



ATTI

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

I rapporti civilistici nell'interpretazione della
Corte costituzionale

**LA CORTE COSTITUZIONALE
NELLA COSTRUZIONE
DELL'ORDINAMENTO ATTUALE
PRINCIPI FONDAMENTALI**

tomo primo

Atti del 2° Convegno Nazionale

18-19-20 aprile 2006

Grand Hotel Quisisana - Capri



Edizioni Scientifiche Italiane

La realizzazione del volume ed il coordinamento della revisione redazionale dei contributi sono stati curati dalla profusa Manolita Francesca e dal doti. Ignazio Tardia.

L'adeguamento redazionale è frutto dell'opera dei dottri Alessandra Barchetto, Adiutrice Barretta, Emanuela Migliaccio, Lilian Petrelli; alla pubblicazione degli atti del Convegno ha collaborato la dott.ssa Ledia Rexho.

Si ringrazia Ometta Massaro per il prezioso ausilio netta fase di raccolta dei contributi.

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Studi giuridici dell'Università del Salente - Prin 2004 «Regole dei rapporti e regole del mercato».

SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDIOSI DEL DIRITTO CIVILE
I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale
La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale
Principi fondamentali
(tomo primo)
Atti del 2° Convegno Nazionale
Collana: Atti SISDiC, 2
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007
pp. 516; 24 cm
ISBN 978-88-495-1549-7

© 2007 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7 00185 Roma,
via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Sistema e decisione:
interpretazione costituzionale
e legalità del problema concreto

Discussant

FRANCESCO VIOLA (*La legalità del caso*)

Discutere in modo adeguato i molteplici e basilari temi che sono stati posti sul tappeto dagli insigni relatori di questa sessione è cosa per me impossibile, e non solo per la ristrettezza del tempo e dello spazio disponibile. Mi sforzerò, pertanto, di conquistare un punto di osservazione che consenta in qualche misura uno sguardo d'insieme della problematica affrontata. Il suggerimento viene dal titolo stesso che avvedutamente è stato assegnato a questa sessione dei lavori e che qui ricordo: «Sistema e decisione: interpretazione costituzionale e legalità del caso concreto».

Il caso e non la regola, il caso al posto della regola torna ad essere al centro del diritto e la sua stessa ragion d'essere. La giustizia politica - come ha ribadito John Rawls - è la giustizia delle istituzioni e non dei singoli atti politici. Da questo punto di vista una società è giusta quando ha istituzioni giuste. Basta questo per renderla «giusta» dal punto di vista strettamente politico. La giustizia giuridica non è quella delle istituzioni e delle procedure, ma è quella del loro risultato, cioè è la giustizia del caso concreto. Non bastano regole e procedure di per sé giuste o corrette se esse non rispondono alle richieste di giustizia che provengono dai casi concreti, dai singoli individui e dalle particolari formazioni sociali. Pertanto nel diritto, a differenza della politica (almeno se intesa nei termini rawlsiani), il processo di applicazione delle regole e delle procedure fa parte dell'essere stesso del diritto. La fine del primato della legge è il tramonto dell'identificazione della giustizia giuridica con quella politica e della stretta subordinazione del diritto alla politica.

La giustizia giuridica non è volta ad estirpare il male presente nella società; essa propriamente non «lotta contro», ma - secondo l'insegnamento di Jhering - «lotta per» i diritti dei singoli e la regolamentazione giusta del caso concreto. Il diritto non ha il compito di disinfestazione sociale né quello del giustiziere pubblico. La distinzione tra diritto e torto non è un espediente per far funzionare la società, risolvendo in qualche modo i conflitti sociali. Se così fosse, potremmo scegliere altri metodi più sicuri e sbrigativi di quello fondato sul di-

battito processuale delle ragioni pro e contro. Il diritto intende combattere la violenza, sottoponendola alla distinzione tra ragione e torto. «Avere diritto» è sinonimo di «avere ragione». Se si ritiene in linea di principio impossibile tracciare questa distinzione tra ragione e torto, allora il diritto non ha alcun senso oppure, il che è lo stesso, non è altro che violenza istituzionalizzata.

