

## *Parte II*

### *Equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale*

#### Cap I. Il ruolo dell'equilibrio riflessivo ampliato nel ragionamento giudiziale

##### 1. *Equilibrio riflessivo ampliato e la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale*

Come ho già detto nell'ambito dell'etica e della metaetica vi è ormai una vasta letteratura intorno al metodo dell'equilibrio riflessivo come criterio di giustificazione di norme e giudizi di valore. Al contrario nell'ambito del ragionamento giudiziale (e giuridico) gli usi del concetto erano, fino a poco tempo fa, decisamente più rari, anche se è facile prevederne una rapida diffusione nell'ambito della filosofia e della teoria del diritto, se non nella dottrina civile e costituzionale. In tal senso nutro il timore che il concetto di equilibrio riflessivo possa essere utilizzato in futuro da parte dei giuristi in assenza di una rigorosa definizione che lo sottragga all'indeterminatezza, e direi anche all'ambiguità, che lo contraddistingue, cioè al fine di evocare mete paradisiache e imprecisate – tipo che i principi costituzionali compongano un sistema in equilibrio riflessivo, dove ogni elemento sia armonizza con gli altri – piuttosto che per discutere problemi e proporre soluzioni. Al fine di evitare che la fecondità e l'utilità del concetto di equilibrio riflessivo sia resa vana da usi poco attenti cercherò, in questa seconda parte del lavoro, di comprendere se, e in che modo, sia possibile utilizzare la nozione – così come da me elaborata – di equilibrio riflessivo nell'ambito del ragionamento giudiziale.

Abbiamo visto che il metodo dell'equilibrio riflessivo fa parte di una famiglia di teorie della giustificazione pratica, teorie che condividono, ma che interpretano in modo differente, un'assunzione comune, secondo la quale norme e giudizi di valore devono essere razionalmente giustificati. Famiglia di teorie che difendono una particolare concezione dell'oggettività, che ho denominato dell'*oggettività debole*, termine che ho inteso in modo parzialmente differente da come interpretato da altri autori, in particolare Coleman e Leiter<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> J.L. Coleman e B. Leiter, "Determinacy, Objectivity and Authority", in A. Marmor (a cura di), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995. Sulle differenze tra la concezione da me accolta e quella sostenuta da Coleman e Leiter e sugli autori che sostengono una qualche versione di una teoria dell'oggettività in senso debole vedi supra le note 2 e 4 (nell'introduzione).

Una concezione debole dell'oggettività rappresenta una forma di *relativismo*, in quanto si contrappone ad una teoria metaetica realista, secondo la quale esistono fatti (almeno parzialmente) indipendenti dalle nostre credenze e dai nostri atteggiamenti, fatti che possono determinare ciò che è moralmente giusto e ciò che è sbagliato. Si tratta di una concezione *moderata* di relativismo per due ragioni. La prima è che non è il consenso fattuale, qui e ora, di un individuo o di una comunità a determinare se le norme e i giudizi di valore sono 'oggettivamente fondati', quanto piuttosto il verificarsi di un consenso razionalmente acquisito.

La seconda ragione sta nel fatto che il relativismo debole o moderato, nella versione da me accolta, riconosce che vi sono dei limiti di carattere trascendentale a ciò che si può considerare espressione di desideri, atteggiamenti o preferenze di un individuo, sebbene sia piuttosto incerto e molto dibattuto in filosofia morale ed epistemologia quali assunzioni possano qualificarsi come aventi carattere trascendentale e *quale natura*, se necessaria o contingente, esse abbiano. Tale ricerca di un'oggettività debole di norme e valori può essere considerata come il nucleo concettuale condiviso da differenti concezioni moderatamente relativiste, ivi comprese le differenti concezioni dell'equilibrio riflessivo, l'equilibrio ampliato e quello ristretto.

Fin qui ho riassunto alcuni dei caratteri dell'equilibrio riflessivo, ma la domanda cui rinvia il senso di questo capitolo è un'altra. Se l'equilibrio riflessivo è un criterio di giustificazione che ha ad oggetto norme e giudizi di valore è importante chiedersi in che modo l'equilibrio riflessivo possa svolgere un ruolo nell'ambito del ragionamento giudiziale e che tipo di ruolo possa o debba svolgere<sup>112</sup>. In altri termini, la domanda cui è necessario fornire una risposta è se l'equilibrio riflessivo, sia 'ampliato' che 'ristretto', possa rappresentare un modello adeguato, sia descrittivo che prescrittivo, del ragionamento giudiziale, in particolare della giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale.

Per affrontare e risolvere adeguatamente la questione relativa al ruolo dell'equilibrio riflessivo nel ragionamento giudiziale è necessario sciogliere, preliminarmente, due interrogativi. Cosa debba intendersi con l'espressione (a) 'ragionamento giudiziale', in particolare per 'giustificazione esterna' della premessa maggiore del sillogismo giudiziale, e (b) perché tale giustificazione ha tutti i caratteri di un ragionamento pratico e non teorico.

È possibile, infatti, applicare il modello dell'equilibrio riflessivo, così come qualunque altra concezione della giustificazione pratica razionale, al ragionamento giudiziale, solo se consideriamo quest'ultimo un ragionamento di tipo pratico. Per rispondere a tale questione non credo sia necessario approfondire la controversia se il ragionamento giudiziale sia un caso particolare, più istituzionalizzato e formalizzato, di ragionamento morale. Per la semplice ragione che il significato di questa affermazione non è chiaro ed è suscettibile di differenti interpretazioni<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> In tal senso, non mi occuperò del ruolo che l'equilibrio riflessivo può svolgere nel ragionamento giuridico, espressione che può riferirsi anche al ragionamento compiuto dai giuristi, alla c.d. scienza giuridica per intenderci, oltre che a quello compiuto dai giudici.

<sup>113</sup> La letteratura sull'argomento è molto vasta. Vedi, tra gli altri, J. C. Bayon, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para l'acción*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,

Per quanto concerne questo lavoro mi limiterò a far propria un'interpretazione piuttosto debole della tesi secondo cui il ragionamento giudiziale è un caso particolare di ragionamento pratico, interpretazione che può considerarsi, credo, assolutamente pacifica e non problematica.

Innanzitutto è bene precisare che uso l'espressione 'ragionamento giudiziale' in un senso piuttosto ristretto. Con essa non mi riferisco né alle argomentazioni effettivamente avanzate dai giudici né al processo psicologico che ha condotto i giudici alla decisione. Con l'espressione 'ragionamento giudiziale' voglio semplicemente far riferimento ad una ricostruzione (idealizzazione) delle argomentazioni avanzate dai giudici, cioè l'iter argomentativo e giustificativo che un giudice 'sincero e scrupoloso' addurrebbe qualora gli fosse chiesto quali ragioni stanno alla base delle (o possono giustificare le) sue decisioni giudiziali, ragioni, tuttavia, che non è necessario siano coerenti o (sufficientemente) razionali. In secondo luogo, uso l'espressione 'ragionamento pratico' per intendere un ragionamento che offre una risposta ad una questione pratica, del tipo 'cosa devo fare?', ragionamento che dobbiamo distinguere da quello teorico, il cui scopo è rispondere ad una questione teorica, del tipo 'come stanno le cose?'.

In tal senso se si accetta l'idea che la conclusione del ragionamento giudiziale ha carattere normativo, e se non vi è nessuna premessa normativa che supporti o possa supportare tale conclusione, allora il ragionamento è fallace, per violazione della legge di Hume, che vieta di dedurre conclusioni normative da premesse assertive. In altri termini, il giudice non può dedurre la conclusione normativa secondo cui 'W deve essere assoggettato alla sanzione z'<sup>114</sup> da tre premesse descrittive secondo cui:

'La regola X (secondo cui, per esempio, 'Se vi è la prova legale che un *a* ha compiuto *b* nelle circostanze *c*, allora *a* deve essere assoggettato alla sanzione *z*) appartiene ad un sistema giuridico Y nel complesso efficace'

'Vi è, secondo le norme valide del sistema Y, la prova legale che W è un *a* ed ha compiuto *b* nelle circostanze *c*'

'Secondo il sistema giuridico Y, W deve assoggettato alla sanzione *z*'

Il *fatto* che un sistema giuridico sia efficace in un determinato territorio e momento storico non può offrire al giudice alcuna ragione per l'azione. La deliberazione del giudice, qualunque essa sia, non può che fondarsi su un'assunzione (o premessa) normativa, secondo la quale, per esempio, 'È giusto seguire/applicare la norma di riconoscimento del sistema giuridico Y'.

Per comprendere più attentamente la questione è opportuno offrire una possibile ricostruzione del ragionamento giudiziale<sup>115</sup>. Sulla base di un modello esplicativo largamente accettato in teoria del diritto una giustificazione normativa giudiziale ha una struttura complessa, all'interno della quale possiamo distinguere due

---

Madrid, 1991, Cap. IX e C. Redondo, *La noción de razón para l'acción en l'análisis jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996, Cap. V-VI.

<sup>114</sup> C. Nino, *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, "Ragion Pratica", 1/1993, pag. 32 e ssgg.

<sup>115</sup> Come già detto, tale ricostruzione del ragionamento giudiziale rappresenta esclusivamente l'iter argomentativo che un giudice 'scrupoloso' elaborerebbe qualora gli fosse chiesto quali sono le ragioni che stanno alla base delle sue decisioni giudiziali. Essa non mira a descrivere o schematizzare le argomentazioni effettivamente avanzate dai giudici.

parti. La prima è la c.d. ‘giustificazione interna’, la cui struttura è quella di un sillogismo deduttivo, costituito da due premesse e da una conclusione, che segue logicamente una volta si siano accettate le premesse.

La premessa maggiore potrebbe essere una norma del tipo ‘Se vi è la prova legale che un *a* ha compiuto *b* nelle circostanze *c*, *a* deve essere punito con la sanzione *z*’, mentre la premessa minore potrebbe affermare che ‘Vi è la prova legale che *W* è un *a* ed ha compiuto *b* nelle circostanze *c*’. La giustificazione interna ha carattere deduttivo, perché chi accetta entrambe le premesse non può non accettare anche la conclusione, secondo la quale ‘*W* deve essere punito con la sanzione *z*’.

La seconda parte è la c.d. ‘giustificazione esterna’<sup>116</sup>. Per ‘giustificazione esterna’ s’intende, invece, sia la giustificazione della premessa minore, o fattuale, del sillogismo giudiziale sia la giustificazione della norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale. Ora in questo lavoro mi occuperò soltanto della giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale. In tal senso possiamo dire che la norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale rappresenta il risultato di un’attività interpretativa delle disposizioni normative. Ai fini del mio discorso, distinguerò due sensi del termine ‘interpretazione’ degli enunciati normativi, uno lato ed uno più ristretto.

In senso lato parlerò di ‘interpretazione delle disposizioni normative’ per far riferimento all’attività o all’argomentazione con la quale un giudice o un altro interprete applica ad un certo caso una norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale la cui conclusione è data da una regola particolare, del tipo ‘*x* ha diritto al pagamento di una somma di denaro *y*’, norma che può essere sia il risultato di un’attività interpretativa in senso stretto, sia il risultato di un’attività integrativa, che Diciotti chiama interpretazione-normazione, cioè un’attività diretta a colmare le lacune, introdurre eccezioni, tramite l’argomento dissociativo, e a risolvere antinomie<sup>117</sup>.

Dunque, l’interpretazione in senso lato può essere suddivisa in attività interpretativa in senso stretto e attività integrativa. ‘Interpretazione’ in senso stretto, si avrebbe, ad esempio, ogni qual volta l’interprete individua l’insieme dei possibili significati che possono essere attribuiti ad un testo di legge ovvero opera una scel-

---

<sup>116</sup> Vedi, fra i tanti, R. Alexy, *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, trad. it. di M. La Torre (*Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978), pag. 176 e ssgg. e N. D. McCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, trad. it. e introduzione di A. Schiavello, a cura di V. Villa (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978), soprattutto Cap. II, III, V.

<sup>117</sup> Una definizione analoga è quella di Diciotti secondo il quale, intesa in senso molto lato, “l’interpretazione giudiziale consiste nell’attività di attribuzione di un significato ad un testo giuridico normativo, principalmente un testo di legge, compiuta per ottenere una regola della decisione per un determinato caso”. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 201. Per la definizione del complesso di attività sussumibili all’interno della nozione di ‘interpretazione giudiziale’, nonché per l’insieme di attività definibili come ‘interpretazione-normazione’ vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 203 e ssgg.

ta, sulla base di un ragionamento, tra uno dei significati possibili del testo normativo<sup>118</sup>. Si avrebbe 'integrazione' delle disposizioni normative quando l'interprete usa un argomento al fine di giustificare una norma, una regola della decisione, che non può essere imputata a nessuna disposizione normativa preesistente, cioè che non costituisce uno dei possibili significati di un enunciato normativo preesistente, trattandosi di una norma che o colma una lacuna, o risolve un'antinomia di secondo grado oppure è il risultato dell'uso dell'argomento dissociativo<sup>119</sup>. È evidente che non posso, in questa sede, analizzare attentamente la dicotomia interpretazione/integrazione<sup>120</sup>.

Ora ciò che rende la giustificazione della norma, che rappresenta il risultato di un'attività interpretativa, lato sensu, di disposizioni normative valide, una giustificazione *pratica* è che l'insieme degli argomenti che compongono la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale non può non fondarsi, in ultima istanza, su di una premessa, non descrittiva bensì, normativa, premessa che rappresenta l'apice di un'argomentazione (la c.d. giustificazione esterna) di cui la regola generale, la premessa maggiore del sillogismo, è l'anello finale. Vediamo perché.

Volendo semplificare lo schema della giustificazione (esterna, s'intende) di una determinata interpretazione di disposizioni giuridiche valide possiamo dire che tale giustificazione presenta (a) un'interpretazione (in senso lato) di disposizioni giuridiche vigenti come conclusione, più le seguenti premesse: (b) uno o più argomenti dell'interpretazione, (c) un principio metodologico, che prescrive una gerarchia tra differenti argomenti dell'interpretazione (d) una regola tecnica secondo la quale l'uso di quegli argomenti è necessario al fine di realizzare una determinata concezione del diritto e, infine, (e) una concezione del (la legge e del) diritto da cui discende quel principio metodologico<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> Per una distinzione più rigorosa delle possibili fasi dell'interpretazione in senso stretto vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 202-203.

<sup>119</sup> Per tale definizione di 'attività integrativa' vedi R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 363. In modo parzialmente difforme, Guastini distingue almeno tre accezioni di 'interpretazione giudiziale': "In senso stretto, 'interpretazione' è impiegato per riferirsi all'attribuzione di un significato ad una formulazione normativa in presenza di dubbi o controversie intorno al suo campo di applicazione", mentre "in senso lato 'interpretazione' è impiegato per riferirsi a qualsiasi attività di attribuzione di significato ad una formulazione normativa indipendentemente da dubbi e controversie". Infine in senso molto lato, Guastini parla di 'interpretazione' per riferirsi ad un insieme di attività compiute dai giuristi, tra cui "l'integrazione del diritto (in presenza di lacune), la soluzione di antinomie, e l'esposizione sistematica (cioè ordinata) della disciplina giuridica di una materia". In altri termini, Guastini denomina 'interpretazione in senso lato' ciò che in questo lavoro, per ragioni di semplicità e brevità, denomino 'interpretazione in senso stretto', mentre l'interpretazione in senso molto lato' à la Guastini corrisponde (in gran parte) a ciò che denomino 'interpretazione in senso lato'. Vedi R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pagg. 326, 327, 330 e in generale il cap. XXIV.

<sup>120</sup> Per un'analisi più approfondita delle problematiche inerenti la distinzione interpretazione/integrazione vedi il § 3 del Cap. II.

<sup>121</sup> Riprendo tale schema, sintetizzandolo, da E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 521 e ssgg.

Il secondo anello della catena è costituito dagli argomenti dell'interpretazione. Un tipico argomento dell'interpretazione potrebbe essere *l'argomento psicologico*, secondo il quale si può, o si deve, attribuire ad un enunciato legislativo il significato che esso ha secondo l'intenzione dell'autore, cioè il legislatore storico, intenzione che in genere viene individuata facendo riferimento a diversi documenti, quali i lavori preparatori ovvero altri documenti dai quali è possibile desumere le intenzioni di coloro che la legge hanno approvato<sup>122</sup>.

In realtà un principio metodologico dovrebbe stabilire un ordine di priorità tra diversi argomenti dell'interpretazione, nel senso di determinare quali argomenti dell'interpretazione debbano essere utilizzati in via prioritaria e quali argomenti debbano essere utilizzati solo dopo che l'uso dei primi sia stato infruttuoso. Ad esempio un principio metodologico potrebbe stabilire che 'ai testi di legge deve essere attribuito il loro significato letterale... e ove questo sia indeterminato ai fini del giudizio il significato che essi avrebbero secondo l'intenzione del legislatore, intenzione desunta dai lavori preparatori o da altri documenti storicamente rilevanti, e ove questo sia indeterminato, allora il significato più coerente con gli scopi delle altre disposizioni appartenenti al medesimo documento normativo o alla medesima branca del diritto...'<sup>123</sup>.

In questo caso tale principio metodologico prescrive di utilizzare prima l'argomento del significato letterale, poi l'argomento psicologico e, infine, una versione dell'argomento teleologico-sistematico. Il punto è che la giustificazione di un principio metodologico presuppone, ragionevolmente, una concezione del (la legge e del) diritto in generale.

Ad esempio possiamo dire che l'argomento psicologico, insieme ad altri argomenti dell'interpretazione, fa parte di un metodo dell'interpretazione che possiamo chiamare 'storico'. Si tratta di un metodo in quanto esso contempla e prescrive un insieme di operazioni interpretative coerentemente ordinate al fine di raggiungere un certo risultato interpretativo. Il metodo storico prevede, in particolare, l'uso di determinati argomenti dell'interpretazione che "richiedono ricerche analoghe relative ad eventi trascorsi e si basano sull'idea che il significato di un testo di legge dipenda dalla volontà dell'autore ovvero di coloro che hanno partecipato alla sua produzione, sia che tale volontà si manifesti con l'intenzione di significare qualcosa tramite certe parole sia che si manifesti con l'intenzione di perseguire certi scopi tramite l'emanazione di certe norme"<sup>124</sup>.

Tale metodo, rinviando, dunque, ad una concezione della legge come 'opera del legislatore' che l'ha prodotta, può, a sua volta, essere giustificato sulla base di differenti concezioni (in merito alla funzione) del diritto, ad esempio in base alla concezione secondo la quale il legislatore storico è, almeno in una certa misura, un essere razionale e giusto, il quale persegue obiettivi equi attraverso mezzi ido-

---

<sup>122</sup> In merito ai differenti argomenti dell'interpretazione e all'argomento psicologico o genetico vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 307 e ssgg. e R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, op. cit., pag. 186 e ssgg.

<sup>123</sup> Sulla nozione (e i differenti tipi) di principio metodologico vedi, di nuovo, E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 494 e ssgg.

<sup>124</sup> E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 335.

nei a realizzarli. Se si considerasse il legislatore storico come l'istituzione che meglio di ogni altra è capace di esprimere norme giuste ed eque, in attesa che il legislatore attuale le modifichi, avrebbe senso affannarsi nella ricerca di atti e documenti che possano illuminare la sua volontà, qualunque cosa si intende col termine 'volontà del legislatore'<sup>125</sup>.

Ora, indipendentemente dal fatto che il metodo storico e la concezione della legge come 'opera del legislatore' possano giustificarsi *esclusivamente* in base alla figura del legislatore razionale, quanto è importante sottolineare è che l'adozione di tale metodo non può che fondarsi, in ultima analisi, su di una *concezione* del diritto. Una concezione del diritto incorpora una teoria della validità delle disposizioni normative oggetto di interpretazione, e giustifica, dunque, l'adozione di un principio metodologico che prescrive all'interprete come interpretare e integrare le disposizioni normative medesime. Su cosa si fonda, invece, una concezione del diritto?

Come sottolinea MacCormick, un giudice può decidere di applicare una determinata norma di riconoscimento sulla base di ragioni differenti. Può trattarsi di una forma di ipocrisia, tipica di chi non condivide i presupposti etico-politici della norma di riconoscimento accettata dagli altri organi dello Stato, ma teme la disapprovazione o il biasimo degli altri membri del gruppo sociale. Possiamo chiamare questo modello del *conformista*. Oppure può trattarsi di una strategia messa in opera da un giudice al fine di rafforzare negli altri giudici e funzionari la fiducia nella sua fedeltà al regime giuridico, fiducia che egli tradirà al momento opportuno. Quest'ultima strategia può essere condivisa sia dal modello del giudice *delinquente*, cioè da chi fa parte della schiera di "tutti coloro che accettano e accordano la loro preferenza ai modelli comuni, tranne che per se stessi, nei limiti in cui riescono a farla franca"<sup>126</sup> sia dal modello del giudice *traditore* di un sistema iniquo e dispotico, ad esempio di un regime nazista. Traditore che si differenzia dal ribelle vero e proprio, cioè colui che lotta apertamente contro un determinato sistema giuridico.

