

in E. Russo (a cura di), *Interpretazione della legge civile e "ragione giuridica"*, Cedam, Padova, 2003, pp. 13-25

**FRANCESCO VIOLA**

## IL RITORNO DELLA RAGIONE GIURIDICA

Il compito di presentare un Manuale di diritto mi onora e insieme mi confonde. Mi onora perché mi piacerebbe essere un giurista e mi confonde perché non lo sono. Io cerco di capire il fenomeno giuridico nel suo complesso, nelle sue ragioni d'essere e nella sua incessante trasformazione. Queste altezze rarefatte e queste astratte lontananze sono poco adatte a valutare proprio quegli aspetti per cui un manuale dovrebbe essere considerato più o meno pregevole, cioè la semplificazione della materia trattata, la chiarezza concettuale e l'aderenza alla concreta pratica del diritto. Tuttavia, siccome sono convinto che ognuno debba fare il proprio mestiere, dal mio punto di vista proverò ad avanzare qualche timida riflessione sulle sollecitazioni ricevute dalla lettura di queste "Istituzioni delle leggi civili" <sup>(1)</sup>.

Queste riflessioni prendono l'avvio da una constatazione che è evidente anche per uno come me che ha ben poca dimestichezza con i manuali di diritto privato: questo testo ha una lunghissima parte introduttiva (più di duecento pagine), che tratta, nella sostanza, elementi di teoria generale del diritto con una spiccata attenzione al problema del linguaggio e del discorso giuridico, ai temi dell'interpretazione e dell'argomentazione, nonché al classico tema delle sanzioni. Se penso a quelle quattro paginette con cui i tradizionali manuali si liberavano di questi temi introduttivi, debbo constatare che gli sforzi dei filosofi e dei teorici del diritto, primo fra tutti di Norberto Bobbio, pur nel loro carattere discontinuo e non rare volte evasivo, non sono stati vani. Questo testo si mostra informato degli sviluppi più recenti della teoria del diritto e sa comunicarli al discente senza appesantimenti eruditi e con freschezza vitale. Confortato da

---

<sup>(1)</sup> E. Russo et al., *Istituzioni delle leggi civili*, Cedam, Padova 2001.

questa constatazione, trovo un campo di riflessione in cui posso dire qualcosa che spero non sia banale.

E superfluo notare che protagonista di questo manuale è la “legge”, che si presenta sin dal titolo, la legge e non il diritto. La distinzione tra diritto e legge è più che opportuna, anche se spesso è dimenticata. Si trasmette ai discenti la convinzione errata che il diritto consista nell’insieme delle leggi statali, accreditando l’opinione (anch’essa falsa) che il suo studio non sia altro che prendere atto di regole già definite e compiute dal legislatore.

«Legge e diritto non sono la stessa cosa. Essi non sono però solo occasionalmente differenti l’uno dall’altro. La loro è anzi una differenza ontologica, essenziale. Legge e diritto stanno fra loro come la potenza all’atto, come la possibilità alla realtà. La legge non è ancora la realtà del diritto, è solo un grado, certamente necessario, del cammino verso la realizzazione del diritto. La legge è una norma generale per la molteplicità di casi *possibili*, il diritto invece decide su una situazione *reale* qui e ora»<sup>(2)</sup>.

E così noi troviamo in questo manuale una definizione del diritto come un’attività che ha a che fare con la legge: «è lo studio di una certa attività umana (empiricamente rilevabile), consistente nell’attribuzione di significato alla legge (*interpretazione* della legge, e cioè *ascrizione* di significato al discorso legislativo) e nella attuazione di comportamenti conformi al significato della legge nelle concrete situazioni di vita (applicazione della *legge*)»<sup>(3)</sup>. Il diritto è, dunque, una pratica sociale di tipo interpretativo<sup>(4)</sup> e, possiamo aggiungere, seguendo lo stesso orientamento, anche il risultato di quest’attività. Il diritto è un’attività e il suo risultato. Su questo punto il mio consenso è pieno. Ma per essere totale deve anche riguardare l’altro aspetto, l’oggetto di quest’attività, cioè la legge. E qui il problema si fa più complesso proprio per l’ambiguità che è ormai connessa all’uso del termine “legge” e di cui il manuale ancora una volta si mostra pienamente consapevole. Le riflessioni che seguiranno intendono soltanto problematizzare ulteriormente quest’ambiguità, enfatizzandone alcune conseguenze per il pensiero giuridico del nostro tempo.