L'importanza della pratica nel diritto conduce inevitabilmente alla centralità dell'interpretazione e questa, a sua volta, non può essere concepita come scissa o indipendente dall'applicazione. Se il diritto sta tutto nella norma o nella legge generale e astratta, allora ha una certa plausibilità l'idea di una distaccata conoscenza interpretativa dei dettati normativi. Ma, se il diritto sta nel caso e nella «sua» regola, in quello che era chiamato *ipsa res iusta*, allora bisogna saperlo apprendere non solo dai testi, bensì anche dalla vita. La regola giuridica - come ci ricorda un recente libro di Stefano Rodotà - deve sapersi riconciliare con la vita, cioè con le richieste di giustizia delle persone.

Quando oggi si parla d'interpretazione giuridica, non si può evitare d'intenderla in primo luogo come interpretazione costituzionale. Non si tratta soltanto di rendere omaggio alla priorità del testo costituzionale nella gerarchia delle fonti, ma soprattutto di riconoscere che il sindacato di costituzionalità ha reso - come ben ha notato Antonio Ruggeri - quella costituzionale il paradigma generale dell'interpretazione giuridica. Questo è un dato di fatto, ma sono convinto che in realtà le istanze e le metodologie che oggi si attribuiscono all'interpretazione costituzionale siano sempre state presenti in qualche misura nella pratica giuridica. Era solo ben più difficile riconoscerle sul piano teorico, anche se venivano spesso soddisfatte nella fase applicativa.

Infatti, se consideriamo che ogni regola giuridica è costituita da tre elementi (una descrizione del comportamento, una qualificazione normativa di detto comportamento e una giustificazione della restrizione della libertà umana), dobbiamo riconoscere che l'interpretazione costituzionale sottolinea l'importanza del terzo aspetto, cioè delle ragioni che giustificano la regola. Queste ragioni, che spesso sono implicite (ma non per questo meno presenti o meno rilevanti), rinviano ad altre ragioni più fondamentali, stratificandosi in più livelli di giustificazione. Nel mondo umano ci sono regole, perché ci sono ragioni. Non si tratta ovviamente molto spesso di ragioni incontrovertibili o assolute, ma di ragioni probabili e controvertibili, frutto di scelte opinabili, di ragioni per agire in un modo e non in un altro, di ragioni pratiche. Tuttavia, è proprio la rilevanza delle ragioni nell'interpretazione della regola che è causa della sua strutturale indeterminatezza, sicché

la relazione tra il caso singolo e la fattispecie astratta non deve essere considerata nella fase applicativa come prioritaria, ma come parassitaria della prioritaria relazione tra le ragioni della regola e le richieste di giustizia che provengono dal caso e che a loro volta devono essere trasformate o tradotte esse pure in «ragioni». Di conseguenza i confini tra attività interpretativa e attività argomentativa diventano estremamente sottili fino al punto da scomparire del tutto. Se l'attività interpretativa comprende in sé anche quella argomentativa e viceversa, allora le due possono essere solo distinte per l'obiettivo o il prodotto a cui mirano, ma non già per le operazioni che implicano. Ma ciò non significa che l'interprete sia liberato dal vincolo della regola, perché l'argomentazione e la ragionevolezza hanno i loro controlli interni che non bisogna sottovalutare.

L'interpretazione costituzionale in quanto paradigma generale evidenza, dunque, la rilevanza di due aspetti (ripeto: già presenti, ma troppo trascurati dalla dottrina tradizionale): il ruolo dei principi, che è un altro modo per indicare le «ragioni normative», e quello del caso concreto o del fatto. Questi due aspetti sono tra loro strettamente collegati, tant'è che congiurano insieme per detronizzare la legge e posticipare la regola.

Nella relazione di Salvatore Patti s'è opportunamente ribadita la tesi ermeneutica della non coincidenza tra legge e diritto. La legge, in quanto prodotto politico, pone direttive generali, ma il diritto è il frutto dell'interazione tra queste norme, e le ragioni che le sostengono, con le esigenze di giustizia avanzate dai casi concreti. Ad esempio, - come ha notato Patti — la configurazione di posizioni soggettive nuove rispetto a quelle codificate è senza dubbio frutto dell'azione di casi concreti che trovano sostegno in principi costituzionali.

Dunque, non dal diritto al fatto ma dal fatto (o, meglio, dal caso) al diritto. Il fatto ci si presenta sempre come carico di valore e avanza l'esigenza di una risposta in termini di valore.

