

in AA.VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Plaia, Giuffrè, Milano 2007, pp. 169-199.

IL DIRITTO COME SCELTA

di Francesco Viola

SOMMARIO: 1. La circolazione del diritto. — 2. Il diritto tra politica ed economia. - 3. Ordinamento giuridico. — 3.1. Ordinamento giuridico forte e debole. — 3.2. La norma di chiusura. — 3.3. La circolazione delle norme come regola di riconoscimento. — 3.4. Il principio di equivalenza. - 3.5. Lo spazio e il luogo del diritto. - 3.6. Il diritto come corpus iuris. - 4. Il diritto come obbligo. - 4.1. L'esclusività della norma. - 4.2. Le norme condizionate. — 4.3. Forza giuridica costante e variabile. — 4.4. La soggettivizzazione del diritto oggettivo.

1. *La circolazione del diritto*

Il compito della riflessione teorico-giuridica e filosofico-giuridica nei confronti di questa tematica della «concorrenza fra ordinamenti giuridici», così com'essa si prospetta in riferimento al diritto comunitario europeo, è principalmente quello di saggiare fino a che punto essa può essere ricondotta nell'alveo del concetto consolidato di «ordinamento giuridico», di rapporto fra le «fonti del diritto» e di «obbligatorietà della norma giuridica» e fino a che punto essa non richieda un ripensamento o una revisione di questi aspetti centrali della scienza giuridica europea. Quello che seguirà intende solo essere un piccolo contributo a quest'opera continua di resettaggio teorico che il giurista contemporaneo è obbligato a praticare.

Non intendo entrare nella discussione strettamente «giuridica» se sia opportuno o meno parlare in senso proprio di «concorrenza degli ordinamenti» in riferimento alla possibilità per il cittadino comunitario di scegliere di assoggettare alcuni rapporti giuridici alle regole dell'ordinamento che ritiene a sé più favorevole. Può darsi

plausibilmente che questo caso particolare sia molto meno originale e sconvolgente di quanto si possa credere o di quanto alcuni sostengano. Non sono competente per giudicare in questa materia. Il fatto è che fenomeni e opportunità del genere si vanno moltiplicando, anche se in forme diversificate. Ciò induce a chiedersi quali conseguenze o implicazioni vi siano per il modo usuale di considerare il diritto e quali importanti presupposti della civiltà giuridica vengano in qualche modo interessati, coinvolti, se non addirittura smentiti o rimossi. Il teorico vede le cose da molto lontano e ciò significa che le vede peggio, ma in compenso che ne vede di più.

2. *Il diritto tra politica ed economia*

Il rapporto e la circolazione degli istituti giuridici tra ordinamenti nazionali, nonché la loro diffusione a livello globale, va assumendo proporzioni sempre più ampie e accelerate¹. Ispirandoci ad una silloge redatta da Sabino Cassese, possiamo individuare almeno cinque categorie: 1) il passaggio diretto di uno o più istituti da un ordinamento nazionale ad un altro (ad esempio, la democrazia dagli Stati Uniti all'Iraq); 2) l'imposizione di un principio giuridico appartenente ad un ordinamento globale a parti di ordinamenti nazionali (ad esempio, la regola delle gare che il WTO vuole far rispettare da tutti gli Stati aderenti, anche da quelli che non la seguono per giustificati motivi); 3) l'imposizione da parte di un ordinamento giuridico globale di un principio giuridico comune rivolto all'intero ordinamento nazionale (ad es., i diritti universali dell'uomo); 4) il trasferimento di un principio appartenente ad un ordinamento nazionale ad un ordinamento giuridico globale (ad es., l'obbligo di consultare gli interessati a provvedimenti amministrativi di rilievo - come avviene negli Stati Uniti); 5) il traboccamento di

¹ Cfr., ad es., L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento, Università di Trento, 1996.

uno o più istituti che si espandono in ambiti laterali, ma sempre a livello globale (ad es., la libertà di commercio usata per introdurre principi di *rule of law*). Tuttavia nessuna di esse si adatta propriamente al caso qui considerato, che ha a prima vista la peculiarità di mettersi dal punto di vista dell'utente o del destinatario della regola giuridica piuttosto che da quello dell'ordinamento di regole. È l'utente che sceglie una regola appartenente ad altro ordinamento senza che vi sia per ciò stesso alcuna modifica a livello degli ordinamenti. Quindi, ciò che qui viene posto in questione non è tanto l'eventuale porosità di un ordinamento giuridico quanto piuttosto la sua capacità di dettare regole esclusive, caratteristica questa ritenuta tradizionalmente come essenziale al suo concetto.

Anche ad uno sguardo superficiale, la problematica oggetto della nostra attenzione appare suscitare tre categorie di atteggiamenti critici. La prima è quella di coloro che contestano che si tratti di una vera e propria concorrenza fra ordinamenti (e che quindi contestano l'esattezza di questa descrizione del fenomeno)²; la seconda categoria è quella di coloro che ne mettono in luce gli aspetti negativi (ad esempio, mettendo in dubbio che si tratti di una reale tutela delle differenze o osservando che sia il modo per scaricare i rischi dell'impresa sui lavoratori e sui consumatori o in generale osservando che sia un modo per indebolire la tutela dei diritti sociali)³. Infine v'è chi ritiene questa problematica come superata alla luce dei cambiamenti imposti dalla globalizzazione e della configurazione del diritto comunitario, e che sarebbe meglio parlare per l'Europa di una «competizione giuridica diffusa»⁴. Faremo riferimento a queste tre posizioni critiche in modo disordinato nel corso della nostra trattazione dell'argomento.

² Cfr., ad es., G. ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 43-57 e nella stessa raccolta N. LIPARI, «Concorrenza» tra ordinamenti e sistema delle fonti, pp. 81-97.

³ Cfr., ad es., A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 58-77.

⁴ Cfr., ad es., M.R. FERRARESE, *Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa*, in A. ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 123-148.

3. *Ordinamento giuridico*

In ogni caso sarà necessario sempre tener presente che l'orizzonte generale della presente problematica è quello del rapporto tra diritto ed economia. Il mutuo riconoscimento delle legislazioni⁵ è correlato alla libertà di circolazione delle merci e al mercato. L'economia ha bisogno del diritto, ma s'è andata approfondendo la forbice tra un'economia globalizzata e un diritto nazionale e territoriale. Quindi l'economia tende a modellare il diritto in modo che questo sia ad essa funzionale. Si pensa che «*solo* nel processo concorrenziale sia possibile selezionare la regola giuridica preferibile e, conseguentemente, promuovere l'efficienza degli scambi e del sistema economico nel suo complesso»⁶. In tal modo un diritto statale, cioè prodotto dalla politica, è ora reso funzionale all'economia. Ha, quindi, due padroni: la politica e l'economia. Ma la cosa non è così semplice, perché i due padroni non sempre sono d'accordo tra loro: la presenza dell'uno limita necessariamente i poteri dell'altro. La scelta del diritto implica logicamente la non esclusività del diritto statale e ciò va contro il modo tradizionale d'intendere la sovranità normativa dello Stato.

Dal punto di vista della filosofia del diritto, queste riflessioni interessano la questione dell'autonomia della giuridicità rispetto alla politica e all'economia. Fermo restando che non si può negare la dipendenza dall'una e dall'altra, si tratta però di sapere se l'uso del diritto non imponga vincoli specifici all'una e all'altra, oppure se il diritto sia costretto a difendersi dall'essere asservita all'una solo facendo ricorso alle risorse e ai poteri dell'altra.

⁵ Ricordiamo che il mutuo riconoscimento delle legislazioni è inteso come una via subordinata laddove vi sia molta resistenza al loro riavvicinamento, come avviene nel caso dei lavoratori autonomi (ad es., con le professioni che sono strettamente legate a fattori culturali). In più la Corte di giustizia è orientata a limitare il mutuo riconoscimento alle regole tecniche. I problemi di tutela dei diritti possono essere risolti per altre vie: ad esempio la tutela del consumatore può essere assicurata in termini di informazione piuttosto che in termini amministrativi.

⁶ A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 7.