Molti, infine, tra giudici e funzionari, sono coloro che adottano un vero e proprio 'punto di vista morale', cioè manifestano un atteggiamento di approvazione e condivisione dei valori soggiacenti alla norma di riconoscimento dell'ordinamento. La conclusione di questo discorso è che qualunque sia la strategia prescelta dal giudice, se quella del conformista o quella del punto di vista morale, la sua decisione è, o sarebbe, giustificata sulla base di una ragione normativa (o asserzione o preferenza di carattere normativo).

---

<sup>125</sup> Oltre alla figura del legislatore giusto ed onnisciente un'altra delle concezioni che possono giustificare l'adozione di un principio metodologico che prescriva di specificare il significato degli enunciati legislativi rinviando all'intenzione o alla volontà del legislatore storico, è una concezione che considera la certezza del diritto, intesa nel senso della prevedibilità *ex ante* delle decisioni giudiziali da parte dei cittadini, il valore supremo da perseguire. Tale concezione presuppone l'idea secondo la quale individuare la 'volontà' del legislatore storico sia un'attività che non incorpora giudizi di valore dell'interprete, essendo i documenti preparatori meno ambigui o vaghi dei testi normativi definitivi. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 398 e ssgg.

<sup>126</sup> N.D. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., pagg. 321-322.

E tuttavia, se differenti possono essere le ragioni che motivano i giudici a prendere determinate decisioni giudiziali, non è detto che questi sarebbero disposti ad esplicitarle ove sia loro richiesto di farlo in un discorso razionale. Anzi è estremamente probabile che sia il giudice conformista che il giudice delinquente o traditore sarebbero costretti ad essere insinceri per poter conseguire i propri scopi. Mentre gli altri giudici e funzionari che effettivamente condividono i valori soggiacenti a una determinata norma di riconoscimento sarebbero senza dubbio sinceri qualora fosse loro richiesto di esplicitare le ragioni della loro adesione al sistema.

Ora se è vero che possono esservi ragioni differenti che verosimilmente motivano giudici e funzionari ad applicare una determinata norma di riconoscimento, e se l'equilibrio riflessivo altro non è che una procedura argomentativa razionale (diretta a produrre un determinato *risultato*), allora ci si potrebbe chiedere se i diversi giudici *insinceri*, cioè ad esempio il conformista o il delinquente, potrebbero partecipare ad un discorso intersoggettivo razionale. Secondo Alexy, e la regola è comprensibile<sup>127</sup>, coloro che partecipano ad una procedura argomentativa razionale non soltanto devono essere veridici, cioè affermare ciò che credono sia giusto o vero, ma in una certa misura non possono che esserlo.

Sulla base della tesi di Alexy, dunque, i giudici insinceri non potrebbero partecipare ad un discorso razionale, e dunque ad una procedura di giustificazione fondata sul metodo dell'equilibrio riflessivo. Condivido tale idea solo in parte. La regola che impone la sincerità è importante, ma deve essere correttamente intesa. Diciamo che viola la regola della sincerità il partecipante ad un discorso intersoggettivo razionale che fa un *uso strategico dell'argomentazione*, cioè che giustifica una tesi alla quale non crede, ovvero che giustifica una tesi facendola discendere da premesse che non ritiene valide<sup>128</sup>.

Chi fa un uso strategico dell'argomentazione non agisce in modo *radicalmente* strategico, cioè non cerca di influenzare il comportamento degli altri partecipanti al discorso attraverso la minaccia di un male o la promessa di un bene, piuttosto gioca d'astuzia, tentando di persuadere il suo interlocutore attraverso argomenti che egli ritiene possano indurlo ad accettare una determinata tesi, e, dunque, a compiere una certa azione, ma in cui non crede. L'uso strategico dell'argomentazione è piuttosto frequente, nella vita quotidiana, perché è molto più facile per Caio convincere Tizio della bontà di una tesi normativa sulla base di premesse che Tizio reputa giuste o corrette, anche se Caio le considera assurde o inaccettabili, piuttosto che sulla base di premesse normative differenti in cui Tizio non crede.

In tal senso mostrerò che un uso strategico dell'argomentazione non comporta, nella peggiore delle ipotesi, alcun serio ostacolo alla possibilità di compiere un discorso intersoggettivo razionale, mentre nella migliore è incompatibile con la partecipazione ad un discorso razionale. Chiediamoci perché è così importante che i

---

<sup>127</sup> Vedi R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, cit., pag. 150.

<sup>128</sup> Per tale definizione di 'uso strategico dell'argomentazione' vedi E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 276, il quale ritiene che giudici e giuristi siano, in modo sembra ineluttabile, portati a fare un uso strategico dell'argomentazione.

partecipanti ad un discorso razionale siano sinceri. Cosa succede se alcuni dei partecipanti fanno, sistematicamente, un uso strategico dell'argomentazione? Diciamo che Tizio fa parte di una comunità del discorso che crede fermamente nelle premesse normative a, b, c, premesse che Tizio considera aberranti o inaccettabili. Ora se Tizio ritiene sia preferibile cercare di persuadere la maggioranza dei membri della sua comunità della bontà di una tesi normativa x sulla base delle premesse a, b, c, cioè fondare ogni singola argomentazione sulla base di quelle premesse, ciò vuol dire che né lui né gli altri partecipanti alla discussione sollevano mai alcuna obiezione o critica contro l'adesione degli altri partecipanti alle premesse a, b, c.

Se nessuno avanza alcuna obiezione o critica contro determinate premesse A, B, C accettate dalla maggioranza ciò mette in pericolo lo svolgersi di una procedura argomentativa razionale? Non necessariamente. Da un lato, se tutti i partecipanti avanzassero effettivamente le critiche e le obiezioni in cui credono la discussione indubbiamente ne guadagnerebbe, nel senso che ciascun partecipante al discorso sarebbe maggiormente indotto a rispondere alle critiche effettivamente avanzate dagli altri. Dall'altro la procedura argomentativa, almeno se si svolge in condizioni ideali od ottimali, prevede che i partecipanti offrano una risposta soddisfacente non soltanto alle obiezioni e ai dubbi effettivamente avanzati dalla comunità (ristretta) cui appartengono, ma anche ai dubbi e alle obiezioni *adducibili* da quella comunità del discorso. In tal senso non è necessario che coloro che realmente partecipano alla discussione, ad esempio in un'aula del Parlamento, avanzino una certa critica, ma è sufficiente che questa critica sia adducibile, cioè che possa essere addotta da qualcuno all'interno della comunità o che sia stata addotta in passato.

In secondo luogo chiediamoci in presenza di quali condizioni è possibile che la maggior parte dei partecipanti ad una discussione facciano un uso strategico dell'argomentazione. Ciò accade esattamente quando la discussione si svolge in condizioni *non razionali*, cioè quando vi è una forte asimmetria di poteri tra i partecipanti al discorso ovvero quando i partecipanti sono continuamente minacciati di una qualche sanzione se non mostrano di avere determinate convinzioni teoriche o normative. Questo è il caso, ad esempio, del giudice traditore dello Stato nazista. Un giudice antinazista che cerca, dove possibile, di assumere decisioni 'giuste' sulla base dei valori liberali in cui crede, pur restando dentro il sistema nazista, sarà costretto a giustificare numerose decisioni giudiziali sulla base di premesse, ad esempio razziste o antisemite, che lui considera inaccettabili, cercando di fornire un'interpretazione di determinate norme che, sebbene di fatto vada a favore degli ebrei o di altre minoranze perseguitate, sia giustificabile sulla base dei medesimi principi nazisti. E tuttavia, argomentare le proprie decisioni in base alle premesse normative condivise dalla maggioranza non è una scelta casuale, ma è una condizione necessaria per mantenere lo status di giudice, se non addirittura per restare in vita.

Due conclusioni. La prima è che se (tutti o la maggior parte de) i partecipanti ad una discussione violano, sistematicamente, la regola della sincerità, ciò vuol dire che essi non stanno partecipando ad un dialogo *razionale*, perché un dialogo che si svolge in presenza di minacce e violenze non ha nulla di razionale. In secondo luogo, condivido l'idea di MacCormick secondo la quale è ragionevole

pensare che un buon numero (se non la maggioranza) di giudici o di funzionari appartenenti ad un sistema giuridico approvi o condivida i valori etico-politici soggiacenti alla norma di riconoscimento e che, dunque, è credibile che solo *una minoranza* (anche significativa) di essi faccia un uso strategico dell'argomentazione, trattandosi di giudici delinquenti o conformisti<sup>129</sup>.

Se è verosimile, oltre che possibile, che una minoranza di giudici e funzionari faccia un uso strategico dell'argomentazione è importante chiedersi che conseguenze avrebbe tutto questo sulla possibilità di articolare un discorso intersoggettivo razionale all'interno della comunità dei giudici. In questo caso abbiamo due possibilità. O l'uso strategico dell'argomentazione è incompatibile con la partecipazione ad un discorso razionale oppure, anche se costoro violano la regola della sincerità, tale violazione non tocca in modo rilevante il valore della procedura argomentativa razionale. Diciamo che il giudice delinquente o quello traditore siano costretti a partecipare ad una procedura argomentativa razionale. Potrebbero continuare ad agire come delinquenti o traditori, cioè giustificare la risoluzione di alcuni casi giurisdizionali sulla base di premesse, regole e principi, comunemente accettati all'interno del sistema e dagli altri giudici, sebbene tali decisioni siano prese sulla base di motivazioni insensate o inaccettabili per la maggioranza di essi?

La risposta è sì, ma solo parzialmente. Perché una procedura argomentativa razionale, anche se si svolge in condizioni ideali e a partire da determinate assunzioni teoriche e normative, ad esempio una determinata teoria della validità delle disposizioni normative, lascia ampi spazi di indeterminatezza. Spazi di indeterminatezza che impediscono molte volte di scoprire se un giudice *crede* sinceramente nella giustificazione da lui offerta in favore del provvedimento giurisdizionale da lui adottato ovvero se sta emanando quel provvedimento per ragioni differenti (ad esempio corruzione, pregiudizi razziali nei confronti del convenuto, ecc...). E tuttavia, la procedura razionale con i suoi vincoli argomentativi non solo può illuminare gli usi strategici dell'argomentazione, ma il valore della procedura medesima non è toccato dalla violazione della *sola* regola della sincerità.

Perché se il giudice è abbastanza abile da costruire una complessa giustificazione, in favore di un singolo provvedimento, senza violare nessuna regola della procedura argomentativa razionale (tranne quella della sincerità s'intende), sebbene la reale motivazione di esso sia tutt'altra, cioè se questi adduce una giustificazione che offra una risposta soddisfacente alle obiezioni e alle critiche addotte o adducibili, critiche volte a far emergere fallacie di ambiguità, trattamenti disuguali ingiustificati, ecc.. allora tutto il *valore* della procedura non viene perduto, perché il giudice avrà effettivamente elaborato un insieme di risposte soddisfacenti alle obiezioni altrui, proprio come avrebbe fatto un giudice sincero e, dunque, avrà dato un importante contributo al discorso intersoggettivo razionale. In tal senso un giudice che fa un uso strategico dell'argomentazione, se rispetta effettivamente

---

<sup>129</sup> Secondo MacCormick il punto di vista del partecipante ipocrita o conformista è *parassitario* rispetto a quello del partecipante 'genuino' che vuole o preferisce un certo modello di condotta. Vedi l'Appendice di N. D. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit. Tale idea è condivisibile, solo se intesa nel senso che è probabile, *dal punto di vista empirico*, che non esisterebbero regole sociali o giuridiche senza alcuni membri del gruppo che condividono il 'punto di vista morale'. Per una discussione approfondita, ed una soluzione, del problema vedi J. C. Bayon, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para l'acción*, cit., pag. 735 e ssgg.

(tutte) le (altre) regole della procedura argomentativa razionale, non ha nulla di diverso, dall'unico punto di vista che conta, cioè quello del rispetto delle regole procedurali, dai giudici sinceri.

Se, invece, il giudice non è sufficientemente abile da costruire un castello di giustificazioni, critiche e risposte alle obiezioni altrui, che sia sufficientemente coerente ed ordinato da poter dissimulare le reali motivazioni dei suoi provvedimenti non c'è modo migliore per scoprirlo che una procedura argomentativa razionale. In tal senso una procedura argomentativa razionale rappresenta l'*unica possibilità* (se ce n'è una) per esplicitare pregiudizi (ad esempio sessuali o razziali) o comunque ragioni, soggiacenti ad una certa decisione giurisdizionale, dissimulate da alcuni giudici perché considerate inaccettabili o insensate dalla maggioranza dei membri della comunità – giuridica e sociale – cui appartengono.

In questa seconda ipotesi l'uso strategico dell'argomentazione risulta incompatibile con la partecipazione ad una discussione razionale, il che appare anche ragionevole. Se Tizio vuole persuadere Caio della bontà di una tesi normativa x sulla base delle premesse normative ritenute da Caio giuste o convincenti, una procedura argomentativa razionale obbligherà Tizio ad applicare a (e mostrare di condividere in) ogni altro caso ed ogni altra discussione con gli altri partecipanti le medesime premesse utilizzate nella discussione con Caio. Da questo punto di vista a me sembra che l'uso strategico dell'argomentazione rappresenti in molti casi l'*antitesi* stessa di una discussione razionale, almeno come è stata da me definita, perché l'uso strategico porta ad elaborare un'argomentazione *ad hoc*, effettuata al fine di persuadere un certo uditorio particolare, che condivide determinate premesse, ad accettare una tesi sulla base di quelle premesse. Uso strategico che funziona solo se il discorso tra i partecipanti non sia realmente trasparente – di modo che ciascuno può utilizzare argomenti differenti, ad hoc, a seconda dell'interlocutore che ha davanti e all'insaputa degli altri – ovvero sia limitato alla risoluzione di un caso o di alcuni casi.

In ultima analisi, ripeto, il fatto che alcuni giudici, partecipanti ad un discorso intersoggettivo razionale, violino la regola della sincerità, facendo un uso strategico dell'argomentazione, mina alla base la *veridicità* di una procedura argomentativa razionale, ma non intacca, paradossalmente, la sua utilità o i suoi scopi. Perché se le (altre) regole procedurali vengono ugualmente rispettate dai giudici insinceri, allora ben poco si perde. Se, invece, l'uso strategico dell'argomentazione conduce alcuni giudici a violare le regole dell'argomentazione razionale ciò rende manifesta l'incompatibilità tra un uso strategico dell'argomentazione e la procedura argomentativa razionale.

Fin qui ho sostenuto due tesi. La prima è che la violazione della regola della sincerità e un uso strategico dell'argomentazione non comportano, nella peggiore delle ipotesi, alcun serio ostacolo alla possibilità di compiere un discorso intersoggettivo razionale, mentre nella migliore sono incompatibili con la partecipazione ad un discorso razionale. La seconda è che il ragionamento giudiziale (e dunque, a fortiori, la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo giudiziale) è, necessariamente, un ragionamento pratico, nel senso debole sopra considerato. Una volta che le questioni preliminari relative alla natura del ragionamento giudiziale, e della giustificazione esterna della premessa maggiore del medesimo, sono state definite analizzerò, nel prossimo paragrafo, quale sia il mo-

dello di giustificazione giudiziale definibile come ‘equilibrio riflessivo ampliato’, quale possa (o debba) essere il ruolo svolto dall’equilibrio riflessivo ampliato nell’argomentazione giudiziale, in particolare nella giustificazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale, cioè se, e per quali ragioni, esso sia un modello adeguato, dal punto di vista descrittivo o normativo, dell’argomentazione giudiziale. Nel capitolo successivo mi occuperò, invece, di analizzare (e applicare al ragionamento giudiziale) la nozione da me elaborata di ‘equilibrio riflessivo ristretto’.

## *2. Il ruolo dell’equilibrio riflessivo ampliato nel ragionamento giudiziale*

Ho definito l’equilibrio riflessivo ‘wide’ o ampliato come un metodo attraverso il quale un individuo costruisce un sistema di regole, principi e teorie di sfondo mutuamente coerente, completo e giustificato in modo ottimale o perfetto, sistema che costituisce il risultato di una procedura argomentativa razionale che ha luogo in condizioni ottimali o in condizioni ideali.

L’equilibrio riflessivo detto ‘narrow’ o ristretto è, invece, il risultato di una procedura argomentativa razionale prodotta in condizioni temporali ed economiche limitate, procedura preordinata, dunque, a tutelare, almeno parzialmente, il valore dell’efficienza della prestazione giuridica, cioè la necessità che alla fine, bene o male, una decisione venga prodotta nei tempi resi necessari dalle circostanze. Ma di esso (e del suo ruolo nell’argomentazione giudiziale) mi occuperò nel capitolo successivo.

Nell’ambito del ragionamento giudiziale, l’uso di un criterio di giustificazione esigente come quello dell’equilibrio riflessivo ampliato imporrebbe, innanzitutto, che la giustificazione esterna della norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale si estenda attraverso tutti i livelli di cui è composto lo schema della giustificazione giudiziale da me delineato nel paragrafo precedente. In altri termini, la ‘giustificazione esterna’ dovrebbe comprendere un insieme di ragioni (ultime) che possano giustificare una concezione del diritto (una dottrina, per esempio, che determini quale autorità, e attraverso quale procedura, è competente a emanare norme valide), che a sua volta giustifichi l’adozione di un determinato principio metodologico dell’interpretazione, cioè una norma che prescriva l’adozione di uno o più argomenti dell’interpretazione tutte le volte che ricorrano le condizioni previste dal principio medesimo.

Qualora, com’è presumibile, il giudice adottasse un principio metodologico che prescriva l’uso, in via principale o subordinata, (di una versione) del metodo sistematico<sup>130</sup>, l’equilibrio riflessivo ampliato imporrebbe che la giustificazione (esterna) contenga un’interpretazione dei principi (impliciti ed espliciti) del diritto

---

<sup>130</sup> Sulla base della tipologia (o versione) di argomento sistematico qui accolta la norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale deve essere coerente con i principi del diritto del sistema giuridico di riferimento. Per un approfondimento della questione vedi l’analisi della nozione di ‘interpretazione sistematica’ effettuata nel § 1 del Cap. II della Seconda Parte.

appartenenti al sistema giuridico di riferimento. Last, but not least, il raggiungimento di un equilibrio ampliato prescriverebbe, ancora, che l'argomentazione del giudice analizzi gli insiemi di ragioni ultime, le concezioni del diritto, le dottrine dell'interpretazione e le interpretazioni dei (e/o le gerarchie assiologiche tra i) principi appartenenti al sistema giuridico alternative a quella adottata dal giudice, rispondendo punto per punto ad ogni obiezione e critica addotta o adducibile dai sostenitori delle concezioni e dottrine avverse. Processo che si conclude con la costruzione di un sistema (giuridico) di regole, principi e valori completo e giustificato in modo ottimale o perfetto, sistema, cioè, che costituisce il risultato di una procedura argomentativa razionale che ha luogo in condizioni ottimali o in condizioni ideali e che dà una risposta a tutti i casi che, dato un insieme di assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità scientifica di riferimento, siano conosciuti o ragionevolmente conoscibili.

Possiamo muovere un'obiezione piuttosto persuasiva all'adozione dell'equilibrio riflessivo ampliato come modello normativo e/o descrittivo della giustificazione giudiziale. Nessun (essere umano e a fortiori nessun) giudice avrebbe risorse temporali ed economiche sufficienti per elaborare argomentazioni di tale estensione, ragion per cui tale metodo di giustificazione risulta del tutto irragionevole come modello normativo dell'argomentazione giudiziale e risulta piuttosto lontano dalle pratiche argomentative e giustificative esistenti presso la giurisprudenza, anche delle Corti Supreme<sup>131</sup>.

Se un criterio di giustificazione come quello dell'equilibrio ampliato risulta 'praticabile' solo in condizioni economiche e temporali ideali o ottimali, ciò non vuol dire che esso sia inutile. Tale modello ci mostra ciò che è implicito o presupposto nel ragionamento giudiziale (e giuridico). Il fatto che una persona (e dunque un giudice) possa rendere esplicito, in condizioni temporali ed economiche limitate, solo parte dell'insieme, della totalità, delle ragioni che giustificano, o possono giustificare, le proprie deliberazioni, non vuol dire che ciò che rimane implicito non esista o non sia importante. L'equilibrio riflessivo ampliato (come ogni modello ideale) ci mostra che ogni giustificazione razionale giudiziale è parte di una totalità, di un mosaico. Ed anche se il giudice può vedere e costruire soltanto *un pezzo* del mosaico alla volta, non significa che il mosaico non esista o che ciò che il giudice sta facendo non possa o non debba essere definito parte del mosaico.

In secondo luogo, il fatto che un criterio di giustificazione come quello dell'equilibrio ampliato risulta impraticabile nel diritto non vuol dire né che una procedura di giustificazione giudiziale fondata sul metodo dell'equilibrio ristretto sia altrettanto irragionevole né che una giustificazione razionale delle decisioni giudiziali sia destinata al fallimento. Al contrario, come vedremo nel prossimo capitolo, quanto sosterrò è che in presenza di risorse temporali ed economiche limitate le attuali comunità di giudici (e giuristi) *possono, e devono*, elaborare giustificazioni razionali se, e solo se, la maggior parte dei giudici (e giuristi) condividono un insieme di assunzioni teoriche e normative di fondo<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Attribuisce il medesimo ruolo all'equilibrio riflessivo ampliato nel ragionamento giudiziale C. Sunstein, *Commentary on Analogical Reasoning*, "Harvard Law Review", 1993.