---

<sup>(2)</sup> A. KAUFMANN, *Gesetz und Recht, in Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenäum-Verlag, Frankfurt a.M. 1977, p. 157.

<sup>(3)</sup> RUSSO et al., *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>(4)</sup> F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990.

Nel manuale troviamo questa prudente definizione di legge: «ogni documento normativo (che pone regole di comportamento), proveniente dagli organi dello Stato ai quali la Costituzione attribuisce una competenza normativa (e così, ad esempio, il Parlamento)» <sup>(5)</sup>. Un documento che contiene norme emanato da organi costituzionalmente competenti. Questa definizione è chiaramente volta ad abbracciare la grande varietà dei documenti normativi e, conseguentemente, delle regole in essi contenuti. S'è costretti ad abbandonare la definizione tradizionale ben più tecnica che fa riferimento alla norma generale ed astratta e ad una determinata provenienza del documento normativo e ciò è ben comprensibile. La complessità attuale delle fonti del diritto ha trasformato il concetto di legge da univoco in analogico e molti oggi si chiedono se non l'abbia trasformato in un concetto equivoco. La legge ordinaria, che era all'apice della gerarchia delle fonti secondo l'art. 1 delle d. p., oggi è al fondo della gerarchia delle leggi seguita solo dalle leggi regionali di attuazione; tra essa e la costituzione s'interpongono prepotentemente leggi infracostituzionali e sovralegali in un panorama che non si presenta più come rigorosamente gerarchico. Insomma, la legge come specie non è una, ma moltitudine.

Dico cose che sono sotto gli occhi di tutti e che gli operatori del diritto ben conoscono, ma non si tratta di cose di poco conto, perché le trasformazioni del concetto di "legge" hanno immediati effetti, incisivi e profondi, sulla cultura giuridica e sul modo di concepire la "ragione giuridica". L'invenzione illuministica della legge, intorno a cui s'è costruita la grande scienza giuridica dell'Ottocento, non era soltanto un modo per costruire una volontà sovrana statuale, ma anche e soprattutto un modello di razionalità giuridica. È ovvio pensare che la sua crisi sia anche la crisi di questo modello che è tuttora operante nella formazione del giurista. Credo che per meglio rendersi conto delle trasformazioni in atto occorra rimeditare la visione tradizionale della legge, cioè quella che è oggi in crisi <sup>(6)</sup>.

I giuristi spesso fanno risiedere la razionalità di questa forma di legge fondamentalmente nei caratteri tipici della generalità e astrattezza e si strappano le vesti quando questi fanno difetto, ma a ben guardare tali caratteri sono solo elementi derivati, non sempre strettamente necessari

---

<sup>(5)</sup> Russo et al., *op. cit.*, p. 6.

<sup>(6)</sup> Cfr., in generale, L.M. DÍEZ PICAZO, *Concepto de Ley y tipos de leyes*, in "Revista Española de Derecho Constitucional", 1988, n. 24, pp. 47-93.

e relativi agli ambiti di validità. La razionalità della legge generale ed astratta risiede piuttosto nel sistema delle fonti e nelle regole dell'interpretazione. Con questo voglio dire che la domanda di razionalità rivolta alla legge non deve essere ridotta semplicemente al problema dell'uguaglianza e della certezza del diritto, e neppure (peggio) ad un problema di razionalizzazione organizzativa, ma più adeguatamente ad un problema di giustizia.

La domanda di sempre è la seguente: come prendere in una situazione di dissenso decisioni collettive su cosa è lecito fare o non fare? Decisioni che siano non arbitrarie, ma giustificate in qualche modo dalla loro razionalità, ragionevolezza, correttezza, convenienza...? Dove c'è dissenso, occorre infatti che la decisione non **divorzi** dalla ragione, in caso contrario sarebbe affidata alla forza o al caso. E superfluo constatare fino a che punto il regime attuale del pluralismo abbia esasperato quest'esigenza. Il pluralismo non si può affrontare che con la ragionevolezza, specie quando si tratta del pluralismo identitario, che - com'è noto - non è negoziabile. Ma la legge illuministica ben conosceva e aveva presente il pluralismo delle opinioni e degli interessi all'interno delle comunità politiche nazionali. Mi si dirà che non è la stessa cosa, ma in ogni caso bisognerà ammettere che siamo di fronte a problemi simili: come formulare una regola che sia accettata da gente che non è unanime?