Sta di fatto che il diritto non tollera di essere totalmente rinchiuso in determinati ambiti territoriali. Lo Stato ha escogitato due modalità per uscire dai vincoli territoriali: o mediante accordi con altri Stati (diritto internazionale) o mediante l'impiego del contenuto di norme straniere (diritto internazionale privato). La risposta del diritto politico ha un carattere interstatale. «La territorialità è bensì trascesa, ma in forza dello stesso principio di sovranità, che essa ha fondato e costituito»⁷. Tuttavia le autolimitazioni della sovranità potrebbero rivolgersi contro il loro stesso fondamento, sfuggendo al suo controllo (come sta avvenendo).

Dal canto loro gli scambi economici da sempre tendono ad andare al di là delle frontiere e a disconoscere i vincoli della territorialità. Essi hanno dato vita al *ius gentium* e alla *lex mercatoria*. L'economia non tollera la distinzione tra cittadini e stranieri e, proprio in questo, s'incontra con una tendenza del diritto ad allargare sempre più il suo raggio d'azione, dalle tribù primitive all'odierna comunità internazionale. Il diritto si sforza di far convivere gli estranei. Tuttavia gli atti economici non sopportano un disegno d'insieme, da cui sorgerebbero vincoli non meramente economici. «Gli atti economici possono accadere in qualsiasi luogo, e distribuirsi in un luogo e nell'altro (qui la produzione, lì il consumo; qui la sede dell'impresa, lì la raccolta dei capitali); ma questa mobilità e flessibilità non costituiscono un tutto, non rivelano un significato d'insieme. Ciascun atto è soltanto se stesso»⁸. Se questa caratteristica si comunicasse anche alla dimensione giuridica, gli utenti e i destinatari del diritto non solo non potrebbero perseguire il loro piano di vita, ma neppure formularlo e maturare aspettative che poggiano su una certa stabilità.

All'interno di questo quadro altamente problematico appare utile tornare a riflettere su alcuni aspetti del concetto di "ordinamento giuridico" e del concetto di "norma giuridica".

⁷ N. IRILLI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 10.

⁸ *Ivi*, p. 64.

3.1. *Ordinamento giuridico forte e debole*

Uno dei problemi teorici e filosofici che solleva il tema della "concorrenza degli ordinamenti giuridici" risiede proprio nel concetto di "ordinamento giuridico" che si presuppone⁹. Com'è noto, l'applicazione della teoria consolidata dell'ordinamento giuridico¹⁰ al diritto comunitario ha generato due orientamenti contrapposti: quello di chi difende l'unicità dell'ordinamento giuridico europeo, composto dalle norme comunitarie e dai diritti nazionali degli Stati membri, e quello di chi sostiene la separazione tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti giuridici nazionali con gli opportuni collegamenti¹¹.

In entrambi i casi l'ordinamento è concepito come un assetto normativo unitario e chiuso in se stesso, ma la giustificazione di quest'unità è differente. Mentre nel secondo orientamento essa riposa su presupposti statalisti, cioè sulla sovranità normativa dello Stato, nel primo orientamento il diritto comunitario, pur non essendo diritto statale, è considerato a tutti gli effetti come un ordinamento giuridico. Resta, dunque, aperto il problema della giustificazione della sua unità se si vuole evitare il circolo vizioso di ricondurla in ultima istanza pur sempre alla sovranità degli Stati membri. Com'è possibile considerare "ordinamento" un insieme di norme che non sono poste né da un unico potere sovrano e neppure a volte da alcun potere sovrano? E tuttavia non possiamo negare che il diritto comunitario sia un ordinamento giuridico per il semplice fatto che al suo interno vi sono principi di ordine che regolano la pluralità delle fonti e la circolazione delle norme. Se ciò non basta per la teoria dell'ordinamento giuridico, tanto peggio per essa, si direbbe. Oggi, per usare le parole di Zagrebelsky, «il diritto come

⁹ N. REICH, *Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, in *Common Market Law Review*, 29, 1992, p. 861 ss.

¹⁰ Cfr., come testo paradigmatico di riferimento, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), ora in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

¹¹ Nel primo caso la concorrenza sarebbe, dunque, "interna" all'ordinamento giuridico comunitario, mentre nel secondo sarebbe "esterna" ad esso.

ordinamento non è più un dato, come era nell'Ottocento, ma, semmai, potremmo dire è diventato un problema, un gravissimo problema»¹².

3.2. *La norma di chiusura*

Ci troviamo, dunque, di fronte a due concezioni di ordinamento giuridico: una (forte) di tipo statalisdco, che fa leva su un potere politico sovrano d'unificazione normativa, ed una (debole) di tipo puramente giuridico che si accontenta di constatare l'esistenza operativa di criteri ordinatori della pluralità di fonti di differente provenienza.

Non solo nel diritto comunitario incontriamo situazioni del tutto incompatibili con la concezione forte, ma anche si deve notare che la stessa presenza e operatività del diritto comunitario rende impossibile applicare la concezione forte agli stessi ordinamenti statali, come quando i giudici nazionali devono applicare la normativa comunitaria anche se in contrasto con il diritto interno (cosa che mi sembra ben più indicativo della possibile "concorrenza fra ordinamenti")¹³. Lo Stato-nazione contemporaneo non poggia più su quei caratteri di compattezza e unitarietà normativa che erano i connotati dello Stato moderno. La frammentazione normativa è oggi interna allo Stato. Da parte sua, l'Unione Europea non è un superstato né uno stato federale, ma una rete di relazioni complesse in cui non v'è più posto per il concetto tradizionale di legge e di sistema giuridico chiuso¹⁴.

Il modo usuale per aggirare quest'ostacolo non di poco conto è quello di notare che, sia nel caso della norma comunitaria sia in quello della scelta del diritto, la disciplina richiamata, anche se appartenente ad un ordinamento diverso, diviene parte dell'ordinamento giuridico a cui

¹² G. ZAGREBELSKY, *I diritti fondamentali oggi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 22, 1992, n. 1, p. 192.

¹³ Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Esi, 1992.

¹⁴ Cfr., ad es., K.-H. LADEUR, *Towards a Legal Theory of Supranationality — The Viability of the Network Concept*, in *European Law Journal*, 3, 1997, 1, pp. 33-54.

appartiene o opera il soggetto che l'ha compiuta e, conseguentemente, deve fare i conti con questo in termini di coerenza, unità sistematica, di equilibrio complessivo con interessi e valori fondamentali¹⁵. Quindi, l'ordinamento, anche se è disponibile a recepire materiale normativo esterno, lo introietta e lo sottomette alla sua logica interna. La "chiusura", caratteristica essenziale della concezione forte di ordinamento giuridico, non è da intendersi in riferimento al materiale normativo da considerare, ma in relazione a quella che potremo chiamare "l'identità" dell'ordinamento, comprendente elementi valoriali, principi generali di cultura giuridica e assetti consolidati di vita comune.

La questione centrale è, dunque, quella della norma generale di chiusura dell'ordinamento¹⁶, capace al contempo di salvare in qualche modo il concetto tradizionale e di rispondere alle nuove esigenze poste dal diritto comunitario. Come dovremmo pensarla? Quali caratteristiche dovrebbe avere?

3.3. *La circolazione delle norme come regola di riconoscimento*

Nell'epoca del costituzionalismo questa norma di chiusura è solitamente identificata nella stessa costituzione e questa è intesa in senso politico e statutale. L'identità dell'ordinamento è data dalla costituzione formale e materiale. Ma ciò non rende ancora ragione delle differenze fra il costituzionalismo e la codificazione del diritto. Quest'ultima vuole essere un vero e proprio piano di vita comune, un disegno normativo dei rapporti sociali dotato di un elevato grado di determinatezza. Il costituzionalismo, invece, fissa principi indicativi, valori orientativi, istanze prioritarie che devono essere interpretate, attualizzate e concretizzate nella vita sociale¹⁷. Di conseguenza, mentre un codice separa un ordinamento dall'altro e stabilisce i confini del diritto, non così una costituzione, che spesso condivide principi comuni con altre costituzioni.

¹⁵ LIPARI, *op. cit.*, p. 92.

¹⁶ Lo mette in luce molto opportunamente LIPARI, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷Cfr., ad es., il mio *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 11, 2003, n. 20, pp. 33-71.