Nel rapporto tra regola e caso concreto - se vogliamo continuare ad usare questo schema tradizionale che invero mi sembra già sorpassato - si possono ipotizzare tre figure principali: la regola come già compiutamente formata prima del caso concreto, la regola che si forma in presenza del caso concreto e in relazione a questo, e la regola che s'individua dopo che il caso concreto è stato risolto sul piano giuridico (saranno le decisioni future a dirci quale regola allora è stata effettivamente applicata). Il tempo del diritto è quello del passato, quello del presente o quello del futuro? È facile rendersi conto che queste tre figure del rapporto tra regola e caso s'incarnano in tre momenti cruciali del pensiero giuridico.

La dogmatica giuridica tradizionale guarda al passato: è interpretazione di norme preesistenti in cui sussumere i casi del presente. L'ermeneutica giuridica guarda al presente: considera il diritto del passato come un materiale vincolante da cui trarre la regola del caso concreto ed è propensa ad identificare interpretazione e applicazione o attualizzazione del diritto. Il diritto della postmodernità e del decostruzionismo, verso cui inclina la teoria narrativa del diritto, guarda al futuro: si volge alle decisioni del passato per individuare la regola che è stata effettivamente seguita e che solo nel futuro viene individuata per quella che è.

Certamente, se mettiamo così le cose, allora c'è ben poco da scegliere. La dogmatica giuridica tradizionale è obsoleta per quanto riguarda i suoi presupposti filosofici e teorici, inadatta ad affrontare la trasformazione in atto della società, incapace di rispondere alle istanze presenti di giustizia. Da parte sua il decostruzionismo della regola giuridica mette seriamente in pericolo alcune conquiste irrinunciabili dello Stato di diritto, vanifica la possibilità di distinguere un'interpretazione corretta da quella che non lo è, e induce il diritto ad abbandonare il suo incessante tentativo di limitare il potere, cosa che costituisce la sua perenne ragion d'essere. A mio parere, il diritto ha a che fare con il presente, con la giustizia «qui ed ora», con il caso concreto.

Quindi il problema centrale del diritto attuale è quello della formazione della regola. Al suo confronto tutto il resto (leggi, principi e lo stesso caso concreto) sono «materiali giuridici» da cui trarre la regola. Ciò significa che preesistono all'opera dell'interprete e la vincolano, ma anche che egli deve individuare e circoscrivere persino l'oggetto della propria attività interpretativa e che deve fornire ragioni plausibili delle proprie scelte interpretative. Insomma, appare ormai inesatto descrivere l'attività interpretativa come una reiterazione di una norma preesistente compiutamente formata quando piuttosto ci si presenta come un processo di formazione di una regola latente. Forse il *ius dicere* dei giureconsulti romani è più vicino a ciò che si verifica oggi nell'implementazione del diritto di quanto lo siano i processi razionanti della dogmatica codicistica. Lo stesso enunciato normativo (o - come si suole dire - la disposizione) ha una potenzialità esplicativa che si estende alle giustificazioni ultime. E come la punta di un *iceberg*, che mostra molto meno di quanto in effetti contiene.

Se le cose stanno in questi termini, allora sarebbe riduttivo e mortificante limitare l'attività interpretativa all'aspetto meramente testuale. La ragion d'essere dell'interpretazione riposa, infatti, nell'insufficienza della formulazione linguistica. S'interpreta proprio perché la lettera del testo non è sufficiente per costruire una norma.

Del pari, nell'epoca del pluralismo, non è neppure sufficiente il ricorso all'intenzione del legislatore, come se si trattasse di una volontà unitaria. Come ha notato Jeremy Waldron, la filosofia del diritto del giuspositivismo s'è basata sul modello univoco dell'individualismo metodologico: lo Stato e le assemblee legislative sono state trattate come se fossero individui singoli, donde la grande fortuna dell'imperativismo presso i giuristi dell'età della codificazione. Di conseguenza, la giurisprudenza era autorizzata a disinteressarsi di ciò che avveniva prima dell'emanazione di una legge, confinando tutto ciò nella sfera del pregiuridico. Nell'epoca del pluralismo, invece, la stessa legge non è da intendersi come una volontà unitaria, non è un territorio in cui ogni gruppo intende piantare la bandiera delle proprie convinzioni, ma è l'impresa di trarre dalle pratiche di vita già presenti in una comunità la migliore formulazione dei principi che la ispirano. Questa è la ragione della presenza di molteplici metodi interpretativi, tutti concorrenti, cosa ancora una volta opportunamente sottolineata da Patti.