Ebbene, l'idea fondamentale che ruota intorno alla legge in senso illuministico è **quella** di collegarla strettamente ed essenzialmente ad organi politici rappresentativi e alla sovranità popolare. Nel Secondo *Trattato sul governo civile* Locke rileva che senza l'approvazione di un potere legislativo eletto o nominato **dal** popolo nessuna legge può considerarsi tale perché manca del consenso della società <sup>(7)</sup>. D'altronde la differenza fra la legge e la regolamentazione giuridica in generale consiste esattamente **nell'elemento** propriamente politico, nell'essere un prodotto dell'esercizio di un potere derivato dalla rappresentanza politica <sup>(8)</sup>.

Cosa c'è di razionale in tutto ciò? Le risposte possono essere molteplici. Ma qui accenno solo a due ordini di giustificazione che oggi sono in discussione.

---

<sup>(7)</sup> Cap. XI, § 134.

<sup>(8)</sup> Cfr. L.L. HIERRO, *El imperio de la ley y la crisis de la ley*, in "Doxa", 1996, n. 19, pp. 287-308.

La prima giustificazione è quella che abbiamo or ora indicato, cioè il consenso della società. Una legge è tale in quanto in essa si esprime un accordo ampio dei consociati mediante i loro rappresentanti e, conseguentemente, la loro accettazione. Com'è noto, questa giustificazione prescinde dal contenuto della legge per esaltare l'autonomia di coloro che si auto-obbligano, ma anche la necessità di addivenire ad una composizione degli interessi. In una situazione di dissenso è ragionevole obbedire all'opinione prevalente, anche se essa è frutto di compromessi e di negoziazioni. Fa qui capolino l'idea della ragionevolezza come prudentiale regolamentazione di interessi contrapposti. Ma questa tendenza presuppone che vi sia già un diffuso consenso sociale sul modo di praticare i valori prioritari e che si decida solo su ciò che è negoziabile. Queste due condizioni oggi sono venute meno. Da una parte, il pluralismo sta distruggendo le pratiche comuni dell'esercizio dei diritti e dei valori sociali e, dall'altra, le assemblee legislative s'imbattono sempre più spesso in questioni riguardanti l'identità personale e collettiva, che – lo ripeto – non sono negoziabili, cioè risolvibili con la mera ragionevolezza prudentiale. Si tratta di questioni di riconoscimento la cui soluzione non è mai a somma zero, ma ci sono sempre vincitori e vinti. Esse richiedono una ragionevolezza sostanziale non meramente prudentiale.

L'altra giustificazione della legge, che qui prendo in considerazione, sostiene che solo un'assemblea legislativa sia il luogo più adatto per la ricerca della soluzione giusta in quanto solo in essa sono presenti tutte le opinioni principali e tutti gli interessi più rilevanti (e quindi più rappresentativi della società nel suo complesso). Com'è noto, nel 111 libro della *Politica*, Aristotele ha usato una metafora culinaria: una festa in cui gli ospiti portano ognuno una propria vivanda è più varia del banchetto organizzato da uno solo di essi. Aristotele ha in mente un processo dialettico in cui si arriva alla verità attraverso il confronto delle differenti opinioni. Il consenso – come ha ribadito John Stuart **Mill** – emerge dalla discussione piuttosto che essere orchestrato dall'alto. Ciò conduce alla tesi della maggiore saggezza della moltitudine rispetto a quella dell'uomo singolo. Più persone sono in grado di cogliere meglio tutti i particolari aspetti di un problema, pervenendo ad una comprensione più completa. Lungo questa linea di pensiero si può arrivare ad affermare la superiorità della saggezza del popolo nei confronti di un corpo più ristretto di cittadini, per quanto eccellenti, cioè dell'assemblea legislativa rispetto ad un élite

giudiziaria. Queste tesi sono oggi riprese e approfondite dalla concezione della democrazia deliberativa <sup>(9)</sup>.