Ed allora, se grossolanamente identifichiamo la norma di chiusura nella costituzione, con ciò stesso non abbiamo ancora tracciato i confini di un ordinamento, a meno di non conservare una visione statalistica del costituzionalismo. Storicamente il costituzionalismo è stato il linguaggio della politica dello Stato moderno e di una determinata "comunità politica". Ma ora, soprattutto di fronte al *multi-level constitutionalism*, una costituzione deve essere pensata sulla base di una visione gradualistica sul piano concettuale e strutturalmente intesa come un *medium* tra i processi politici piuttosto che come il riflesso giuridico di una visione politica¹⁸.

La via da seguire non è quella di affermare il principio di gerarchia nelle relazioni fra i soggetti istituzionali e tra le fonti del diritto. La celebre *clausola di supremazia*, che poi sarà inserita nell'art. VI secondo comma della Costituzione degli Stati Uniti, afferma la supremazia non già dello Stato federale, ma della Costituzione come legge suprema, in cui possono riconoscersi gli *States' Rights*. Questa clausola è evidentemente connessa al *judicial review* e sceglie la via giurisdizionale per arrivare all'unità dell'ordinamento. La lesione del principio di sovranità esiste lo stesso, perché i giudici possono disapplicare la legge statale, ma si tratta di una lesione ben più ammissibile di quella che sarebbe derivata dall'affermazione immediata di una superiorità formale e sostanziale del potere federale¹⁹. La supremazia della Costituzione è cosa ben diversa dalla supremazia del potere federale o statale, che è supremazia della politica. Nella Costituzione diritto e politica vengono a fondersi ad un livello apicale²⁰.

¹⁸ Cfr. N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, European University Institute, Badia Fiesolana 2002. D'altronde anche lo Stato costituzionale, proprio per questo, deve essere pensato nella logica dell'*equilibrio* di poteri piuttosto che in quella del *progetto*, come ha acutamente sottolineato M. HORAVANII, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 77 ss.

¹⁹ Cfr. M. HORAVANII, *Il processo costituente europeo*, in *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002, t. I, pp. 282 ss.

²⁰ Prescindiamo qui dalle vicende poco incoraggianti della recente Costituzione europea. Ma è bene ricordarsi che un processo di costituzionalizzazione non si riduce ad un documento scritto e può ben essere attivo anche in sua assenza. Tale processo è una pratica socio-politica e non già un testo scritto.

Portando questa linea di pensiero alle sue estreme conseguenze, si deve abbandonare l'idea che l'ordinamento giuridico sia un ambito prefissato una volta per tutte, da cui si entra o si esce. Non solo non possiamo stabilire preventivamente quale ordinamento si applica, ma anche fissare dei confini definitivi una volta per tutte. Non solo i soggetti possono appartenere a più ordinamenti, ma anche le materie giuridiche in questione possono richiedere l'apporto normativo proveniente da fonti non riconducibili ad una stessa origine. Pertanto, quando molto opportunamente si ricorda che in ultima istanza sarà sempre necessario per il giurista ragionare in termini di coerenza normativa e di unità sistematica, non si definisce con ciò stesso quale sia l'ambito entro cui far valere queste istanze di civiltà giuridica.

Tornando ora al diritto comunitario, secondo una visione accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, l'accordo originario costituirebbe solo il fondamento storico di un ordinamento che si sarebbe successivamente affermato per forza propria, assorbendo in una prospettiva federalista gli ordinamenti degli Stati membri, nei cui confronti l'ordinamento dell'Unione costituirebbe un ordinamento di carattere originario e detterebbe proprie regole di conflitto atte a sostituire quelle di diritto internazionale o quelle di diritto interno degli Stati²¹. Sta però di fatto che gli ordinamenti statali non appaiono né assolutamente autonomi né pienamente integrati. Il carattere pluralistico dell'ordinamento comunitario è singolare in quanto tale pluralismo è al suo interno. Nel pensiero di Santi Romano il pluralismo è esterno ed è il rapporto tra l'ordinamento statale e quelli non-statali.

3.4. *Il principio di equivalenza*

Tra i tentativi che sono stati compiuti per ricostruire, in queste condizioni e in qualche modo, un concetto unitario di "sistema giuridico" vorrei segnalare quello di Neal MacCormick, che cerca di coniugare il pensiero hartiano con una forma di neoistituzionalismo,

²¹ Cfr. E. CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, in *Quaderni fiorentini*, 31, 2002, t. 1, p. 249.

che lo salverebbe dagli esiti kelseniani della necessaria esclusività e univocità della validità giuridica.

Secondo MacCormick, all'interno dell'ordinamento europeo esisterebbe una *regola di riconoscimento* articolata per cui ogni ordinamento riconosce la validità dell'altro²². Alla gerarchia subentra la mutua compatibilità. L'architettura dell'Unione Europea non è governata dal principio della divisione dei poteri e del riparto delle competenze, ma dal principio dell'equilibrio istituzionale²³. Ciò consentirebbe una concezione essenzialmente pluralista dell'ordinamento giuridico: distinti ordinamenti possono coesistere senza che ognuno di essi neghi l'indipendenza e la natura normativa dell'altro²⁴. Pertanto, tra le regole hartiane di riconoscimento, accanto alle norme sulla produzione di norme si dovrebbero porre anche quelle sulla circolazione di norme²⁵.

Questa tesi di MacCormick, di cui non discuto qui la correttezza dell'applicazione della regola di riconoscimento hartiana, può voler dire ben poco o troppo: ben poco qualora si trattasse puramente e semplicemente di riconoscere la legittimità dell'altro ordinamento, cosa che già avviene nel diritto internazionale, e troppo qualora la normativa dell'altro ordinamento fosse con quest'atto di riconoscimento incorporata sullo stesso piano di quella interna. Evidentemente si dovrebbe trattare non già di una mera coesistenza degli ordinamenti e neppure di una loro fusione, ma di un riconoscimento reciproco supportato da due fattori congiunti: comuni principi di civiltà giuridica e comuni finalità sul piano economico, sociale e politico²⁶.

Si può dire che il diritto comunitario indichi quali sono gli ordinamenti giuridici che mutuamente si riconoscono e che questo

²² Cfr. N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, trad. it. di A. Torre, Bologna, Il Mulino, 2003 ed anche ID. (a cura di), *Constructing Legal Systems. "European Union" in Legal Theory*, Kluwer, Dordrecht 1997.

²³ Cfr. anche L. TORCHIA, *Concorrenza fra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, in ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, p. 113.

²⁴ MACCORMICK, *La sovranità in discussione*, cit., p. 155.

²⁵ Cfr. anche ZOPPINI, *op. cit.*, p. 28.

²⁶ In quest'ottica l'accostamento con il *commonwealth*, operato da MacCormick, mi sembra discutibile, perché esso sottolinea più la coesistenza e meno la comunanza.

riconoscimento deve essere inteso come il riconoscimento valoriale dell'equivalenza dei differenti regimi giuridici.

3.5. *Lo spazio e il luogo del diritto*

Credo che questo principio di equivalenza²⁷ sia degno di una particolare attenzione. Di per sé esso ammette - a differenza del principio di non discriminazione che prescrive un identico trattamento — una pluralità di regole in ordine alla stessa materia e, quindi, effetti giuridici equivalenti ai fini della compatibilità con il diritto europeo²⁸. Tale compatibilità non è definita — come avviene negli ordinamenti federali — in modo univoco, stabilendo un unico parametro al quale uniformarsi, ma piuttosto indicando le ragioni di incompatibilità e lasciando aperta la possibilità di differenti soluzioni tutte compatibili, tutte ammissibili in quanto equivalenti. Sul piano sopranazionale, a livello legislativo e giurisdizionale, si indica il fine da raggiungere e anche, a volte, una determinazione e valutazione degli strumenti operanti a livello nazionale. Quindi, il principio di equivalenza non è un riconoscimento in bianco dei differenti regimi, ma è un giudizio a cui concorrono soggetti diversi e che implica un certo scrutinio dell'adeguatezza dei diritti nazionali rispetto al fine da perseguire. Un'eventuale valutazione d'incompatibilità non comporta necessariamente l'eliminazione in radice della regola incompatibile, ma piuttosto la neutralizzazione dei suoi effetti. Ciò significa che la *ratio* del giudizio di equivalenza non è quella dell'uniformizzazione degli ordinamenti, ma solo quella della loro coordinazione in relazione al raggiungimento di un fine specifico di rilevanza comunitaria, una coordinazione che fa salva nei limiti del possibile l'identità e l'autonomia dei singoli ordinamenti.