Come s'è detto, nel processo di formazione della regola l'elemento-base diventa quello delle «ragioni» su cui la legge poggia e che giustificano la regola. Non basta più che la regola provenga da organi competenti, non basta più la validità formale, non basta più la correttezza procedurale. Occorre che la regola sia ragionevole: ragionevole è la norma che risponde alle esigenze del caso valutate alla luce dei principi costituzionali; irragionevole è la norma che rompe questo rapporto di congruenza.

Tuttavia, oltre a queste condizioni sostanziali di «legittimità», ci sono quelle della «legalità» senza cui non si potrebbe parlare a rigore di «diritto». Sul piano strutturale la legalità implica l'esigenza della «generalizzazione», cioè della costruzione di categorie di casi. La regola che si trae dal caso concreto deve essere applicabile e valevole per tutti i casi simili. Proprio la generalizzazione è diventata uno scoglio difficile da superare nel regime del pluralismo. Questo è restio ad accettare la generalità, poiché avanza l'esigenza della giustizia del caso particolare, cioè della particolarità. La generalità rischia di costruire categorie ognuna delle quali contiene un solo caso, quello sulla cui base la stessa categoria è costruita.

Questo è un punto molto delicato che è necessario affrontare a viso aperto, perché senza la generalità la legalità si dissolve. E tuttavia la generalità è in pericolo proprio per l'evoluzione del concetto di eguaglianza su cui ovviamente si basa. È stato più volte notato che nello sviluppo storico di questo concetto s'è prodotta una dissociazione tra un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza configurata come giustificabilità della discriminazione e

quindi come ragionevolezza. Oggi il problema centrale è quello della tipizzazione di questi giudizi di ragionevolezza.

Ciò evidentemente richiama in causa i rapporti tra la teoria politica e l'interpretazione costituzionale, su cui si sono soffermati, seppur da versanti diversi, sia Giorgio Bongiovanni sia Mario Dogliani. L'eguale rispetto per i diritti, a cui dovrebbe prestare attenzione il giurista, deve essere coniugato con l'eguale riconoscimento di diritti differenti, a cui dovrebbe prestare attenzione il politico. C'è indubbiamente un'interazione fra legittimità democratica e legalità, sicché il modo d'intendere la prima ha effetti sulla seconda fino ad una soglia di resistenza al di sotto della quale non è possibile andare senza mettere in crisi i paradigmi della modernità giuridica. Tuttavia, a ben guardare, le ragioni di questa situazione paradossale che registra, da una parte, l'enfaticizzazione della dimensione giuridica e, dall'altra, il pericolo di una paralisi della giuridicità, sono ancora più profonde e affondano le loro radici in una rivoluzione culturale di carattere epocale.

La costituzionalizzazione del diritto, nella misura in cui ha introdotto in esso il principio personalistico che è la radice del pluralismo, lo rende sempre meno generalizzabile. Le persone sono per definizione incomparabili e richiedono l'eguaglianza nella diversità. Ma è estremamente difficile trattare in modo eguale persone diverse. I casi concreti sono diventati normativi, perché le persone singole sono diventate normative.

La costituzionalizzazione della dignità della persona umana presenta aspetti estremamente problematici e potenzialmente contraddittori: da una parte, vi sono comportamenti che sono in sé una violazione della dignità della persona, sono cioè mali assoluti; dall'altra, anche la stessa coscienza della persona è costituzionalizzata nel senso che le richieste di riconoscimento d'identità e di libertà di scelta attraverso l'attribuzione di diritti appartengono, almeno *prima facie*, al rispetto della dignità della persona. La prima prospettiva può essere ricondotta in qualche modo nell'ambito della tradizione della legge naturale e dei valori fondamentali della persona. La seconda prospettiva, cioè quella del rispetto della coscienza delle persone, può contrastare con la prima e mettere la persona in conflitto con *l'ethos* della comunità e con gli stessi principi di una moralità critica.

Per ciò che hanno in comune le persone costituiscono una comunità, ma questa è necessariamente il luogo d'incontro e di scontro di tanti universalismi, cioè di differenti visioni dei valori comuni. Di conseguenza il rispetto per la persona può collidere con l'imposizione di un ordinamento pubblico di valori, l'ordine nell'anima con l'ordine nella città. E tuttavia, se la persona è un essere in relazione, la sua vi-

sione della comunanza non può essere solipsistica, poiché per definizione riguarda anche ciò che gli altri dovrebbero condividere e praticare e, conseguentemente, dovrà essere alla fin dei conti il risultato di una interazione discorsiva al fine di raggiungere un'intesa comune. Pertanto, la centralità del valore della persona, mentre indebolisce la stabilità dell'ordine costituito, al contempo attiva una ricerca di nuovi e più adeguati ordinamenti pubblici di valori.

