

GIORGIO PINO

*I principi tra teoria della norma e teoria
dell'argomentazione giuridica*

ABSTRACT:

The jurisprudential debate on legal principles is very lively and rich, also at the cost of obscuring, at times, what is really at stake in the debate. The aim of the paper is to shed some light on the main points of the debate on legal principles – what is it that scholars are disagreeing on when they debate on principles. Moreover, I will take a stance in the relevant debate, defending one particular approach to the theoretical question of legal principles.

La discussione teorico-giuridica sui principi è molto ricca e, da alcuni decenni a questa parte, è uno delle più accese e ricorrenti. Un obiettivo che mi prefiggo in queste pagine è innanzitutto di chiarire almeno alcuni dei termini del dibattito sui principi – su cosa è esattamente che matura gran parte del disaccordo teorico sui principi. Non mi limiterò comunque ad un compito di tipo compilativo e ricognitivo, perché intendo altresì difendere uno specifico approccio alla questione dei principi (e in particolare alla questione delle caratteristiche distintive, se e in che misura realmente ve ne siano, tra principi e altri tipi di norme).

KEYWORDS:

principles, rules, legal argumentation

principi, regole, argomentazione giuridica

GIORGIO PINO

*I principi tra teoria della norma e teoria
dell'argomentazione giuridica*

1. L'onnipresenza dei principi – 2. Regole e principi – 2.1. La distinzione forte – 2.2. La distinzione debole – 2.2.1. Pars destruens: l'inadeguatezza dei criteri di distinzione qualitativi – 2.2.2. Pars costruens: profili strutturali, funzionali, e operativi dei principi – 2.2.2.1. Caratteristiche strutturali dei principi – 2.2.2.2. Caratteristiche funzionali dei principi – 2.2.2.3. Caratteristiche operative dei principi.

La discussione teorico-giuridica sui principi è molto ricca e, da alcuni decenni a questa parte, è uno delle più accese e ricorrenti¹. È difficile trovare, negli ultimi tre o quattro decenni, un teorico del diritto che non si sia occupato di qualche aspetto problematico della questione dei principi. Un obiettivo che mi prefiggo in queste pagine è innanzitutto di chiarire almeno alcuni dei termini del dibattito sui principi – su cosa è esattamente che matura gran parte del disaccordo teorico sui principi (§§ 2-2.2). Non mi limiterò comunque ad un compito di tipo compilativo e ricognitivo, perché in-

¹ Per una tra le più recenti prese di posizione in questo dibattito, si veda L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 2010, 3, pp. 2771-2816.

tendo altresì difendere uno specifico approccio alla questione dei principi (e in particolare alla questione delle caratteristiche distintive, se e in che misura realmente ve ne siano, tra principi e altri tipi di norme) (§§ 2.2.1-2.2.2.3). Prima però proverò ad indicare sommariamente alcuni dei fattori che hanno portato insistentemente alla ribalta il tema dei principi nel dibattito teorico-giuridico (§1).

1. *L'onnipresenza dei principi*

La “scoperta” dei principi è uno dei temi centrali del dibattito filosofico-giuridico e teorico-giuridico degli ultimi cinquant'anni, e il ricorso ai principi è uno strumento pressoché routinario nell'argomentazione giuridica. Certamente, che il diritto possa contenere principi, e che il giurista possa fare ricorso a principi in determinate circostanze (ad esempio in presenza di lacune nel diritto), sono affermazioni pacifiche nella cultura giuridica moderna, e recepite in molte codificazioni dell'Ottocento e del Novecento². Tuttavia l'utilizzazione di questo tipo di norme nell'argomentazione giuridica era rimasta per lungo tempo alquanto marginale³, a tutto

² Per una rassegna di codificazioni ottocentesche e novecentesche che fanno rinvio ai principi, v. N. BOBBIO, *Principi generali di diritto* (1966), in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 257-279 (pp. 257-258).

³ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 384. Analogamente marginali, o pesantemente distorte in senso formalistico, restavano in questo periodo anche altre tecniche volte ad introdurre flessibilità nel tessuto della regolamentazione giuridica, come le clausole generali e l'equità. Si vedano in proposito, ad esempio, le riflessioni di U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1958, pp. 18-37 (spec.

vantaggio di altre tecniche di argomentazione giuridica ritenute maggiormente in grado di assicurare al lavoro del giurista, e del giudice in particolare, un'aura di meccanicità formalistica, di mera esecuzione tecnica del precetto del legislatore – e solo di quello – a tutto vantaggio della separazione dei poteri e della certezza del diritto. In altre parole, un ricorso frequente all'argomentazione per principi non si inquadra bene nell'auto-rappresentazione del giurista legalista, fedele più alla “legge” che al “diritto”.

