Bergamo (1290-1340), riprese dall’attuale pontefice Francesco. Ma chi è il ricco? Le opinioni divergono. Per alcuni chi guadagna più di tremila euri lordi al mese, per altri la soglia è ancora minore. Resta comunque fermo il principio che chi possiede, possiede lo sterco del diavolo, giacché egoisticamente e necessariamente opprime qualcuno.

Quanto ai “buonisti”, essi non sono pericolosi di per sé ma, come diceva Spengler, perché aprono le porte alle bestie dell’intolleranza fanatica con cui dialogare (ma quale dialogo era possibile con Hitler?).

Qui ci fermiamo illudendoci che le nostre ricerche abbiano contribuito a far comprendere meglio il retroterra dei numerosi manuali in circolazione ed a cui rinviamo per una più compiuta preparazione istituzionale.

Tanti sono i debiti di riconoscenza. A Pierandrea Mazzoni che per primo ha iniziato lo studio del diritto (almeno in Italia) secondo il metodo fattuale indicato da Santi Romano. Ed agli illustri prefatori e post-fatori. *In primis* a Piero Ostellino senza dimenticare Eugenio De Marco, Sergio Ricossa, Bruno Cavallo, Tommaso Edoardo Frosini, Ernesto Galli della Loggia.

A Giuliano Giappichelli che mettendo a disposizione il prestigio della casa editrice ha dato un valore aggiunto alla ricerca ammesso che sia davvero innovativa.

GIOVANNI COFRANCESCO

CAPITOLO I

LA LEGGE DELL'ADEGUAMENTO MARGINALE, NORMA FONDAMENTALE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

SOMMARIO: 1. La legge dell'adeguamento marginale: distinzione fra discrezionalità e arbitrarietà. – 2. Origini storiche e carattere giuridico-culturale del principio che non ha valore sociologico ma è alla base dell'effettività del sistema. – 3. La portata discrezionale della legge: *non a tutti lo stesso ma a ciascuno il suo*. La casuistica ovvero il contrario del *case law*. Leale collaborazione e sussidiarietà. Sostanziale identità tra diritti e interessi legittimi. – 4. L'elaborazione delle norme giuridiche come modelli ideali. La tipologia delle leggi: vaghe, dettagliate all'eccesso, procedimentali, provvedimentali. – 5. La legge dell'adeguamento marginale come regola fisiologica fondamentale tipica del sistema corporativo. – 6. La diversità e la mutevolezza delle interpretazioni. Due casi eclatanti: la sentenza Mediaset e quella del fotoreporter Fabrizio Corona. – 7. L'esercizio del potere discrezionale. La discrezionalità, principio incontrastato del diritto amministrativo nella definizione di Massimo Severo Giannini. – 8. La fisiologica interpretazione del sistema corporativo: la migliore mediazione possibile tra i diversi interessi corporativi in gioco alla luce della situazione ideale prevista dalle norme. La patologia: interpretazione mafioso-clientelare, interpretazione faziosa, interpretazione burocratico-cavillosa. – 9. (*Segue*): l'adeguamento marginale come principio ultimo a base della sovranità: il suo carattere tendenzialmente occulto. La negazione della ragion di Stato.

1. *La legge dell'adeguamento marginale: distinzione fra discrezionalità e arbitrarietà*

In un ipotetico paese dei golosi, le autorità pubbliche vogliono mettere un freno al consumo di dolci, che causa obesità e malattie. Naturalmente la quantità di dolci mangiata dai diversi individui varia di molto da soggetto a soggetto: alcuni giungono sino a 20-30 al giorno; altri si mantengono sui 10-15, pochi si limitano a 3-4. Le autorità potrebbero fissare un tetto massimo di dolci consumabili da ciascun individuo al giorno (ad esempio 10)