Sia lo Stato etico sia lo Stato neutrale vedono il conflitto come un male sociale e si adoperano di evitarlo anche se in modo diverso, o con l'imposizione di una visione dei valori fondamentali o con la rinuncia ad ogni concezione di essi. Quando la dignità della persona è l'obiettivo fondamentale di una comunità politica, sono al contempo messi al centro sia i valori comuni delle persone sia le loro differenti visioni del bene comune. Lo Stato personalistico è insieme comunitario e conflittuale. Le persone sono pericolose per la stabilità della vita comunitaria, ma questo è un prezzo da pagare quando si mette al centro del diritto e della politica la dignità della persona.

La costituzionalizzazione della persona, intesa in questi termini, ha come effetto la destabilizzazione del diritto come ordinamento o assetto concreto. Il conflitto delle concezioni universali del bene comune non può essere lasciato fuori della porta del diritto, che diviene perciò sempre meno certo, sempre più effimero, sempre più mutevole. Le questioni cruciali relative all'interpretazione dei valori fondamentali non sono e non possono essere decise una volta per tutte e restano questioni aperte, anche se provvisoriamente sono affidate alle decisioni della maggioranza. Nessuno può illudersi che una votazione risolva le questioni fondamentali sul tappeto legate alla dignità della persona. Essa può essere solo una tregua «politica» di un discorso sempre aperto.

Il fatto è che nelle società pluralistiche contemporanee va progressivamente vanificandosi la mediazione della moralità positiva, cioè di quella cultura condivisa quale per secoli è stata quella cristiana. D'altronde, non si può pensare di creare moralità positiva mediante leggi, *referendum* o a colpi di maggioranza. Normalmente il diritto positivo poggia sulla moralità positiva e non viceversa. Il diritto positivo non può essere la stampella di una cultura in profonda crisi. Il diritto è sempre stato una regolamentazione della moralità positiva ed ora si avvia ad essere una regolamentazione della moralità conflittuale o dei conflitti morali. Questo cambiamento non è di poco conto e, tra l'altro, può condurre alla convinzione che le sorti etiche della società si giochino fundamentalmente sul piano giuridico e politico, mentre è evidente che si tratta di un conflitto culturale combattuto con le armi del diritto e della politica.

Nel regime del pluralismo la normatività si allontana sempre di più dalla normalità, cioè dall'idea di una natura umana. Quest'ultima aveva reso più facile la generalizzazione del diritto e ne è sempre stata in fondo la sua implicita giustificazione ontologica. Quando ci sono valori comuni condivisi, quando c'è un'etica comune, allora i casi sono istanziazioni di modelli generali di comportamento. Ma, quando non c'è più comunanza nell'ordinamento dei valori, allora occorre che si presentino «ragioni» per accogliere nel nostro mondo il mondo degli altri, cioè per rendere «normativo» ciò che non è «normale» o almeno ciò che si ritiene tale. Bisogna esibire ragioni forti per uscire dalla normalità se non si vuole cadere nel regno delle preferenze soggettive dei singoli o dei gruppi.

Ormai è evidente che la 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 nell'ambito di un ordinamento dei valori che è instabile, si instaura e si disfa incessantemente. La rinuncia alla normalità, cioè nella sostanza - lo ripeto - alla natura umana, si paga con il venir meno della regola preconstituita. La costituzionalizzazione della persona, pertanto, presuppone e postula una concezione dinamica della regola giuridica. Questa - come s'è già detto - non è un prodotto già compiuto, ma un'opera da farsi e, come tale, soggetta a criteri di correttezza formali e materiali. L'interpretazione costituzionale differisce nei metodi e nella struttura dall'interpretazione giuridica tradizionale, perché l'oggetto da interpretare è ormai chiaramente diverso in quanto legato ad una prassi piuttosto che essere un'entità linguistica preconstituita.