<sup>132</sup> Tale conclusione è condivisa da molti autori, per esempio, da Aulis Aarnio, Robert Alexy, Aleksander Peczenik, Cass Sunstein, anche se sulla base di ragioni parzialmente differenti. Vedi A.

---

Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987, pag. 210 e ssgg.; C. Sunstein, *Commentary on Analogical Reasoning*, cit.; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, Cap. II e III (che parla di “incompletely theorized judgements”); A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989. Vedi R. Alexy e A. Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, “Ratio Juris”, vol. 3, n° 1 bis March, 1990, pagg. 135-137.

## Cap II. Equilibrio ristretto nel ragionamento giudiziale

### 1. *L'equilibrio ristretto e le teorie (o le dottrine) dell'interpretazione fondate sul metodo sistematico*

Abbiamo analizzato nel capitolo precedente cosa implichi l'uso di un modello di giustificazione fondato sull'equilibrio riflessivo ampliato e per quali ragioni esso *non sia* un modello adeguato, dal punto di vista descrittivo o normativo, dell'argomentazione giudiziale, in particolare delle argomentazioni avanzate dai giudici a sostegno della premessa maggiore del sillogismo giudiziale. Abbiamo anche visto che se un criterio di giustificazione come quello dell'equilibrio ampliato risulta impraticabile nel diritto ciò non vuol dire che una giustificazione razionale delle decisioni giudiziali sia destinata al fallimento né, a fortiori, che una procedura di giustificazione fondata sul metodo dell'equilibrio ristretto debba, necessariamente, essere un modello altrettanto irragionevole.

Al contrario, quanto ho sostenuto è che in presenza di risorse temporali ed economiche limitate le attuali comunità di giudici (e giuristi) *possono, e devono*, elaborare giustificazioni razionali se, e solo se, la maggior parte dei giudici (e giuristi) condividono un insieme di assunzioni teoriche e normative di fondo<sup>133</sup>. Ad esempio, *alcune* assunzioni in merito ai criteri, formali e materiali, di validità delle disposizioni giuridiche, nonché *alcune* proprietà che un principio metodologico dell'interpretazione, intesa in senso lato, dovrebbe avere. Tali assunzioni teoriche e normative sarebbero, nella maggior parte dei casi, assunte come certe, cioè resterebbero implicite nell'argomentazione giudiziale, ovvero, se rese esplicite, non

---

<sup>133</sup> Tale conclusione è condivisa da molti autori, per esempio, da Aulis Aarnio, Robert Alexy, Aleksander Peczenik, Cass Sunstein, anche se sulla base di ragioni parzialmente differenti. Vedi A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987, pag. 210 e ssgg.; C. Sunstein, *Commentary on Analogical Reasoning*, "Harvard Law Review", 1993; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, 1996, Cap. II e III (che parla di "incompletely theorized judgements"); A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1989. Per esempio Robert Alexy e Aleksander Peczenik elaborano la nozione di 'strong support' a questo scopo. "The conception of strong support thus matches the fact there are statements, as for instance norm-statements in legal reasoning which play a special role in justification in a given context". In altri termini, in ogni teoria o struttura giustificativa (sia di carattere descrittivo che normativo) ci sono assunzioni che sono considerate più importanti o certe di altre: tale fenomeno spiega perché una teoria sia organizzata su livelli differenti. "By the way, this is confirmed by the practice of judicial reasoning. For example, when sentencing Charlie for a petty larceny it would be manifestly absurd for a judge to embark on a philosophical discussion of the validity of the penal provision applied, the problem of legal validity in general, the ultimate justification of practical reasoning and so on". Vedi R. Alexy e A. Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, "Ratio Juris", vol. 3, n° 1 bis March, 1990, pagg. 135-137.

sarebbero ulteriormente giustificate<sup>134</sup>. Un'argomentazione giudiziale razionale non dovrebbe coinvolgere, nella maggior parte dei casi, tutti i livelli giustificativi (concezione del diritto, principio metodologico, ecc...) previsti dall'equilibrio riflessivo ampliato e non dovrebbe tenere conto e rispondere a tutte le obiezioni addotte, o che possono essere addotte, ad ogni livello dell'equilibrio ampliato<sup>135</sup> (ad esempio contro le dottrine dell'interpretazione scelte e/o giustificate dagli altri giudici).

In secondo luogo, non credo sia irragionevole pensare che le comunità di giudici (e giuristi) degli Stati Costituzionali occidentali condividano, a grandi linee, non soltanto *alcune assunzioni* in merito ai criteri, formali e materiali, di validità delle disposizioni giuridiche, ma anche, come richiesto da una giustificazione razionale, *alcune proprietà* che un principio metodologico dell'interpretazione dovrebbe avere.

Ora se un principio metodologico, come abbiamo visto, è una norma che prescrive una determinata strategia interpretativa, cioè una gerarchia tra differenti argomenti dell'interpretazione (anche perché spesso un singolo argomento dell'interpretazione non è sufficiente a produrre un unico risultato interpretativo), ritengo sia del tutto *inverosimile* sostenere che nelle comunità giuridiche occidentali la maggioranza dei giudici e degli operatori giuridici condivide *un unico* principio metodologico che offre una gerarchia ben precisa tra tutti gli argomenti dell'interpretazione conosciuti. Basti pensare che in dottrina e in giurisprudenza probabilmente non soltanto non vi è un consenso stabile in ordine a quale gerarchia debba essere imposta tra i vari argomenti dell'interpretazione, ma neppure

---

<sup>134</sup> Vi è, ovviamente, un'altra ragione che spiega perché i giudici ordinari (ma non sempre le Corti Costituzionali), in genere, non discutono razionalmente tutti i livelli di una giustificazione come l'equilibrio ampliato, in particolare i livelli concernenti una concezione del diritto valido e l'insieme delle ragioni (ultime) che possono giustificare quest'ultima. Si tratta di una ragione di carattere ideologico. I giudici hanno l'obbligo di applicare il diritto in quanto membri di un'istituzione giuridica. Se i giudici potessero sempre discutere razionalmente quale teoria etico-politica possa giustificare il loro obbligo di applicare il diritto, ciò significherebbe che essi possono decidere se, e quando, è giusto o sbagliato applicare il diritto medesimo. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pagg. 532 e ssgg.

<sup>135</sup> Enrico Diciotti non condivide tale conclusione. L'autore elabora, infatti, una nozione di 'giustificazione giudiziale razionale' troppo forte, secondo la quale una 'giustificazione razionale giudiziale' ha necessariamente un certo grado di estensione. Per esempio una giustificazione giudiziale razionale deve contenere ed espressamente discutere tutte le obiezioni relative all'adozione di un determinato principio metodologico dell'interpretazione. In aggiunta, Diciotti si mostra piuttosto scettico anche in relazione all'esistenza delle condizioni ideologiche ed empiriche che consentano ai giudici di impegnarsi in un discorso intersoggettivo razionale per risolvere questioni giuridiche, nel senso che, secondo Diciotti, nelle comunità giuridiche degli ordinamenti giuridici occidentali tali condizioni non sussistono e, dunque, prescrivere ai giudici tale fatica 'improba' sarebbe irragionevole. In altri termini, non vi sarebbe un insieme di assunzioni teoriche, empiriche e normative condivise da una larga maggioranza di giudici e giuristi. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 532 e ssgg. Per un approfondimento di tale questione mi permetto di rinviare a G. Maniaci, *I giudici tra interpretazione della legge e discorso razionale*, "Nuovi Studi Politici", XXXI, n° 2, Aprile-Giugno 2001.

una qualche certezza in ordine allo status, al numero e al contenuto degli argomenti medesimi<sup>136</sup>.

Ciò, tuttavia, non è affatto una stranezza. In dottrina e giurisprudenza non vi è un uso consolidato neppure del termine 'principio del diritto', ma ciò non vuol dire che non vi siano alcune assunzioni in merito ai principi largamente condivise<sup>137</sup>. Quanto voglio sostenere è, dunque, che negli Stati Costituzionali occidentali vi è un diffuso consenso *non* su tutte le proprietà che un principio metodologico dell'interpretazione dovrebbe avere, ma soltanto su alcune di esse. In primo luogo, vi è un ampio consenso sul fatto che, al fine di interpretare e integrare le disposizioni normative, il metodo sistematico dell'interpretazione sia un argomento gerarchicamente prioritario rispetto agli argomenti di tipo storico, cioè fondati sulla ricerca dell'intenzione del legislatore storico<sup>138</sup>. In secondo luogo, negli Stati Costituzionali occidentali sarebbe considerata del tutto inaccettabile un'interpretazione di un testo di legge X che faccia riferimento ad un insieme di scopi confliggenti con la ratio ragionevolmente attribuibile al testo di legge X ovvero che facesse riferimento ad un insieme di principi *esterni* al sistema giuridico, ad esempio principi del tutto confliggenti con i principi generali impliciti nel settore giuridico di riferimento o nel sistema nel suo complesso o con i principi costituzionali ad esso appartenenti. L'impossibilità di argomentare sulla base di principi esterni al sistema costituisce, a mio avviso, un limite ben consolidato nelle nostre comunità giuridiche occidentali.

Ora se è vero che negli Stati Costituzionali la maggioranza di giuristi e giudici condivide, più o meno esplicitamente, un principio metodologico che assegna un ruolo fondamentale al metodo teleologico e a quello sistematico, in luogo del metodo storico, il dar vita ad una pratica interpretativa giudiziale razionale non sarebbe un'impresa irragionevole e insensata. Condurre un discorso intersoggettivo razionale, in presenza di limitazioni temporali ed economiche, quali vi sono nell'ambito del ragionamento giudiziale, sarebbe piuttosto difficile se non vi fosse un accordo di massima su alcuni dei criteri di validità dei testi normativi e su alcune proprietà che un principio metodologico dovrebbe avere, accordo che dipende, ovviamente, da un insieme di valori e principi di sfondo relativi alle finalità del diritto e della legge, accordo che, in astratto, non è affatto scontato che vi sia, ma che in concreto potrebbe effettivamente sussistere.

L'affermazione secondo la quale la maggioranza di giudici e giuristi degli Stati Costituzionali *condivide*, anche implicitamente, un principio metodologico dell'interpretazione imperniato sul metodo teleologico e sistematico potrebbe essere giudicata, alla luce di molte sentenze, totalmente inverosimile. In realtà la sua validità dipende da come si interpretano i discorsi con cui i giudici giustificano le tesi interpretative avanzate. Diciotti, ad esempio, rileva correttamente che molte argomentazioni dei giudici sono talmente indeterminate, o peggio confuse, da

---

<sup>136</sup> Sull'assenza di una teoria condivisa che imponga una gerarchia determinata tra tutti gli argomenti dell'interpretazione vedi anche R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, cit., pag. 195.

<sup>137</sup> Vedi più avanti i § 2. e 2.3. di questo capitolo.

<sup>138</sup> Elemento di consenso rilevato, peraltro, dallo stesso Diciotti. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 553.

rendere impossibile la ricostruzione di un principio metodologico soggiacente, indeterminatezza spesso derivante dalla tendenza dei giudici ad utilizzare, nella stessa motivazione, o in motivazioni contenute in sentenze differenti, argomenti dell'interpretazione riconducibili a metodi e concezioni della legge e del diritto differenti. E tuttavia la spiegazione di ciò è, a mio avviso, piuttosto semplice, ed è stata già individuata da Diciotti, anche se l'autore non la ritiene del tutto persuasiva.

Il fatto che i giudici tendano a fondare l'argomentazione giudiziale, oltre che su argomenti che fanno leva sul metodo teleologico e sistematico, su argomenti differenti, come ad esempio l'argomento a contrario o l'argomento dell'intenzione del legislatore, altro non è se non espressione di una sorta di *tic linguistico* dell'interprete, determinato dal tentativo continuo di mostrarsi osservanti di una dottrina dell'interpretazione giuridica più formalista di quanto effettivamente non sia la dottrina da loro condivisa e applicata<sup>139</sup>. In altri termini, poiché il metodo teleologico e quello sistematico attribuiscono una maggiore discrezionalità all'interprete, e, dunque, implicano una maggiore permeabilità del diritto ad opera dei giudizi di valore del giudice, questi tenderebbe a mascherarne la reale portata, attraverso il ricorso ad argomenti e metodi riconducibili all'intenzione del legislatore, ricorso che non è, necessariamente, espressione di un dissenso metodologico sostanziale.

In ultima analisi, voglio ribadire che sebbene sia ragionevole pensare che la maggioranza di giudici e giuristi degli Stati costituzionali occidentali condividano, sebbene spesso implicitamente e a grandi linee, un principio metodologico che prescrive di interpretare e integrare le disposizioni normative sulla base del metodo sistematico, in luogo di quello storico, ciò non vuol dire che non vi siano aspri dissensi in relazione ad altre caratteristiche che tale principio metodologico dovrebbe avere.

Come vedremo in seguito, maggiore dissenso esiste relativamente al carattere formalista o antiformalista che tale principio metodologico dell'interpretazione dovrebbe avere. Secondo una dottrina dell'interpretazione, fondata su una determinata versione del metodo sistematico, di carattere *formalista* l'interprete dovrebbe usare l'argomento della conformità ai principi del diritto soltanto al fine di scegliere uno dei possibili significati che un determinato testo normativo può avere ovvero per colmare le lacune o risolvere le antinomie di secondo grado, quando, cioè, i tradizionali criteri, il cronologico, il gerarchico e quello di specialità, entrano in conflitto tra loro o non sono utilizzabili. Nel caso di una dottrina formalista il significato letterale o convenzionale dei termini contenuti nell'enunciato normativo impone un vincolo che l'argomento sistematico (vedremo adesso cosa debba intendersi con tale espressione) non può superare.

Una dottrina dell'interpretazione fondata su una determinata versione del metodo sistematico che sia (moderatamente) *antiformalista* consente, invece, ad un giudice di attribuire ad un testo giuridico, sulla base dell'argomento della conformità dei principi del diritto, un significato anche (ma solo parzialmente) contrastante con l'insieme dei possibili significati che quel testo può avere. Cioè consente ad un giudice di utilizzare l'argomento dissociativo ben al di là dei limiti che l'interpretazione impone, attribuendogli il potere di modificare, almeno parzial-

---

<sup>139</sup> Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 551.

mente, l'ambito di applicazione che una disposizione normativa avrebbe tenuto conto delle regole semantiche della lingua e delle successive ridefinizioni operate da giudici e giuristi.

Fin qui ho sostenuto due tesi, in realtà indipendenti l'una dall'altra. La prima è che in presenza di risorse temporali ed economiche limitate le attuali comunità di giudici (e giuristi) *possono, e devono*, elaborare giustificazioni razionali se, e solo se, la maggior parte dei giudici (e giuristi) condividono un insieme di assunzioni teoriche e normative di fondo. La seconda è che negli Stati Costituzionali occidentali vi sarebbero le condizioni per il prodursi di una giustificazione razionale delle decisioni giudiziali. È giunto, tuttavia, il momento di affrontare la questione cui rinvia il senso di questo capitolo, cioè quale sia il modello di giustificazione giudiziale definibile come 'equilibrio riflessivo ristretto', quale possa (o debba) essere il ruolo svolto dall'equilibrio riflessivo ristretto nell'argomentazione giudiziale, in particolare nella giustificazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale, cioè se, e per quali ragioni, esso sia un modello adeguato, dal punto di vista descrittivo o normativo, dell'argomentazione giudiziale.

In tal senso, interpreterò il (e valuterò l'adeguatezza del) modello dell'equilibrio ristretto sia dal punto di vista descrittivo, cioè la sua validità come *teoria* dell'interpretazione giudiziale, sia dal punto di vista normativo, cioè la sua validità come *dottrina* dell'interpretazione giudiziale<sup>140</sup>. Per questa ragione parlerò, di volta in volta, del modello dell'equilibrio ristretto come di una teoria dell'interpretazione, o come di una dottrina, o come di entrambe le cose (una teoria o una dottrina). Il modello concettuale resta, infatti, il medesimo. Soltanto che nel caso di una 'teoria dell'interpretazione fondata sull'equilibrio ristretto' si tratta di un modello che aspira a descrivere (vedremo con quale successo) gli argomenti dell'interpretazione effettivamente adottati dai giudici, mentre nel caso di una 'dottrina' si tratta di un modello che aspira a prescrivere quali argomenti i giudici devono, o meno, utilizzare.

Quanto sosterrò è, da un lato, che il modello di giustificazione giudiziale definibile come 'equilibrio riflessivo ristretto' rappresenta un caso particolare di una 'giustificazione razionale giudiziale condotta in condizioni limitate'. Il che è perfettamente coerente con il fatto che il metodo dell'equilibrio riflessivo (ampliato e ristretto) fa parte di una famiglia di teorie della giustificazione pratica che condividono, ma che interpretano in modo differente, un'assunzione comune, secondo la quale norme e giudizi di valore devono essere 'razionalmente giustificati' ovvero 'oggettivamente fondati'. Dall'altro lato, interpreterò la nozione di 'equilibrio riflessivo ristretto' come un modello che offre una particolare concezione di una dottrina (o di una teoria) dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico.

---

<sup>140</sup> La differenza tra *teorie* e *dottrine* (ad esempio dell'interpretazione giudiziale) è molto nota e costituisce un'applicazione della dicotomia 'discorsi di carattere descrittivo/discorsi di carattere normativo o prescrittivo'. Vedi R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, pag. 110-113 ed E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 222 e la letteratura ivi citata. La necessità di distinguere i due tipi di discorso non implica accettare la tesi secondo la quale i discorsi di carattere descrittivo aventi ad oggetto fatti umani, ad esempio credenze o atteggiamenti valutativi, hanno, necessariamente, un carattere *avalutativo*. Su tali questioni vedi quanto da me sostenuto, e la letteratura citata, nel § 3.2 del Cap. II della Prima Parte.

Il modello di giustificazione giudiziale fondato sull'equilibrio riflessivo ristretto' consente, dunque, al giudice, al contrario dell'equilibrio ampliato, di non esplicitare, né giustificare, alcune premesse normative del suo ragionamento, ad esempio che 'Una disposizione normativa emanata dal parlamento conformemente alle norme sulla produzione delle leggi, e non ancora dichiarata incostituzionale dal giudice delle leggi, è valida e deve essere applicata'. Tali premesse restano implicite nella sua argomentazione o, se rese esplicite, non vengono ulteriormente giustificate in quanto sono considerate ragionevoli e assunte come certe. Il cerchio all'interno del quale si articola la giustificazione è, dunque, meno ampio di quanto sarebbe se giudici e giuristi appartenenti ad una comunità giuridica determinata si dilungassero in giustificazioni onnicomprensive come quelle richieste dall'equilibrio ampliato.

Per comprendere più attentamente il rapporto tra equilibrio riflessivo ristretto e le teorie (o le dottrine) dell'interpretazione fondate sul metodo sistematico è opportuno chiarire cosa si intenda comunemente, nonché cosa si intenderà in questo lavoro, per 'metodo sistematico' e cosa per 'interpretazione'. Nell'ambito del ragionamento giuridico il termine 'interpretazione fondata sul metodo sistematico', o 'interpretazione sistematica', è utilizzato per riferirsi a metodi e tecniche interpretative piuttosto differenti le une dalle altre.

In senso lato possiamo dire, con Guastini, che interpretazione sistematica è ogni interpretazione che mostri di desumere il significato di una disposizione dalla sua collocazione nel 'sistema' del diritto. In pratica si fa interpretazione sistematica ogniqualvolta per decidere il significato di una disposizione, non si guarda alla disposizione stessa isolatamente presa, ma si guarda al contesto in cui è collocata. Ora il contesto o il sistema cui si fa riferimento può essere più o meno esteso e può coincidere con gli altri commi di un medesimo articolo, con gli altri articoli di una stessa legge oppure con la totalità delle disposizioni che compongono un ordinamento giuridico<sup>141</sup>.

In tal senso differenti tecniche interpretative possono essere ricondotte all'interno del sintagma 'interpretazione sistematica'. Senza pretesa di completezza posso citare:

a) un argomento interpretativo che viene in genere ricondotto all'interno della categoria dell'interpretazione sistematica è l'*argomento della costanza terminologica*: con esso viene attribuito ad un termine contenuto in un enunciato legislativo lo stesso significato che il medesimo termine assume in altri enunciati contenuti in altri documenti legislativi relativi alla stessa branca del diritto (diritto civile, penale, ecc...) o perfino in tutti i documenti di un determinato sistema giuridico. Argomenta in tal modo chi ritiene, ad esempio, che il sintagma 'danno morale' debba avere lo stesso significato in tutti gli enunciati legislativi in cui ricorre. L'idea di fondo sarebbe una variante della concezione del legislatore razionale, un legislatore, cioè, che impiega un termine, almeno all'interno del medesimo documento legislativo o dello stesso settore giuridico, sempre con lo stesso significato, in virtù di un controllo assoluto e capillare sulla redazione dei testi legislativi.

