

LA CREAZIONE DEL DIRITTO E IL RUOLO DEI PRINCIPI [BOZZA RELAZIONE ORALE]

Andrea Maria Garofalo

Torino, 24 gennaio 2019

## 1. Introduzione

La visione del diritto che abbiamo ereditato dalla tradizione, e che spesso viene ancora ripetuta agli studenti dei primi corsi di diritto privato, è figlia del positivismo. Essa, anzi, spesso rappresenta una versione abbastanza semplicistica del positivismo, tendendo a sovrapporre il diritto e la legge scritta, salvo tutt'al più per i profili legati all'interpretazione dei testi.

L'edificio formalistico del positivismo (o, meglio, di questa versione del positivismo), però, appare oggi in crisi, essendosi aperta una profonda frattura tra il rassicurante diritto della tradizione e quello dell'epoca 'post-moderna' (o 'pos-moderna', secondo la dizione di Grossi). Le ragioni sono molteplici: tra queste, si può additare come causa principale la complessità della società attuale, in virtù soprattutto del suo pluralismo, della sua frammentazione e della velocità dei mutamenti che la interessano.

Di fronte a queste considerazioni, abbastanza banali, sorgono numerosi quesiti per il civilista, il quale, dovendo svolgere la propria opera in un mondo nuovo, deve inevitabilmente mutare il suo approccio.

Anzitutto, se è vero che ogni giurista – e dunque anche il civilista – è ogni giorno chiamato a confrontarsi con il metodo, è anche vero che nei momenti di crisi questa riflessione diviene più urgente. A questa indicazione potrebbe, nondimeno, replicarsi che il metodo è, per così dire, intuito dal giurista o, volendo utilizzare un'espressione meno sospetta, è assimilato tramite il lavoro quotidiano. E questo non è errato: come vedremo, gran parte del compito del giurista, e anche la stessa applicazione di un metodo, si fonda su una sensibilità che egli costruisce vivendo in una certa società. Nondimeno, è anche vero che rispetto a questa sensibilità il giurista è tenuto non già a una accettazione passiva, ma a una argomentazione continua (nei modi che proverò a individuare) e quindi, a monte, a una piena consapevolezza del suo operato, non solo nel merito ma anche nelle tecniche adoperate. Sicché va ribadita l'importanza di un discorso di teoria generale destinato al civilista, che permetta di giustificare il metodo e, là dove si pongano scelte e opzioni metodologiche, a individuare le migliori.

Tutto ciò vale, com'è evidente, da un punto di vista molto generale. Più specificamente, invece, il civilista è sollecitato a interrogarsi sulle novità post-moderne in virtù di due fenomeni che si pongono con sempre maggiore frequenza alla sua attenzione. Mi riferisco, da un lato, al notissimo problema dell'applicazione diretta dei principi costituzionali, o *Drittwirkung*; da un altro lato, all'altrettanto noto quesito, in gran parte collegato, che potremmo sintetizzare con la formula 'crisi della fattispecie' e che, in breve, impone di domandarsi come, in un mondo pluralista, frammentato e veloce, possa governarsi l'incertezza, possa cioè recuperarsi quella calcolabilità giuridica che oggi appare essere definitivamente tramontata, assieme all'idea di 'sussunzione nella fattispecie disegnata dal legislatore'.

Non mi sarà certo possibile, in questa relazione, esaurire questi argomenti complicatissimi, che da sempre stimolano le riflessioni dei giuristi (basti, quanto all'ultimo tema, ricordare il recente dibattito tra Irti e Cataudella); vorrei provare, semmai, a fornire alcune immagini, alcuni schizzi. Sono convinto non solo che questo rispetti lo spirito di questa bellissima iniziativa, non a caso intitolata 'Colloqui torinesi di diritto civile' (e per la quale vorrei ancora ringraziare Letizia, Giulia e Shaira), ma sono anche persuaso del fatto che – come cercherò di far emergere dalle mie parole – il diritto, e a monte il metodo giuridico, non sia questione del singolo, ma semmai costruzione plurale e corale.

Ovviamente – lo debbo anticipare – parlerò da privatista, e dunque mi soffermerò soprattutto – se non unicamente – su questo sistema normativo.

## 2. La crisi

La prima immagine che troviamo nel nostro percorso – un percorso che, lo anticipo, è in larga parte accidentato – è quella della *crisi*.

Crisi delle categorie, prima (crisi del diritto soggettivo, crisi dell'interesse legittimo, crisi poi del contratto e delle sue categorie). Crisi della fattispecie e delle fonti, oggi.

Da un certo punto di vista, la ricorrenza di questo termine nel diritto privato dell'ultimo cinquantennio lascia supporre che la crisi, anziché una situazione patologica, sia indice di una fisiologia del sistema. E, in effetti, la crisi rappresenta la necessità di mutare e aggiornare i modelli utilizzati: sicché essa costituisce una situazione normale.

Da un altro punto di vista, tuttavia, la crisi è attualmente tanto profonda da far emergere qualcosa di diverso e di nuovo. Il fatto è che il modello da aggiornare oggi non attiene soltanto, e semplicemente, al merito, per così dire, ma addirittura all'idea stessa di diritto che abbiamo e, quindi, a profili di teoria generale (di teoria del diritto). E, infatti, la crisi è arrivata a toccare il modo stesso di fare e intendere il diritto: il diritto scritto diviene inadeguato con una velocità tale da rendere difficoltoso un suo aggiornamento continuo; la frammentazione della realtà complica la stessa possibilità di creare disposizioni generali e astratte; il livello di materializzazione (e, quindi, deformalizzazione) raggiunto dall'ordinamento rende spesso inevitabile la prospettazione di un novero di interpretazioni delle disposizioni, e ricostruzioni del sistema, alquanto vario, in seno al quale è arduo rinvenire una soluzione 'giusta'.

Il fatto è che, in una società stabile come quella borghese ottocentesca, si era potuta produrre un'immagine in parte falsa del diritto. Non è inutile provare a spiegare perché, e in cosa essa consistesse.

Le ragioni affondano nella struttura della società dell'Ottocento. Una classe, quella borghese, era giunta al potere: una sola classe, peraltro molto coesa (come ha spiegato, nelle sue illuminanti pagine sullo stato monoclasse, M.S. Giannini). Inoltre, l'ideologia liberale al tempo dominante si abbinava a un livello abbastanza forte di formalismo. I mutamenti, inoltre, erano lenti e non travolgenti.

Tutti questi elementi avevano permesso al codificatore illuminista di appropriarsi delle categorie giuridiche modellate dai secoli, adattandole alla società del tempo, tanto da farle apparire 'naturali'.

La perfetta razionalità delle codificazioni ottocentesche rappresentava in realtà il frutto di una situazione unica, e forse storicamente irripetibile, dovuta ai fattori menzionati. Sennonché, l'essere il codice un frutto non solo della ragione, ma anche dell'autorità, avrebbe condotto nei decenni a forgiare un modello di descrizione dell'ordinamento, come detto, non del tutto realistico: quello per cui il diritto privato era frutto di una volontà legislativa, che – quasi dal nulla – creava il diritto (o, meglio ancora, le regole), che ad altri spettava semplicemente applicare (salvo un qualche spazio assegnato anche all'interpretazione).

Questo modello, in realtà alquanto diversificato, non riusciva ad abbracciare la totalità del fenomeno giuridico, ma era in quel tempo utile, nella sua semplificazione. E, infatti, un diritto che in larga parte si rinveniva nel codice, e un codice razionale, davano davvero l'impressione di un ordinamento privatistico calato dall'alto sui consociati.