Anche se questo principio riguarda norme e materie specifiche e non già gli ordinamenti nel loro complesso, tuttavia il suo necessario presupposto è quello della compatibilità legale e valoriale dei sistemi

²⁷Su cui v. L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006.

²⁸ Cfr. TORCHIA, *op. cit.*, p. 112 ss.

giuridici che confluiscono nell'Unione Europea²⁹. Questo presupposto non può basarsi unicamente sulla volontà di cooperare in certi ambiti (la qualcosa non distinguerebbe l'Unione Europea da un accordo di cooperazione a livello internazionalistico), ma deve riposare su qualche elemento di carattere sostanziale, sia esso poggiante su aspetti legati all'evoluzione storica degli ordinamenti interessati, sia esso riconducibile ad un patrimonio costituzionale comune³⁰ e a condivisi principi di diritto e di civiltà giuridica, primo fra tutti il *rule of law*.

Proprio in questa comunanza di cultura giuridica, per quanto esile essa possa essere, riposa la possibilità d'intendere il diritto comunitario e i diritti nazionali dell'Unione Europea come un unico *corpus iuris*, che sarebbe improprio identificare con il concetto dogmatico di "ordinamento giuridico". Di un *corpus iuris* ha senza dubbio le caratteristiche per la varietà normativa, per la pluralità dei soggetti che concorrono a formarlo (legislatori, giuristi e giudici), per l'indeterminatezza della regolamentazione e per la complessa differenziazione delle fonti. In quest'ottica, allora, gli ordinamenti giuridici devono intendersi non più come originari, ma come iscritti all'interno di quest'unità giuridica che non è essa stessa in senso proprio un ordinamento a sé stante o un ordinamento degli ordinamenti.

Nel concetto tradizionale di ordinamento giuridico c'è il segno indelebile della decisione politica. L'ordinamento - così come è stato inteso in passato - è un ordine giuridico attualizzato, non già un ordine giuridico potenziale, mentre il sistema giuridico è un ordine giuridico pensato, cioè costruito dalla scienza del diritto³¹. Voglio dire che l'ordinamento giuridico consiste nella determinazione e nella concretizzazione dei principi giuridici e delle direttive costituzionali all'interno di una storia istituzionale di una specifica società e in

²⁹ Ciò spiega, tra l'altro, l'esistenza di una "presunzione di equivalenza", cioè della compatibilità delle discipline nazionali in relazione a garanzie che sono richieste a livello comunitario nei confronti di determinate materie.

³⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

³¹ Per questa differenza tra ordinamento, come processo ordinato, e sistema giuridico, come processo ordinante, rinvio al mio *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 99-126.

relazione alle circostanze contingenti di carattere economico e politico. In questo consiste la legge come fonte giuridica specifica dell'ordinamento giuridico. Ogni ordinamento giuridico ha le sue tradizioni specifiche e ha avuto le sue ragioni per orientarsi verso un determinato assetto della regolamentazione giuridica. Per questo ordinamenti, che pure condividono istanze simili di civiltà giuridica, finiscono per differenziarsi anche profondamente nel modo in cui regolano i rapporti e le situazioni giuridiche.

Il principio di equivalenza nella sostanza implica la tesi che gli indirizzi di politica legislativa sono equivalenti, cioè hanno lo stesso valore pratico se rispettano tutti i principi comuni del diritto e i diritti delle persone. Ciò significa che non esiste un unico modo giusto o corretto di regolamentare una determinata materia. Non c'è soltanto un'unica risposta giusta ai problemi interpretativi, ma neanche un'unica risposta giusta ai problemi legislativi. In questo risiede una differenza basilare tra la ragion pratica e la ragione speculativa. Vi sono molti modi giusti di fare le cose: ognuno di essi si differenzia dagli altri per qualche istanza valoriale o procedurale ritenuta prevalente e, in questo, riflette le peculiarità della storia istituzionale e della cultura specifica, sempre che rispetti la cultura giuridica di sfondo.

Questa relativizzazione della giustizia di un ordinamento, che rinuncia al carattere unico e assoluto delle proprie scelte legislative unitamente al carattere esclusivo della validità giuridica, aiuta a meglio intendere i rapporti tra diritto e politica (e, segnatamente, fra diritto e democrazia). Ciò che è inderogabile e indisponibile appartiene al campo dei principi generali di civiltà giuridica e ai diritti basilari delle persone, ma tutto ciò è compatibile con scelte plurime di politica legislativa in ragione della relatività e della particolarità del diritto man mano che esso si avvicina ai casi concreti e si concretizza nelle situazioni contingenti. Il primo passo verso questa particolarizzazione del diritto è proprio quello dell'ordinamento giuridico in senso tradizionale, che non a torto è stato indicato da Mortati e Schmitt come "ordinamento giuridico concreto", cioè come il risultato di decisioni particolari che avrebbero potuto essere diverse senza perdere di legittimità.

3.6. *Il diritto come corpus iuris*

Credo che questa lettura dei presupposti teorici sottesi al fenomeno considerato, a torto o a ragione, come una "concorrenza fra ordinamenti giuridici", abbia il vantaggio di spiegare come mai proprio il diritto rappresenti il centro unificante dell'Unione Europea, mentre non lo stesso si può dire della politica. Un diritto, non più inteso soltanto come prodotto della politica, unisce, mentre la politica divide. Il diritto, inteso come *corpus iuris*, che si costruisce per l'apporto congiunto dell'armonizzazione³² e dell'equivalenza e che non è un ordinamento tra gli altri o superiore agli altri, consente il dialogo fra ordinamenti giuridici, che non sono disposti a perdere la loro particolarità presidiata dalla norma di chiusura, ma al contempo riconoscono che proprio da questa, cioè dalla comunanza tra le differenti norme di chiusura, discende la relatività delle loro scelte di politica legislativa. Tuttavia resta il fatto che, dal punto di vista della regolamentazione e della decisione del caso concreto, che è - non bisogna dimenticarlo - la ragion d'essere del diritto, l'ordinamento particolare (che non necessariamente è sempre quello statale) conserva tutta la sua indispensabilità, perché per arrivare al suo compimento il diritto si deve localizzare, deve prender corpo nello spazio e nel tempo. La dislocazione del diritto è nella sostanza un'operazione di rilocazione.

Come ci ricorda Natalino Irti, non bisogna confondere lo spazio con il luogo. Il diritto europeo è uno «spazio senza frontiere interne», ma non è un luogo. Il diritto, al fine di essere accertato, applicato ed eseguito, ha bisogno di scendere dallo spazio ai luoghi, di prendere posizione sulla terra. «Qui si dà un'alternativa. o che gli autori dello scambio scelgano il luogo dell'atto economico, e così preferiscano uno ad altro tra i diritti possibili (i quali si offrirebbero come in competizione); o che il diritto, attraversando i territori mediante accordi inter-statali, inseguia e raggiunga l'atto economico, fissandolo

³² Non bisogna confondere l'armonizzazione tra gli ordinamenti con la loro omologazione o uniformizzazione.

in un dato luogo. *O l'economia sceglie il luogo del diritto; o il diritto determina il luogo dell'economia*³³. Ma, più correttamente, si dovrebbe dire: o l'economia sceglie il luogo del diritto o la "politica" determina il luogo dell'economia, poiché - come s'è visto - la localizzazione è una decisione politica. Il diritto di per sé non sceglie (semmai, è scelto), ma rende effettive le scelte dell'economia e della politica, controllandone la ragionevolezza.

L'abbandono di una concezione statica dell'ordinamento giuridico a favore di una concezione dinamica, per cui l'ordinamento è intenso come *l'ordinarsi* di volta in volta del diritto in riferimento ai casi concreti, richiederà d'individuare tutto il materiale giuridico che serve per regolare una situazione o un rapporto³⁴ e ritrovare il suo principio d'unità, che non potrà sempre essere fondato puramente e semplicemente sulla sovranità dello Stato, ma dovrà tener conto delle interdipendenze, delle equivalenze e delle priorità. Questa configurazione dell'ordinamento sarà, dunque, un'opera congiunta dei legislatori, dei giudici e dei giuristi, mentre quella del passato era dominata dal ruolo prioritario del legislatore³⁵ ovvero della politica. Dobbiamo, infine, notare che gli stessi soggetti privati partecipano ora in una qualche misura con le loro scelte e le loro iniziative alla costruzione degli ordinamenti che attingono a questo *corpus* giuridico e che ne assicurano la funzionalità. Il privato acquista un ruolo attivo nell'edificazione dell'ordinamento che nel passato era appannaggio esclusivo della sfera pubblica.