Possiamo noi oggi ritenere che le assemblee legislative siano veramente il luogo più adatto per la deliberazione razionale? La legislazione è sfacciatamente politica e questo ci dà fastidio, perché desideriamo essere governati dalle leggi e non dagli uomini. Le decisioni delle Corti costituzionali non sono scopertamente politiche e questo ci rassicura. Nel 1765 William Blackstone osservava che ci vuole lungo tempo di studio per fare un professore di diritto, ma che basta solo una manciata di voti per fare di un uomo incolto un legislatore. Insomma, tutto lascia pensare che non si possa presumere che la legge delle assemblee legislative sia *a priori* ragionevole. Semmai essa deve dimostrare di esserlo, sottoponendosi ad un controllo esterno. La stessa sovranità della legge è il risultato dell'esercizio di un potere pubblico, quello legislativo, che deve essere limitato e controllato. Insomma, l'imperativo della ragionevolezza si estende a tutta la latitudine del pubblico potere, compreso quello legislativo.

Si comprende così l'espansione attuale del criterio della competenza e, al contempo, - come aveva lucidamente intuito Crisafulli <sup>(10)</sup> - la riduzione d'importanza del criterio gerarchico. L'attribuzione di potere normativo è guidata più dalla materia normativa di cui si tratta e dall'adeguatezza dell'organo a regolarla che dal suo livello nella gerarchia delle fonti. Le norme costituzionali sottraggono materie e rapporti di diverso genere alle leggi ordinarie. Ne risulta una serie di atti normativi che non sono né inferiori né superiori né parificati alle leggi stesse, bensì differenziati per l'ambito di attività normativa spettante a ciascuno di essi <sup>(11)</sup>.

In particolare, è evidente che la costituzione italiana si avvale di due criteri concorrenti, quello della gerarchia e quello della competenza. Più opportunamente s'è parlato di una «gerarchia delle competenze», vale a dire che la gerarchia è piuttosto tra le norme che tra le fonti e riguarda l'esercizio di funzioni normative al di fuori delle quali le fonti non hanno più alcun titolo per aspirare ad un rango sovraordinato <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Su questi temi cfr. J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge U.P., Cambridge 1999.

<sup>(10)</sup> F. MODUGNO, *La teoria delle fonti del diritto nelpensiero di Vezio Crisafulli*, in «Diritto e società», 1993, 4, pp. 567-588.

<sup>(11)</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna 1996, p. 83.

Il criterio della competenza si atteggia in due modi diversi: il primo di essi è quello della riserva della disciplina di determinati settori; il secondo è quello della preferenza, che non vieta ad altre fonti la disciplina dei relativi settori dell'ordinamento, fino a quando (e nella misura in cui) quegli ambiti non siano stati presi in considerazione dagli atti normativi specificatamente abilitati a regolarli. In una situazione così complessa la ricomposizione delle fonti normative è affidata al giudice costituzionale <sup>(13)</sup>.

Ciò spiega perché nei sistemi di diritto costituzionale il ruolo dei giudici assuma un ruolo complementare a quello dei legislatori. Se la legge deve essere ragionevole o, più esattamente, se dai documenti legislativi devono essere tratte norme ragionevoli, allora l'impresa della ragionevolezza si configura come il concorso di istituzioni legislative e giudiziarie.

Ma, se è così, dobbiamo allora accettare quelle conseguenze che nel **1762 JeanJacques** Rousseau aveva con lucidità indicato? «Dico dunque che la sovranità, non essendo altro che l'esercizio della volontà generale, non può mai venire alienata; e che il corpo sovrano, non essendo altro che un ente collettivo, non può essere rappresentato che da se stesso: si può trasmettere il potere, ma non la volontà... Il corpo sovrano può bensì dire: "Io voglio adesso ciò che vuole un determinato uomo, o almeno ciò che egli sostiene di volere"; ma non può dire: "Ciò che quest'uomo vorrà domani, lo vorrò anch'io". È infatti assurdo che la volontà si ponga dei vincoli per il futuro, e non dipende da nessuna volontà di acconsentire a qualcosa di contrario al bene di chi la vuole. Se dunque il popolo promette semplicemente di obbedire, con questo atto si annulla, perde la sua qualità di popolo; dal momento che c'è un padrone, non c'è più corpo sovrano, e fin da allora il corpo politico è distrutto» <sup>(14)</sup>.