Oggi è rimasto poco di quel mondo. La società non è coesa (anche in virtù della globalizzazione, anzitutto economica) e muta velocemente; dal canto loro, costituzionalismo e solidarismo impongono una forte materializzazione (e, di conseguenza, conducono a una notevole frammentazione). Il codice non può più essere l'emblema del castello formalistico, giacché quella sovrapposizione tra fattori – che poi si rifletteva nella tendenziale sovrapposizione tra disposizione, norma, fattispecie – non esiste più. Oggi è sempre più frequente, invece, l'esistenza di situazioni per così dire sghembe, che rendono palese ciò che il formalismo d'un tempo poteva tenere nascosto.

Venute meno quelle circostanze eccezionali, non si può più credere in un diritto privato soltanto approvato da un sovrano (per quanto secondo i dettami della razionalità). La legge, con la sua autorità, appare solo uno tra i formanti; e la nascita del diritto appare legata a processi ben più complessi rispetto all'atto di approvazione del codice (o di riforma dello stesso). Né, tantomeno, può essere persuasiva l'immagine di un codice autosufficiente, giacché le stesse cause poc'anzi indicate hanno condotto a rendere sempre più rilevante, a scapito della *littera legis*, il substrato sostanziale – assiologico, verrebbe da

dire – che vi sta dietro, così togliendo il velo da una realtà che era sempre rimasta tale, ma che si era potuta per alcuni decenni offuscare.

E, infatti, come il processo di formazione del diritto aveva assunto le sembianze del formalismo, e in questo si era cristallizzato grazie alla semplicità di quel modello, così oggi, venuta meno la sua adeguatezza, serve mutare il paradigma di comprensione.

In letteratura si è descritto questo processo in vario modo. Già da tempo, grazie all'apertura di orizzonti che l'indagine comparatistica consente, la Scuola torinese ha iniziato a parlare di 'formanti' che concorrono alla formazione del diritto. Più di recente, uno studioso è ricorso all'immagine della rete delle fonti, che avrebbe sostituito la piramide kelseniana in quella che non sarebbe 'creazione', ma 'invenzione' (scoperta) del diritto.

Entrambe le idee colgono nel segno: la legge non è l'unico 'formante' del sistema. E la 'rete' dà conto del fatto che certe disposizioni di legge, specie se apicali, pongono semplicemente dei principi che vengono conformati da previsioni legislative più analitiche; e tale conformazione individua il modo in cui i principi vengono introiettati nell'ordinamento (e il loro reciproco peso).

Come si vede, queste descrizioni non eliminano il portato del mondo passato, ma semmai lo inseriscono in una costruzione diversa e più ampia. Questo è il punto per noi centrale, che richiede subito una precisazione. La demolizione dell'impianto formalistico non si associa, *tout court*, all'eliminazione di certe categorie. L'idea piramidale kelseniana, e quindi – ad esempio – i meccanismi tradizionali per la soluzione delle antinomie (criterio della fonte di grado più elevato, della legge posteriore, della legge speciale) e per il riempimento delle lacune (*analogia legis* e *analogia iuris*), non possono venire semplicemente disattesi, come se la legge non avesse più alcun ruolo nel nostro sistema privatistico.

Del resto, ancor oggi si parla di abrogazione della legge, di legge speciale, di fonte di grado superiore, così come si parla di lacuna. Semmai, è divenuto sempre più difficile comprendere quando una legge è speciale rispetto a un'altra, e così ricostruire dei sistemi e dei sottosistemi; è difficile accertare l'effettiva incompatibilità tra due fonti, giacché i processi in atto hanno conferito margini amplissimi all'interpretazione (e, quindi, anche all'interpretazione conforme). Lo stesso vale per le lacune: se un tempo era banale rilevarle (tanto che si parlava di lacune 'tecniche'), oggi sempre più spesso l'operazione ardua, in tema di lacune, non è tanto il loro riempimento, quanto la loro individuazione (trattandosi semmai di lacune 'assiologiche').

Se ciò è vero, ne dobbiamo dedurre che il mutamento di paradigma che si richiede non deve trascurare il ruolo della legge, ma semmai inserirlo in un discorso più ampio. Metaforicamente, potremmo dire che è richiesto oggi di passare da una teoria galileiana della relatività a una einsteiniana: la seconda non ha contraddetto la prima, ma l'ha integrata in un modello più complesso. E infatti, là dove il sistema si muove a velocità molto basse, la teoria einsteiniana di fatto si traduce in quella galileiana; viceversa, la vera utilità della scoperta einsteiniana risulta visibile là dove il sistema si muove a velocità vicine a quella della luce. Lo stesso vale per il sistema privatistico: non si tratta di contraddire gli assunti tradizionali, ma di inserirli in un paradigma più ampio, dotato di nuove categorie.

### 3. Un nuovo paradigma

La seconda immagine che troviamo nel nostro percorso – che dalla *pars destruens* passa a quella *construens* – è quella del *nuovo paradigma*, della 'rivoluzione copernicana'; è quella del diritto quale sistema complesso.

Questa immagine, a sua volta, si flette in più figure, in più disegni, che proverò ad abbozzare. Prima di tutto, però, v'è da chiedersi da dove iniziare a costruire questo modello.

Un'indicazione viene dalle osservazioni già formulate. La libertà ermeneutica, la frammentazione, l'allentamento del dato testuale (e quindi l'esplosione delle interpretazioni conformi, delle ipotesi di defettibilità delle regole e delle lacune assiologiche) è indice di uno spostamento del baricentro o, per meglio dire, di vari spostamenti di baricentro: dalla disposizione al contesto interpretativo; dalla regola al principio; dal diritto posto dall'alto a quello che sgorga dal fatto.

Ho già notato come, a causa di alcuni fattori propri della post-modernità, si siano oltremodo ampliati i margini di interpretazione della legge. Per tale ragione appare in primo piano la forza del contesto rispetto a quella del testo: la forza, cioè, dell'orizzonte culturale, che consente di dare un senso al testo. Ovviamente, ciò avveniva anche nel tempo passato: ma oggi con sempre più frequenza ci si allontana dall'interpretazione letterale della legge (o comunque dal primo significato che verrebbe fatto di dare alle parole), dando prevalenza a un senso che s'impone in virtù di elementi estranei al testo.

In altri termini, è come se il testo non riuscisse più a dominare il contesto, come se la disposizione non riuscisse a dare forma agli interessi, e ne venisse in larga parte scavalcata, proprio in forza del disallineamento tra primo significato e valori in gioco. E le ragioni sono proprio quelle già ampiamente ricordate: il livello di solidarismo del nostro sistema (ispirato al valore della persona umana) ha un rilievo fortemente antiformalistico; a ciò si associano il pluralismo e la frammentazione della società, che contribuiscono ad allentare la forza del testo; e, infine, a un identico esito conduce la velocità con cui la società muta e il diritto scritto diviene obsoleto e inadeguato.

E il risultato finale è proprio quello divisato: non è più credibile che la legge ponga dal nulla il diritto. La legge, come testo, subisce infatti limitazioni notevoli: mi riferisco al fatto che, proprio in virtù del disallineamento menzionato, appare evidente che i testi di legge siano volti a conformare una realtà che preesiste a essi, la quale a sua volta esercita una forza su questi testi, in un duplice rapporto di implicazione.

Come si vede, le limitazioni che qui vengono in luce non derivano dall'esistenza di un Costituzione rigida. Semmai questa, in sé e per il personalismo che la connota, ha contribuito a quel processo volto a emancipare i valori dalle disposizioni (e qualcosa di simile è avvenuto per effetto del diritto europeo, della sua immediata vigenza e della necessità di assicurarne l'effetto utile). Ma quel che ai nostri fini è interessante è proprio quest'ultimo fenomeno, in virtù del quale il diritto scritto appare fortemente condizionato da ciò che va a regolare, sia nella sua interpretazione, sia nella sua ragionevolezza (giacché una disposizione, che si ponesse in modo del tutto incongruo rispetto alla materia regolata, sarebbe giocoforza irragionevole, e per tale via, in fin dei conti, anche incostituzionale).