Cosa resta del concetto tradizionale di ordinamento giuridico? Certamente la norma di chiusura, volta a perimetrare in tutta la sua estensione l'ambito giuridico interessato dal caso in questione, e in più

³³N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 83. Irti ritiene che sia la seconda la strada percorsa. Si tratta di fissare un luogo per i fenomeni globali che non hanno luoghi propri, si tratta di scegliere luoghi artificiali.

³⁴ Questa - mi sembra - è il modo più realistico d'intendere il "*tota lege perspecta*".

³⁵ Maria Rosaria Ferrarese nota giustamente che «al cuore dell'idea della concorrenza fra ordinamenti vi è il riferimento privilegiato al legislatore come motore di essa», mentre nell'epoca della globalizzazione si tende a superare gli stessi confini fra le istituzioni giuridiche, soprattutto il confine tra diritto legislativo e giudiziario. Cfr. M.R. FERRARESE, *Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa*, in ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 130 e 138.

l'esigenza che ogni atto umano di portata sociale sia governato non già in quanto isolatamente considerato, ma per le sue relazioni con altri atti umani insieme a cui acquista il suo senso, perché la vita sociale non è un mero *modus vivendi*, ma un'impresa di coordinazione e di cooperazione. Si potrà cambiare il luogo del diritto, ma non già disattendere il suo essere nel concreto una forma di vita e la sua resistenza a frammentare corsi d'azione unitari, come vorrebbe l'economia o un certo modo d'intenderla.

4. *Il diritto come obbligo*

Se vogliamo cercare nella tradizione giuridica occidentale epoche in cui è evidente il costituirsi di un *corpus iuris*, relativamente indipendente dalle strutture politiche e dotato di una certa compattezza e capacità evolutiva attraverso i secoli e le generazioni, dobbiamo risalire sin al diritto romano. Come nota Berman³⁶, quest'idea è stata elaborata in modo consapevole in epoca medioevale dai canonisti europei del dodicesimo e del tredicesimo secolo e dai romanisti che insegnarono il diritto giustiniano nelle università europee. Questo *corpus* organico è fatto di norme e di dottrine, di principi e di concetti. La sua configurazione è strettamente legata al nascere della scienza giuridica e del ceto dei giuristi. In altre parole, il diritto comprende non solo i comandi e le decisioni dell'autorità politica, ma anche le dottrine e i concetti elaborati dai giuristi, le interpretazioni e le decisioni dei giudici. Ciò significa che il diritto possiede al suo interno i criteri per la propria sistemazione e per la propria valutazione.

Questa configurazione del diritto è tipicamente "europea", è assente nelle culture non-occidentali e nelle stesse culture europee di origine barbarica fino all'undicesimo secolo. In queste non si può parlare del diritto come di un ordinamento distinto dalla morale, dalla religione e dalla politica. Ciò però non significa necessariamente che il

³⁶ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione* (1983), Bologna, Il Mulino, 1998, p. 26.

diritto sia fatto esclusivamente di prescrizioni e procedure formali.

Non bisogna confondere quest'idea con quella kelseniana dell'unità di un sistema normativo discendente da una norma fondamentale, che ne è semmai un'applicazione riduzionistica generata da esigenze di razionalizzazione portate weberianamente al loro estremo. In epoca medioevale il diritto come *corpus* era il risultato dell'integrazione di sistemi giuridici differenti. Tale integrazione fu favorita dalla dottrina della gerarchia delle fonti del diritto e dai criteri dottrinali per la soluzione dei conflitti fra norme appartenenti o non a regimi giuridici differenti.

Il primo esempio di questo modo di affrontare il rapporto fra norme di origine differente lo si trova nella *Concordanza dei canoni discordanti* del monaco Graziano nel 1140. Graziano affermava che nel caso di conflitto la consuetudine doveva cedere il posto alle leggi scritte, queste al diritto naturale e quest'ultimo al diritto divino. Questo è un caso emblematico di "concorrenza degli ordinamenti", cioè tra l'ordinamento del diritto proveniente dalla società (consuetudine), quello proveniente dal superiore politico (legge scritta), quello proprio della ragione (diritto naturale) e quello proveniente dalla rivelazione divina (diritto divino). Come si può constatare, qui l'unicità del *corpus iuris* è non solo compatibile con, ma addirittura costituita dal pluralismo dei regimi giuridici. La differenza rispetto alla "concorrenza degli ordinamenti" nel diritto comunitario europeo sta nel fatto che in questo i regimi giuridici hanno lo stesso fondamento giuridico, cioè sono tutti di diritto statale o politico, e quindi proprio per questo sono a rigore e in linea di principio "concorrenti", vale a dire alternativi e mutuamente esclusivi, cosicché l'idea di un corpo unitario sembra divenire irrealizzabile e l'applicazione di un qualche criterio gerarchico di priorità impossibile (a meno che non si tratti di uno Stato federale, cosa che l'Unione Europea non è e non vuole essere).

Bisogna, quindi, sul piano storico distinguere la concorrenza tra ordinamenti eterogenei e quella tra ordinamenti omogenei rispetto al tipo di diritto (o al tipo di fonte). Le due situazioni pongono problemi diversi e postulano soluzioni diverse. Tuttavia resta il fatto che l'integrazione tra ordinamenti differenti non è certamente cosa nuova.

La discutibile tesi weberiana dell'incompatibilità tra diritto razionale, carismatico e tradizionale implica che sia superata ogni legittima integrazione fra ordinamenti eterogenei e pone le basi per l'autosufficienza e la chiusura dell'ordinamento giuridico statale. Ed allora c'è da chiedersi se sia possibile il costituirsi di un *corpus iuris* che renda possibile il dialogo e la comunicazione fra ordinamenti omogenei.

Agli occhi dello storico lo "spazio giuridico europeo", in cui fluttuano in modo disordinato norme venute non si sa da dove, applicate non si sa come e da chi, non ha più nulla del tradizionale *corpus iuris*. Ai nostri occhi si presenta «un guazzabuglio, una massa frammentata di decisioni *ad hoc* e di norme confliggenti, unite solo da "tecniche" comuni»³⁷. Questa situazione alimenta il cinismo e, in ultima istanza, favorisce il nichilismo³⁸.

Uno spazio giuridico, che non è un *corpus* né un ordinamento, al contempo contribuisce a destrutturare gli ordinamenti statali e rende problematico applicare ad essi la nozione corrente di "ordinamento giuridico". Se restiamo ancorati a questa nozione "statalistica" di ordinamento, allora dobbiamo riconoscere che il diritto europeo non è un *corpus* comune e quello statale non è più in senso stretto un ordinamento. Tuttavia, se siamo disposti ad abbandonare l'idea riduzionistica di ordinamento normativo, forse v'è spazio per ricostruire in forma profondamente nuova l'idea romana e medioevale di *corpus iuris*.

Questo nuovo orientamento trova la sua inconsapevole origine e giustificazione dall'idea stessa (anch'essa propria della tradizione giuridica occidentale) di *Stato di diritto*, che pure è nata in un'atmosfera statalista. Se ci fosse identità tra diritto e Stato (come pensa Kelsen), ne conseguirebbe che ogni Stato è Stato di diritto e, pertanto, il principio che gli Stati siano soggetti al diritto, a null'altro che al diritto, perderebbe tutto il suo significato. Come possono le leggi porre vincoli alla politica se il diritto è né più né meno che il prodotto della

³⁷ *Ivi*, p. 69.

³⁸ Cfr. N. IRITI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

politica?³⁹. Se invece il diritto è un corpo in qualche modo unitario di norme, procedure, decisioni, dottrine, principi al contempo precedente e risultante dall'interazione di regimi giuridici differenti, allora sarà più agevole giustificare la dottrina dello Stato di diritto. Gli Stati cedono parte della loro sovranità, ma ne ricevono legittimazione sostanziale.