Se riteniamo che "porsi dei vincoli per il futuro" sia l'essenza del costituzionalismo, allora, seguendo Rousseau, dobbiamo concludere che esso implichi la rinuncia alla sovranità e, quindi, al primato della legge in senso illuministico <sup>(15)</sup>.

<sup>(12)</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, vol. 1, Utet, Torino 1984, p. 67.

<sup>(13)</sup> A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le «metamorfosi» dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino 1994, p. 45 ss.

<sup>(14)</sup> *Il contratto sociale* L. II, cap. 1 (Utet, Torino 1970, p. 739).

<sup>(15)</sup> Cfr. J.C. BAYÓN, *Diritti, democrazia, costituzione*, trad. di R. Guastini, in "Ragion pratica", 6, 1998, n. 10, pp. 41-64, che propugna una forma di "costituzionalismo debole".

Abbiamo visto che le giustificazioni tradizionali della ragionevolezza della legge oggi non sono più sufficienti, non lo sono a livello della ragionevolezza prudenziale per l'assenza del consenso sociale e non lo sono a livello della ragionevolezza sostanziale per l'incompetenza culturale delle assemblee legislative. Paradossalmente è proprio il fatto che la legge sia prodotta da assemblee che hanno una competenza normativa troppo generale e comprensiva a renderla poco adatta a guidare gli uomini in senso illuministico <sup>(16)</sup>. 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 con un complesso intreccio di competenze normative sovrastatali e sub statali.

Possiamo concludere che la giustificazione della legge – in passato attenta soprattutto a legittimare la volontà produttrice delle regole – nel nostro tempo rincorre anche la legittimazione del contenuto delle regole. Le due istanze non sempre sono compatibili: la prima conduce a rafforzare la dimensione politica del diritto, mentre la seconda va alla ricerca della sua reale adeguatezza alle sfere particolari della vita sociale.

Tutto ciò ha le sue necessarie implicazioni nel modo generale di concepire la regola giuridica. Qui non è in discussione la **centralità** della

<sup>(16)</sup> Condorcet ha cercato di dimostrare matematicamente che le decisioni di un'assemblea di uomini sono più giuste di quelle dell'uomo medio fra essi, ma al contempo ha notato che quanto più aumenta di numero il gruppo tanto più diminuisce la competenza dell'uomo medio, **cosicché** un gruppo troppo numeroso non arriverà mai ad una decisione giusta.



regola e la sua necessaria generalità e astrattezza. Alla fin dei conti non si applicano che delle regole. Se i principi hanno valore normativo è perché da essi vengono tratte delle regole. La regola è un passaggio obbligato della pratica giuridica. Ma il problema a cui oggi si pone particolare attenzione è piuttosto quello della *formazione della regola*, che è vista come il risultato della cooperazione di istituzioni e di organi differenti nella funzione e nei ruoli. È definitivamente tramontata l'immagine della norma già compiuta che aspetta di essere applicata. D'altronde, se la norma è il risultato dell'interpretazione, solo chi anacronisticamente continua a restare aggrappato al carattere puramente riproduttivo dell'interpretazione può salvare quell'idea della regola giuridica. Non c'è il minimo dubbio che l'interprete contribuisce alla formazione della norma giuridica, oggi come in passato e sempre. La ragionevolezza della regola si può saggiare alla fin dei conti, solo nei confronti del caso concreto e alla sua luce. Per questo mi sembra più che opportuna l'attenzione che il nostro manuale dedica alla "formazione dell'intelletto **interpretante**".

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? E 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 **trasfor-**

**mazione** 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. Tuttavia ammetto che anche l'ermeneutica giuridica ha contorni incerti e problematici.

Si tratta di trovare un passaggio intermedio tra il carattere meramente riproduttivo dell'interpretazione e quello creativo. In alcuni miei lavori del passato ho cercato d'individuare una pista possibile con la distinzione tra diritto potenziale e attuale <sup>(17)</sup> e tra il diritto "detto" e quello "non detto" <sup>(18)</sup>. Il diritto nasce necessariamente indeterminato, ma la sua determinazione non è sicuramente creazione se avviene attraverso le modalità interne della ragione giuridica.