Si evidenzia, pertanto, un'altra aporia del diritto contemporaneo accanto a quella della generalizzazione, cioè quella della «continuità», che a sua volta è strettamente legata al valore della *certezza*. Tradizionalmente il diritto è funzionale alla stabilità delle forme di vita e delle aspettative esistenziali. La sua evoluzione non dovrebbe mettere in pericolo gli assetti consolidati della vita comune. E tuttavia nel contesto già delineato degli ordinamenti provvisori di valori le modalità di sviluppo di un sistema giuridico non possono più essere concepite - come ha notato Bongiovanni - nel senso logico formale della razionalità, ma in quelle della ragionevolezza vicine all'idea dworkiana di «integrità». La prassi giuridica deve dar continuità al succedersi di forme di vita che collassano l'una sull'altra. Il mondo giuridico e culturale dei Padri costituenti non era lo stesso del nostro mondo attuale, ma, se il diritto che da loro proviene si può considerare come ancora vigente, ciò vuol dire che il suo linguaggio è in qualche modo significativo per

forme di vita differenti. Ma anche questo modo nuovo d'intendere la continuità del diritto deve essere dimostrata. Questo mi sembra il senso della problematica del «diritto vivente», di cui ha parlato Francesco Galgano, esplorandone le diverse concezioni possibili, e dell'insistenza di Antonio Ruggeri sul «preorientamento assiologico» dell'interprete nell'uso dei principi, dotato di una funzione di stabilizzazione semantica.

In realtà, l'interprete, oltre ai compiti argomentativi, deve far fronte anche a quelli del traduttore e non solo in senso puramente linguistico. Il ruolo dell'interpretazione giuridica è quello di tradurre pretese normative che provengono dalle forme di vita del passato (o, semplicemente, altre) in quella del presente, che ha con queste particolari legami. Ciò sarebbe impossibile se i contesti storici fossero incomunicabili e chiusi in se stessi, ma allora sarebbe impossibile anche il diritto nel suo concetto normativo. In un certo senso la normatività è ciò che non proviene dal nostro stesso mondo e ne mette in crisi la «normalità». Il pluralismo esige una purificazione della normatività, allontanandola sempre più dalla normalità ma non fino al punto da poter rinunciare ad una qualche significativa comunanza fra le differenti forme di vita.

Questa è una delle ragioni per preferire la filosofia ermeneutica al convenzionalismo analitico. La filosofia ermeneutica, almeno per le sue origini e nei suoi principali sviluppi, è particolarmente sensibile all'incontro di mondi culturali differenti e concepisce le forme di vita non già come entità chiuse, ma come ambienti fluidi e porosi. Tuttavia sarebbe erroneo ricondurre le istanze della filosofia ermeneutica al problema del dialogo interculturale. Non è di questo che propriamente si tratta. Non si tratta direttamente di un incontro di due culture diverse, ma tra il mondo dell'interprete e qualcosa di normativo, che a sua volta, pur appartenendo ad un mondo culturale diverso, è in grado di sporgere al di fuori di esso. Esso si raccomanda in quanto è portatore di qualcosa che è in grado di parlare anche a coloro che appartengono ad altri universi di significato. Come v'è una sporgenza dell'opera d'arte rispetto al suo mondo d'origine, così v'è una sporgenza dei principi costituzionali rispetto al mondo da cui sono stati generati. Non c'è dubbio, ad esempio, che i diritti dell'uomo provengano da una determinata cultura, quella occidentale, ma valgono e sono normativi solo nella misura in cui sono capaci di parlare a culture diverse da quella d'origine.

Per la formazione della regola i principi assumono, quindi, un ruolo assolutamente centrale. Ad essi la scienza giuridica dovrebbe dedicare una maggiore attenzione. Non s'è ancora riuscito a trovare per essi un

posto che li distingue sufficientemente dai valori, da una parte, e dalle regole dall'altra. Il fatto è che nella scieaza giuridica codicistica non c'è per essi alcun posto, perché la ragione giuridica è ben lungi dall'essere intesa come ragion pratica. Il riduzionismo dei principi verso l'alto o verso il basso mortifica il loro *status* autonomo e non aiuta a comprendere la loro reale funzione nell'esperienza giuridica, come si può constatare tra l'altro nel dibattito tra Alexy e Habermas ricostruito da Bongiovanni. Inoltre, i giuristi dovrebbero occuparsi maggiormente di esplorare i vari tipi di principio giuridico per differenziare adeguatamente il loro uso. Accanto a quelli tradizionali (alle *regulae iuris* del diritto romano, alle massime del *common law*, ai *principia iuris* del giusnaturalismo moderno, ai principi generali del diritto del giuspositivismo codicistico, ai principi costituzionali del diritto contemporaneo) si pongono oggi nuove formazioni di principi giuridici spesso individuate - come ha notato Dogliani - per la loro origine. Penso qui, non solo ai sistemi giuridici federali e regionali, ma anche al diritto internazionale, a quello transnazionale e alla nuova *lex mercatoria*. Infine, ci si dovrebbe interrogare — cosa ancóra una volta segnalata da Dogliani — sino a che punto i principi siano derivati o condizionati dalle vicende stonche e politiche e sino a che punto appartengano all'esperienza giuridica in quanto tale e alla tradizione del *rule of law*.