Se poi allo Stato di diritto si aggiungono i principi costituzionali come diritto comune europeo, allora il *corpus iuris* assume un'unità da realizzarsi dinamicamente. La stessa normatività giuridica è il risultato di un connubio tra la dimensione prescrittiva e quella argomentativa, tra un orientamento al valore e una procedura ragionevole da seguire per realizzarlo nella vita sociale. La costituzionalizzazione dei principi, pertanto, presuppone e postula una concezione dinamica della regola giuridica. Questa non è un prodotto già compiuto, ma un'opera da farsi e, come tale, soggetta a criteri di correttezza formali e materiali. Di conseguenza la scienza giuridica contemporanea si trova davanti un compito cruciale, che in qualche modo riecheggia quello del monaco Graziano: *la pratica concordanza delle discordanze*⁴⁰.

Ricorrendo per l'ultima volta ad una citazione di Berman, possiamo dire che «una teoria sociale *del diritto* dovrebbe studiare fino a che punto la tradizione giuridica occidentale sia sempre stata dipendente, anche nel fiorire dello Stato nazionale, dalla convinzione dell'esistenza di un corpo di norme ulteriori al diritto prodotto dalle massime autorità politiche, diritto un tempo chiamato divino, poi naturale e da ultimo diritti umani; e fino a che punto questa convinzione, a sua volta, sia dipesa dalla vitalità dei singoli sistemi giuridici delle comunità all'interno della nazione (città, regioni, associazioni di lavoratori), così come di quelle che vanno al di là dei confini nazionali (associazioni mercantili e bancarie, agenzie internazionali, chiese)»⁴¹. Insomma, ormai è divenuto chiaro non solo che legge e diritto non s'identificano, ma anche che il diritto statale è

³⁹ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 31, 2002, t. II, p. 880.

⁴¹ BERMAN, *op. cit.*, p. 78.

solo una parte del diritto che si applica e che questo nel suo complesso ha un senso se può essere pensato in qualche modo come un corpo, un *corpus iuris*.

Alla luce di queste riflessioni quale lettura bisognerebbe dare della problematica della "concorrenza fra ordinamenti giuridici"?

Bisogna riconoscere che, in ragione delle cose già dette, l'uso stesso del termine "ordinamento" è diventato ambiguo: da una parte, nel contesto della concorrenza o competizione, presuppone insieme il rafforzamento e il superamento della dimensione statale, ma, dall'altra, quand'è usato nel contesto dell'armonizzazione, ribadisce la sua radice statale⁴². Questo non deve stupire, perché il principio della continuità del diritto non permette di cancellare le epoche giuridiche del passato, anche di quello recente, ma esige di reinterpretarle. Sarebbe dissennato e irresponsabile chi volesse abbandonare l'idea moderna che configura il diritto statale come un sistema di regole ben identificabili mediante appositi criteri di validità e con ciò stesso ben distinguibile da altri insiemi di regole. Quest'idea non è sbagliata in ciò che afferma, ma in ciò che nega, cioè che al di fuori del sistema statale di norme o dal suo formale riconoscimento non vi sia diritto valido per i propri cittadini. Tuttavia, anche quest'ultimo non potrà sfuggire alla logica ordinamentale, ma non già nel senso di una riaffermazione dell'ordinamento statale quanto piuttosto di una ricostruzione di un percorso "ordinato" di azione rispettoso dei diritti e delle finalità comunitarie, cioè del *corpus iuris europaeum*.

4.1. *L'esclusività della norma*

E' stato notato che il problema qui in discussione non riguarda la scelta degli ordinamenti, ma - come ben rileva Sabino Cassese nella postfazione al volume curato da Zoppini⁴³ - la scelta di singole norme o plessi di norme appartenenti ad ordinamenti diversi da quelli a cui si è normalmente sottoposti. Guido Alpa è del parere che bisogna

⁴² LIPARI, *op. cit.*, p. 83.

⁴³ S. CASSESE, *Mercatizzazione dello Stato o arena pubblica?*, in ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 219-221.

parlare di competizione tra regole e non tra sistemi giuridici e che si tratta di scelta fra regole diverse⁴⁴. In più questa possibile scelta si può esercitare entro un determinato insieme di ordinamenti. Nel caso in specie, fra le norme appartenenti agli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea, riconosciuti in qualche modo compatibili nell'atto stesso della loro ammissione, cosicché si dovrebbe considerare il diritto comunitario come una sorta di "ordinamento degli ordinamenti", espressione che — come s'è visto — preferirei evitare in quanto le tendenze e i tentativi di armonizzazione, unificazione e coordinazione starebbero a dimostrare che si tratta di una realtà in fieri, di un processo e non già uno stato di fatto già costituito. Il vantaggio di considerare il diritto dell'Unione Europea come un *corpo giuridico* è non solo quello di sottolineare la differenza strutturale tra questa e una federazione di Stati, ma soprattutto quello di dare al concetto di ordinamento un senso analogico, sottraendolo alla logica statale. All'interno di uno stesso orizzonte giuridico si articolerebbero ordinamenti statali e ordinamenti (non necessariamente statali o interstatali) di azioni.

4.2. *Le norme condizionate*

La scelta tra norme appartenenti ad ordinamenti differenti non è del tutto libera. Tuttavia, in virtù della presunzione dell'equivalenza, lo sarebbe in linea di principio e spetta allo Stato far valere un limite accettabile, anche se è sottratta allo Stato la decisione ultima. «La sovranità dello Stato membro, perché possa esplicarsi in via esclusiva, richiede una persuasiva giustificazione: che sussistano ragioni di ordine pubblico; che non sia possibile conseguire in altro modo la tutela degli interessi che a quelle ragioni di ordine pubblico sono sottesi»⁴⁵. Conseguentemente bisogna distinguere tra norme imperative e norme imperiative. Non tutte sono "disapplicabili" (meglio che "derogabili"); non lo sono quelle di ordine pubblico, ma quali esse siano è frutto di attività interpretativa, cioè di valutazione a

⁴⁴ G. ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, p. 53.

⁴⁵ ZOPPINI, *op. cit.*, p. 37.

posteriori sulla base degli effetti e non della descrizione degli elementi strutturali della fattispecie⁴⁶. La nullità diventa un rimedio.

Tutto ciò sembra che faccia venir meno l'esclusività della normativa statale, che era considerata una caratteristica essenziale dello Stato moderno. Basti qui ricordare la dottrina di Georg Jellinek: «L'unità di associazione statale poggia sulla base esteriore di una parte delimitata della superficie terrestre. Essa ha un territorio, cioè una sfera di dominazione delimitata nello spazio ed *esclusiva*. Perciò, più specificamente la si può indicare come unità di associazione di uomini con sede fissa»⁴⁷. Ed anche Simmel sostiene che «nella misura in cui una formazione sociale è fusa, o per così dire, solidale con una determinata estensione di territorio, essa presenta un carattere di unicità e di *esclusività* che non può essere conseguito in altra maniera»⁴⁸.

Se vogliamo esprimerci in termini kelseniani, l'esclusività della norma giuridica indica che la sua esistenza e validità s'identifica con la sua forza vincolante, con la sua obbligatorietà forte, cioè con l'obbligo di comportarsi come essa prescrive⁴⁹. Tradizionalmente il metodo dell'obbligo e la presenza dell'autorità sono caratteristiche proprie del diritto, senza le quali esso smarrisce la sua identità come sfera autonoma della vita pratica⁵⁰. La categoria dell'obbligatorietà ha conferito al diritto una certa sacralità, ha indotto ad accostare i testi giuridici ai testi sacri⁵¹, ha permesso una netta distinzione fra l'uso legittimo della forza e l'uso illegittimo o arbitrario. Negare la obbligatorietà del diritto significa renderlo subalterno all'economia.

⁴⁶ *Ivi*, p. 39.

⁴⁷ G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato* [1905], I; trad. it. di M. Petrozziello, Milano, Società Ed. Libreria, 1921, p. 368. La sott. è mia.

⁴⁸ G. SIMMEL, *Sociologia* [1908]; trad. di G. Giordano, Torino, Ed. di Comunità, 1998, p. 526. La sott. è mia.