---

<sup>141</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 378.

b) un secondo argomento che viene sussunto tra le tecniche interpretative note come 'interpretazione sistematica' è *l'argomento topografico* o della 'sedes materiae', con il quale viene attribuito agli enunciati legislativi un significato adeguato alla loro collocazione all'interno dei capi e delle sezioni di un codice o di altro documento legislativo<sup>142</sup>.

c) un terzo argomento è *l'argomento della coerenza del dettato legislativo* con il quale ad un certo enunciato *non viene* attribuito un determinato significato se esso esprime una norma incompatibile con le altre disposizioni del medesimo documento normativo. Questo argomento può condurre a risultati opposti rispetto all'argomento della costanza terminologica in quanto il significato da attribuire all'enunciato viene ristretto o ampliato in relazione al contesto in cui è inserito. Ciò vuol dire che lo stesso termine, se inserito in due documenti normativi differenti, può assumere un significato diverso.

d) un quarto argomento che viene tradizionalmente collocato tra le tecniche sistematiche dell'interpretazione è *l'argomento sistematico-concettuale* con il quale ad un enunciato legislativo viene attribuito un significato conforme al sistema dei concetti e delle categorie elaborate dalla dogmatica.

e) Infine vengono ricondotte all'interpretazione sistematica tutte quelle interpretazioni di un testo di legge coerenti con l'insieme dei principi del diritto – ad esempio i principi costituzionali o i principi impliciti nella branca del diritto cui appartiene la disposizione da interpretare o nel sistema nel suo complesso.

Come risulta evidente è facile instaurare un legame piuttosto stretto tra i differenti argomenti dell'interpretazione riconducibili al metodo sistematico e l'equilibrio riflessivo come metodo di giustificazione di norme. In entrambi i casi l'insieme delle ragioni avanzate dal giudice al fine di giustificare una determinata soluzione interpretativa hanno natura olistica e dipendono dall'insieme delle relazioni di coerenza che una norma, intesa come possibile significato di un testo legislativo, assume, ad esempio, nei confronti di altre norme espressione di enunciati appartenenti al medesimo documento normativo (ad esempio un codice) oppure nei confronti di altre norme che assumono una particolare rilevanza nel sistema cui questa appartiene, i principi. In altri termini, la scelta del significato da attribuire ad un testo dipende dal considerarlo come parte di una totalità, (ritenuta) omogenea e coerente, con la quale questi deve armonizzarsi.

Sebbene quanto detto sia vero ritengo preferibile limitare il concetto di 'interpretazione sistematica' all'uso dell'argomento della conformità ai principi del diritto e ciò per due ragioni piuttosto semplici. In primo luogo, gli argomenti comunemente qualificati come 'sistematici' sono piuttosto eterogenei l'uno dall'altro, ciò in quanto il sistema o la totalità di cui l'enunciato si considera parte non ha la medesima natura al mutare dei differenti argomenti che tradizionalmente si considerano di carattere sistematico<sup>143</sup>. Rielaborando una distinzione operata da Diciotti

<sup>142</sup> Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 311 e R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pag. 379.

<sup>143</sup> Per una riflessione analoga e per una ricostruzione attenta dei caratteri peculiari che distinguono le differenti tipologie di 'argomenti sistematici' vedi V. Velluzzi, *Sui rapporti tra l'interpretazione sistematica della legge e gli atti giuridici: brevi note intorno al contratto, al testamento, all'atto amministrativo ed alla sentenza*, "Studi Senesi", 2001.

possiamo dire che alcuni argomenti, ad esempio quello della coerenza del dettato legislativo e quello topografico, qualificano e interpretano un determinato enunciato come parte di un testo più ampio, ad esempio una legge, e possono per tale ragione denominarsi ‘argomenti testuali’, mentre gli altri argomenti, quello sistematico-concettuale e quello della conformità ai principi del diritto, sono definibili come veri e propri ‘argomenti sistematici’.

L’uso degli argomenti denominati testuali<sup>144</sup> presuppone, come vedremo in seguito, una teoria del significato assolutamente condivisibile secondo la quale il senso degli enunciati dipende, necessariamente, non soltanto dalle relazioni che esso intrattiene con gli altri enunciati che si considerano parte del medesimo testo – il contesto linguistico – ma anche dalla funzione che è ovvio o ragionevole ritenere che essi svolgano – il contesto extra-linguistico. Tale fattore sistematico ha una funzione selettiva perché vincola l’interprete a scegliere tra un numero più ristretto di interpretazioni possibili rispetto al maggior numero di interpretazioni cui le singole parole di una disposizione, qualora fossero esaminate indipendentemente dal loro contesto, darebbero adito<sup>145</sup>. In tal senso l’argomento della coerenza del dettato legislativo e l’argomento topografico farebbero parte di un insieme di canoni dell’interpretazione in larga misura condivisi dagli interpreti degli Stati costituzionali occidentali che determinano l’ambito dei possibili significati che, nella comunità dei giuristi, si ritiene si possano ragionevolmente attribuire ad un enunciato giuridico.

Riconoscere l’esistenza di una cornice, di matrice kelseniana, al di là della quale può dirsi che l’interprete *non sceglie* tra i possibili significati di un enunciato normativo, ma crea delle norme non riconducibili a nessuno dei significati preesistenti (di quell’enunciato s’intende), è funzionale non tanto a definire in che senso una teoria (o una dottrina) dell’interpretazione sia *sistematica*, quanto a determinare i confini incerti tra interpretazione e integrazione delle disposizioni normative, cioè la differenza tra argomenti interpretativi e argomenti integrativi degli enunciati giuridici validi<sup>146</sup>.

Se, dunque, accettiamo che gli argomenti c.d. testuali<sup>147</sup> facciano parte di un insieme di canoni dell’interpretazione in larga misura condivisi dagli interpreti degli

---

<sup>144</sup> L’idea di fondo che sta alla base degli argomenti testuali è che ciò che fa di un complesso di enunciati un ‘testo’ è la coerenza o la coesione dei medesimi, nella misura in cui ‘un testo’ consiste, appunto, in una sequenza di enunciati tale che il significato di ogni enunciato dipende dal significato della sequenza. Mentre l’assenza di contraddizioni all’interno di un testo è una proprietà auspicabile, ma tutto sommato accidentale, la coesione o la coerenza interna di un insieme di enunciati è la ‘quidditas’ stessa dei testi, la condizione costitutiva della loro identità, ciò che li rende un’unità semiotica autosufficiente e distinta dalle altre, cioè un determinato tipo di testo, (romanzo o opera lirica) piuttosto che un altro. Per tali riflessioni sul concetto di coerenza testuale vedi M. E. Conte, *Coerenza testuale*, “Lingua e Stile”, 15, 1980; M. E. Conte, *Coerenza, interpretazione e reinterpretazione*, “Lingua e Stile”, 21, 1986 e A. Pintore, *Il diritto senza verità*, cit., pag. 153-155 e la letteratura ivi citata.

<sup>145</sup> C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 233.

<sup>146</sup> Per un’analisi più approfondita delle problematiche inerenti la distinzione interpretazione/integrazione vedi il § 3 di questo capitolo.

<sup>147</sup> Credo che tra gli argomenti testuali largamente condivisi tra gli interpreti delle comunità degli Stati costituzionali non vi sia l’argomento della costanza terminologica.

Stati costituzionali occidentali, allora è corretto sostenere che *la specificità* di una dottrina dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico stia nel prescrivere l'uso degli argomenti che abbiamo denominato sistematici, cioè l'argomento sistematico-concettuale e l'argomento della conformità ai principi del diritto, e non anche l'uso degli argomenti testuali, che sono, o potrebbero essere, patrimonio anche di dottrine dell'interpretazione non fondate sul metodo sistematico.

In secondo luogo, definirò come 'fondata sul metodo sistematico' una dottrina che prescrive l'uso dell'argomento della conformità ai principi del diritto, escludendo dall'ambito estensionale del termine l'argomento tradizionalmente inteso come sistematico-concettuale. Sebbene ritenga che l'argomento sistematico-concettuale abbia molti punti in comune con l'argomento della conformità ai principi del diritto, nel senso che le costruzioni dogmatiche della dottrina non sono categorie elaborate e *calate dall'esterno* nel sistema delle leggi dai giuristi né i principi sono norme più generali ricavate meccanicamente, in maniera induttiva, dall'interno del sistema giuridico<sup>148</sup>, vi sono, verosimilmente, alcune differenze rilevanti che non consentono un'equiparazione tra i due argomenti.

In tal senso, la definizione da me utilizzata di 'interpretazione sistematica' o di (teorie o dottrine fondate sul) 'metodo sistematico' non è né una registrazione passiva, in chiave puramente descrittiva, del modo in cui giuristi e giudici usano il termine 'interpretazione sistematica' né adotta, stipulativamente, un significato totalmente contrastante con gli usi esistenti. La mia sarà, piuttosto, una definizione esplicativa, che seleziona un determinato uso del sintagma 'interpretazione sistematica' tra quelli esistenti. Tale definizione sarà semplicemente funzionale al discorso sviluppato in questo lavoro, cioè mostrare le analogie tra la nozione di equilibrio riflessivo ristretto e quella di interpretazione orientata dall'argomento della conformità ai principi del diritto. In tal senso non sosterrò che i giuristi dovrebbero, d'ora in poi, intendere l'espressione 'interpretazione sistematica' o 'metodo sistematico' in modo da escludere l'argomento sistematico-concettuale ovvero che la definizione da me adottata, che come vedremo è volutamente piuttosto ampia, sia la definizione esplicativa *in assoluto* più feconda.

Infine, mi sembra importante effettuare due precisazioni, di un certo rilievo peraltro. D'ora in poi quando parlerò di interpretazione o di integrazione di 'enunciati *normativi*' o di 'disposizioni *normative* valide', intenderò il termine 'enunciato normativo' o 'disposizione normativa' per riferirmi agli enunciati prevalentemente di origine legislativa, escludendo le disposizioni costituzionali. Se, infatti, includessimo queste ultime nella nozione di 'enunciato normativo' la definizione che darò di 'interpretazione sistematica' non avrebbe molto senso. In secondo luogo, abbiamo già delineato, brevemente nel capitolo precedente, la differenza tra interpretazione e integrazione, ma soprattutto la nozione di 'interpretazione in senso lato', sulla quale dunque non mi soffermerò in questo capitolo. In tal senso, d'ora in poi quando parlerò *sic et simpliciter*, senza ulteriori specificazioni, di 'interpretazione sistematica' o di 'interpretazione di disposizioni giuridiche valide' è all'interpretazione lato sensu che farò riferimento. Viceversa, è ovvio che quando

---

<sup>148</sup> Sulle relazioni tra l'argomento sistematico-concettuale e l'argomento della conformità ai principi del diritto vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 311. Sul concetto di 'principio del diritto' e sulla costruzione dei principi impliciti vedi oltre i § 2.3 e 2.4.

parlerò di ‘interpretazione e integrazione delle disposizioni normative’ userò il termine ‘interpretazione’ in senso stretto, salve, in ogni caso, le possibili precisazioni.

Se, dunque, intendiamo il termine ‘interpretazione’ in senso lato possiamo dire che una teoria (o una dottrina) dell’interpretazione fondata sul metodo sistematico implica che i giudici giustificano (o devono giustificare) la norma, che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale, sulla base dell’argomento della conformità ai principi del diritto, secondo il quale i giudici adottano (o devono adottare), quale premessa maggiore del sillogismo giudiziale, una norma che sia coerente con i principi del diritto, sia che tale norma sia il risultato di un’attività interpretativa in senso stretto sia che sia il risultato di un’attività integrativa di disposizioni normative valide.

Tale definizione potrebbe essere considerata insoddisfacente dal solo punto di vista che sembra rilevante in una *teoria* o in una *dottrina* dell’interpretazione. Una dottrina, ad esempio, dell’interpretazione dovrebbe imporre una gerarchia tra differenti argomenti dell’interpretazione, cioè stabilire, per la risoluzione giudiziale dei casi concreti, quale argomento dovrebbe essere usato in luogo di altri e per quale ragione. Questa definizione non sembra far nulla di tutto ciò. Sulla base della mia definizione non è detto, ad esempio, se l’argomento della conformità ai principi del diritto dovrebbe essere usato in via principale, cioè prima, e a preferenza, di altri argomenti dell’interpretazione rilevanti ovvero se esso debba essere utilizzato in via subordinata, cioè quando gli altri argomenti dell’interpretazione non abbiano prodotto alcun risultato determinato in relazione al caso da decidere. Ciò è solo parzialmente vero. È vero, innanzitutto, che tale definizione lascia del tutto indeterminato se l’argomento della conformità ai principi del diritto debba essere (o venga) utilizzato in via principale o subordinata a quello storico. Possiamo, infatti, distinguere due varianti, due concezioni di una dottrina (o di una teoria) dell’interpretazione fondata sul metodo sistematico, una ‘pura’ o perfetta ed una ‘impura’ o imperfetta.

Sulla base della versione ‘pura’ le disposizioni normative valide devono essere interpretate e integrate, in via principale, sulla base dell’argomento della conformità ai principi del diritto, che viene, dunque, considerato gerarchicamente superiore, ad esempio, all’argomento storico. E tale concezione è, possiamo dire, quella tradizionale o genuinamente sistematica. Sulla base della versione ‘impura’ le disposizioni normative valide devono essere interpretate e integrate, in via subordinata, sulla base dell’argomento della conformità ai principi del diritto, cioè quando l’argomento storico o genetico, che fa riferimento alla volontà del legislatore storico, non abbia prodotto alcun risultato determinato in relazione al caso da decidere. In questo caso l’argomento della conformità ai principi del diritto viene considerato gerarchicamente inferiore all’argomento storico. Tale concezione è, possiamo dire, una concezione sistematica spuria.

Non è vero, invece, che tale definizione sia praticamente vuota. Innanzitutto essa esclude la possibilità di giustificare la risoluzione di un caso sulla base di una regola coerente con principi (moralmente) *esterni* al sistema giuridico. In secondo luogo, è piuttosto raro che il ricorso alla volontà del legislatore storico determini, in modo univoco, un qualche risultato interpretativo, mentre facilmente esso si trasforma in un argomento teleologico, parente stretto di quello sistematico.

In terzo luogo tale definizione presuppone l'idea che l'argomento della conformità ai principi del diritto sia sempre gerarchicamente subordinato all'argomento semantico o del significato letterale. Superiorità dell'argomento semantico che può essere totale, o forte, ovvero parziale o debole. Come ho già detto, infatti, una dottrina (o una teoria) dell'interpretazione sistematica così definita può avere altre due varianti: una che possiamo chiamare formalista, ed un'altra che possiamo chiamare (moderatamente) antiformalista, in omaggio alle due tradizionali teorie dell'interpretazione. Secondo una dottrina (o una teoria) dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico e di carattere *formalista* l'interprete dovrebbe usare (o usa) l'argomento della conformità ai principi del diritto soltanto al fine di scegliere uno dei possibili significati che quel testo può avere ovvero per colmare le lacune o risolvere le antinomie di secondo grado, quando, cioè, i tradizionali criteri, il cronologico, il gerarchico e quello di specialità, entrano in conflitto tra loro o non sono utilizzabili. In questo caso il significato letterale o convenzionale dei termini contenuto nell'enunciato normativo impone un vincolo che l'argomento sistematico, come da me inteso, non può superare.

Una dottrina (o una teoria) dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico che sia (moderatamente) *antiformalista* consente, invece, ad un giudice di attribuire ad un testo giuridico, sulla base dell'argomento della conformità ai principi del diritto, un significato anche (ma solo parzialmente) contrastante con l'insieme dei possibili significati che quel testo può avere. In questo caso il giudice può utilizzare l'argomento dissociativo al di là dei limiti che l'interpretazione, in senso stretto, impone, ma non può disapplicare in toto una disposizione normativa valida<sup>149</sup>.

In tal senso d'ora in poi intenderò il termine 'teoria (o dottrina) dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico' sulla base della definizione, piuttosto vaga, fornita all'inizio. Resta da chiarire in che senso, e per quale ragione, il raggiungimento di una forma di equilibrio riflessivo ristretto possa intendersi come una particolare interpretazione del concetto di 'teoria (o dottrina) dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico'.

Una teoria (o una dottrina) fondata sul metodo sistematico prevede che il giudice interpreti e integri (o impone che questi debba interpretare o integrare) le disposizioni normative esistenti sulla base dell'argomento della conformità ai principi del diritto, cioè che adotti, quale premessa maggiore del sillogismo giudiziale, una norma, risultato di un'attività interpretativa di disposizioni esistenti ovvero di un'attività diretta a colmare le lacune o a risolvere le antinomie, che sia coerente con i principi del diritto esistenti nel sistema.

Cosa richiede il metodo dell'equilibrio riflessivo ristretto? Abbiamo individuato *due sensi* in cui è possibile usare la nozione di 'equilibrio riflessivo ristretto'. In un *primo senso*, possiamo dire che due o più principi 'prima facie' confliggenti tra loro<sup>150</sup>, oppure due o più principi confliggenti tra loro e un insieme di regole (sussu-

<sup>149</sup> Sulle teorie dell'interpretazione formaliste e antiformaliste vedi oltre il § 3.3.

<sup>150</sup> Per principi 'prima facie' confliggenti tra loro intendo due principi tra i quali sussiste *non* un'antinomia totale-totale, ma un'antinomia totale-parziale o parziale-parziale. Si ha un'antinomia totale-parziale quando l'insieme dei casi disciplinati da una delle norme rappresenta un sottoinsieme della classe di casi disciplinati dall'altra norma. Si ha un'antinomia parziale-parziale quando "ognuna delle due norme ha un campo di applicazione in cui viene in conflitto con l'altra, ma possiede anche un'ulteriore campo di applicazione in cui non sorge conflitto", così, ad esem-

mibili all'interno di entrambi i principi<sup>151</sup>), sono mutuamente bilanciati o aggiustati in equilibrio riflessivo ristretto quando un soggetto individua l'insieme delle gerarchie assiologiche che determinano la prevalenza di un principio sull'altro in relazione a *tutti* i casi di antinomie tra i principi individuati (s'intende tutti i casi che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, siano conosciuti o ragionevolmente conoscibili) e quando l'argomentazione che giustifica le circostanze in presenza delle quali un principio prevale sull'altro sia parte di un discorso intersoggettivo razionale, seppure condotto in condizioni limitate.

In un *secondo senso*, ho sostenuto che un insieme di regole ed un principio (o un insieme di principi) sono mutuamente aggiustati in equilibrio riflessivo ristretto quando un soggetto ricostruisce l'insieme delle regole individuate come istanza e realizzazione di quel principio (o di quei principi) e individua, analogicamente, altre regole, cioè altri casi generici analoghi, che rientrano nell'ambito estensionale del principio individuato (o dei principi individuati), di modo che il contenuto delle regole viene precisato, modificato attraverso quel principio (o quei principi) e il contenuto di quel principio (o di quei principi) viene determinato, modificato attraverso le regole e le sue proiezioni analogiche fino a quando si raggiunge un risultato ben preciso: il soggetto individua una soluzione normativa per tutti i casi (s'intende tutti i casi che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, siano conosciuti o ragionevolmente conoscibili) che fanno parte dell'ambito di applicazione di quel principio (o di quei principi). Anche qui perché possa parlarsi di 'equilibrio ristretto' è necessario che l'argomentazione che giustifica il mutuo aggiustamento faccia parte di un discorso intersoggettivo razionale condotto in condizioni limitate. In entrambe le ipotesi l'equilibrio ristretto crea come un sotto-sistema di un sistema (morale o giuridico) più ampio che, tuttavia, non viene esplicitato in presenza di condizioni temporali limitate.

E dunque, una teoria (o una dottrina) dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico e orientata al raggiungimento di un equilibrio ristretto implica che la giustificazione esterna della norma posta come premessa maggiore del sillogismo giudiziale inizi con l'individuazione di un insieme di regole giuridiche valide applicabili, prima facie o analogicamente, al caso concreto da decidere, e continui con la ricostruzione dei principi del diritto (ad esempio i principi costituzionali espressi o i principi, espliciti o impliciti, che rappresentano la ratio soggiacente a tali regole) applicabili al caso da decidere, di modo che, in un processo di mutuo aggiustamento, il contenuto delle regole giuridiche individuate sia precisato, modificato o integrato sulla base dei principi del diritto, non importa se espliciti o impliciti, applicabili, ed il contenuto dei principi sia, a sua volta, precisato sulla base delle regole medesime. Processo di ricostruzione dei principi del diritto applicabili che spesso lascia emergere differenti principi in conflitto tra loro.

---

pio, tra il principio che tutela la libertà di espressione e il principio che tutela il diritto all'onore. Vedi A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, trad. it. di G. Gavazzi (*On Law and Justice*, Steven & Sons Ltd, London, 1958), pag. 122-123 (da cui proviene la citazione) e N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pagg. 213-217.

<sup>151</sup> Se le 'regole' sono sussumibili all'interno di entrambi i principi ciò vuol dire che rappresentano dei casi (generici) di antinomie tra di essi, cioè fanno parte del campo di applicazione in cui sorge conflitto tra i due principi.