I principi non sono i valori, anche se sono da essi generati. Non lo sono perché hanno la funzione di far dialogare i valori fra loro e, in un certo senso, di urbanizzarli. Questa - come ha osservato Zagrebelsky - è la ragione del carattere «pratico» dei principi, intesi come la massima: agisci in ogni situazione concreta che ti si presenta in modo che nella tua azione si trovi all'opera un riflesso del principio stesso. Tra il principio e l'azione c'è un calcolo di adeguatezza nel caso concreto che rende la seconda prevedibile, almeno nella sua direzione fondamentale. I valori, da parte loro, non hanno di per sé un carattere pratico, ma assiologico.

I principi non sono regole, anche se servono a generare regole. Non restano catturati nelle regole che pure hanno contribuito a generare. Non c'è regola che non risponda ad uno o più principi (*ratio legis*) e non c'è principio che non si colleghi ad un valore. Il principio è - per citare ancóra Zagrebelsky - il *medium* nel quale troviamo un'apertura morale al valore e un'apertura pratica alla regola. La nostra società in ragione del pluralismo presenta principi complessi e valori morali contrastanti. Ciò conduce a regole controverse per il tipo di concretizzazione che rappresentano e che potrebbe essere diversa da quella che è. Mentre il principio di autorità genera una regola univoca, quella appunto voluta o comandata dall'autorità, il principio di ragionevolezza

genera molte regole tutte ammissibili. Come non v'è un'unica risposta «giusta» nell'interpretazione del diritto, così non v'è un'unica risposta «giusta» nella legislazione e nella regolamentazione giuridica. Ciò favorisce la permeabilità, l'intersezione e la concorrenza fra gli ordinamenti giuridici. Ma pone problemi di uniformizzazione che risolva i conflitti giuridici interni, perché il diritto, originariamente pensato come soluzione dei conflitti, oggi si presenta come conflittuale esso stesso. Se si ammette il pluralismo delle idee, bisogna anche accettare il pluralismo delle regole con l'avvertenza che, una volta scelta la regola, essa assume un ruolo di esclusività normativa senza di cui sarebbe insensato continuare ancora a parlare di «diritto». E tuttavia, poiché vi sono molti modi di fare correttamente le cose, la scelta di uno di essi deve essere giustificata da ragioni intersoggettive e non già ciecamente affidata al principio di autorità o, il che è lo stesso, al principio di maggioranza.

Questo è un altro punto problematico del diritto contemporaneo. Nel conflitto a tutto campo tra principi, diritti e regole della più diversa provenienza bisogna individuare contenitori d'ordine stabili ed affidabili. Per il superamento di questo ostacolo non vedo che due strade, una interna al diritto e una esterna.

Quella interna è affidata all'opera consolidatrice della giurisprudenza e - come s'è detto - al diritto vivente. L'incessante opera di coordinazione delle decisioni ha come effetto quello di rafforzare una pratica giuridica costante, anche se in continua evoluzione. La stabilità risiede più che nella interpretazione e nell'uso delle regole nel modo di applicare i principi, cioè di intenderne la portata e le relazioni intercorrenti fra loro. È una pratica dei principi (per usare il titolo del libro di Jules L. Coleman, tradotto di recente in italiano).

Quella esterna riposa ovviamente sul rapporto fra diritto e società. Il diritto non può più essere concepito come un universo chiuso, se mai lo è stato. Oggi è un mondo instabile, perché le pulsioni sociali sono penetrate al suo interno. Allora non si tratta per il diritto di ricevere dalla società una stabilità che questa non ha, ma di partecipare insieme a tutte le altre forme della vita pratica al processo di ordinamento dei valori, cioè all'impresa volta a stabilizzare la vita sociale in qualche accettabile modo. E qui c'imbattiamo in un interrogativo esistenziale di carattere epocale: abbiamo necessariamente bisogno di un ordinamento sociale di valori? Oppure siamo condannati a restare confinati nell'ambito delle rivendicazioni particolari delle identità? Il caso particolare ci costringe a restare rinchiusi nella gabbia d'acciaio del «particolare»? È ancora possibile considerare la Costituzione come un «modello di società desiderabile», a cui ha accennato Dogliani? Op-

pure non è altro che un serbatoio o un magazzino di principi da cui trarre fuori gli attrezzi per supportare le più differenti e contrastanti rivendicazioni e pretese?