Il rilievo preminente dal contesto sul testo (o, meglio, dell'analisi complessa dei valori rispetto all'importanza della lettera e della prima interpretazione del testo) contribuisce in modo notevole alla costruzione di un nuovo paradigma: esso, infatti, dovrà essere edificato non già partendo dalla legge, ma semmai – e proprio – dal contesto assiologico.

### 3.1. *Ubi societas, ibi ius*

La costruzione di questo modello alternativo transita per due figure. La prima, che tratteggerò ora, impone di approfondire la preminenza del contesto assiologico dal punto di vista della *socialità del fenomeno giuridico*.

Si tratta, in altre parole, di invertire il punto di partenza dell'analisi: esso non è più rappresentato dalla legge, dalla piramide delle fonti, con il marginale rilievo attribuito all'interpretazione (a sua volta legata al contesto), ma semmai dal contesto assiologico maturato all'interno di una società, rispetto al quale si forma e si crea il diritto, e con riferimento al quale anche la legge – il testo della legge – altro non è che un argomento per distinguere deontologicamente ciò che dev'essere e ciò che può essere.

La socialità del fenomeno giuridico non può che riportare alla mente il brocardo *ubi societas, ibi ius*: d'altronde questa frase, nella sua banalità, racchiude tutto il mistero del diritto. L'ordinamento giuridico nasce necessariamente in una società, ma appare essere altro rispetto alla società; esso procede con la società e con questa continuamente muta, ma per i consociati – che vivono immersi in una società – la sua giustizia appare rispondere a criteri immobili.

Nascita spontanea o eterodeterminazione? Relatività o assolutezza del fenomeno giuridico? Tali quesiti rispecchiano, in fin dei conti, quelli che già ci siamo posti. Il diritto nasce dal basso o viene imposto dall'alto? Anche ammesso che il ruolo preminente sia quello del contesto, come possiamo far coesistere un qualche rilievo della legge? Del resto, dobbiamo costruire un paradigma che sia onnicomprensivo: che possa spiegare perché il modello positivisticco otto-novecentesco abbia potuto reggere in una certa società

e perché ancor oggi la legge eserciti una qualche influenza (sarebbe assurdo negarlo). E poi, quando parliamo di diritto che sorge dal basso, ci affidiamo semplicemente alla forza della società oppure andiamo alla ricerca di una razionalità, di un diritto divino, di un diritto naturale? Ancora: le due cose coincidono, o sono diverse?

Proviamo a impostare correttamente questi interrogativi e, su questa base, a disegnare la prima figura, che fornirà l'impalcatura del modello, del paradigma da edificare.

Se la prospettiva che ricerchiamo deve rovesciare quella tradizionale, è d'uopo iniziare l'analisi non già dalla legge scritta, ma dal dato sociale. Il diritto nasce in una certa società, alla luce della sua cultura: alla luce, per meglio dire, del suo orizzonte culturale.

Dal punto di vista sociale sussistono due modalità attraverso cui si creano i 'valori' (con 'valore' qui intendo, in senso proprio, l'attribuzione di un certo valore, di un certo senso, a fatti altrimenti incolori).

Anzitutto, vi sono attribuzioni costitutive di valore, con cui viene dato un significato a fatti sociali diverso da quello naturalisticamente loro proprio. Ovviamente, tutto ciò che è valore sociale è, in un certo modo, fondato su un'attribuzione costitutiva, poiché postula l'attribuzione di valore a fatti altrimenti neutri; tuttavia, la vera e propria costitutività vi è quando a un fatto, che non ha alcun legame con il significato che gli viene attribuito, è assegnato un senso. L'esempio più semplice è il contratto: riconoscere il contratto (o, a monte, la promessa) vuol dire creare una istituzione nuova, sancire l'equivalenza tra parole o condotte e il vincolo giuridico.

Le attribuzioni regolative di valore, invece, sono quelle in virtù delle quali a certi fatti viene attribuito un colore. Ad esempio, alla vita umana è attribuito un certo valore.

Ora, queste attribuzioni avvengono in modo sociale e spontaneo (ma non si identificano da subito con il diritto; semmai, esse corrispondono all'orizzonte culturale in cui sorge il diritto). Infatti, è socialmente che viene attribuito un senso nuovo a certi fenomeni ed è socialmente che vengono colorate certe condotte, e in particolare vengono creati e condivisi dei valori.

Ciò avviene, quanto ai primi (valori costitutivi), per mezzo di una tensione verso un fine che produce l'elevazione di un ente a qualcosa di diverso, in modo quasi sempre casuale e simbolico (si pensi alla necessità di fissare dei confini e alla spiritualizzazione di una barriera fisica che diventa 'confine' in senso sociale). Con riferimento ai valori regolativi, il senso, il valore deriva dalla necessità di assicurare nel modo più ampio ai consociati la possibilità di realizzare il proprio sé. Le esperienze di vita diffuse in un certo contesto, che conducono a una più o meno ampia realizzazione di sé, trovano un loro spontaneo equilibrio, volto a creare le condizioni per permettere a tutti di realizzare se stessi il più possibile. E tale equilibrio, inevitabilmente compromissorio giacché deve prevedere al tempo stesso libertà e responsabilità, dà vita – in questa rappresentazione ovviamente semplificante – ai valori, da intendere quali presidi per la più ampia realizzazione di tutti.

La nascita dei valori avviene, come ben si vede, in una dimensione sociale. È un po' quel che avviene per le lingue: esse si formano spontaneamente, in una dimensione sociale, tenendo conto delle esigenze di un gruppo in un certo contesto, mediando tra le stesse e così, in un certo senso, 'normalizzandole'. E, come nascono, i valori mutano nel tempo: un po' perché cambiano gli elementi esterni e fisici, un po' perché cambiano gli elementi interni alla società, che così trova un diverso e nuovo equilibrio.

Due precisazioni sono d'obbligo.

Anzitutto, anche se massimamente condivisi, i valori non sono intesi allo stesso modo da tutti i consociati. Del resto, essi non esistono in una dimensione ideale, ma solo nell'uso quotidiano: e, quindi, esistono come creazione dei singoli (e nella mente dei singoli) e al tempo stesso si declinano nell'uso di ciascuno in modo un po' diverso. Questa distinzione riproduce quella, ben nota, tra *langue* e *parole*, tra la lingua come costruzione sociale, nella sua oggettività, e la lingua come mezzo utilizzato dal singolo. Così, in tema di valori, essa corrisponde a quella potremmo definire inevitabile 'oscillazione' nel modo di intendere i valori stessi da parte dei singoli, pur nella loro condivisione.

In secondo luogo, non è detto che nella società i valori siano condivisi. In società molto semplici i valori si formano in periodi molto lunghi; la stabilità apparente potrebbe essere paragonata a quella dei ghiacciai, il cui mutamento nel tempo è profondo, ma impercettibile in unità temporali ristrette. Là dove

però le società si complicano, esse giocoforza si aprono al pluralismo; si formano allora sottoculture ed ideologie e nascono varie opinioni relativamente al giusto valore da attribuire ai diversi valori.

Arriviamo ora a toccare il tema per noi centrale.

È proprio in società complesse che il diritto – il diritto statale – si emancipa dall'etica e dalla religione, apparendo sulla scena con una sua specificità: ossia, per usare il lessico teubneriano, come sistema autonomo. Il diritto introietta questi valori, ma al tempo stesso li assorbe colorandoli tramite i suoi filtri. E, infatti, il diritto nasce per assicurare una sanzione forte con riferimento a certe condotte: questo fa sì che debbano selezionarsi gli interessi da tutelare, ossia quelli per cui vale la pena di offrire una sanzione giuridica, e debba individuarsi una prospettiva valoriale tra quelle sussistenti<sup>1</sup>. Nel far questo, come si vede, il sistema giuridico si autonomizza, ma non perde la sua socialità: si tratta, da un lato, di utilizzare questo filtro (un filtro che ha esso stesso una sua socialità) per guardare (e quindi tradurre) valori sociali in valori giuridici.