Ciò accade in quanto determinate regole o istituti sono per lo più il risultato del contemperamento o del bilanciamento tra principi confliggenti tra loro, di modo che nell'estrarre da un qualunque gruppo di norme due o più principi si scoprirà che spesso si presentano ai nostri occhi principi contrapposti. Per questa ragione si dice che i principi vanno (quasi) sempre in coppia<sup>152</sup>.

Qualora emergano differenti principi del diritto 'prima facie' confliggenti tra loro il raggiungimento di un equilibrio ristretto prevederebbe, nel *primo senso* da me considerato, che tale processo di mutuo aggiustamento culmini in un *bilanciamento categoriale* tra i differenti principi del diritto individuati, cioè un bilanciamento che stabilisca l'insieme delle gerarchie assiologiche che determinano la prevalenza di un principio sull'altro per *tutti* i casi di antinomie tra i principi in competizione (s'intende tutti casi che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, siano conosciuti o ragionevolmente conoscibili), di modo che l'insieme delle regole giuridiche e i principi del diritto rilevanti in relazione al caso concreto da decidere (principi che, nella quasi totalità dei casi, rappresentano una possibile giustificazione di quelle regole o di altre regole appartenenti al medesimo settore normativo) siano perfettamente bilanciati o aggiustati fino a raggiungere una forma di equilibrio ristretto. Equilibrio riflessivo che viene raggiunto se, e solo se, il bilanciamento o il mutuo aggiustamento risulta 'razionalmente giustificato' o 'oggettivamente fondato', cioè se è parte di un discorso intersoggettivo razionale.

Il raggiungimento di un equilibrio ristretto prevederebbe, invece, nel *secondo senso* da me considerato, che tale processo di mutuo aggiustamento raggiunga un risultato ben preciso: l'individuazione di una soluzione normativa per *tutti* i casi (s'intende tutti i casi che, date le assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità del discorso, siano conosciuti o ragionevolmente conoscibili) che fanno parte dell'ambito di applicazione dei principi del diritto individuati, di modo che l'insieme delle regole giuridiche e i principi del diritto rilevanti in relazione al caso concreto da decidere siano perfettamente aggiustati fino a raggiungere una forma di equilibrio ristretto. Equilibrio riflessivo che viene raggiunto se, e solo se, il mutuo aggiustamento risulta 'razionalmente giustificato' o 'oggettivamente fondato', cioè se è parte di un discorso intersoggettivo razionale.

Una teoria (o una dottrina) dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico e orientata al raggiungimento dell'equilibrio ristretto porta alle estreme conseguenze un'idea implicita nel metodo sistematico, e sapientemente illuminata da Diciotti. "L'uso del metodo sistematico tende a sganciare la legge dalla sua componente meramente testuale...rendendola un sistema tendenzialmente, ma mai perfettamente, armonico di regole e principi. Un sistema armonico, in questo senso, è un sistema dove le regole sono fondate su vari principi, che a loro volta possono essere fondati su altri principi più generali coerenti; un sistema che costituisce il risultato di continui aggiustamenti con i quali il contenuto dei principi viene

---

<sup>152</sup> M. Jori "I principi del diritto nell'ordinamento italiano", in *Saggi di metagiurisprudenza analitica*, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 321.

precisato sulla base delle regole e il contenuto delle regole poi di nuovo precisato sulla base del contenuto dei principi<sup>153</sup>.

Ora quanto sosterrò è che il raggiungimento di un equilibrio ristretto tra regole e principi del diritto al fine di risolvere un caso concreto non costituisce l'unica forma possibile di una giustificazione razionale, e fondata sul metodo sistematico, della norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale. Come sappiamo una dottrina (o una teoria) dell'interpretazione sistematica orientata al raggiungimento di un equilibrio ristretto tra regole e principi del diritto (o tra principi confliggenti tra loro) non rappresenta che *una* delle concezioni, tra le tante, che interpretano l'idea soggiacente al metodo sistematico dell'interpretazione, cioè l'idea che la norma posta come premessa maggiore del sillogismo giudiziale debba essere (o sia) coerente o giustificata alla luce dei principi del diritto appartenenti al sistema.

In secondo luogo, abbiamo visto come l'equilibrio riflessivo ristretto è soltanto una delle concezioni che interpretano un'assunzione fondamentale, comune a tutte le teorie della giustificazione pratica razionale, cioè la tesi secondo la quale norme e i giudizi di valore devono essere 'oggettivamente fondati', anche se sulla base di un'oggettività debole. In tal senso analizzerò le teorie di due autori, Neil D. MacCormick e Robert Alexy, le cui concezioni dell'interpretazione giudiziale possono interpretarsi sia come concezioni secondo le quali la norma posta come premessa maggiore del sillogismo giudiziale deve essere razionalmente giustificata, sia come concezioni dell'interpretazione di carattere sistematico. Tali concezioni condividono un'importante assunzione, mentre sono divise da una differenza altrettanto importante. Entrambe condividono la tesi secondo cui il raggiungimento di un equilibrio ristretto tra regole e principi del diritto applicabili per la risoluzione di un caso concreto è un metodo, inteso come criterio di giustificazione di una singola decisione giudiziale, decisamente troppo forte.

La differenza importante tra le due concezioni della giustificazione giudiziale è che la teoria di MacCormick difende una concezione dell'interpretazione sistematica che presuppone una concezione della giustificazione pratica analoga a quella da me denominata (nel § 3. del Cap. II della Prima Parte) *coerentista*, in quanto il teorico scozzese ritiene che la coerenza sia l'elemento fondamentale (se non esclusivo) che fa di un'argomentazione una giustificazione razionale. In particolare, MacCormick incentra la nozione di giustificazione razionale sul concetto di 'argomento consequenzialista', categoria confusa, principalmente incentrata su una interpretazione imperfetta del principio di giustizia formale, che gli impedisce di dare sufficiente risalto ad altre dimensioni che caratterizzano una procedura discorsiva razionale, in particolare la dimensione pragmatica della razionalità.

La teoria di Alexy ha, invece, altri pregi e difetti. Da un lato, Alexy difende una teoria della giustificazione pratica di tipo *procedurale*, cioè esplicitamente fondata sul concetto di 'procedura argomentativa razionale', riconoscendo i meri-

---

<sup>153</sup> E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 449. La mia interpretazione della nozione di 'equilibrio riflessivo ristretto' trae ispirazione ed è suffragata da un'osservazione dello stesso Diciotti il quale, alla nota 100, rileva come tale procedimento di costruzione di un sistema armonico di regole e principi giuridici abbia i medesimi caratteri dell'equilibrio riflessivo.

ti, ma anche i limiti, che il concetto di coerenza può svolgere nel ragionamento pratico (e giudiziale) e, dunque, l'insufficienza di una concezione dove il principio di giustizia formale sia interpretato come condizione sufficiente, anziché come semplicemente necessaria, ma non sufficiente, del prodursi di una giustificazione razionale delle deliberazioni pratiche, e a fortiori giudiziali.

E tuttavia, la teoria di Alexy ha altri difetti. Almeno tre. Come abbiamo visto nel § 3 del Cap. II della Prima Parte, nonostante sia di gran lunga più articolata della teoria di MacCormick, la nozione di 'procedura argomentativa razionale' à la Alexy è ancora troppo indeterminata. In secondo luogo, Alexy non sembra operare alcuna distinzione tra regole procedurali formali – come il principio di non contraddizione o il principio che abbiamo denominato di generalizzabilità – e regole della procedura che *non* sono formali, trattandosi di assunzioni, sebbene ragionevoli, di carattere sostanziale camuffate da procedurali – come il principio di universalizzabilità in senso sostanziale. In terzo luogo, e questo è il difetto più grave, non sono affatto chiari i presupposti metaetici della teoria di Alexy. Cioè non è chiaro se la teoria di Alexy sia una teoria *relativista*, sia pure moderatamente tale.

Mentre i difetti e i pregi delle teorie di MacCormick e di Alexy saranno discussi nei capitoli III e IV è importante sottolineare che è possibile interpretare entrambe le concezioni come teorie (o dottrine) dell'interpretazione fondate sul metodo sistematico, sebbene, come vedremo, entrambe, per ragioni differenti, non sono *casi paradigmatici* di teorie (o dottrine) fondate sul metodo sistematico. Prima di discutere le concezioni della giustificazione giudiziale difese da MacCormick e da Alexy, è necessario analizzare attentamente alcune questioni propeedeutiche alla comprensione della nozione da me offerta di 'metodo sistematico' e, dunque, di equilibrio riflessivo ristretto. Non è chiaro, infatti, cosa sia un (o cosa debba intendersi per) principio del diritto e, soprattutto, quale sia il ruolo svolto dai principi nell'interpretazione e nell'integrazione del diritto, nonché se sia possibile distinguere nettamente un'attività interpretativa da un'attività integrativa degli enunciati normativi.

## 2. Il concetto di 'principio del diritto'

Ho sostenuto che il metodo sistematico dell'interpretazione consiste nell'interpretare e integrare le disposizioni normative sulla base dei principi del diritto. Nonostante l'importanza riconosciuta ai principi del diritto e al metodo sistematico dell'interpretazione non è chiaro in dottrina e giurisprudenza cosa sia un (o cosa debba intendersi per) 'principio del diritto'.

Il concetto di 'principio di diritto' è, infatti, oggetto di un intenso dibattito trentennale, che si è riaperto a partire dalla pubblicazione degli articoli "Il modello delle regole I" e "Il modello delle regole II" di Ronald M. Dworkin<sup>154</sup>, dibattito all'interno del quale sono state elaborate differenti concezioni dei principi e che

---

<sup>154</sup> Si tratta dei Cap. II-III di R. M. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, trad. it. di F. Oriana (*Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1978, II ed. (I ed. 1977))

ha imposto non poche chiarificazioni in merito alla controversia. Sebbene, infatti, non mancano contributi teorici a proposito dei principi del diritto antecedenti alle opere del filosofo americano, Dworkin ha non poco contribuito a riproporre al centro dell'attenzione il tema del ruolo dei principi nel ragionamento giuridico e nella teoria del diritto. Anzi si potrebbe dire che il merito principale di Dworkin non stia tanto nella validità delle tesi specificatamente avanzate dall'autore in merito alla controversia regole/principi – di cui si può largamente dubitare e che non a caso sono state ampiamente e variamente criticate – quanto piuttosto nell'aver reintrodotta nel dibattito giusfilosofico il tema del rapporto tra regole e principi e nell'aver costretto filosofi e teorici a impegnarsi in una discussione i cui risultati sono – dal punto di vista della chiarezza e del rigore analitico – decisamente migliori delle tesi da lui avanzate.

Il nucleo principale della controversia verte sulla possibilità di distinguere in modo netto due tipologie di norme, le regole da un lato e i principi dall'altro. La distinzione tra regole e principi è determinante per chi voglia dare una definizione per *genus et differentiam*<sup>155</sup> del termine 'principio', in quanto le caratteristiche che differenziano i principi dalle regole sarebbero le differenze specifiche della definizione di 'principio'. Ora, nonostante alcune importanti eccezioni, gran parte dei filosofi e teorici del diritto sembrano, oggi, condividere una tesi denominata in dottrina della separazione debole tra regole e principi, tesi che si contrappone, a sua volta, a due tesi più radicali.

La prima, detta della separazione forte, sostiene che ogni norma appartenente ad un ordinamento giuridico è o una regola o un principio. In altri termini, giuristi e teorici del diritto avrebbero a disposizione dei criteri, cioè un insieme di condizioni necessarie e sufficienti, in presenza dei quali possono determinare se una norma è una regola o un principio. Tale differenza di tipo ontologico sarebbe poi condizione necessaria e sufficiente della diversità nell'interpretazione dei principi e delle regole e del diverso modo di risolvere i conflitti tra regole e principi. La seconda tesi radicale sosterebbe, invece, che non vi è alcuna differenza tra regole e principi.

I teorici della separazione debole, al contrario, rifiutano entrambe le tesi radicali e ciò sulla base di due argomenti differenti, che non sempre vengono adeguatamente distinti. Secondo il primo argomento la differenza tra regole e principi non è una distinzione di carattere logico, bensì una differenza di tipo relazionale e graduale. Relazionale perché un enunciato può essere configurato come una regola solo rispetto ad altri enunciati che sono configurati come principi. E graduale perché tutte le caratteristiche in genere attribuite ai principi – la generalità, l'indeterminatezza, la fundamentalità – sono presenti, seppure in misura minore, anche nelle regole. Ciò vuol dire che l'indeterminatezza e la generalità non sono proprietà tutto o niente come per una figura geometrica avere tre o quattro lati, piuttosto sono proprietà graduali, in quanto ha senso distinguere norme che siano *più o meno* indeterminate o generali. L'indeterminatezza o la generalità di una norma è, dunque, rappresentabile su di una retta lungo la quale è possibile passare,

---

<sup>155</sup> Per 'definizione per *genus et differentiam*' intendo un caso paradigmatico di definizione che individui un insieme di condizioni necessarie e sufficienti d'uso di un termine. Vedi, in tal senso, V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993, pag. 14 e ssgg.

gradualmente, da una norma più indeterminata ad una norma meno indeterminata e alle cui estremità troviamo, rispettivamente, i casi paradigmatici di una norma che sia altamente indeterminata – ad esempio ‘la vita umana è sacra’ – e di una che non lo sia affatto – ad esempio ‘Tizio ha il diritto di chiudere le tendine delle finestre di casa sua’.

Il secondo argomento è molto più forte del precedente e sostiene che non può darsi una definizione, lessicale, per *genus et differentiam* del termine ‘principio’, perché non vi è alcuna proprietà comune negli usi del termine ‘principio’ da parte della dogmatica e della giurisprudenza. Sulla base di tali argomenti i teorici della separazione debole ritengono che i principi del diritto possono essere definiti come “quelle norme giuridiche che sono configurate tali, sulla base di una scelta di valore, nella fase di produzione del diritto (dal legislatore che attribuisce ad alcune norme il ‘nomen’ di principi) nella fase di applicazione del diritto (dai giudici) e nel ragionamento giuridico (dai giudici o dalla dogmatica)”<sup>156</sup>.

Ciò vuol dire che la differenza tra regole e principi non è strutturale né può essere determinata indipendentemente dai processi di interpretazione e applicazione del diritto e che la configurazione di una norma come un principio o come una regola, stando alla prassi esistente presso giudici, giuristi e legislatori, è un’attività ampiamente valutativa e discrezionale. L’iter argomentativo che seguirò sarà, dunque, il seguente. Dapprima analizzerò due casi esemplari di teorie c.d. della separazione forte, le teorie di Atienza e Ruiz Manero e di Alexy. In tal senso, il rigettare gli argomenti avanzati dai teorici della separazione forte mostrerà chiaramente le ragioni per accettare gli argomenti elaborati dai teorici della separazione debole, nonché ci fornirà le basi per elaborare una definizione (esplicativa) del termine ‘principio del diritto’ funzionale a questo lavoro.

## 2.1 Regole e principi secondo Atienza e Ruiz Manero

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero ritengono che le regole possano e debbano differenziarsi dai principi da tre punti di vista differenti. Un profilo strutturale, un profilo funzionale ed un profilo che mette in relazione i concetti di regola e di principio con i concetti di potere e interesse. In questa sede mi occuperò soltanto dei primi due profili.

Secondo Atienza e Ruiz Manero, innanzitutto, la distinzione tra regole e principi si pone al livello delle norme e non a quello degli enunciati normativi, ove per enunciato intendiamo una formulazione linguistica sintatticamente corretta e per norma il significato che può, o deve, essere attribuito all’enunciato. Si pone, dunque, a livello degli enunciati già interpretati. Ora secondo gli autori spagnoli tutte le norme soffrirebbero di un certo grado di indeterminatezza, indeterminatezza che sarebbe, tuttavia, strutturalmente differente nelle regole rispetto ai principi. Le regole sono, infatti, vaghe in quanto hanno un campo di applicazione certo – un insieme di casi paradigmatici cui la regola si applica con certezza – ed un ambito di applicazione incerto – un insieme di casi in relazione ai quali non si sa se la re-

---

<sup>156</sup> P. Comanducci, “Principi del diritto e indeterminazione giudiziale”, in *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pag. 87.

gola si applica o meno. I principi soffrono, invece, di una indeterminatezza più radicale. Non è tanto che le proprietà che costituiscono le condizioni di applicazione del principio sono determinate in modo vago, quanto piuttosto che le condizioni di applicazione di un principio non sono determinate affatto<sup>157</sup>. Secondo Atienza e Ruiz Manero, dunque, un principio avrebbe questa struttura.

“Si un órgano jurídico ha de dictar una norma o aplicarla y sobre el caso genérico o individual de que se trate no incide otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso entonces a dicho órgano le está prohibido establecer o hacer que prevalezca discriminación alguna por razón de raza, sexo, religion opinion o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”<sup>158</sup>

Nel caso di una norma di questo tipo le proprietà che descrivono la protasi non sono vaghe, piuttosto costituiscono un insieme totalmente aperto. Al contrario rappresenta un caso paradigmatico di regola una norma che stabilisce che:

“Si A mantiene, come empresario, una relación jurídico-laboral con diversas personas que realizan un trabajo igual, A debe pagar el mismo salario a cada uno de ellos, con independencia de su sexo”<sup>159</sup>

In questo caso la protasi è solo parzialmente indeterminata. In alcuni casi può risultare oscuro se una certa attività possa considerarsi un lavoro o meno, e, tuttavia, seppure parzialmente indeterminate, le condizioni che descrivono l'antecedente di una regola costituiscono un insieme chiuso<sup>160</sup>.

Come sottolinea García Figueroa l'argomento strutturale di Atienza e Ruiz Manero si presta a numerose critiche. La più importante concerne la pretesa esistenza di due tipologie di indeterminatezza, la prima riguardante le regole, la seconda concernente i principi. Che vuol dire che la protasi di una regola è vaga, mentre un principio ha una fattispecie indefinitamente aperta? Se una norma è un enunciato prescrittivo che connette al verificarsi di certe condizioni o proprietà (ad esempio un omicidio) determinate conseguenze o soluzioni normative (ad esempio è proibito o è permesso) allora sostenere che un principio ha una fattispecie strutturalmente aperta può significare due cose.

La prima è che un principio connette il prodursi di una soluzione normativa al verificarsi di un insieme di proprietà vuoto<sup>161</sup>. Si realizzerebbe l'ipotesi, in altri termini, di una norma totalmente priva di fattispecie, una norma che lascia agli interpreti ufficiali la discrezionalità di fissarne l'ambito di applicazione in relazione

---

<sup>157</sup> M. Atienza e J. Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1998, pag. 8-9.

<sup>158</sup> M. Atienza e J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Barcelona, 1996, pag. 168. Si tratta di una riformulazione dell'art. 14 della Costituzione spagnola.

<sup>159</sup> M. Atienza e J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., pag. 169. Si tratta di una riformulazione dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori spagnolo.

<sup>160</sup> M. Atienza e J. Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, cit., pag. 10.

<sup>161</sup> Per tale critica A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pag. 144-145.

al caso concreto. Da questo punto di vista un principio sarebbe una norma fatalmente priva di senso e riferimento, che spetta agli interpreti riempire di contenuto. Non credo che si possa attribuire tale caratteristica strutturale ai principi. Sebbene le norme che giudici e giuristi chiamano principi hanno una fattispecie maggiormente indeterminata ciò non vuol dire che questa non abbia alcun ambito estensionale, o alcun caso paradigmatico di applicazione.

La seconda interpretazione è che un principio è una norma ‘prima facie’<sup>162</sup>, una norma, cioè, le cui condizioni di applicazione non sono mai sufficienti per il prodursi della conseguenza giuridica prevista, in quanto è sempre possibile individuare delle eccezioni in presenza delle quali il verificarsi delle condizioni di applicazione previste – una discriminazione ad opera di una legge sulla base della razza – non è condizione sufficiente per il prodursi della conseguenza – dichiarazione di incostituzionalità – eccezioni che non possiamo, a priori, enumerare in modo esaustivo. Questa interpretazione sembra essere coerente con quella che, secondo Atienza e Ruiz Manero, è la formulazione tipo di un principio. Secondo gli autori, come abbiamo visto, un caso paradigmatico di principio sarebbe quello che stabilisse:

“Si un órgano jurídico ha de dictar una norma o aplicarla y sobre el caso genérico o individual de que se trate no incide otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces a dicho órgano le está prohibido establecer o hacer que prevalezca discriminación alguna por razón de raza, sexo, religion opinion o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Anche qui concordo completamente con quanto sostenuto da García Figueroa. Ciò che caratterizza, e distingue, la formulazione tipo di un principio costituzionale elaborata da Atienza e Ruiz Manero rispetto alla formulazione tipo di una regola (come l’art. 28 dello Statuto dei lavoratori spagnolo) è semplicemente la presenza del sintagma “y sobre el caso genérico o individual de que se trate no incide otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso”, e tuttavia questo frammento non ha nulla a che vedere con l’apertura o con la chiusura della protasi della norma, quanto piuttosto con la dimensione funzionale dei principi<sup>163</sup>. In altri termini discutere, e decidere, se una norma sia da interpretarsi come ‘prima facie’ o meno non ha nulla a che vedere con alcune caratteristiche strutturali della medesima, quanto piuttosto con la scelta di un metodo interpretativo e argomentativo anziché di un altro. Sulla base, infatti, della dimensione funzionale, che tra poco discuteremo in dettaglio, le regole sarebbero quegli enunciati normativi interpretati come norme indefettibili, sulla base di un metodo dell’interpretazione prevalentemente formalista, mentre i principi sarebbero sempre inter-

---

<sup>162</sup> Utilizzando le categorie elaborate da Carlos Alchourrón ho definito, al § 4.1 del Cap. II della 1° Parte, ‘prima facie’ una norma il cui antecedente non è mai condizione sufficiente del conseguente, nel senso che l’antecedente, unitamente ad un insieme di condizioni implicite, non necessariamente tutte esplicitabili, è condizione sufficiente del conseguente. Per alcuni riferimenti bibliografici vedi il medesimo paragrafo.