Da più parti è stato notato il passaggio attuale da una giurisprudenza che applica regole ad una giurisprudenza che applica "ragioni". Il fatto è che la ragione a cui si fa appello non è soltanto la tradizionale "ragione giuridica", ma anche la "ragione naturale". Ciò è principalmente dovuto all'irruzione improvvisa, aggressiva ed espansiva della problematica dei diritti all'interno dell'assetto tradizionale dei sistemi giuridici. Bisogna riconoscere che non si può adeguatamente ragionare sui diritti con l'armamentario del ragionamento giuridico tradizionale e con i suoi vincoli artificiali. Ragionare sui diritti richiede l'apertura alla ragion pratica in tutta la sua estensione e la pratica di forme **argomentative** che sono proprie del ragionamento morale.

Da parte mia credo che il fatto, per alcuni contingente <sup>(19)</sup>, del legame tra diritto e standards morali nei termini attuali del costituzionalismo sia una prova indiziaria dell'inadeguatezza di due concezioni tipiche della ragione giuridica, quella che intende separarla **dalla** ragione pratica in generale e quella che intende identificarla *tout-court* con questa.

Ricondurre la ragione giuridica nell'ambito della ragion pratica significa riconoscerle due caratteristiche: **1)** il suo rapporto necessario

<sup>(17)</sup> *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino 1987.

<sup>(18)</sup> *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica*, Laterza, Roma-Bari 2001'.

<sup>(19)</sup> Mi riferisco alle posizioni del *soft positivism* attuale.

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...).

A questo proposito per la ragione giuridica il punto delicato è il modo di trattare la problematica dell'autorità, che è un elemento essenziale della logica del diritto. Se "autorità" significa puramente e semplicemente discrezionalità in senso forte, pur se circoscritta dalla competenza formale (come pensano Kelsen e **Raz**), allora non c'è posto nella ragion pratica per la ragione giuridica. Ma nel diritto non c'è solo l'autorità, ma anche la presenza dei principi generali della ragionevolezza pratica. Si può dire che nella ragione giuridica ci sono due forme di autorità: quella della forza autoritativa dei principi e quella della forza autoritativa delle decisioni emanate da organi legittimi. Il modo di trattare il rapporto tra queste istanze autoritative segna – com'è noto – la differenza tra le diverse concezioni del diritto.

In relazione al diritto questi principi generali della ragionevolezza pratica debbono distinguersi in due categorie: vi sono istanze interne alla ragione giuridica (ad es., il principio di eguaglianza) e vi sono principi riguardanti le ragioni generali per cui è meglio che vi sia il diritto piuttosto che non esserci (penso qui al principio di cooperazione e alla tematica della coordinazione delle azioni).

L'impresa giuridica appartiene, dunque, a quella più generale e comprensiva volta a stabilire quale azione deve essere compiuta e sotto quali condizioni. Il diritto – come si sa – si sforza di sottrarre il più possibile il ragionamento pratico all'incertezza e all'indeterminazione. A questo scopo stabilisce delle condizioni specifiche di esercizio a cominciare dalla problematica della validità delle regole che debbono, valere come diritto. Come ha precisato Alexy, l'argomentazione giuridica è sottoposta a limitazioni tecniche, quali il vincolo di legge, la considerazione dei precedenti, il riferimento alla dogmatica giuridica e i limiti posti dalle regole processuali. Tutto ciò è giustificato dalle ragioni per cui è bene che vi sia il diritto. Tuttavia questi vincoli non devono essere intesi come una chiusura del ragionamento giuridico nei confronti di ragioni normative provenienti dal ragionamento pratico generale. Il ragionamento giuridico è un processo argomentativo controllato, ma non è blindato. Non lo può essere anche per il semplice fatto che a volte l'identificazione stessa del diritto e la preparazione delle premesse norma-

tive del ragionamento stesso richiedono il ricorso a ragioni che sono ritenute rilevanti dalla società e che possono avere varia natura (e quindi anche un carattere morale).