Il diritto, dunque, pur appoggiandosi sul sistema valoriale sociale esattamente come l'etica, non si confonde con questa, rappresentando un sistema autonomo, dotato di sue peculiarità, anzitutto per la sua funzione (quella di assicurare rimedi per casi in cui è necessario garantire l'uso della forza).

Ma non è tutto. Il diritto non può nemmeno vivere di una molteplicità di opinioni, giacché nel momento della decisione deve prendere, giocoforza, una via: per questo deve risultare unitario, sì che la decisione valga per tutti e non possa essere rimessa in discussione a seconda delle opinioni soggettive. Giacché, poi, il diritto ambisce per sua natura anche a essere giusto, questa unitarietà si traduce in una duplice tensione: la ricerca di parametri che facciano venire meno le oscillazioni e oggettivizzino il discorso valoriale; l'individuazione di criteri per compiere quelle valutazioni di preferenza tra valori, che eventualmente risultino aperte – non suscettibili di una sola soluzione condivisa – in una data società.

Questa ricerca di giustizia non può intendersi come sovrapposizione tra diritto e giustizia: il diritto, per sua natura, vive di compromessi, ed è quindi ingiusto, mentre la massima giustizia potrebbe compiersi solo in quel mondo ideale in cui ognuno si realizza nella sua totalità senza per questo incidere sulla (o limitare la) realizzazione degli altri (secondo il cattolico, ad esempio, la santità rappresenta la massima realizzazione umana e, al tempo stesso, in una società di santi ognuno vive in funzione dell'altro, scegliendo liberamente di comportarsi così; tuttavia, anche per il cattolico la società di santi è un ideale irraggiungibile nel mondo terreno). Il diritto, quindi, non è 'giusto', ma può essere 'adeguato' rispetto a una società e in questa 'giusto': o, meglio ancora, tende verso una intrinseca adeguatezza e giustizia rispetto alla società da cui germoglia, così come verso una intrinseca oggettività. I due profili, peraltro, sono collegati: l'oggettività diviene garanzia di giustizia, e la giustizia richiede oggettività. A fianco, poi, resta il diritto 'ingiusto', ossia quello intollerabilmente ingiusto (tale da violare la formula di Radbruch): quello, cioè, che non può giustificarsi nemmeno in relazione alle esigenze, di cui diremo, di formalizzazione o con riferimento all'inevitabile margine di errore, di scarto, di incongruenza tra quello che sarebbe il diritto 'giusto' e quello invece 'vigente' (quel margine, cioè, dovuto alla difficoltà di aggiornare continuamente il diritto o alla stessa fallibilità delle persone umane, e in particolare dei giudicanti).

Andiamo però con ordine, e valutiamo più da vicino, da un lato, la distinzione tra diritto e giustizia e, dall'altro, la tensione verso giustizia e oggettività.

Quanto al primo punto, la posizione che si è sostenuta potrebbe dirsi cognitivista in senso debole: si riconosce, da un lato, la sussistenza di una giustizia in sé, ma si esclude che l'uomo possa giungervi; si ammette, da un altro lato, l'esistenza anche di una giustizia intrinseca a un certo contesto sociale, ma si nega che essa costituisca un già-dato (come a breve vedremo, infatti, la ricerca del diritto giusto transita attraverso degli argomenti, il cui peso è sì già-dato – benché esso stesso sia oscillante –, e che però non sono immediatamente autoevidenti, sì che la loro selezione finisce per creare di volta in volta decisioni frutto di un sistema sempre perfezionabile nel merito).

---

<sup>1</sup> Non si vuol dire che ogni norma giuridica, per essere tale, deve prevedere una sanzione particolare. Il sistema giuridico, come si è notato da decenni, è giuridico nella sua totalità. Ciò non toglie (e anzi conferma) che il diritto è dotato di sue proprie leggi: esso introietta i dati sociali e al tempo stesso li deforma, alla luce della sua particolarità più appariscente, che è quella della coattività.

Una tale posizione, come è facile intendere, conduce a compiere giudizi di valore anche relativamente alle varie società, potendosi ritenere che l'una sia migliore dell'altra quanto ai valori riconosciuti, allorché l'una assicuri più dell'altra la realizzazione di tutti i consociati. Di certo, però, non se ne può dedurre che il passare del tempo porti necessariamente con sé un miglioramento: il progresso può condurre anche a involuzioni e degenerazioni. E, nondimeno, spesso è difficile confrontare due società (connotate da differenti orizzonti culturali), così come non sempre è facile riconoscere, in una società in cui i valori non sono condivisi, qual è la prospettiva migliore e più giusta.

È, però, soprattutto con riferimento al secondo quesito che la riflessione deve svilupparsi: v'è infatti da domandarsi come sia possibile, data una certa cultura, garantire una comprensione oggettiva dei valori giuridici e disporli secondo una scala.

Se il diritto è un sistema autonomo, deve anzitutto riconoscersi che i valori, letti con i filtri dell'ordinamento (della giuridicità), si presentano quali principi che vi risiedono. Con 'principio' s'intenderà, in questa sede, un 'flusso di senso deontologico', una 'direzione di forza', che giustifica una certa decisione.

L'autonomia del diritto, a sua volta, deriva da un principio (da un'idea) socialmente condiviso: quello per cui il diritto è un sistema autonomo con taluni connotati (è questa la *Grundnorm* o *rule of recognition*). Questo valore costitutivo crea e fonda il diritto, e gli conferisce i filtri attraverso cui vedere la realtà. A loro volta, però, i valori vengono tradotti dal diritto, e compresi da esso, in modo peculiare: senza ancora voler parlare del vario e diverso ruolo che hanno i formanti, si può sin d'ora sottolineare come nel diritto risulti necessario ora assicurare un certo livello di formalizzazione, ora no, proprio perché in questa scelta si traducono altri principi (di giustizia, di certezza, di garanzia). Ne parleremo meglio oltre.

Più o meno formalizzati, sempre letti con le lenti del diritto (e della sanzione forte che esso assicura), i valori divengono dunque principi; e i principi si compongono tra loro, dando origine a un complicato intreccio. Ecco che si riproduce, in seno al diritto, l'esigenza di controllare questi principi, rendendone oggettiva l'esistenza giuridica; e, al tempo stesso, la necessità di scegliere – là dove si sia una incertezza – quale principio preferire perché più giusto.

Ogni ordinamento, di fronte a questo, ha dei criteri: anzi, ha dei meta-principi, dei principi sui principi. E ogni ordinamento, nel forgiarli, dà vita a una sua cultura, la cultura giuridica, che si emancipa da quella generale, pur nel continuo collegamento con essa. Vediamo come ciò avviene nel sistema italiano attuale (e in particolare in quello di diritto privato), e con questo passiamo a disegnare l'altra parte del nostro modello ideale.

### 3.2. La cultura giuridica

Scomporre principi e meta-principi non è possibile, se non da un punto di vista ideale: e, infatti, lo stesso sorgere di un sistema giuridico implica il prodursi, nell'ambito dell'ordinamento, di un equilibrio complesso, che non potrebbe venire sezionato se non artificialmente e innaturalmente. Quest'esercizio, tuttavia, è ai nostri fini necessario, per continuare ad abbozzare un modello di comprensione del fenomeno giuridico diverso da quello tipico del positivismo (*naïf*).