<sup>163</sup> A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, cit., pag. 151.

pretati come norme ‘prima facie’, sulla base di un metodo dell’interpretazione prevalentemente antiformalista.

In tal senso gli stessi Atienza e Ruiz Manero ammettono, in sede di replica alle obiezioni poste da più autori, che la prospettiva strutturale e quella funzionale sono due facce della stessa medaglia e che sostenere che le condizioni di applicazione di un principio costituiscono un insieme aperto equivale a sostenere che i principi non sono ragioni perentorie di azione<sup>164</sup>.

Dal punto di vista di una prospettiva funzionale Atienza e Ruiz Manero distinguono, invece, le regole dai principi sulla base della seguente tripartizione. Le regole sarebbero ragioni per l’azione perentorie e indipendenti dal contenuto. ““Peremptory reason” means the same as ‘protected reason’ (in Raz’s terminology), that is, a first order reason for performing the required action...and a second-order reason to preclude or cut off any independent deliberation by the hearer of the merits pro o con of doing the act – that is, in our context, to preclude that the content of the decision will be grounded on what the judicial organ, in view of the merits of the case, thinks would be the best solution”<sup>165</sup>. Tali ragioni sono, invece, indipendenti dal contenuto in quanto gli organi di applicazione possono, e devono, considerarle come ragioni per l’azione, dunque parte di qualsiasi giustificazione esterna della premessa del sillogismo giudiziale, indipendentemente dalla bontà o giustezza del contenuto, bensì soltanto in virtù della loro origine.

I principi espliciti, invece, sono ragioni per l’azione indipendenti dal contenuto, ma che non costituiscono ragioni perentorie di azione. Si tratta di norme indipendenti dal contenuto in quanto la loro validità dipende dall’essere state prodotte da una certa autorità sulla base di una determinata procedura, dunque dalla loro origine. Non sono, tuttavia, ragioni perentorie di azione proprio per il loro carattere ‘prima facie’, nella misura in cui offrono ragioni per l’azione che non sono mai sufficienti per il prodursi della conseguenza prevista, ragioni, dunque, che una ragione concorrente, ad esempio un altro principio, può sempre ribaltare. Infine Atienza e Ruiz Manero delineano il concetto di principio implicito. Tali norme non sono ragioni per l’azione né indipendenti dal contenuto né perentorie.

Non sono ragioni perentorie esattamente per lo stesso motivo per cui non lo sono i principi espliciti. Si tratta, invece, di norme dipendenti dal contenuto in quanto la loro validità dipende non dall’essere stati prodotti in conformità alle norme che ne regolano la produzione, bensì sulla base di una qualità inerente al loro contenuto, che non è la loro intrinseca giustizia, precisano Atienza e Ruiz Manero, bensì la coerenza con le regole e i principi appartenenti al medesimo ordinamento.

Questa triplice distinzione lascia piuttosto perplessi. La ragione di tale perplessità sta nel fatto che l’apparato concettuale elaborato dagli autori spagnoli è nella migliore delle ipotesi inutile e nella peggiore dannoso. Innanzitutto – e questo è un merito che va riconosciuto ad Atienza e Ruiz Manero – i due autori sostengono apertamente di non volere descrivere passivamente il modo in cui i giuristi usano i termini regole/principi, piuttosto di volere offrire una definizione esplicativa dei medesimi, una definizione, cioè, che ritagli, all’interno dei molteplici e incoerenti usi da parte della dogmatica e della giurisprudenza, una definizione di ‘principio’

---

<sup>164</sup> M. Atienza e J. Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, cit., pag. 27.

<sup>165</sup> M. Atienza e J. Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, cit., pag. 12.

che non si allontani troppo dalla pratica esistente, ma che imponga, normativamente, una determinata nozione di principio in luogo di altre.

Ora assumendo che scopo degli autori sia quello di offrire una definizione esplicativa del termine 'principio' l'apparato concettuale da loro elaborato può essere interpretato in due modi. Nel primo senso, fallito un approccio strutturale, i due autori distinguerebbero le regole dai principi esclusivamente sulla base della funzione che tali norme esplicano nel ragionamento giuridico. Se così stanno le cose non si comprende perché dovremmo distinguere i principi dalle regole sulla base della funzione che tali 'ragioni' avrebbero nel ragionamento giuridico, e a fortiori giudiziale. Tale distinzione funzionale, infatti, equivale a proporre non due modelli di norme, ma due modelli differenti di interpretazione e argomentazione giuridica e giudiziale. Cosa del resto sostenuta, e a ragione, dai fautori della tesi della separazione debole, secondo i quali la distinzione tra regole e principi appartiene esclusivamente al momento dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto<sup>166</sup>. Con le parole di Prieto Sanchís possiamo dire che "se trata mas de una peculiar tecnica de interpretacion que de un rasgo indeleble que acompaña a ciertos estandares y que este ausente de otro (reglas)".<sup>167</sup>

Ora se scopo degli autori è quello di proporre una determinata dottrina dell'interpretazione o del ragionamento giuridico nulla di male. Credo, tuttavia, che sia molto più fecondo – per ragioni di chiarezza e rigore analitico – che ciò sia fatto esplicitamente, senza bisogno di ricorrere ad un'ontologia delle norme ovvero lasciando intendere che vi sia una differenza tra due diverse tipologie di norme che giustificerebbe un diverso trattamento nell'interpretazione e nell'argomentazione.

I due professori di Alicante, tuttavia, non accetterebbero, secondo me, tale interpretazione di quanto da loro sostenuto, né soprattutto le implicazioni di tale interpretazione. Se la qualificazione di una norma come una regola o come un principio dipende dal metodo interpretativo che utilizziamo ciò vuol dire – volendo dare una definizione – che i principi non sono altro che tutte le norme che giuristi e giudici interpretano come ragioni 'prima facie'. Al contrario, nonostante essi dicano di privilegiare l'approccio funzionale a quello strutturale, e nonostante il fatto che le presunte caratteristiche strutturali si sono rivelate o incoerenti o riconducibili alla dimensione funzionale, a me sembra che l'apparato concettuale da loro elaborato ha un *sensu* soltanto se esistono dei criteri parzialmente indipendenti dai processi interpretativi e argomentativi che ci dicano se una norma sia una regola o sia un principio.

La triplice distinzione proposta da Atienza e Ruiz Manero potrebbe essere, dunque, intesa in un secondo senso, come una teoria che non si limita ad indicare un modello interpretativo e argomentativo, quanto, piuttosto, una teoria che sostiene che l'uso di un modello interpretativo piuttosto che di un altro dipende dall'oggetto che si sta interpretando e che, dunque, mentre i principi espliciti e

---

<sup>166</sup> Vedi L. Gianformaggio, *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", IV serie, 62, 1985, pag. 72.

<sup>167</sup> L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pag. 45.

quelli impliciti devono essere intesi come norme 'prima facie', tutti gli altri enunciati normativi devono essere interpretati come fossero norme indefettibili. Tesi, questa, che lucidamente Comanducci considera il nucleo concettuale di tutte le tesi che pretendono di fondare una distinzione qualitativa tra regole e principi<sup>168</sup>.

Questa interpretazione, oltre che dubbia, presupporrebbe proprio ciò che gli autori non sono riusciti a fare, cioè individuare dei criteri di carattere strutturale per distinguere regole e principi differenti da quelli da loro proposti, tentativo che sta alla base della teoria di Alexy. Prima di delineare una possibile definizione del termine 'principio del diritto' è opportuno analizzare brevemente la teoria di Alexy, per comprendere se l'autore tedesco sia riuscito dove Atienza e Ruiz Manero sembrano aver fallito.

## 2.2 Alexy e il concetto di principio del diritto

Nella sua *Teoria dei diritti fondamentali*<sup>169</sup> Alexy rileva correttamente come esista nella tradizione giuridica continentale e anglosassone una sconcertante varietà di criteri per distinguere le regole dai principi, e dunque per definire il concetto di 'principio', e che pochi autori concordano su quale sia il criterio determinante. E tuttavia, nonostante le numerose disparità di vedute in dottrina e giurisprudenza, c'è secondo Alexy un criterio per distinguere nettamente le regole dai principi. In tal senso l'autore tedesco rifiuta sia l'idea che la generalità o la fundamentalità possano costituire dei validi criteri di distinzione tra regole e principi sia l'idea che sia opportuno rinunciare a dare una definizione per genus et differentiam del termine 'principio', accontentandosi del fatto che tra tutti gli usi del termine 'principio' da parte della dogmatica e della giurisprudenza vi sono soltanto delle somiglianze di famiglia e che del medesimo sia possibile dare solo una definizione per casi paradigmatici e concetti<sup>170</sup>.

Secondo Alexy i principi sono norme che ordinano che qualcosa sia realizzato nella misura del possibile, sono mandati di ottimizzazione, cioè norme che possono essere adempiute in misura maggiore o minore a seconda del peso che l'interprete attribuisce loro rispetto ad un principio concorrente. Le regole sono, invece, norme che possono essere adempiute o non adempiute. Tertium non datur. La differenza tra le due tipologie risulta manifesta nel differente modo di risolvere i conflitti tra regole e tra principi. Un conflitto tra regole può essere risolto, secondo Alexy, o introducendo una clausola di eccezione ad una delle due regole ovvero dichiarando invalida una delle due. Il riferimento, implicito, è ai criteri di risoluzione di conflitti tra norme accettati dalle corti e dai giuristi in tutti gli Stati Costituzionali occidentali, cioè il criterio cronologico, quello gerarchico e quello di

---

<sup>168</sup> Vedi supra § 2.

<sup>169</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, trad. cast. di E. Garzón Valdés (*Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986, I ed. 1985)

<sup>170</sup> Vedi V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit., Cap. I e Cap. X, nonché V. Villa, *Il modello di definizione 'per casi paradigmatici' e la definizione di diritto*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), "Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1992.

specialità, criterio che consente di introdurre un'eccezione non prevista ad una norma valida.

Le antinomie tra principi si risolvono, invece, tramite il criterio della ponderazione o del bilanciamento. Quando due principi offrono due soluzioni normative confliggenti per la risoluzione del medesimo caso concreto allora uno dei due principi deve cedere di fronte all'altro, deve essere sacrificato. Questo non vuol dire che esso deve essere dichiarato invalido ovvero che un principio introduca una clausola di eccezione all'altro. Vuol dire, semplicemente, introdurre una relazione di precedenza tra due principi (chiamata 'legge di collisione') condizionata<sup>171</sup>. Una relazione di precedenza incondizionata è una gerarchia assoluta o in astratto. Se un giudice stabilisce che il principio che tutela la libertà di informazione prevale, in assoluto, sul principio che tutela il diritto all'onore ciò significa che non vi è nessun caso di conflitto tra i due principi dove il principio che tutela il diritto all'onore prevale di fronte al principio che tutela la libertà di informazione.

Una relazione di precedenza condizionata consiste nell'indicare le condizioni in presenza delle quali un principio prevale sull'altro. Se in relazione ad un caso concreto C – l'ipotesi di un conducente di un'automobile che ha assunto psicofarmaci prima di mettersi alla guida della sua automobile – il giudice Parker stabilisce che il principio A, che tutela l'integrità fisica delle persone, entra in contrasto e prevale sul principio B, che tutela la libertà di circolazione, allora diremo che in presenza delle circostanze fattuali C, secondo il giudice Parker, il principio A prevale sul principio B, o meglio che la conseguenza giuridica R che risulta da A si applica quando si verifica la condizione C. Detto in altri termini le condizioni in presenza delle quali un principio precede l'altro costituiscono il presupposto di fatto di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prevalente, ad esempio 'Se C, allora R'.<sup>172</sup>

Dunque Alexy è piuttosto chiaro nel sostenere che la legge di collisione che determina la prevalenza di un principio sull'altro è una regola. Secondo Alexy le regole, a differenza dei principi che sono norme 'prima facie', hanno *in genere* un carattere definitivo, cioè costituiscono, generalmente, ragioni perentorie di azione. Cosa vuol dire *in genere*?

Vuol dire che è perfettamente compatibile con il modello delle regole elaborato dall'autore tedesco che esse perdano il loro carattere definitivo e che siano interpretate come ragioni 'prima facie'. In tal senso non soltanto sarebbe possibile introdurre un'eccezione implicita all'interno di una regola, ma, contrariamente al pensiero di Dworkin, le clausole di eccezione ad una regola che è possibile introdurre sulla base di un principio non sono teoricamente enumerabili<sup>173</sup>. Ora è chiaro che tali affermazioni di Alexy sul carattere defettibile o 'prima facie' delle regole fanno immediatamente sorgere una domanda: se è possibile interpretare una rego-

---

<sup>171</sup> Secondo Alexy "la ley de colisión...refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre lo cuales...no existen relaciones absolutas de precedencia". Vedi R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 95.

<sup>172</sup> Vedi R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 94.

<sup>173</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 100.

la come una ragione non perentoria di azione ovvero come un condizionale defettibile in che modo sarebbe possibile distinguere nettamente le regole dai principi?

La risposta di Alexy consente di salvare il modello delle regole e dei principi da lui elaborato, al prezzo, tuttavia, di un esito largamente controintuitivo. Alexy sostiene, in breve, che non abbiamo alcun criterio indipendente che possa distinguere una regola da un principio al di fuori del modo in cui queste due norme entrano in conflitto. In altri termini se due norme vengono in conflitto, determinare se ci troviamo di fronte ad un'antinomia tra regole o tra principi, nonché, di conseguenza, stabilire quale metodo utilizzare per la risoluzione dell'antinomia, non dipende dal fatto che si tratti di regole o principi, piuttosto è la loro qualificazione come regole o come principi che dipende dal tipo di conflitto che si instaura tra le due norme.

Il punto decisivo, secondo Alexy, è che esistono due tipi, categorialmente differenti, di antinomie tra norme. Un tipo di antinomia concerne l'appartenenza della norma all'interno dell'ordinamento giuridico, e può essere risolto tramite una decisione relativa alla validità della norma. Si tratta di sapere, in altri termini, se la norma debba essere collocata dentro o fuori l'ordinamento giuridico. Tale tipologia è un'antinomia tra regole. L'altro tipo di antinomia si dà sempre all'interno dell'ordinamento e prende il nome di antinomia tra principi<sup>174</sup>.

Ciò che emerge dal modello delle regole *à la* Alexy è che quando si presenta all'interprete un'antinomia tra norme del tipo totale-totale o del tipo totale-parziale, allora siamo in presenza di un conflitto tra regole, perché in entrambi i casi almeno una delle due alternative è l'eliminazione di una delle due norme in competizione, cioè si tratta di un problema di validità. Se, invece, l'interprete si trova a risolvere un'antinomia parziale-parziale, che non possa essere risolta sulla base dei tradizionali criteri, il cronologico, il gerarchico e, ovviamente, trattandosi di un'antinomia parziale-parziale, quello di specialità, allora si tratta di un conflitto tra principi, perché qualunque decisione l'interprete assumerà entrambe le norme rimarranno dentro l'ordinamento, trattandosi di una decisione attinente alla dimensione del 'peso'.

L'esito curioso e controintuitivo è che sulla base del modello *à la* Alexy dovremmo qualificare conflitto tra *regole* l'antinomia tra il principio che rende lecita qualsivoglia discriminazione normativa sulla base della razza e il principio che invece la proibisce, visto che negli Stati Costituzionali contemporanei il primo principio può dirsi 'invalido', nel senso di non appartenente agli ordinamenti considerati<sup>175</sup>.

Il modello dei principi elaborato da Alexy sembra, a prima vista, non presentare i medesimi difetti del modello di Atienza e Ruiz Manero. Alexy, infatti, sembra aver individuato un criterio che consente di distinguere le regole dai principi indipendentemente dai processi interpretativi e argomentativi e, cioè, da quale teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica si accolga. Ciò in quanto Alexy, nonostante alcune oscillazioni, non si limita a qualificare 'regole' le norme che vengono interpretate come non defettibili, mentre i principi sarebbero le nor-

---

<sup>174</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 105.

<sup>175</sup> Di tale esito controintuitivo Alexy è, del resto, perfettamente consapevole. Vedi R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 105.

me interpretate come ragioni 'prima facie'. In questo caso, infatti, non avremmo alcun criterio a priori per distinguere le regole dai principi indipendentemente da *come* tali norme vengono interpretate, cioè dalla tecnica argomentativa utilizzata. Viceversa Alexy sembra individuare un criterio più solido per distinguere le regole dai principi a seconda del tipo di antinomia che esiste tra due norme. Se all'interno di un ordinamento giuridico vi è, almeno 'prima facie', un conflitto tra due norme del tipo totale-totale o del tipo totale-parziale allora la risoluzione del conflitto potrebbe avere come esito l'invalidità di una delle due norme, mentre, invece, nel caso di un'antinomia parziale-parziale, di secondo grado, tale eventualità non può verificarsi.

Alexy sembra, dunque, aver trovato quel criterio strutturale che Atienza e Ruiz Manero andavano cercando, riuscendo a realizzare l'obiettivo principale di una tesi della separazione forte tra regole e principi, in quanto la scelta del metodo per risolvere i conflitti tra norme che giudici e giuristi utilizzano, e devono utilizzare, dipende in qualche modo dall'oggetto, cioè dal tipo di antinomia di cui si tratta. All'interno di un sistema giuridico dato 'principi' sarebbero quelle norme che hanno, almeno 'prima facie', un ambito intensionale ed estensionale più ampio di qualunque altra norma all'interno del sistema, di modo che possono entrare in conflitto con altre norme *solo parzialmente*. In altri termini 'principi' non sono altro che quelle norme talmente generali e indeterminate, come i principi costituzionali e i principi generali dell'ordinamento, da non produrre – rectius che è piuttosto difficile interpretare in modo che producano – antinomie assolute, unilaterali o eventuali di primo grado.

E tuttavia, la tesi di Alexy non manca di destare perplessità. La prima è che, a differenza di quanto sostenuto da Atienza e Ruiz Manero, Alexy propone, senza dirlo apertamente, una definizione esplicativa del termine 'principio', definizione dunque, che seleziona soltanto uno degli aspetti rilevanti del modo in cui giuristi e giudici utilizzano il termine 'principio', tralasciandone gli altri. Tale operazione ricostruttiva è estremamente utile e interessante quando venga fatta allo scoperto, quando cioè sia chiaro che, volendo rendere conto, nel modo il più possibile oggettivo, dell'uso del termine 'principio' nella dottrina e nella giurisprudenza, non è possibile dare una definizione, s'intende lessicale, per genus et differentiam del termine 'principio'.

Al di là dell'assenza di chiarezza su questo punto la fecondità di una definizione esplicativa deve essere valutata sulla base della capacità di rendere conto della pratica esistente e sulla base della rilevanza degli scopi o delle ragioni soggiacenti alla definizione medesima. Mi spiego meglio. Se abbiamo a disposizione due definizioni, la prima che ha un maggior potere esplicativo della pratica esistente, che, cioè, riesce a elaborare una definizione unitaria senza sacrificare 'pezzi' rilevanti della pratica medesima, e la seconda con un minore potere esplicativo, la prima definizione dovrebbe essere preferita, salvo che gli scopi soggiacenti alla seconda definizione siano particolarmente meritevoli di considerazione.

La definizione proposta dall'autore tedesco non riesce a spiegare alcuni usi del termine 'principio' da parte della giurisprudenza e della dottrina. Si tratta, lo abbiamo visto, degli esiti largamente controintuitivi cui dà luogo la definizione di Alexy, resi ancor più manifesti dall'uso da parte dell'autore di un linguaggio incoerente. Secondo Alexy sono 'principi' quelle norme talmente generali e inde-

terminate, come alcuni principi costituzionali e come i principi generali dell'ordinamento, da non produrre – rectius che è piuttosto difficile interpretare in modo che producano – antinomie assolute, unilaterali o eventuali di primo grado.

Ora dal punto di vista empirico è vero che la maggior parte dei principi costituzionali appartenenti ad un ordinamento non produce – ovvero può difficilmente essere interpretato in modo che produca – antinomie assolute o unilaterali, ma non sempre è così. È possibile, infatti, che un'antinomia tra principi venga risolta tramite il criterio di specialità, che, cioè, all'interno della Costituzione, un principio venga interpretato come una norma che deroga un altro principio. In secondo luogo esistono principi che, entrando in collisione con altri principi, non vengono ponderati, perché prevalgono sempre su ogni ragione concorrente, cioè funzionano come 'regole'.