valido per tutti; potrebbero individuare delle sanzioni per chi supera un certo peso corporeo, lasciando ai singoli la libertà di regolarsi nelle loro abitudini alimentari; potrebbero prevedere degli accordi tra venditori, consumatori e dietologi, che stabiliscano il numero di dolci a seconda dei diversi soggetti. Le autorità però decidono diversamente ed elaborano una soluzione originale, completamente diversa, nel senso che viene emanata una norma che impone a tutti, senza eccezioni di dimezzare il consumo individuale di dolci. In tal modo chi consumava 30 dolci deve passare a 15, chi ne consumava 10 deve passare a 5, e chi ne consumava in ipotesi 4, con la nuova legge non può gustarne più di 2. Così, da un lato il forte consumatore di dolci (quello da 30) deve ridurre il suo “vizio” in misura molto maggiore rispetto a chi è abituato a quantità più contenute, ma dall’altro al primo soggetto è consentito comunque di consumare una quantità di dolci di gran lunga maggiore in valore assoluto di quella che può mangiare il secondo. Con la conseguenza che l’uno rispetta la legge mangiando 15 dolci, mentre l’altro la viola mangiandone 3. La normativa non tiene infatti conto dei valori assoluti, per così dire “statici” riferiti ad una determinata azione umana in sé considerata (il consumo di dolci in un determinato giorno), ma ha un termine di riferimento “dinamico”, in quanto prende in considerazione non solo l’azione da disciplinare, ma anche e soprattutto la situazione precedente, sulla base della quale l’azione viene in essere (le abitudini precedenti del soggetto): in questo senso possiamo dire che il vero oggetto della normativa è costituito dal miglioramento del comportamento personale, ovviamente con riferimento all’obiettivo della disciplina: la riduzione del consumo di dolci.

Peraltro, invece di prevedere una riduzione del consumo di dolci fissata in misura percentuale, le nostre autorità anti-golosi possono stabilire per regola generale che ciascun individuo deve diminuire il suddetto consumo “nella misura maggiore possibile”. In una tale situazione il rispetto o meno della legge, cioè la “legalità” dell’azione di consumare dolci varia da caso a caso e viene stabilita dalle stesse autorità chiamate a giudicare, sempre peraltro sulla base della condizione nella quale i singoli soggetti si trovano ad agire, e addirittura può essere considerato lecito consumare 29 dolci (diminuendo il consumo dai 30 precedenti), mentre può essere in ipotesi punito il consumare anche di un solo dolce, in quanto il (piccolo) goloso in esame che già ne consumava uno in precedenza, era tenuto a passare a zero. Il termine di riferimento diventa in questo caso la totale eliminazione del comportamento da contrastare, o in altri termini, la situazione “ideale” di perfezione in ordine al comportamento (assenza del

consumo di dolci), e il criterio di valutazione dei singoli casi diventa il progresso infinitesimo verso quella situazione ideale, cioè il maggiore incremento possibile dell'adeguamento, o l'"adeguamento marginale" concreto, e variabile da caso a caso, alla perfezione ideale. Possiamo quindi definire come *"legge dell'adeguamento marginale"*, quella regola secondo cui l'azione di un individuo è considerata lecita (o doverosa, o morale) nella misura in cui rispetto alla condizione precedente di chi la pone in essere, risulti nel caso concreto il più conforme possibile alla norma ideale e astratta di riferimento. Si tratta di un principio che esclude non solo ogni discorso di eguaglianza di fronte alla legge (eguale trattamento giuridico in situazione eguali), ma anche la possibilità di affermare in maniera definitiva i doveri e diritti dei singoli individui, dato che sia i primi che i secondi variano da caso a caso, nella misura dell'adeguamento pragmatico all'ideale. Un ruolo fondamentale nel sistema viene ad avere la valutazione della condizione del soggetto che agisce, e se nel caso di specie la sua condotta costituisca o meno il maggior progresso possibile verso l'ideale normativo (cioè un suo adeguamento marginale). Questo potrebbe portarci ad affermare che in un tale sistema diventa decisiva la posizione delle autorità pubbliche e che il loro potere assume quasi caratteri "arbitrari", ma a smentire questo si deve tenere conto del fatto che le autorità pubbliche sono soggette nel loro agire alla medesima regola, di modo che le loro potestà di intervento riguardo ai comportamenti dei singoli si estendono sino al punto in cui la loro azione comporta un ulteriore aumento (cioè sino al punto di adeguamento marginale) della conformità alla normativa ideale da parte dei singoli. Riguardo al nostro paese dei golosi, potremmo dire che le autorità pubbliche sono tenute (e autorizzate) ad agire sino al momento in cui il loro operare comporta una ulteriore diminuzione del consumo di dolci, e che il loro potere finisce quando l'azione lo farebbe aumentare o anche solo rimanere invariato, rivelandosi di fatto non produttivo di ulteriore adeguamento. Pertanto il sistema, anche quando non è basato su un potere arbitrario, comporta da parte delle autorità delle valutazioni le quali, in quanto l'adeguamento non consiste al di là del nostro esempio in un puro e semplice e semplice conteggio dolci consumati, sono ampiamente basate sulla discrezionalità del potere pubblico, una discrezionalità a sua volta "marginale" nel senso appena precisato.