Anzitutto, allora, dovremo dire che l'ordinamento si compone di principi, i quali si incrociano, si scontrano, si bilanciano, si conformano tra loro. I principi, come flussi deontologici, compongono un assetto complesso: ve ne sono di più generali, che percorrono tutto l'ordinamento, e che nelle sue diverse aree si manifestano in modo differente; di più specifici, che possono conformare quelli più generali. Così, la solidarietà transita per tutto il sistema, ma si coniuga con principi volta per volta diversi: ora, ad esempio, con i valori dell'autonomia privata, ora con quelli del sistema tributario; sempre, comunque, interseca altri principi, più o meno settoriali, e questo incontro scioglie la sua vaghezza traducendosi in principi più specifici, che a loro volta conformano quelli più elevati. Tutto il sistema, cioè, è descrivibile come insieme di principi.

Rispetto ai principi, le regole sono un'entità totalmente diversa (siano esse intese come regole legislative, dottrinali o giurisprudenziali): le regole, infatti, indicano una condotta, mentre i principi sono dei flussi che compenetrandosi giungono a individuare una regola per il caso concreto. In realtà,

nemmeno le regole prescrivono direttamente una condotta, giacché esse, se sono generali, vanno completate (verificando di fronte al fatto se al fatto stesso sono applicabili, e quindi magari reinterpretandole ed escludendone l'applicazione), e l'operazione di completamento non può che basarsi sulla riconduzione delle regole all'assetto complessivo di principi. Le sole regole che esistono unicamente come tali sono, in realtà, quelle del caso concreto; e, per di più, se si pensa che anche queste devono essere oggetto di interpretazione, è ovvio rilevare come esse esistano come tali solo nella mente del decisore, dovendo tutti gli altri consociati inserirle nuovamente in un sistema per leggerle.

Si può ritenere, quindi, che le regole siano quelle norme che immediatamente evocano una condotta, benché poi debbano essere completate, e che i principi, allorché espressi verbalmente, siano dei flussi che spostano il sistema in un senso o nell'altro (e quindi anche la decisione); dei flussi che non esistono singolarmente, ma solo in un assetto; dei flussi che come assetto essi formano una realtà complessa, in seno alla quale l'incrocio tra più principi può venire espresso tramite una regola (restando, pur sempre, un incrocio tra più principi, che trova semplicemente espressione verbale nella regola: tant'è vero che basta inserire, in qualsiasi regola anche specifica, l'espressione 'di norma' per renderla un principio, dando così la prevalenza all'incompletezza della norma più che alla immediata indicazione di una condotta).

Come è facile intuire, il problema più pressante è quello di rendere i principi comunicabili, oltre che accertabili e dominabili, consentendo il loro assestamento ed evitando (meglio: limitando) le oscillazioni. Per il momento interessiamoci di questo; torneremo poi a parlare del tema delle scelte valoriali intrinseche all'ordinamento (di quel tema che si apre allorché non vi sia condivisione sociale relativamente alla gerarchia assiologica).

L'individuazione dei principi si fonda su argomenti tecnici.

La possibilità di argomentare rispetto a un materiale sociale informale – e, dunque, al tempo stesso di ordinare questo materiale – non è scontata. Essa deriva dal fatto che questo materiale ha in sé un equilibrio, essendosi formato per stratificazioni sociali, aventi in sé una razionalità; ed è questo equilibrio che si proietta e si riproduce nel sistema giuridico (ove pur è deformato dalle lenti del diritto, e cioè dalle specifiche esigenze che fondano l'ordinamento e la sua stessa esistenza).

Così, è possibile raggruppare più casi simili, distinguendoli da quelli diversi. E, nel farlo, è possibile creare delle forme di comunicazione dei principi – le categorie – attraverso le quali dar conto della costruzione che i principi compongono. Alle categorie si abbinano regole, più o meno generali e astratte.

La stessa realtà sociale, fattasi giuridica, diviene così inquadrabile per mezzo di quella tipizzazione che essa porta con sé. Ad esempio, la necessità che ogni contratto presenti un oggetto, o una causa realizzabile, risponde a una regola immanente in un certo contesto sociale e culturale. Allo stesso modo, l'inserimento del contratto in un tipo o in un altro (per ora non consideriamo il diritto scritto) consente all'interprete di costruire per lo stesso la migliore disciplina dispositiva, perché più razionale rispetto al modo in cui socialmente è avvertito quel contratto.

Non si può negare che l'indagine della socialità fattasi giuridica richieda sempre uno sguardo sensibile sulla società, cui si accompagna la razionalità e quindi la formazione di categorie adeguate. Ma non si può nemmeno escludere che talvolta si richieda all'interprete un'analisi più specifica (volta ad esempio alla rilevazione di prassi o comunque di un sentire appartenente a una sub-cultura).

E, infatti, la razionalità è funzionale al discorso sistematico, che a sua volta però non può appagarsi della sola individuazione di categorie. Queste, oltre a essere sempre mutevoli, devono poi precisarsi, per mezzo di altri argomenti, i quali, dal canto loro, ora si basano su un apprezzamento della sensibilità sociale per così dire generale, ora richiedono un accertamento più analitico oppure addirittura il riferimento ad altre discipline del sapere.

Volendo fare un esempio: se il criterio della responsabilità per inadempimento è normalmente consentaneo alla normale sensibilità, talvolta può richiedersi un apprezzamento delle regole di un certo mercato, e in altre occasioni addirittura ci si può servire di uno studio economico che dia conto di quella che è l'adeguata distribuzione di rischi. Si tratta, però, pur sempre di argomenti, volti a precisare il contenuto di una categoria, il cui valore deriva pur sempre dalla categoria, ossia dalle circostanze in cui sono volti a operare.

Resta, nondimeno, il rischio inevitabile – anzi, in qualche misura la certezza – del soggettivismo.



È del tutto fittizia l'idea per cui tramite le categorie si ritrova una naturalità del diritto; esse, semmai, consentono di applicare una forma razionale a un fluire sociale magmatico, sicché, da un lato, non sono stabili e, da un altro lato, lasciano per forza di cose dei margini di incertezza. Quest'ultima, a sua volta, può attenuarsi soltanto se migliorano le categorie (si rendono più adeguate), se si approfondiscono gli argomenti e se ne trovano di nuovi sempre più convincenti in un senso o nell'altro: ma è evidente che, di fronte a dei casi 'difficili', gli argomenti avranno un peso simile in un senso o nell'altro, la soggettività difficilmente verrà dominata, e solo un lungo periodo di tempo permetterà di trovare giustificazioni (più definitive che spingano verso l'una o l'altra decisione.

Per tale ragione s'era prima sottolineato che la ricerca dell'oggettività è solo una tensione, giacché nessuno potrà mai compiere lo sforzo erculeo cui pensa Dworkin: nessuno, cioè, potrà conoscere in un sol momento tutti gli argomenti e svelare la loro direzione. Ciò non toglie che gli argomenti sono un già-dato, che viene trovato (e non creato), e che dunque preesistono all'interprete: per cui sarebbe altrettanto fittizio supporre che il diritto venga prodotto dal nulla.

In realtà, in sede di decisione affiora un punto di vista inevitabilmente soggettivo, ma al tempo stesso tendente all'oggettività; un punto di vista frutto di una sensibilità personale, controllata da argomenti che consentono in qualche parte di dominarla. In qualche parte (e non totalmente), perché gli argomenti non sono mai definitivi (se non di fronte ai casi 'facili') e perché il loro stesso peso è in una certa misura soggettivo.

Ad ogni modo, l'ordinamento conosce varie tecniche per moderare ulteriormente questo soggettivismo. Si tratta proprio dei meta-principi cui si è già accennato: ossia di principi sui principi, che si formano anch'essi spontaneamente e, anzi, spesso tramite *escamotages*, cioè prendendo a prestito e deformando altre realtà sociali, cui viene assegnato un valore costitutivo. I principi sui principi sono, quindi, in larga parte a formazione spontanea, e vengono anch'essi precisati dentro l'ordinamento (con tutto il rischio del soggettivismo che ciò porta con sé, salva – di nuovo – l'esistenza di rimedi endo-ordinamentali, che corrispondono ai meta-principi e che a loro volta si applicano agli stessi meta-principi).