Facciamo un esempio, citato dallo stesso Alexy. Il principio che ammette che la legge operi un trattamento differenziato in base alla razza è invalido all'interno del sistema giuridico tedesco, così come nella maggior parte degli Stati Costituzionali occidentali. Ciò significa che non vi è nessun caso concreto di conflitto con altri principi nel quale il principio di discriminazione razziale prevale sugli altri. Esso è sempre invalido. Sulla base della definizione di Alexy abbiamo un conflitto tra regole e ci troviamo di fronte ad una regola, e non ad un principio. E allora perché Alexy parla del 'principio di discriminazione razziale'?

Tale 'lapsus' denota un'evidente difficoltà ad abbandonare l'uso diffuso tra giuristi e giudici in base al quale il principio 'Non è ammessa alcuna discriminazione sulla base della razza' non smette di essere un principio per il fatto che in qualunque caso di conflitto esso prevale sugli altri principi, cioè per il fatto che lo interpretiamo come una 'regola'. Ciò che lo rende tale, infatti, è la sua posizione di superiorità rispetto a tutte le altre norme dell'ordinamento e la sua idoneità a 'spiegare' e giustificare molte delle norme appartenenti all'ordinamento medesimo. La ragione per cui la norma della Costituzione Italiana che stabilisce i colori della bandiera non è un 'principio' non sta nella sua inderogabilità, cioè nel suo funzionamento come una norma indefettibile, quanto piuttosto nell'assenza di un livello di generalità e indeterminatezza sufficienti, e a fortiori dell'idoneità a giustificare e spiegare le altre norme del sistema.

Inoltre è possibile che un principio costituzionale – ad esempio il principio 'Non è ammessa alcuna discriminazione sulla base della razza' – venga abrogato da una norma costituzionale successiva, nel qual caso avremmo una banale antinomia assoluta tra due norme, due principi, risolta sulla base della prevalenza del criterio cronologico. In questo caso il principio abrogato smette di essere tale e diventa una 'regola'?

Abbiamo visto che il modello dei principi *à la* Alexy non riesce a rendere conto di alcuni usi rilevanti del termine 'principio' da parte della dottrina e della giurisprudenza e che tale ricostruzione sarebbe accettabile solo se vi fossero delle forti ragioni in tal senso. C'è qualche ragione particolarmente illuminante nell'accettare la definizione di Alexy e smettere di qualificare come 'principi' quelle norme della costituzione talmente fondamentali che nessuna ragione concorrente può derogarle? Non ne vedo alcuna.

### 2.3 È possibile una definizione unitaria del termine 'principio'?

In sintesi le critiche che possono essere rivolte alle teorie che pretendono di separare nettamente le regole e i principi sono due. La prima critica riguarda l'assenza di chiarezza su un punto fondamentale: non è chiaro, infatti, se i teorici della separazione forte propongano una definizione lessicale del termine 'principio' oppure, com'è più ragionevole pensare, una definizione esplicativa. Assenza di chiarezza che crea il sospetto che i teorici della separazione forte e debole non stiano discutendo della medesima questione e che, dunque, la controversia abbia origine da un grave fraintendimento.

In altri termini, al contrario di Atienza e Ruiz Manero che esplicitamente parlano di una proposta di classificazione, né Dworkin né Alexy si espongono chiaramente su questo punto, e ciò per un'elementare, ma scientificamente scorretta, mossa strategica. È più facile, infatti, persuadere giudici e giuristi che le regole si differenziano dai principi sulla base di determinate proprietà, e non di altre, convincendoli che si tratta delle medesime proprietà da loro utilizzate per qualificare determinate norme come regole o principi nei processi di applicazione e interpretazione del diritto.

Ora, al di là della mancanza di rigore scientifico, se le definizioni proposte da Alexy e Dworkin sono effettivamente ricostruzioni della pratica esistente, che selezionano e ritagliano, all'interno degli usi esistenti, quelli da considerare più rilevanti, allora la prima critica tradizionalmente avanzata è inutile. Il fatto che il termine 'principio' sia utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per indicare norme dotate delle caratteristiche più diverse, mancando una proprietà comune a tutti i principi che li differenzi dalle regole, non rappresenta una critica se interpretiamo le teorie della separazione forte come teorie che propongono a giudici e giuristi *come usare* il termine 'principio'.

La seconda critica è più interessante. Se diamo per scontato che le ricostruzioni operate da Atienza e Ruiz Manero, Dworkin e Alexy sono definizioni esplicative del termine 'principio', e che, dunque, le caratteristiche da loro individuate non rendono conto, perché non vogliono e non possono rendere conto, di *tutti gli usi* del termine 'principio', allora è interessante valutare se gli scopi soggiacenti a tali classificazioni siano da considerarsi meritevoli di essere perseguiti. Anche in questo caso condivido le critiche mosse dai teorici della separazione debole.

I teorici della separazione forte sembrano, infatti, trovarsi ad un bivio. O ritengono che la diversità nella tipologia delle norme, cioè la presenza nei principi di determinate caratteristiche – ad esempio un elevato grado di generalità o di indeterminatezza – possa e debba vincolare l'interprete nella scelta di un modello interpretativo e argomentativo e allora commettono un errore fondamentale, perché la scelta di un principio metodologico dell'interpretazione, secondo il quale, ad esempio, è possibile considerare le norme aventi determinate proprietà come ragioni 'prima facie', non dipende dalla presenza di determinate caratteristiche che i principi avrebbero e le regole no ed è fuorviante sostenere il contrario.

E ciò non perché la scelta di un modello interpretativo non dipenda da alcune caratteristiche presenti nel (rectius attribuite al) l'oggetto. La qualificazione di un fatto come 'naturale' piuttosto che come 'prodotto culturale', ad esempio, influenza pesantemente le opzioni metodologiche e interpretative, cioè le scelte relative a

come interpretare l'oggetto. E tuttavia, non mi sembra si possa considerare l'elevato grado di generalità o di indeterminatezza di una norma come una ragione sufficiente per adottare, o per sbarrare la strada ad, un determinato modello interpretativo e argomentativo.

La seconda possibilità è ammettere, come sembrano fare Atienza e Ruiz Manero, l'esistenza di un'interazione tra metodo e oggetto. Ciò implica che la qualificazione di una norma come principio o come regola dipende da quale modello interpretativo e argomentativo l'interprete voglia adottare, e non viceversa, sì da qualificare 'principi' le norme che si vogliono interpretare come defettibili, e 'regole' le altre. Non mi sembra che tale proposta sia particolarmente illuminante. E per due ragioni. In primo luogo in assenza delle necessarie *istruzioni per l'uso*, si corre sempre il rischio che qualcuno tra teorici e giuristi pensi, o voglia far pensare, che l'adozione di un differente modello interpretativo dipenda non da opzioni valutative dell'interprete, ma da presunte qualità inerenti all'oggetto. In secondo luogo non mi sembra soddisfacente definire i principi sulla base della loro defettibilità.

Se si vuol accogliere una definizione in termini (parzialmente) funzionali è preferibile definire i principi come quelle norme che, oltre ad assumere una posizione di particolare rilievo rispetto alle altre norme, sono utilizzate per interpretare e integrare gli enunciati normativi validi, cioè le disposizioni la cui validità dipende dall'essere state emanate da un determinato organo in conformità alle norme, formali e sostanziali, sulla loro produzione<sup>176</sup>. Tale caratterizzazione mi sembra più corretta perché lascia impregiudicata la questione relativa alla scelta di quale particolare tecnica interpretativa utilizzare (se un modello interpretativo che ammette la possibilità di correggere il significato letterale di un enunciato normativo ovvero un modello che non lo ammette) anche se possiede il difetto di essere suscettibile di differenti interpretazioni sulle quali, in questa sede, non posso soffermarmi.

In ultima analisi, l'aver rigettato gli argomenti offerti dai teorici della separazione forte tra regole e principi ci conduce direttamente ad aderire alla teoria della separazione debole e ai suoi due argomenti fondamentali analizzati nel § 2. Secondo il primo argomento, la differenza tra regole e principi non è una distinzione di carattere logico, bensì una differenza di tipo relazionale e graduale. Il secondo argomento sostiene che non può darsi una definizione, lessicale, per *genus et differentiam* del termine 'principio', perché non vi è alcuna proprietà comune negli usi del termine 'principio' da parte della dogmatica e della giurisprudenza. E tuttavia, la necessità di rinunciare alla pretesa di individuare una definizione, lessicale, per *genus et differentiam* del termine principio, non esclude la possibilità di individuare l'insieme di caratteristiche che non tutte le norme qualificate come principi possiedono, ma che sono presenti nella maggior parte di quelle considerate tali. In altri termini, anche se l'uso del termine 'principio' può considerarsi del tutto fuori controllo, in assenza di una proprietà comune a tutti gli usi del termine da parte del Costituente, del legislatore e della giurisprudenza, ritengo sia utile e interessante proporre una (ridefinizione della) nozione di principio sulla base delle caratteristiche presenti nei c.d. casi paradigmatici del termine. Tale definizione, tuttavia, non deve ingannare il lettore, in quanto essa non consente, come vorreb-

---

<sup>176</sup> Per tale definizione vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 427.

bero i teorici della separazione forte, di separare nettamente i principi dalle regole, e ciò in quanto i caratteri fondamentali che differenziano le due tipologie di norme, cioè la generalità e la fundamentalità, sono proprietà relazionali e gradualità.

Possiamo dire che i principi sono norme che hanno un certo grado di generalità e di indeterminazione, che assumono una posizione di particolare rilievo rispetto ad altre norme in quanto o, come i principi costituzionali, sono poste in una posizione di superiorità gerarchica nel sistema delle fonti ovvero perché, non importa se implicite o se provviste di formulazione legislativa, hanno il potere di spiegare, in sede teorica, e giustificare, in sede pratica, una o più regole appartenenti al sistema ovvero le regole appartenenti ad un intero settore disciplinare (diritto penale ad esempio) e che, dunque, svolgono, o possono svolgere, una particolare funzione nel ragionamento giuridico, quella di orientare i processi di interpretazione e integrazione del diritto<sup>177</sup>. Tale definizione, ripeto, non vuole rendere conto di tutti gli usi del termine 'principio', ma ai fini di una caratterizzazione del ruolo che i principi svolgono nell'ambito dell'interpretazione e dell'integrazione del diritto è più che sufficiente. D'ora in poi userò il termine 'principio del diritto' nel senso sopra indicato.

#### 2.4 I principi impliciti

Volendo sintetizzare la definizione che abbiamo dato possiamo dire che i principi sono norme che hanno un certo grado di generalità e di indeterminazione, che assumono una posizione di particolare rilievo rispetto ad altre norme e che svolgono, o possono svolgere, una particolare funzione nel ragionamento giuridico, quella di orientare i processi di interpretazione e integrazione del diritto.

La definizione, di carattere esplicativo, da me proposta necessita di qualche chiarimento. Secondo il punto di vista da me accolto *non sono* principi quelle norme che, assumendo una posizione di un certo rilievo rispetto ad altre norme, giudici e giuristi ritengono *debbano* essere utilizzate per precisare, restringere o estendere il significato letterale o convenzionale degli enunciati legislativi ovvero per colmare le lacune o risolvere le antinomie di secondo grado, ma quelle norme che, assumendo una posizione di particolare rilievo all'interno dell'ordinamento, *possono* essere utilizzate per tali scopi<sup>178</sup>. La differenza tra queste due concezioni è molto più importante di quanto si pensi e si riflette nel modo in cui viene caratterizzato il processo di individuazione dei principi, soprattutto quelli c.d. impliciti. Ciò in quanto considerare principi del diritto quelle norme che *possono* essere utilizzate al fine di interpretare e integrare il diritto, anziché le norme che giudici e

---

<sup>177</sup> Tale definizione è liberamente ripresa da E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 427, da V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit., pag. 250 e da M. Jori e A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988, pag. 209.

<sup>178</sup> La tesi, secondo cui 'sono principi quelle norme che, assumendo una posizione di un certo rilievo rispetto ad altre norme, giudici e giuristi ritengono *debbano* essere utilizzate per precisare, restringere o estendere il significato letterale o convenzionale degli enunciati legislativi', ha come corollario l'idea che la *ratio legis* sia il valore che, secondo l'interprete, la norma deve perseguire, idea, quest'ultima, molto diffusa in dottrina e giurisprudenza, come sottolineato efficacemente da M. Jori e A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., pag. 184.

giuristi ritengono *debbano* essere utilizzate in tal modo, consente di distinguere due questioni che, a mio avviso, vanno attentamente distinte, cioè il problema relativo all'identificazione dei principi soggiacenti ad una o più norme espresse e il problema relativo a quali principi debbano essere utilizzati per interpretare e integrare gli enunciati legislativi, nonché quali principi siano da considerarsi assiologicamente più importanti nel bilanciamento con altri principi.

Per comprendere meglio la differenza tra queste due concezioni è opportuno rilevare come in dottrina e giurisprudenza si distinguono differenti tipologie di principi. Per amore delle classificazioni possiamo distinguere tra principi espressi e principi inespressi, all'interno della categoria dei principi espressi i principi costituzionali (espressi) e quelli formulati in un testo di legge, e all'interno di quelli inespressi i principi ricavati da regole espresse, i principi inespressi che non sono ricavati da nessuna regola e i principi costituzionali impliciti.

In genere si considerano principi espressi quelli esplicitamente formulati in un'apposita disposizione costituzionale o legislativa, mentre quelli inespressi, o impliciti, sarebbero i principi non esplicitamente formulati in alcuna disposizione costituzionale o legislativa, ma elaborati o costruiti dagli interpreti<sup>179</sup>. Alcuni autori distinguono all'interno dei principi espressi quelli che sono espressamente qualificati tali dal legislatore o dal Costituente e quelli che, seppure esplicitamente formulati, non sono qualificati tali dal legislatore o dal Costituente<sup>180</sup>. Ad esempio il principio di irretroattività della legge penale (art. 25, II comma, Cost.) è considerato un principio esplicito, ma non è espressamente qualificato in tal senso dal Costituente. Al contrario il principio di uguaglianza formale (art. 3, I comma) è un principio esplicitamente formulato ed espressamente qualificato come tale dal Costituente.

Ora il problema dell'individuazione di un principio del diritto ha un carattere differente a seconda che si parli di principi espliciti o di principi impliciti. Con riguardo ai principi espliciti il problema che si pone è quello del valore delle definizioni formulate dal legislatore e dal Costituente. Nonostante non possa approfondire in questa sede tale questione credo sia sufficiente osservare quanto segue. Il fatto che alcune norme siano qualificate come 'principi' dal Costituente non fa di essi un 'principio' nel senso da me precisato, basti pensare che il Costituente ha qualificato 'principio fondamentale' l'art. 12 della Costituzione, secondo il quale la bandiera della Repubblica è il tricolore, norma che dubito abbia un grado di generalità e indeterminatezza sufficiente che la renda idonea, almeno in astratto, a (giustificare e/o) interpretare e integrare un ampio numero di regole appartenenti al sistema.

Allo stesso modo, in merito ai principi espressamente qualificati tali dal legislatore, alcuni autori ritengono che gli interpreti possano negare lo status di principio ad una disposizione che il legislatore ha qualificato tale<sup>181</sup>. Tale tesi è condivisibile, anche se può essere interpretata in due modi. In genere, infatti, essa presuppone una concezione dei principi secondo la quale l'identificazione di una norma come principio ne implica l'uso, o l'obbligo di utilizzarlo, a fini interpretativi e integrativi. Ergo quando si dice che è possibile porre nel nulla le definizioni

---

<sup>179</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 452-453.

<sup>180</sup> Per tale osservazione vedi R. Guastini, *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, "Diritto Pubblico", 3, 1998, 641-642.

<sup>181</sup> R. Guastini, *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., pag. 642.

di 'principio' operate dal legislatore spesso non si vuole ribadire altro che spetta ai giudici (e forse ai giuristi) stabilire quali principi *debbano* essere utilizzati per interpretare e integrare disposizioni normative e non al legislatore. Sulla base della definizione di principio da me accolta, invece, tale tesi significa che il fatto che il legislatore abbia qualificato una disposizione un 'principio' non fa di essa automaticamente un principio, perché determinare quali disposizioni legislative siano da qualificare come principi dipende sempre dalla presenza di quelle caratteristiche che conosciamo, quali un certo grado di generalità e di indeterminatezza, nonché il fatto che tali disposizioni, a differenza dei principi costituzionali che sono posti in una posizione di superiorità gerarchica nel sistema delle fonti, hanno il potere di 'spiegare', in sede teorica, e giustificare, in sede pratica, una o più regole appartenenti al medesimo testo normativo o ad altre leggi dello stesso sistema giuridico<sup>182</sup>.

Un caso paradigmatico di principio espresso in un testo di legge sarebbe, ad esempio, quello dell'art. 1 della legge 833/1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*), la cui intitolatio recita 'principi', che contiene disposizioni che dovrebbero orientare l'interpretazione e, in generale, l'applicazione delle altre disposizioni della stessa legge. In ultima analisi, credo che la possibilità di qualificare determinate disposizioni espresse come 'principi', non importa se qualificate tali dal legislatore o dalla Costituzione, dipende, necessariamente, dal grado di generalità e indeterminatezza, nonché dalla loro superiorità gerarchica, se si tratta di principi costituzionali, oppure dalla loro capacità di giustificare o spiegare due o più disposizioni legislative.

L'individuazione dei principi impliciti è, invece, un tema molto più complesso. In questa sede non mi occuperò, in particolare, della questione relativa all'esistenza e alla definizione dei c.d. principi costituzionali impliciti, ma solo dei principi che costituiscono le rationes soggiacenti ad un insieme di regole giuridiche valide, indipendentemente dal fatto che si tratti di regole che esauriscono un intero settore normativo o meno. In tal senso quando parlerò di 'principi impliciti' è a questi ultimi che, in genere, farò riferimento, e non ai principi costituzionali impliciti, senza, tuttavia, escludere a priori che alcuni aspetti che caratterizzano i principi soggiacenti ad una o più regole possano valere anche per i principi costituzionali impliciti<sup>183</sup>.

Vi sono differenti teorie che si contendono il campo, tutte in conflitto tra loro, al fine di stabilire quale sia la natura del ragionamento in virtù del quale si ricavano principi da norme espresse. La questione è ulteriormente complicata dal tipo di definizione del termine 'principio' che si accoglie. Mi spiego meglio.

Prendiamo la concezione secondo la quale giudici e giuristi qualificano 'principi' quelle norme che essi reputano debbano assumere una posizione di un certo rilievo rispetto ad altre norme, e che, dunque, essi ritengono *debbano* essere utilizzate per precisare, restringere o estendere il significato degli enunciati legislativi ovvero per colmare le lacune o risolvere le antinomie di secondo grado. La co-

---

<sup>182</sup> Per la tesi contraria secondo la quale i principi provvisti di formulazione legislativa non si pongono necessariamente a fondamento di altre regole, vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 429-430.

<sup>183</sup> Per un approfondimento della questione relativa ai principi costituzionali impliciti vedi R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, "Ragion Pratica", 1998, n° 11.

struzione di un principio implicito presuppone l'esistenza di un insieme di norme espresse A, B, C dalle quali ricavare, mediante un processo di generalizzazione o di induzione, una norma di carattere più generale, denominata appunto principio implicito, principio che altro non è se non la ratio soggiacente all'insieme delle norme A, B, C considerate. Ora il modo in cui è possibile configurare il processo di generalizzazione dei principi e rappresentare le varie fasi di questo processo è largamente dipendente dalla definizione di principio che adottiamo.

Teorici e filosofi del diritto hanno storicamente elaborato diverse tesi in ordine alla natura del ragionamento che da norme particolari conduce a norme più generali. Possiamo astrattamente ricostruire tre tesi fondamentali sulla costruzione dei principi impliciti. Una tesi, che possiamo denominare 'oggettivista', ritiene che le norme avrebbero finalità o scopi intrinseci, per le quali dunque il ragionamento di 'costruzione' dei principi avrebbe un carattere per lo più indipendente dai giudizi di valore dell'interprete. Una seconda tesi, che possiamo chiamare scettica o radicalmente 'soggettivista', sostiene che le norme non hanno finalità immanenti e che l'attività di generalizzazione è un'attività largamente discrezionale e dipendente dai giudizi di valore dell'interprete.

Una terza tesi sostiene, invece, che l'attività di costruzione dei principi impliciti a partire da un insieme finito di norme è un'attività parzialmente valutativa, ciò vuol dire che da un insieme di norme A, B, C, possiamo ricavare una pluralità di principi impliciti, ma che non ogni principio logicamente possibile può costituire il risultato del processo di giustificazione e razionalizzazione a partire dalle norme A, B, C, anche se nel processo di costruzione intervengono, necessariamente, dei giudizi di valore<sup>184</sup>. Si tratta, in altri termini, di un'attività soggetta ad alcuni vincoli, e, dunque, solo parzialmente, o non totalmente, creativa.