⁴⁹ H. KELSEN, *General Theory of LAW and State*, trans. by A. Wedberg, Harvard U.P., Cambridge, Mass., p. 30.

⁵⁰ Per questo tema cfr., ad es., F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004⁵, cap. I.

⁵¹ Cfr., ad es., M. BARBERIS, *Il sacro testo. L'interpretazione giuridica fra ermeneutica e pragmatica*, in *Ars interpretandi*, 4, 1999, pp. 273-292.

Per la verità la scelta del diritto non fa venir meno l'obbligo nei confronti del regime che si è scelto. D'altronde vi sono casi in cui lo stesso ordinamento giuridico al suo interno subordina l'obbligo alla scelta di un regime giuridico rispetto ad un altro (ad es., il regime della comunione dei beni tra i coniugi). Quindi di per sé, da questo punto di vista, la scelta del diritto non fa problema. Se si nota che qui si tratterebbe di un regime giuridico appartenente ad un altro ordinamento, allora si riconferma il fatto che il problema non è la scelta, ma la primazia dell'ordinamento. Allora in che senso la scelta del diritto in quanto scelta della norma fa problema?

4.3. *Forza giuridica costante e variabile*

Si può notare che la possibilità di scegliere la norma giuridica, non rende questa propriamente inquadrabile né tra gli imperativi ipotetici, né tra i permessi, né tra le norme tecniche e neppure tra le regole finali. Come sappiamo, la funzione prescrittiva non sempre è esercitata con la stessa intensità in tutte le norme giuridiche⁵². Possiamo brevemente riconsiderare alcuni aspetti della tipologia tradizionale delle norme condizionate.

Nelle *norme strumentali* (o tecniche o imperativi ipotetici) il fine da raggiungere è libero, ma, una volta scelto, il mezzo per raggiungerlo è vincolato. Queste norme sono, quindi, *condizionate* dalla volontà libera di raggiungere un certo fine. L'alternativa drastica è quella tra seguire il precetto o non raggiungere lo scopo a cui il precetto è rivolto (fare un affare, contrarre matrimonio...). Tuttavia nella scelta della norma a cui qui ci riferiamo manca l'obbligatorietà e l'esclusività del mezzo. Il fine, una volta scelto, può essere raggiunto seguendo i mezzi apprestati da differenti ordinamenti giuridici.

Nelle *norme finali*, al contrario, il fine è obbligatorio, ma è lasciata al destinatario la scelta dei mezzi più adeguati a raggiungerlo. Ma la "scelta del diritto" non si lascia propriamente inquadrare neppure in

⁵² Cfr. N. BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Notissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1965, pp. 330-337.

questa categoria di norme, a cui appartengono tra l'altro le direttive comunitarie che vincolano lo Stato membro ad un fine da raggiungere e affidano alla competenza dei suoi organi la scelta dei mezzi più adeguati. Nella "scelta del diritto" il fine non è obbligatorio e, una volta perseguito, i mezzi devono essere scelti nell'ambito di differenti (ma non illimitate) opzioni giuridiche tutte considerate come equivalenti e senza che sia necessaria una motivazione. Quest'ultima caratteristica esclude che si possa qui usare il senso che Santi Romano attribuiva alle direttive («norme che non sono in sé e per sé obbligatorie, sebbene ad esse si accompagna, come elemento aggiunto, l'obbligo, non di osservarle, ma di tenerle presenti e di non discostarsene senza un motivo plausibile»⁵³).

Mi sembra, invece, inappropriato chiamare in causa le norme dispositive⁵⁴, che subentrano in caso di inerzia del destinatario, cioè in assenza di un esercizio del suo potere di scelta.

Questa complicazione della tipologia delle norme giuridiche non è senza effetto sulla teoria generale della norma. Ciò che viene rimesso in discussione è il carattere prescrittivo di una norma che si può disattendere senza violarla. Infatti, la legittimità della scelta di una norma appartenente ad un ordinamento diverso implica la disapplicazione della norma corrispondente del proprio ordinamento senza che ciò configuri alcun illecito. Quindi le norme che sono suscettibili di essere disapplicate senza che ciò costituisca un illecito hanno una prescrittività condizionata al fatto che siano scelte. Ciò vale a dire che l'atto di scelta è un elemento costitutivo o un elemento che entra a far parte della loro prescrittività esclusiva. Si configura così un caso di congiunzione tra l'eteronomia e l'autonomia della norma giuridica⁵⁵. Essa è eteronoma in quanto proviene da un'autorità normativa, ma è autonoma in quanto è obbligatoria in modo esclusivo solo in seguito alla scelta del destinatario della norma stessa. La distinzione tradizionale e kantiana tra l'autonomia riservata alle norme

⁵³ S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 84.

⁵⁴ Come fa - ma in modo generico e atecnico — Lipari, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁵ Cfr. N. MACCORMICK, *The Relative Heteronomy of Law*, in *European Journal of Philosophy*, 3, 1995, pp. 69-85.

morali e l'eteronomia propria delle norme giuridiche si relativizza. C'è la tendenza del diritto nel suo complesso, privato e pubblico, ad aprirsi sempre più al valore dell'autonomia.

Siamo di fronte ad una situazione normativa del tutto nuova. Neppure essa è inquadrabile nella tradizionale distinzione tra comandi e consigli, perché le norme scelte non possono essere considerate come consigli, non si tratta di norme che hanno minor forza vincolante, poiché, se scelte, hanno la stessa forza vincolante delle altre. Neppure sono norme emanate nell'interesse del destinatario, anche se il mercato normativo favorisce — come è da molti notato e paventato - questo indebolimento dell'interesse pubblico a vantaggio di quello privato.

Una cosa che si potrebbe notare è la seguente: vi sono molti modi possibili di regolare i rapporti giuridici e le situazioni giuridiche, tutti questi modi sono leciti se sono previsti e fatti propri da un ordinamento giuridico nazionale o interstatale che rispetti certi presupposti di civiltà giuridica. Questo esclude la ben nota tesi di Cammarata (fatta propria da Scarpelli) per cui la norma giuridica si pone come regolazione esclusiva? Sembrerebbe di no, in quanto qui il problema è a monte, cioè si tratta di stabilire quale diritto applicare. Una volta stabilito, esso funziona da criterio esclusivo di valutazione.

L'atteggiamento basilare del giurista è così espresso da Finnis: «Il giurista tende a diventare impaziente quando sente che gli assetti sociali possono essere *più o meno* giuridici, che i sistemi giuridici e la norma del diritto esistono come questioni di grado... e così via»⁵⁶. La funzione del concetto di validità giuridica è quella di mettere in grado di dire quando una norma giuridica esiste e quando non esiste, quando esiste o non esiste l'obbligo giuridico. «La validità di una norma s'identifica con l'appartenere al sistema giuridico (concepito come un insieme di norme valide), che così può essere considerato giuridicamente come l'insieme di tutte le norme valide, incluse quelle che autorizzarono i validi atti di produzione normativa di natura

⁵⁶ J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* (1992), a cura di F. Viola, Torino, Giappichelli, 1996, p. 303.

legislativa e/o giudiziaria, costitutivi (in tale concezione) delle condizioni necessarie e sufficienti per la validità delle norme valide»⁵⁷.

Tuttavia la stessa dipendenza dell'obbligo dalla decisione del legislatore potrebbe giustificare l'esistenza di norme non obbligatorie. «L'obbligo, così si sostiene, deriva dalla decisione del legislatore di creare una norma contenente-obblighi. Può, dunque, egli decidere di creare una norma non-contenente-obblighi, o una norma contenente-obblighi-più-deboli, o una norma contenente-obblighi-disgiuntivi ("o o P")? Il potere di fare di più non contiene forse il potere di fare di meno?»⁵⁸.

E' interessante constatare quanto drasticamente un giusnaturalista come Finnis difenda l'esclusività dell'obbligo giuridico tipicamente giuspositivista. L'obbligo legale, giuridicamente parlando, non ha gradi, proprio come non ha gradi la validità giuridica. Invece, l'obbligo morale di obbedire ad ogni legge ha una forza variabile, che dipende dalla materia della legge e dalle circostanze di una possibile violazione. «L'*eguale* obbligatorietà per il *diritto* di ogni legge contenente-obblighi va chiaramente distinta dall'obbligo morale di obbedire ad *ogni* legge»⁵⁹.