Anzitutto, va annoverata l'esistenza di una dottrina. È la dottrina che crea le categorie e trova gli argomenti e, così facendo, dà vita a una cultura giuridica. L'esistenza di una cultura giuridica, per sua natura collegata alla generale cultura della società ma diversa da questa, ha un ruolo ben preciso: chiunque parli di diritto lo fa dentro un orizzonte sub-culturale, quello giuridico, in cui certe parole hanno un significato peculiare, in cui v'è sempre da confrontarsi con le categorie che esistono e che sono di utilizzo comune. Insomma: non è da credere che ogni interprete riparta continuamente da zero nella costruzione dell'ordinamento.

Questa realtà nasce spontaneamente, e ha una funzione di economia; ma, al tempo stesso, ha una funzione di freno verso il soggettivismo (e, in parte, di moderazione verso cambiamenti troppo repentini). La cultura giuridica, e quindi il dialogo tra gli interpreti, costituisce il primo mezzo per evitare l'eccessivo soggettivismo nella ricerca di categorie e argomenti.

L'esistenza di una cultura giuridica attesta, nuovamente, che il diritto non è solo invenzione, ma anche creazione: la formazione di una certa cultura è sì collegata alla cultura sociale, ma è anche frutto di casualità, che conducono col tempo a preferire certe categorie alle altre, certi argomenti agli altri, entro l'oscillazione sociale di cui s'è detto.

La necessità di rifarsi alla cultura giuridica è il contenuto di un meta-principio, che a sua volta si atteggia diversamente nei vari settori dell'ordinamento (a seconda delle loro peculiarità, che razionalmente ne implicano sempre diverse coniugazioni). Anche qui si tratta, a ben vedere, di munirsi di sensibilità, ma al tempo stesso di argomentare rispetto ai principi.

Il secondo meta-principio che dobbiamo ricordare riguarda, ovviamente, il ruolo della legge. Benché quest'ultimo sia maggiore là dove si devono compiere scelte politiche (tema di cui parleremo a breve), la legge ha un suo rilievo anche di fronte a mere oscillazioni tecniche (peraltro, non sempre è facile distinguere le une dalle altre). Basti tornare con la mente all'esempio del diritto dispositivo collegato a un contratto: precisarlo è compito del legislatore, onde evitare un eccessivo soggettivismo.

La legge, dunque, pone un testo; e i testi, come si sa, vanno interpretati. La stessa interpretazione dei testi si avvale di un *escamotage*, come hanno rivelato le moderne teorie della linguistica: l'interpretazione di un testo, di per sé, si fonda (secondo le teorie moderne del linguaggio) sulla 'pertinenza', ossia su un

processo intuitivo di arricchimento di informazioni che porta a leggere in un testo un certo messaggio; un processo che è nato socialmente per imitazione dei normali processi di decodifica dei segnali naturali (vedo fumo, c'è un incendio). In altri termini, la decodifica di ogni messaggio funziona come se ci fosse una realtà da scoprire (ma questa realtà non esiste: è solo fittizia); questa realtà si scopre con argomenti; normalmente, ci sembra che questa realtà esista perché tutti usiamo gli stessi argomenti per decodificare e tutti arriviamo allo stesso risultato. Ma non si tratta, in senso proprio, di una decodifica, proprio perché non c'è nulla da scoprire: c'è solo l'esigenza di sintonizzare chi comunica e chi riceve il messaggio, al fine di permettere la comunicazione.

La teoria della pertinenza spiega l'interpretazione di ogni messaggio e, quindi, anche di quelli deontologici, con riferimento ai quali essa si declina nei vari argomenti (letterale, sistematico, assiologico). Di fronte a un testo giuridico abbiamo, infatti, una vasta gamma di argomenti, e non è credibile che con essi scopriamo una realtà che preesiste: in verità, tali argomenti rappresentano la declinazione più razionale, in campo giuridico, degli argomenti generalmente legati alla necessità di lettura dei messaggi secondo la loro pertinenza; tramite essi, dunque, si cerca il significato più razionale di un testo (alla luce di un certo orizzonte culturale, e quindi di una certa assiologia).

Così abbiamo argomenti letterali, ossia basati sul primo significato che alla luce di un orizzonte culturale (e sub-culturale) possiamo attribuire a una disposizione; argomenti sistematici, in base ai quali il significato è deformato in virtù della sistematica autonomamente costruita dagli interpreti; argomenti assiologici, che traggono dai principi intrinseci nell'ordinamento delle conclusioni in tema di costruzione dell'assetto di principi.

Il testo, dunque, viene a essere un argomento tra gli altri argomenti; un argomento il cui peso – derivante dalle parole usate, ovviamente – non è stabile, per due ragioni: anzitutto, i meta-principi cambiano nel tempo (e, infatti, oggi si è assistito a una deformalizzazione interpretativa); in secondo luogo, i meta-principi sono anch'essi vaghi e in ogni caso assegnano un rilievo diverso alla legge a seconda del settore dell'ordinamento e delle singole fattispecie.

È fin troppo evidente che, per ragioni di garanzia, nel diritto penale la disposizione ha un peso che non ha altrove. E, allo stesso modo, nel diritto dei contratti talune disposizioni vengono facilmente ritenute esemplificative, mentre altre tassative; alcune risultano assai rigide, mentre altre sono ampiamente defettibili. A ciò contribuisce, quindi, sia il modo di intendere genericamente i meta-principi in un certo settore, sia quello di applicarli in relazione a una certa fattispecie, in virtù degli argomenti sistematici e assiologici che premono (in virtù, cioè, dell'assetto di principi su cui la disposizione incide).

A queste considerazioni va poi ulteriormente aggiunto che la legge non ha solo un ruolo di formalizzazione, nel senso di individuazione della tesi preferibile tra tante che competono. Essa può anche formalizzare in un senso ulteriore, trattando allo stesso modo, per esigenze varie (e spesso di certezza), casi tra di loro in realtà diversi, e così intercettando altri principi che altrimenti resterebbero inattuati.

Si pensi, ad esempio, al già menzionato diritto penale; ma anche a discipline come quelle della trascrizione o, più semplicemente, alle disposizioni che pongono limiti precisi, come quelle relative alla velocità massima ammessa su una certa strada.

In questi casi la legge non si limita a declinare e specificare una tipizzazione che già esiste socialmente (e giuridicamente, in modo spontaneo), ma impone una precisazione ulteriore; talvolta, poi, crea addirittura qualcosa di nuovo.

In tali ultime ipotesi l'impressione sarà, allora, quella di un diritto che cala dall'alto: ma, in realtà, esso trova pur sempre giustificazione dal basso, sebbene richieda l'esistenza di norme di legge per esprimersi (nel senso di: attuarsi).

La distinzione tra un diritto che sgorga dal basso e uno che, in qualche misura, appare semmai imposto sulla società (nei limiti che si sono detti) non intercetta quella tra autonomia ed eteronomia: l'autonomia giuridica normalmente riproduce la socialità giuridica (e la precisa), ma anche l'eteronomia può derivare da una normale considerazione di principi tratti dalla società (del resto, così avviene per il buon costume). Non si tratta nemmeno di contrapporre norme di legge generali e astratte e norme costruite secondo la tecnica della clausola generale: la stessa buona fede può riprodurre una normalità sociale (fattasi giuridica, ossia proiettata entro la logica del sistema giuridico), ma può anche fungere da

criterio per la creazione di regole specifiche alla luce di valori che, pur trovando una inevitabile giustificazione nella socialità giuridica, sono poi conformati con più ampia discrezionalità dal legislatore (si pensi ai casi in cui la buona fede è individuata quale criterio che la p.a. deve rispettare nell'esercizio della sua azione, e quindi come parametro per riempire di contenuto un interesse legittimo).