La risposta a queste domande dipende dalla possibilità di elaborare una concezione della «ragione pubblica» che rappresenti un terreno comune di dialogo nel regime del pluralismo. Non c'è dubbio che il diritto con le sue procedure e i suoi principi è chiamato a contribuire a quest'opera necessaria per la comunicazione umana, ma a patto che ridimensioni il ruolo che al suo interno ha giocato il principio di autorità e accolga in modo più convincente le modalità della ragione pratica.

Ricondurre la ragione giuridica nell'ambito della ragion pratica significa riconoscerle due caratteristiche: 1) il suo rapporto necessario con la motivazione (una ragione che sia pratica deve essere capace di motivare l'agente, di essere guida effettiva dell'azione); 2) il suo rapporto necessario con il valore in quanto fine (la ragione per cui un agente compie un'azione è basata sul fatto che tale azione è giudicata come buona in qualche senso del «bene», cioè corretta, opportuna, giusta, conveniente...).

Altre condizioni sono legate alla posizione e al ruolo del decisore. Ed allora altre esigenze fanno sentire la loro voce: l'opportunità che i decisori siano il più possibile a contatto con i problemi da risolvere sul piano normativo sì da conoscerli meglio (federalismo, regionalismo, autonomie locali), che siano quelli stessi che dovranno seguire le regole specifiche (autoregolazione del comportamento, codici deontologici), che siano esperti della materia, che siano in una posizione d'imparzialità. Tutte queste istanze, a volte tra loro contraddittorie, si sommano l'una con l'altra, producendo una frammentazione del concetto unitario di «legge» e una moltiplicazione di tipi differenti di regole. In ogni caso l'idea di un centro unitario di produzione delle regole normative è ormai insostenibile. E neppure credo che le norme civili sfuggano a questa trasformazione generale; al contrario esse, che già nascono come incompiute e bisognose dell'integrazione dell'autonomia privata, ricevono dalla stessa Costituzione un ampliamento del loro oggetto in riferimento alla tutela dei diritti inviolabili. Insomma, le libertà degli individui non debbono dialogare soltanto con i tradizionali poteri dello Stato, ma anche - come ha notato Guido Alpa - con un complesso intreccio di competenze normative sovrastatali e sub-statali.

Infine, l'ultima cosa da notare in questa veloce e approssimativa carrellata di problemi aperti (anzi, apertissimi) è il progressivo mutamento del ruolo del giurista da esegeta e ordinatore della legislazione

ad artefice di una ragione giuridica pubblica rispettosa dei materiali giuridici, da una parte, ma anche dei diritti delle persone dall'altra. Dogliani ha parlato di una funzione costituzionale del giurista ed ha opportunamente ricordato il richiamo di Häberle alla cultura costituzionale. Quando viene meno il primato della legislazione è necessario che riacquisti forza il ruolo della dottrina se si vuole evitare il governo assoluto della giurisdizione.

La mediazione tra il proceduralismo e l'assiologia è il compito del futuro, ma essa non sarà possibile se il diritto e la politica non imparano a dialogare su un piano di parità, se la giustizia secondo il diritto non scopre i suoi limiti e se la giustizia oltre il diritto non scopre le sue regole. Questo è il compito della ragionevolezza, poiché il pluralismo è nemico del volontarismo.

In conclusione, dalle cose dette possiamo trarre questo ammaestramento: se cambia l'assetto generale del diritto, deve mutare anche il modo d'interpretarlo e, se cambia il modo d'interpretare il diritto, vuoi dire che la civiltà giuridica sta mutando. Rimproverare ai giudici o ai legislatori di abbandonarsi a pratiche equivoche, manipolative e, alla fin dei conti, pericolose per lo Stato di diritto può essere opportuno e anche doveroso, ma può anche impedire di scorgere fino in fondo il senso e il ruolo dell'interpretazione del diritto nel momento presente. Come ha ben notato Ascarelli, il giurista deve essere non solo il custode di una tradizione, ma anche il garante di un'innovazione.