Secondo la visione dello Stato di diritto l'obbligo legale possiede, dunque, una *forza giuridica costante*. La qualità di bianco-o-nero dell'obbligo legale corrisponde alla qualità tutto-o-niente della validità giuridica⁶⁰. Anche se la legge prevede circostanze particolari in presenza delle quali il contenuto dell'obbligo viene modificato o addirittura lo stesso obbligo eliminato, tuttavia l'analisi della situazione giuridica conduce sempre alla conclusione certa relativamente agli obblighi del soggetto (l'obbligo, ad esempio, è stato sostituito da un altro oppure da una libertà giuridica o assenza di obbligo). Quando apparentemente vi sono obblighi sovrapposti e confliggenti, il giurista deve dichiarare qual è quello prevalente, cosicché possa essere identificato l'unico obbligo legale relativo al caso in esame.

⁵⁷ *Ivi*, p. 361.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ivi*, p. 346.

⁶⁰ *Ivi*, p. 340.

Possiamo, pertanto, tracciare - seguendo Finnis - questo schema di giustificazione dell'obbligo giuridico: 1) è necessario per realizzare il bene comune (o per la pace sociale o per la convivenza civile) essere rispettosi della legge; 2) quando la legge ha disposto che x sia obbligatorio, il *solo* modo di rispettarla è fare x; 3) quindi è obbligatorio fare x, laddove ciò sia legalmente disposto. La premessa 1) è assunta dal diritto e dal pensiero giuridico come un principio di chiusura e, quindi, fornito di una forza costante e non variabile. Ma, se ci poniamo nell'ottica del ragionamento pratico in generale comprendente anche la dimensione morale, allora esso stesso si relativizza, perché non sempre è necessario per realizzare il bene comune essere rispettosi della legge (che può essere ingiusta). Quindi 1) non può essere il principio di chiusura del ragionamento pratico nel suo complesso, ma solo di quello strettamente giuridico. Ma ciò è necessario per sottrarre la vita sociale all'incertezza e alla variabilità e questo giustifica l'esistenza del diritto positivo.

Ora cercheremo di adattare questo schema al caso della scelta del diritto che stiamo discutendo. La premessa 1) resta la stessa. La premessa 2) deve essere così modificata: "quando il diritto permette di scegliere la legge da applicare tra quelle appartenenti a ordinamenti diversi, allora *solo* la scelta effettuata rende obbligatorio x". La premessa 3) a sua volta risulta così modificata: "quindi è obbligatorio fare x laddove si sia scelto di farlo".

Se questa riformulazione è corretta, allora non v'è dubbio che l'imperatività della legge in questi casi è notevolmente attenuata, che nell'ordinamento giuridico vi sono diversi gradi di imperatività (come ha notato Zoppini), e che non si può più affermare che l'obbligo giuridico abbia una forza giuridica costante. Ora si dovrebbe riconoscere che anche all'interno delle regole giuridiche non tutte hanno la stessa forza obbligatoria. Le regole relative, ad esempio, alla tutela della dignità umana non devono avere una forza giuridica variabile. Ciò vale anche per i principi che sono considerati come strettamente collegati a finalità essenziali della Comunità europea (ad es., il principio della libertà di stabilimento dell'impresa).

4.4. *La soggettivizzazione del diritto oggettivo*

Qui è interessante notare che l'imperatività della regola è in tal modo soggetta ad una condizione che riguarda proprio la sua stessa dimensione imperativa, cioè alla scelta. Dire che qualcosa diviene imperativo se si sceglie vuol dire che non lo è già. L'unico limite di obbligatorietà, indipendente dalla scelta, si concentra sul fatto che la scelta non è libera, ma obbligata entro un raggio determinato di possibilità normative tutte equivalenti. Possiamo, dunque, qui constatare ciò che è stato molto opportunamente considerato da Andrea Nicolussi (in questa raccolta di saggi) come un *processo di soggettivizzazione del diritto oggettivo*.

Questa situazione avvicina molto il diritto alla deliberazione morale, che ha luogo tra corsi d'azione tutti in qualche modo "buoni" o ragionevoli. Con la differenza che nella deliberazione morale si ha riguardo soltanto al contenuto dell'azione, mentre in quella giuridica continua a prevalere la validità formale della regola e la scelta è insindacabile, pur se con alcune restrizioni. Tuttavia, anche nell'obbligo giuridico si espande progressivamente l'importanza del contenuto della regola, cosicché vi sono materie in cui non è ragionevole ammettere una forza giuridica variabile della regola e che, quindi, sono sottratte alla scelta. Nel diritto — come nella morale — non c'è più l'obbligo giuridico di obbedire ad *ogni* legge allo stesso modo.

Di conseguenza il ragionamento giuridico, pur continuando ad essere isolato dal ragionamento pratico generale in forza dei vincoli e delle tecniche che ne assicurano il controllo e la certezza, assomiglia sempre di più a questo nella sua stessa struttura e, soprattutto, per il crescente rilievo dato al contenuto della regola e al punto di vista del soggetto.

In conclusione, accanto alla lettura che assimila la scelta del regime giuridico alla dimensione economica di un "mercato di norme", è anche possibile la lettura che la avvicina alla deliberazione etica. Ma ciò non è certamente meno inquietante e meno dirompente.

Le riflessioni (o forse le fantasticherie), che sono stimulate dalla problematica della "concorrenza degli ordinamenti giuridici",

permettono di mettere in dubbio la tesi — da ultimo sostenuta da Natalino Irti - dell'assoluta artificialità del diritto, che sarebbe una mera tecnica a servizio della decisione politica. La tesi di Irti è nella sostanza una riedizione del vecchio imperativismo giuridico: come fa la normatività giuridica a costruirsi il proprio spazio e a determinare il proprio campo di vigenza se non attraverso volontà sovrane e la forza politica? Nella dimensione della scelta del diritto, invece, non è l'artificialità il carattere significativo, ma la pluralità. C'è una pluralità di modi corretti o ragionevoli di fare le cose e c'è conseguentemente una pluralità di regimi giuridici tutti equivalenti, anche perché c'è una pluralità di valori da realizzare, tutti plausibili e degni di rilievo. Il materializzarsi del diritto nel tempo e nello spazio dipende anche dall'uso che di esso fanno gli utenti delle norme. Il diritto si rende ancora più sensibile alla democrazia.

L'indeterminatezza della norma, che a mio parere è un suo ineliminabile carattere⁶¹, non basta per l'elasticità richiesta oggi: si richiede una pluralità di norme indeterminate. L'artificialità di Irti continua a far dipendere il diritto dalla politica che è la sola in grado di far valere la norma con la sanzione o la sua minaccia. La tendenza del diritto come scelta è, invece, quella di indebolire la normatività giuridica come esclusività, che è un carattere non giuridico ma politico, di accrescere le alternative giuridiche, di permettere agli utenti un migliore adattamento del diritto al caso concreto, di rendere possibile un giudizio di ragionevolezza. Non basta separare il diritto dalla volontà dello Stato se esso continua a dipendere da una qualche sovranità politica, per quanto mobile e inafferrabile. Nell'artificialità di Irti, essendo le norme sradicate da qualsiasi contenuto, hanno senza dubbio per ciò stesso un'elevata elasticità, ma sono tutte eguali, sono incomparabili, non ha senso giudicarle sulla base di parametri legati al contenuto e, quindi, vigono solo per la forza che le impone. Nel diritto come scelta non è per nulla significativa la metafora del mercato se essa vuol dire che un prodotto vale l'altro. Il diritto come

⁶¹ Cfr. F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato*, 2001-2002, VII-VIII, pp. 49-64.

scelta esige che si possano formulare giudizi di adeguatezza, di idoneità, di ragionevolezza. Ma ciò vuol dire che il contenuto normativo non è indifferente e che è quello che permette ad una norma di materializzarsi nei contesti delle pratiche sociali e in qualche misura rende gli utenti del diritto partecipi e responsabili del processo di concretizzazione delle norme a condizione che vi siano adeguati controlli, affinché ciò non si risolva in uno sfruttamento delle risorse giuridiche a proprio esclusivo vantaggio.