Il punto è proprio che certi principi si trovano già ampiamente precisati in sede sociale; altri, invece, sono ben più vaghi e richiedono (talvolta anche per esigenze di garanzia) che sia una legge a definirli e a conformarli. Si pone allora l'esigenza di conoscere, più che la socialità giuridica precisata dalla legge, la legge che conforma la socialità giuridica. In entrambi i casi si tratterà di individuare i principi giuridici e il loro svolgimento: ma li si conoscerà e li si accerterà in modo diverso.

Un ultimo meta-principio riguarda il terzo formante, la giurisprudenza. Mentre la dottrina, con il suo discutere, rimasta la realtà per trovare argomenti, la giurisprudenza è chiamata a un compito pratico: decidere le controversie. Per tale ragione essa non può muoversi con la stessa libertà della dottrina, proprio perché, se così facesse, eccessive sarebbero le oscillazioni interne al sistema (si assisterebbe, cioè, a dei continui sobbalzi). Così, la giurisprudenza è chiamata semmai ad assestarsi sui suoi precedenti, finché non compaiano argomenti che in modo netto impongano di rivederli.

Anche questo meta-principio si è formato spontaneamente: anzi, esso in qualche misura è un prodotto dell'età contemporanea. Quasi naturalmente, una volta diminuita la prevedibilità della decisione per mezzo della tecnica della fattispecie, la giurisprudenza ha visto crescere il valore dei suoi precedenti. E, in effetti, il principio che richiede certezza si è spontaneamente incarnato in un nuovo meta-principio, secondo un movimento razionale di stratificazioni successive (che ha trovato una qualche precisazione legislativa, ma che soprattutto è rimesso alla sensibilità degli interpreti, non essendo stato nemmeno razionalizzato in categorie).

Abbiamo sinora visto come, a fronte di principi 'oscillanti', l'ordinamento tende a precisarli e tende, quindi, a oggettivizzarsi (pur poi declinandosi per bocca dei vari giudici, e così nuovamente perdendo, in modo inevitabile, l'ambita oggettività). Il sistema dunque non è altro che un insieme di flussi oscillanti che si precisano in un modo che tende a limitare la soggettività.

Ora, però, dobbiamo complicare questa descrizione, inserendovi anche il problema delle scelte politiche: ossia, di quelle scelte che stabiliscono un certo ordine tra valori – o, meglio, tra principi – allorché questo non sia già condiviso socialmente.

Mentre le scelte tecniche danno per già assunto un certo rapporto tra valori, le preferenze politiche riguardano i casi in cui è incerta la preminenza dell'uno o dell'altro valore. Beninteso: è ovvio che qualsiasi preferenza tecnica ridonda in una politica, e viceversa (ossia ogni opzione politica ha bisogno di una tecnica), per cui è facilissimo l'inquinamento tra i due approcci; tuttavia, si tratta di prospettive diverse, che almeno astrattamente vanno tenute distinte e che nei casi più semplici si distinguono facilmente.

Mentre gli argomenti tecnici danno per acquisito un rapporto tra principi, limitandosi a declinarlo, le scelte politiche sono richieste allorché il rapporto è aperto, perché socialmente non è chiarito o condiviso. La preferenza, allora, deve sfruttare argomenti pratici, e non più tecnici, ossia argomenti volti a rinvenire ciò che è 'più giusto': ci si chiederà, insomma, in che modo si assicura in quel contesto la maggiore realizzazione di tutti i consociati.

Così, di fronte al tema dell'aborto, la scelta che si impone è anzitutto politica; poi, ammesso che un principio e l'altro si bilancino, richiede di svolgersi tecnicamente in una certa disciplina.

Nell'autonomia privata, ad esempio, le scelte politiche portano a vedere tutta la disciplina in modo ora più solidaristico, ora meno liberale; ora più inclinato verso la certezza, ora verso la giustizia. Scelte tecniche – come, ad esempio, i limiti dell'annullabilità per errore – possono essere visti come precipitati di opzioni politiche: e, così, può essere ora posta l'attenzione sul principio cui politicamente si dà la prevalenza, ora sul modo in cui tecnicamente questa è assicurata.

Talvolta la tecnica stessa aiuta a compiere una scelta politica. Infatti, i principi non possono venire svolti in qualsiasi modo, trovando un limite nella natura delle cose: per tale motivo è ben possibile che tra tutte le possibili scelte tecniche una risulti preferibile, perché le altre porterebbe – ad esempio, quanto a fattispecie simili – a risultati assurdi (contrari a principi che devono essere per forza di cose perseguiti). Nondimeno, vi sono ipotesi in cui sono tecnicamente aperte più vie, la cui unica differenza è politica: si pensi, ad esempio, ai problemi che pone la *Drittwirkung*, e in generale ai casi in cui l'interprete

(specialmente la Corte costituzionale) è chiamato a interpretare disposizioni costituzionali recanti principi generali.

Spesso si ritiene che le scelte tecniche siano compiute dall'interprete, e quelle politiche dalla legge. Si tratta di una prospettiva però illusoria. La legge, in sede di politica del diritto, finisce anche per fornire una sistemazione tecnica. A sua volta, la legge non esaurisce ogni questione politica, giacché essa deve essere interpretata, e questa necessità può lasciare aperto un margine tale da addossare all'interprete una precisazione della scelta politica.

Non si può negare, tuttavia, che gli interpreti il più delle volte evitino di dichiarare le proprie preferenze politiche, e addossino al legislatore scelte che invece sono loro personali. Spesso, poi, l'opzione politica è nascosta dietro alla normale oscillazione dei principi, per cui, compiute certe scelte tecniche, se il margine è lieve può sembrare (e può in effetti essere) che l'interprete non decida politicamente, ma solo dia forma, nel modo in cui la sua versione della sensibilità sociale lo conduce a fare, a certi principi. Ma vi sono ipotesi in cui è palese che si debba decidere politicamente, essendovi uno spazio ampio di decisione, non riducibile alle normali oscillazioni dei principi:

Molte volte la scelta spetta all'interprete, che nella legge trova solo alcuni degli argomenti; e, anzi, anche quando egli ritiene di potersi parare dietro a una normale oscillazione dei valori, potrebbe essere conveniente propendere per una decisione in base ad argomenti schiettamente politici. Anche con riferimento ai meta-principi, è indubbio che un maggior rigore formalistico si associa (oggi) a un certo conservatorismo e a un qualche liberalismo, e che il contrario avviene per chi professa una maggiore *Materialisierung*: per cui anche con riguardo a questi profili un argomentare politico non è da escludere, risultando anzi ora indispensabile, ora opportuno.

L'apertura di uno spazio politico è un dato che, nondimeno, non è ammesso da tutti. Per di più, anche fra chi lo riconosce, è diffusa la tendenza a dichiarare le proprie tesi politiche (magari inserite in una più generale ideologia). E, invece, l'argomentazione pratica richiederebbe qualcosa in più della semplice 'confessione' (che pur già Weber indicava come necessariamente prodromica a qualsiasi studio sociale): saggezza, temperanza e conoscenza dell'animo umano, così come della storia e della sociologia.

#### 4. I riflessi per il civilista

Il modello che si è provato a disegnare, nei suoi tratti fondamentali, aiuta a spiegare perché il castello formalistico è oggi in completa decadenza. Il baricentro si è spostato dai testi ai principi; i principi cercano da sé una propria sistemazione, rispetto alla quale il testo non è che uno degli argomenti. Peraltro, più vecchio è il testo, più esso perde di peso; più è steso frettolosamente, più è minacciata la sua forza. Giacché queste situazioni non sono rare, è ovvio che il ruolo della legge ne è dimidiato.