Come spesso accade quando si costruiscono *a tavolino* alcune tesi filosofiche non è facile individuare teorici del diritto che siano paladini delle tesi più radicali, in quanto la maggior parte dei filosofi hanno spesso la ragionevolezza di esprimere tesi più sfumate e meno 'compromettenti' dal punto di vista teorico. Se volessimo individuare, non un sostenitore ma, un simpatizzante della tesi scettica potremmo citare l'esempio di Riccardo Guastini, il quale ritiene che il procedimento di costruzione dei principi impliciti sia altamente discrezionale e che, non trattandosi di un procedimento logico, mette capo a risultati fatalmente discutibili<sup>185</sup>. Se volessimo citare degli esempi di teorici più vicini alle posizioni oggettiviste, potremmo

---

<sup>184</sup> Le tre tesi sono liberamente tratte da Diciotti, il quale condivide una tesi intermedia tra quella 'oggettivista' e quella 'soggettivista', analoga a quella me esposta, sebbene non contrapponga espressamente la sua tesi sulla costruzione dei principi impliciti alle altre due. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 411 e ssgg. La descrizione dei vincoli cui è soggetto il processo di costruzione dei principi impliciti è liberamente tratta da Diciotti, citato, e da M. Jori "I principi del diritto nell'ordinamento italiano", in *Saggi di metagiurisprudenza analitica*, Giuffrè, Milano, 1985. Quest'ultimo, insieme a Diciotti, Villa e MacCormick può essere annoverato tra i sostenitori di una tesi intermedia tra quella 'oggettivista' e quella 'scettica'.

<sup>185</sup> Vedi R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio ed E. Lecaldano, *Etica e diritto*, Laterza, Bari, 1986, pag. 194; Idem, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pag. 454; Idem, *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., pag. 649-650.

citare l'esempio della cosiddetta scuola ermeneutica oggettiva, cui facevano parte, nella seconda metà dell'Ottocento, Karl Binding, Adolf Wach e Josef Kohler<sup>186</sup>.

Secondo quella che abbiamo definito una tesi intermedia tra la tesi 'oggettivista' e quella 'scettica' il processo di costruzione dei principi impliciti è un'attività soggetta ad alcuni vincoli. A quali vincoli sarebbe soggetto? L'attività di costruzione dei principi impliciti a partire da un insieme di norme costituisce il cuore del metodo teleologico, cioè di quell'attività che consiste nell'attribuzione di uno scopo, o di una ratio come si dice, ad una o più norme di legge. Trattandosi di enunciati prescrittivi, cioè volti a orientare il comportamento umano, determinare lo scopo o gli scopi soggiacenti ad una norma vuol dire elaborare una congettura in relazione a quale scopo, o quali scopi, una persona in pieno possesso delle proprie capacità mentali possa voler perseguire con quella disposizione.

È evidente che il primo vincolo alla libera proliferazione delle congetture in merito ai possibili scopi di quella norma è dato dal significato convenzionalmente attribuibile a quell'enunciato. La disposizione secondo la quale 'le automobili non devono superare, in autostrada, la velocità di 150 km/h' può essere giustificata sulla base di un insieme di ragioni differenti, ma tutte devono rendere conto almeno dei casi paradigmatici di applicazione dei termini contenuti nell'enunciato, cioè del fatto che, tra le altre cose, nella comunità di coloro che normalmente interagiscono e si scambiano informazioni tramite quell'insieme di fonemi e segni denominato 'lingua italiana' una *automobile* è cosa diversa da una finestra o da un essere umano. Il secondo vincolo, più importante del precedente, è dato dall'insieme di assunzioni teoriche ed empiriche condivise dalla comunità di cui fanno parte coloro che, normalmente, hanno emanato, usato o applicato quella regola.

Come sottolinea Diciotti ad una norma possono essere attribuite delle finalità soltanto a partire dalla constatazione che la sua applicazione costituisce il mezzo per produrre determinati effetti nella realtà sociale ed economica della comunità<sup>187</sup>. Ora nessuna congettura relativa agli scopi della norma può prescindere dalle credenze della comunità in ordine agli effetti che una certa azione può produrre, quelle credenze secondo le quali, ad esempio, l'impatto di un corpo umano con un veicolo che viaggia alla velocità di 200 km/h produce una determinata modificazione empirica del mondo e non un'altra. Il terzo vincolo può essere individuato nella ragionevolezza degli scopi che possono essere attribuiti ad una norma. Vi sono, in altri termini, alcune assunzioni normative considerate ragionevoli, la cui negazione sarebbe considerata dai membri di una certa comunità del tutto inaccettabile. Tali assunzioni limitano, verosimilmente, lo spettro dei possibili scopi che possono essere, in un certo contesto storico-sociale, cioè all'interno di una determinata concezione del mondo, attribuiti ad una regola<sup>188</sup>.

Un ultimo vincolo, il quarto, non è meno importante degli altri tre. L'attività di attribuzione di uno scopo o di una ratio ad un insieme di regole è un'attività olisti-

---

<sup>186</sup> K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. di S. Ventura, Giuffrè, Milano, 1966, pagg. 38-44 (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, 1960).

<sup>187</sup> E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 415.

<sup>188</sup> Per la tesi secondo la quale sono principi soltanto quelle norme che tutelano scopi considerati, all'interno della cultura dell'interprete, come *valori*, cioè come scopi ritenuti *ragionevoli*, vedi M. Jori "I principi del diritto nell'ordinamento italiano", cit., pag. 323.

ca, nel senso che l'attribuzione di uno scopo, anziché di un altro, ad una norma dipende dalla coerenza del medesimo con altri scopi attribuiti ad altre norme facenti parte della medesima pratica sociale o dello stesso sistema (ad esempio una legge o un sistema giuridico). Tali vincoli sistematici restringono ancor di più la libertà dell'interprete nella scelta della ratio, tra gli scopi possibili, da attribuire ad una regola.

Fin qui ho esposto una tesi che rappresenta una via mezzo tra le posizioni oggettiviste e quelle soggettiviste, ma che, tuttavia, presuppone in partenza una definizione di principio, secondo me non condivisibile. Riassumendone i contenuti essa sostiene che l'individuazione di un principio implicito, a partire da un testo di legge, è un'attività parzialmente valutativa o creativa, in quanto se i quattro vincoli analizzati restringono l'insieme degli scopi che una regola può realizzare, la scelta da parte dell'interprete, tra gli scopi possibili che la regola può astrattamente perseguire, dello scopo *rilevante* è attività esclusivamente o prevalentemente orientata da giudizi di valore.

Tale tesi presenta un difetto rilevante. La tesi è corretta in quanto è vero che all'interno del processo di costruzione dei principi impliciti in una o più regole è possibile distinguere un momento maggiormente avalutativo – la fase in cui intervengono i primi quattro vincoli – ed un momento maggiormente valutativo – quello della qualificazione di uno scopo tra i tanti come *la ratio* soggiacente ad una o più regole – e che la qualificazione di uno scopo come *rilevante* dipende dalla coerenza del medesimo con le rationes soggiacenti alle altre norme appartenenti alla medesima branca del diritto, ovvero, quando tale test (che impone un vincolo piuttosto debole) non sia risolutivo, da un giudizio di valore dell'interprete.

Ora, perché mai un interprete dovrebbe qualificare uno scopo implicito in una regola come *la sua ratio*, cioè come *l'unico* scopo rilevante, se non al fine di attribuire a quel principio una superiorità assiologica rispetto ad altri principi nei processi di interpretazione e integrazione della regola medesima? Cioè al fine di sostenere che il significato di una determinata disposizione normativa deve essere precisato o corretto, ovvero che altri casi non espressamente regolati da norme espresse devono essere risolti, sulla base di quel principio e non di altri. Il che può avvenire in riferimento a tutti i casi futuri oppure con riguardo ad un caso concreto determinato. In altri termini stabilire che un principio rappresenta *la ratio* soggiacente ad una regola x implica sostenere che il principio prescelto, e non altri, deve prevalere nel bilanciamento con altri principi che possono essere utilizzati per interpretare o integrare la regola x o altre disposizioni di legge.

Configurando i 'principi impliciti' in una o più regole come quelle norme che giudici e giuristi ritengano *devono* prevalere nel bilanciamento con altri principi o rationes astrattamente attribuibili ad una o più regole, al fine di interpretare o integrare la legge, non si riescono più a distinguere due fasi, quella dell'identificazione dei principi soggiacenti ad una o più regole e quella della valutazione relativa al peso o alla superiorità assiologica di un principio rispetto

all'altro – cioè la fase della risoluzione dei conflitti tra principi – fasi che mi sembra del tutto ragionevole tenere distinte<sup>189</sup>.

In ultima analisi, ritengo sia preferibile qualificare 'principi impliciti' in una o più regole quelle norme che possono considerarsi come possibili scopi soggiacenti alle medesime, sulla base dei primi tre vincoli individuati, quello del significato convenzionale, quello relativo al contesto di credenze teoriche ed empiriche in virtù delle quali una regola si considera come un mezzo strumentalmente idoneo al raggiungimento di determinati scopi e quello della ragionevolezza dello scopo.

Se adottiamo questa definizione il processo di costruzione dei principi impliciti in una o più regole resta un procedimento soggetto ad alcuni vincoli, in quanto da un insieme finito di norme A, B, C possiamo ricavare una pluralità di principi impliciti, ma non ogni principio logicamente possibile può costituire il risultato del processo di giustificazione e razionalizzazione a partire dalle norme A, B, C. Mentre non è vero che nel processo di individuazione dei possibili scopi soggiacenti ad un insieme di regole intervengono, in modo massiccio, dei giudizi di valore, né che tale processo abbia esclusivamente o prevalentemente carattere valutativo. È più opportuno, infatti, sostenere che i giudizi di valore intervengono, in modo preponderante, in una fase successiva, quella della selezione, al fine di interpretare e integrare la legge, dei principi più 'giusti' o assiologicamente superiori.

Si potrebbe sostenere che tale concezione dei principi impliciti non rende per nulla conto del modo in cui giuristi e giudici qualificano il concetto di ratio o di principio implicito in una o più regole. Sulla base della mia definizione, infatti, dovremmo sostenere che *la ratio* della disposizione legislativa che prescrive che 'I veicoli non possono superare la velocità di 130 km/h' e di altre disposizioni del codice della strada è (anche) quella di limitare l'inquinamento acustico e ambientale, nonché di favorire il risparmio energetico. Abbiamo toccato, com'è evidente, il punto centrale della questione, e, cioè, che le disposizioni legislative non hanno *una ratio*, come una finalità immanente impostale dal creatore, nonostante i giuristi amino pensare che sia così.

Ciò che è vero, piuttosto, è che nel contesto di una comunità del discorso, altamente formalizzato e istituzionalizzato, come quella giuridica, comunità che condivide alcune assunzioni teoriche e normative, è del tutto ovvio che, qualora sorgessero delle difficoltà interpretative, nessuno dubiterebbe che lo scopo *rilevante* della disposizione secondo la quale 'I veicoli non possono superare la velocità di 130 km/h', come di altre disposizioni del codice della strada, è quello di tutelare l'integrità psicofisica delle persone e non di favorire il risparmio energetico. Ma ciò in quanto se un interprete dovesse scegliere tra due possibili significati da attribuire alla disposizione in esame inevitabilmente sceglierebbe quello che è conforme al principio che tutela l'integrità psicofisica, qualora questo fosse in conflitto con il principio che tutela il risparmio energetico, perché mai penserebbe che quest'ultimo principio possa prevalere su quello che tutela l'integrità psicofisica.

---

<sup>189</sup> Mi sembra che tale tesi sia condivisa sia Diciotti che da Jori. Vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pag. 447 e M. Jori "I principi del diritto nell'ordinamento italiano", cit., pag. 321-322.

Immaginiamo, tuttavia, che un giudice stravagante argomenti che la tutela del risparmio energetico non soltanto costituisce uno degli scopi soggiacenti a molte disposizioni del codice della strada, tra cui quella che limita la velocità dei veicoli, ma che tale principio è più importante dell'integrità psicofisica delle persone. Sosterremmo che non si tratta di un principio implicito in quella, come in altre disposizioni, oppure, più ragionevolmente, argonteremmo che attribuire un peso maggiore al principio che tutela il risparmio energetico rispetto al principio che tutela la salute non sta né in cielo né in terra?

Una seconda ragione per *non* considerare i vincoli sistematici di coerenza con altri principi del sistema come parte della definizione di 'principio implicito' in una o più regole, è che definire le rationes o i principi soggiacenti come gli scopi possibili che si possono attribuire ad una o più regole consente, se il rigore analitico è ancora un valore, di discriminare tra due categorie di principi impliciti: i principi del diritto che possiamo chiamare *dominanti*, cioè quelli che sono impliciti in una o più regole giuridiche A, B, C e che sono più coerenti con i principi soggiacenti ad un insieme di regole appartenenti al medesimo settore normativo cui fanno parte le regole A, B, C o nel sistema nel suo complesso, e i principi che possiamo chiamare *marginali o non dominanti*, cioè quelli che, seppure impliciti in una o più regole A, B, C, sono meno coerenti con gli altri principi impliciti nella medesima branca o nel sistema.

In tal senso, i principi dominanti sarebbero quelli coerenti con il maggior numero di regole aventi il maggior grado di generalità appartenenti ad un settore normativo, mentre i principi marginali sarebbero idonei a giustificare soltanto poche regole di un settore normativo, che abbiano un grado di generalità non molto alto. È evidente che si tratta di una distinzione, come quella tra regole e principi, di grado. Perché se un principio implicito che possa giustificare *una* singola regola, che abbia un grado di generalità relativamente basso, appartenente al sistema è sicuramente un principio del diritto marginale o non dominante, come qualificare un principio che ne giustifica due o tre? Le regole espresse, inoltre, possono avere differenti gradi di generalità. Un principio può essere dominante anche se può giustificare soltanto due regole del sistema, purché queste siano sufficientemente generali come l'art. 2043 o l'art. 2059 c.c.

Come vedremo analizzando la teoria di MacCormick la distinzione tra principi del diritto dominanti e principi del diritto marginali, sebbene sia relazionale e graduale, è importante e ben conosciuta dai giuristi, come dimostra la discussione dottrinale e giurisprudenziale in tema di norme eccezionali. L'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile vieta, ad esempio, di ricorrere al ragionamento analogico nel caso di norme penali e in caso di norme eccezionali. Non è tanto importante discutere le problematiche inerenti il divieto di analogia in campo penale, quanto piuttosto la definizione che in dottrina si è elaborata del concetto di norme eccezionali. Secondo un certo orientamento, infatti, un insieme di norme eccezionali regola un minor numero di ipotesi sulla base di principi confliggenti con quelli posti a fondamento del maggior numero di ipotesi regolate all'interno di una branca del diritto o del sistema nel suo complesso<sup>190</sup>. E tali principi, quelli,

---

<sup>190</sup> Per un approfondimento di tale distinzione, che qui posso solo accennare, vedi il § 2 del Cap. III e le considerazioni svolte da V. Velluzzi, *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e*

cioè, che stanno a fondamento delle norme c.d. eccezionali, non sono altro che i principi che ho denominato marginali o non dominanti.

Al di là dell'interpretazione del sintagma 'norme eccezionali' contenuto nell'art. 14 delle preleggi tale distinzione è importante per una seconda ragione. Essa ci consente di distinguere tra due concezioni del metodo sistematico dell'interpretazione, una debole ed una forte, concezioni simmetricamente analoghe a due concezioni della 'coherence' che incontreremo parlando della teoria di MacCormick, nel Cap. III. Ho sostenuto, sulla base di una definizione volutamente ampia, che una dottrina dell'interpretazione fondata sul metodo sistematico impone al giudice di interpretare e integrare le disposizioni normative esistenti sulla base dell'argomento della conformità ai principi del diritto, cioè di adottare, quale premessa maggiore del sillogismo giudiziale, una norma, risultato di un'attività interpretativa e integrativa di disposizioni normative esistenti, che sia *coerente con i principi del diritto* esistenti nel sistema.

Ora la locuzione 'coerente con i principi del diritto' può essere interpretata in due modi, uno forte ed uno debole. Secondo una concezione *forte* del vincolo imposto dalla 'coerenza con i principi del diritto', e a fortiori del metodo sistematico, i giudici devono interpretare e integrare le disposizioni normative sulla base di una norma che sia coerente con i principi costituzionali e, in subordine, con i principi impliciti *dominanti* nel settore giuridico cui appartengono le regole da interpretare o integrare ovvero nel sistema nel suo complesso.

I sostenitori di una concezione debole del vincolo imposto dalla 'coerenza con i principi del diritto' ritengono, invece, preferibile una dottrina dell'interpretazione secondo la quale i giudici possono interpretare e integrare le disposizioni normative esistenti sulla base di una norma che abbia un grado *minimo* di coerenza con i principi e i valori interni all'ordinamento, una norma, cioè, che sia coerente con i principi costituzionali e che sia, qualora questi non siano sufficientemente determinati, coerente con uno o più principi impliciti *marginali* nel medesimo settore normativo cui appartengono le regole da interpretare o integrare ovvero nel sistema nel suo complesso. In questo caso è sufficiente che la norma, posta come premessa maggiore del sillogismo giudiziale, trovi un supporto istituzionale all'interno del sistema, ma non anche che sia coerente i principi impliciti maggiormente consolidati all'interno di una branca del diritto.

Da quanto detto possiamo trarre due conclusioni. La prima è che la scelta tra queste due dottrine dell'interpretazione fondate sul metodo sistematico è possibile se e solo se adottiamo una determinata definizione di 'principio del diritto'. Una definizione secondo la quale sono 'principi del diritto' tutte quelle norme che, assumendo una posizione di un certo rilievo rispetto ad altre norme, giudici e giuristi ritengono *possano* essere utilizzate per precisare, restringere o estendere il significato letterale o convenzionale degli enunciati legislativi, anziché quelle norme che, assumendo una posizione di un certo rilievo rispetto ad altre norme, giudici e giuristi ritengono *debbano* essere utilizzate per tali scopi. Ciò ci consente di qualificare come 'principi del diritto', in questo caso impliciti, tutte quelle norme che rappresentano dei possibili scopi o rationes soggiacenti, sulla base dei

---

*diritto positivo*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), "Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica", Giappichelli, Torino, 1998, pag. 207.

primi tre vincoli individuati, ad una o più regole giuridiche valide appartenenti al sistema, anziché le rationes soggiacenti ad una o più regole che giudici e giuristi ritengono *devono* prevalere nel bilanciamento con altri principi al fine di interpretare o integrare una disposizione normativa.

La seconda conclusione concerne la definizione di ‘dottrina (o teoria) dell’interpretazione fondata sul metodo sistematico’. Ho già detto che la definizione da me data nel § 1 di questo capitolo è una definizione volutamente ampia, perché racchiude al suo interno differenti concezioni possibili del metodo sistematico, una ‘pura’ ed una ‘impura’, una formalista ed una antiformalista, una debole ed una forte. In tal senso vorrei, tuttavia, precisare che sia la versione ‘impura’ che quella debole del ‘metodo sistematico’ non rappresentano dei casi paradigmatici, bensì dei casi *marginali*, di una dottrina (o di una teoria) fondata sul metodo sistematico. La versione ‘impura’ perché subordina gerarchicamente l’argomento sistematico a quello storico, la debole perché, come sosterrò nell’analisi critica della teoria di MacCormick, *tradisce*, almeno parzialmente, le aspettative derivanti dal metodo sistematico.

Una concezione debole del ‘metodo sistematico’ e del vincolo della coerenza con i principi del diritto, infatti, non accresce l’armonia o la coerenza di un determinato settore normativo o del sistema, perché attribuisce al giudice il potere di interpretare e integrare la maggior parte delle disposizioni normative appartenenti ad una branca del diritto sulla base di principi confliggenti con le ‘rationes’ delle medesime disposizioni. In tal senso una concezione debole fa tutto il contrario di un’opera di razionalizzazione del materiale normativo esistente, cioè di selezione ed espulsione delle regole che risultano anomale, come dati recalcitranti, rispetto ai principi dominanti all’interno di una branca del diritto o nel sistema nel suo complesso.

Da questo punto di vista una concezione debole del metodo sistematico, *à la* MacCormick, non prescrive che il giudice debba estendere ad una parte, peraltro marginale, quanto determinato dal tutto, bensì al contrario gli consente, lentamente, sentenza dopo sentenza, di precisare (e/o modificare, a seconda che si adotti una versione formalista o antiformalista) il contenuto di significato degli enunciati normativi e di colmare le lacune sulla base di principi del diritto marginali, cioè di principi confliggenti con le rationes implicite in molte delle regole oggetto di interpretazione e integrazione. Tale operazione, se condotta *sistematicamente*, mira ad accrescere, anziché a diminuire, l’incoerenza e la disomogeneità di un settore normativo o del sistema nel suo complesso.

La conclusione di tale ragionamento, che risulterà più chiaro quando analizzerò le concezioni della giustificazione giudiziale di MacCormick e di Alexy, è che per ragioni differenti sia Alexy che MacCormick non sono dei convinti *sostenitori* del metodo sistematico dell’interpretazione. Nel senso che entrambi rifiutano una versione genuina o paradigmatica del metodo sistematico. Alexy perché accetta una versione ‘impura’, MacCormick perché ne accetta una versione debole.