Ciò significa che ogni discorso pratico compreso quello giuridico è sottoposto al controllo generale di ragionevolezza. Quale sia il contenuto di questa “ragionevolezza” è indeterminato. Tuttavia esso riposa sull’esigenza che le decisioni dell’autorità possano in qualche modo essere giustificate da ragioni normative sottostanti. Queste ragioni non sono precostituite e restano aperte al dibattito, anche se ci possono essere tentativi di codificazione o di costituzionalizzazione. Attraverso il continuo rimando dall’interpretazione all’argomentazione e da quest’ultima alla prima, una comunità politica edifica il suo senso della ragionevolezza. Ed oggi assistiamo al processo di allargamento dei confini della ragionevolezza giuridica e politica nella misura in cui aumentano le interdipendenze transfrontaliere.

La tesi per cui il discorso giuridico deve essere considerato come un caso speciale del discorso pratico generale non deve essere intesa come la concessione di una deroga alla ragione giuridica rispetto al modello ideale di discorso pratico (Habermas). In realtà tutti i discorsi pratici hanno le loro condizioni di esercizio dettate da ciò che s’intende realizzare e raggiungere attraverso gli eventi linguistici. In quanto “eventi” bisogna prenderli così come sono e non già misurarli in base ad un dover essere ideale. Al contrario Gadamer intende (o intendeva, per ricordare qui la sua recente scomparsa) il discorso giuridico come un caso esemplare di discorso pratico e della stessa ermeneutica filosofica. E ciò per il fatto che esso non serve soltanto a comunicare le intenzioni dei partecipanti, ma soprattutto a tessere una forma di vita comune. Oggi, se da una parte il discorso giuridico s’è liberato dalla sua dipendenza servile dal discorso politico, non per questo è autonomo o autosufficiente, perché ora è chiamato ad interagire sempre più strettamente con i discorsi etici e, soprattutto, con quelli economici.

La riconsiderazione della ragione giuridica dovrebbe prendere atto che essa non è altro che uno dei possibili usi della ragione naturale, un uso controllato e a volte governato da “regole legali”. Il nostro manuale è ben consapevole di ciò e ne parla esplicitamente a proposito delle regole dell’interpretazione <sup>(20)</sup>. Quando si parla della

---

<sup>(20)</sup> Russo et al., *op. cit.*, pp. 228-229.

ragione giuridica come “ragione artificiale” secondo la nota espressione di Coke <sup>(21)</sup>, non si vuole surrogare la ragione naturale. Se così fosse, il diritto perderebbe la sua capacità comunicativa nei confronti dei cittadini e si trasformerebbe in un linguaggio artificiale di cui è depositaria solo una casta di intellettuali al servizio del potere pubblico o di se stessi. In realtà non v'è che una sola ragione, che però è suscettibile di una grande molteplicità di usi. Le pratiche sociali s'identificano anche per la specificità di questi usi e con ciò stesso garantiscono la tutela delle aspettative e la coordinazione delle azioni sociali. Abbiamo visto che la “legge” è uno dei modelli possibili della ragione giuridica e che questo modello ha perso la sua univocità, aprendosi ad un'applicazione analogica. In questa nuova articolazione l'autorità della legge è chiamata ad un nuovo dialogo con la ragionevolezza dei suoi contenuti. L'autorità è sopportabile quando c'è la stabilità delle regole sociali, ma non basta più (e diventa oppressiva e intollerabile) quando i fatti sociali diventano complessi e di controversa interpretazione. Ed allora è venuto il tempo della ragione e della ragionevolezza, cioè di riconsiderare i fini della giuridicità e i principi che la guidano.

Queste semplici riflessioni hanno voluto essere soltanto l'espressione del mio convinto apprezzamento per la scelta dei temi sviluppati nella parte generale di questo manuale, per l'ampio spazio dedicato all'interpretazione della legge e all'argomentazione giuridica, alla formazione dell'operatore giuridico e alla struttura della norma, nonché per l'ammirevole ed equilibrata sintesi tra la sapienza giuridica del passato e le trasformazioni del diritto nel tempo presente.

---

<sup>(21)</sup> Sulla distinzione tra *artificial reason* e *natural reason* cfr. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, ristampa, Giuffrè, Milano 1999, p. 21 ss.