Ad un sistema di diritto scritto, dunque, si sostituisce un sistema di principi e di argomenti. Non è detto che questo sistema non sia comunque positivistico: del resto, è proprio di una sola società in un certo momento storico; non è 'trovato' nella società, ma è semmai frutto di una mescolanza tra invenzione (scoperta) e creazione. E, infatti, ferma restando la differenza tra etica e diritto, da un lato, e giustizia, dall'altro, all'interno di una data società il diritto si presenta come insieme di principi oscillanti e in parte anche di opinioni contrastanti sulla gerarchia assiologica: sicché da un lato vi è davvero una invenzione del diritto, che deriva dallo sguardo sulla società attraverso le lenti della giuridicità e dall'utilizzo di argomenti razionali per dominare le incertezze; dall'altro vi è una creazione, giacché i vari formanti, in misura diversa, impongono di percorrere una direzione che non è di per sé la più razionale, ma è solo storicamente apparsa. Così avviene certamente per la legge (che sostituisce alla razionalità l'autorità: *stat pro ratione voluntas*), ma anche per dottrina e giurisprudenza, con il loro dar vita a una cultura giuridica.

In fondo, l'idea positivista che mette al centro la legge può adattarsi anche al sistema attuale, purché si lascino i dovuti spazi all'interpretazione. E, così, il rilievo dei principi sarà inteso – ad esempio – come moltiplicazione delle ipotesi di defettibilità e di lacuna assiologica; il sistema si ricostruirà all'apparenza sui testi, ma in realtà per larghi tratti avrà preminenza il contesto. Sembrerà allora che il diritto venga integrato e corretto dai principi, ma perché si partirà proprio dai testi (e dal loro peso come argomenti): e quindi, in modo maturo, si ammetterà che il diritto non è il testo che viene integrato e corretto

extragiuridicamente, ma è il risultato finale di tali complesse operazioni. Viceversa, chi riconoscerà la forza del fatto, rovesciando la prospettiva tradizionale che indaga il diritto a partire dalla legge, non avrà problemi a ritenere che lo stesso fatto sociale si fa diritto, e che la legge compie rispetto a questo delle scelte, che valgono quali argomenti.

In altri termini, chi voglia partire dalle disposizioni, e in particolare dalle disposizioni che contengono regole, finirà per trovare in queste dei punti di emersione di principi e si chiederà, proprio alla luce dei principi, come interpretare queste disposizioni. I principi, come si vede, fungeranno da giustificazione, e al tempo stesso eserciteranno una funzione integrativa e correttiva (non è un caso che un positivista come Raz rievochi, per i principi, i compiti che Wieacker assegnava alla buona fede e già Papiniano al diritto onorario). Questa prospettiva, dunque, parte da un dato rigido, il testo, per mutarlo attivando l'ordinamento come *ordo ordinans*. L'angolazione che si è preferita, invece, trae spunto dai principi, dalle oscillazioni e dalla differenza di opinioni: e, quindi, da un *ordo* che è sin da subito *ordinans* e che non è mai visto come *ordinatus* (nemmeno, a ben vedere, nella decisione finale). Essa consente di sottolineare maggiormente la connessione tra principi e meta-principi, così come tra principi e formalizzazioni: i principi, nel loro assetto, vengono conformati dagli altri principi e li conformano, in rapporti di implicazione reciproci, alla luce di principi su principi che dettano il ruolo dei formanti e da una necessità, più o meno forte, di formalizzare.

Le prospettive, pur differenti per ciò che sottolineano, non sono contrapposte. Del resto, in fin dei conti il positivismo mite, che nega la totale corrispondenza di diritto e disposizioni di legge, non si distingue da un giusnaturalismo relativistico e storicistico. E ciò è tanto più vero, quanto più si rifletta sul fatto che il positivismo mite cui si fa riferimento è per forza di cose inclusivo (ossia, ritiene appartenenti al sistema anche taluni principi di giustizia): sicché esso esclude che sia diritto l'ordine assolutamente ingiusto che non trova sostegno nei principi (e che nemmeno se ne discosta solo moderatamente, in virtù di quelle formalizzazioni o di quegli errori che sono da ritenere fisiologici). Il moderno neocostituzionalismo, sottolineando l'elevazione di questi limiti teorici a confini positivi (a condizioni di validità delle disposizioni di legge), finisce per porsi esattamente in questa linea di confine e di parziale sovrapposizione.

La ragione di tale sovrapposizione è evidente: positivismo e giusnaturalismo divengono due prospettive diverse da cui iniziare la costruzione dell'idea di diritto. Il punto è sempre che, a formare il sistema, sono argomenti che si sovrappongono; è una sensibilità sociale guidata e conformata da una razionalità e da una autorità. Se così è, la soluzione delle controversie non può che discendere dal percorrere questi sentieri.

Ma, allora, non stupirà che il sistema moderno riconosca senza alcun problema la *Drittwirkung* dei principi costituzionali: in astratto essa è del tutto ipotizzabile. Semmai, si tratterà di verificare in concreto se un certo principio percorre tutto l'ordinamento e ha un peso tale da imporsi nei singoli casi concreti. Nondimeno, una volta adottati meta-principi meno formalistici, può non essere facile (o nemmeno possibile) individuare un criterio forte per catalogare ipotesi di *Drittwirkung* ammissibile e ipotesi in cui così non è. Tutto è affidato a un peso dei principi da valutare caso per caso, seppur sulla base di una visione generale (ad alto rischio di soggettivismo).

Come si vede, in assenza di preclusioni astratte, tutto il discorso sfocia negli interrogativi più generali e teorici: qual è il metodo del civilista? Come è possibile confinare il soggettivismo e con esso il rischio di arbitrio?

L'unica via che resta aperta è quella su cui si regge il modello stesso che si è provato a tratteggiare. Se la decisione dei casi concreti, se la creazione della fattispecie (astratta, perché predeterminata, ma inevitabilmente propria) del caso concreto richiede sensibilità e razionalità, è solo tramite un apprezzamento neutrale della socialità e soprattutto per mezzo di un fitto intreccio di argomenti razionali che è possibile assicurare la calcolabilità del diritto.

Essenzialmente, ciò significa far operare i meta-principi e ridurre le intercapedini politiche e tecniche. Ossia, vuol dire garantire, tramite una dottrina operosa, l'aggiornamento continuo delle categorie e la ricerca di argomenti sempre nuovi e più razionali; per mezzo di un legislatore attento, l'esistenza di testi che aiutino a confinare la discrezionalità (pur senza soffocare l'adattamento del diritto

alle condizioni sempre nuove); grazie a una giurisprudenza consapevole dei risultati della dottrina e morigerata nello svolgere il suo compito, una tendenziale stabilità dei risultati interpretativi.

I formanti, dunque, devono concorrere e collaborare in modo sempre più stretto e sempre più fitto. La dottrina non può avvalersi di categorie stantie, che hanno perso il loro valore, e non deve dimenticare che l'interprete svolge anche un ruolo politico; il legislatore non può scrivere disposizioni del tutto inconferenti, che obblighino a interpretazioni conformi e quindi che svalutino del tutto il peso della legge; la giurisprudenza (e i singoli giudici in particolare) non può peccare di protagonismo.

Ogni formante ha il suo ruolo, stabilito da meta-principi razionali rispetto al contesto. Il diritto si costruisce sui principi e sui meta-principi, come una spirale che sempre si migliora. Non esiste una meta, giacché la meta del diritto – l'oggettività e la giustizia – non appartiene al diritto, segnandone invece la morte; nondimeno, proprio verso questi obiettivi ideali deve muoversi il sistema, come insieme di principi concatenati e oscillanti.