Com'è noto, le cose sono molto cambiate a partire dalla seconda metà del Novecento, per il concorrere di svariati fattori che elencherò sommariamente e sinteticamente senza tentare di porli in un ordine né di tipo cronologico (riguardo al rispettivo ordine di apparizione), né di tipo logico (riguardo a quale di questi fattori costituisca un presupposto per gli altri): alcuni dei fattori che elencherò si sono infatti sviluppati in maniera indipendente dagli altri, anche se poi hanno finito per sostenersi a vicenda.

Un primo ordine di fattori è rappresentato dalla diffusione di movimenti variamente antiformalisti, alcuni dei quali hanno utilizzato, o proposto di utilizzare, il ricorso ai principi come altrettante “valvole di comunicazione” tra diritto e società: ad esempio, in Italia negli anni '60 e '70 del secolo scorso la cultura giuridica di sinistra ha ampiamente utilizzato sia alcuni principi generali sia alcuni principi costituzionali per “svecchiare” il tessuto codicistico a fronte del rapido cambiamento della realtà sociale e delle dinamiche produttive⁴.

pp. 20-24); ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo I: *Il comportamento del creditore*, Giuffrè, Milano, 1974, spec. pp. 28-32.

⁴ Cfr. in tal senso S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in “Rivista di diritto commerciale”, 1967, I, pp. 83-125.

Un secondo ordine di fattori è rappresentato dalla crisi della legge come strumento di formulazione di regole stabili per la tutela e disciplina di interessi quanto più possibile generali, e dalla sua polverizzazione in interventi legislativi di tipo sempre più settoriale e particolaristico; e allo stesso tempo, dalla crisi del modello “codice”, come paradigma di normazione completa, coerente, e tendenzialmente esauritiva, accompagnata dalla proliferazione di sotto-sistemi particolari. In conseguenza di questa duplice crisi, della legge e del codice, il giurista ha cercato sul piano dei principi (generali e costituzionali) gli strumenti per ricomporre l’unità assiologica e la coerenza del sistema⁵.

Un terzo ordine di fattori è rappresentato dalla promulgazione, in molti paesi occidentali, di costituzioni lunghe, rigide e garantite: costituzioni che contengono cataloghi di diritti e principi fondamentali, e che sono (o comunque sono pensate per essere) dotate di una forza normativa e assiologica superiore alla legge ordinaria. Il “nuovo” diritto costituzionale, il diritto costituzionale della seconda metà del Novecento, è diventato così un diritto “per principi”⁶ – prin-

⁵ Cfr. U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in “Rivista di filosofia”, 1987, pp. 3 ss.; A. FALZEA, *I principi generali del diritto* (1991), in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 337-338; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 47; B. Pastore, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in “Diritto privato”, 2001-2002. Sulla frantumazione della legislazione civilistica, che ha messo in crisi la centralità stessa del codice, v. N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1978, 1999⁴. La nozione di coerenza cui faccio riferimento nel testo è affine a quella discussa da N. MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, in W. KRAWIETZ et al., (eds.), *Theorie der Normen. Festgabefur Ota Weinbergerzum 65. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, 1984.

⁶ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (1986), Oxford U.P.,

cipi che peraltro non costituiscono un *hortus conclusus*, ma sono destinati ad impregnare, a riverberarsi su tutto l'ordinamento. Nello stato costituzionale contemporaneo, e in una cultura giuridica costituzionalizzata (una cultura giuridica, cioè, che ha preso consapevolezza delle risorse argomentative offerte dalle nuove costituzioni)⁷, l'argomentazione per principi diventa, dunque, pervasiva.

Un quarto ordine di fattori è rappresentato dall'attacco sferrato da Ronald Dworkin al positivismo giuridico nella versione elaborata da H.L.A. Hart⁸, colpevole, agli occhi di Dworkin, di considerare il diritto semplicemente come la somma delle regole valide in base ad una norma di riconoscimento, così trascurando il ruolo che nel diritto hanno standard affatto diversi dalle regole – e di importanza fondamentale – per l'appunto i principi. Successivamente, l'argomento dei principi è stato (a mio parere a torto) insistentemente utilizzato dalla letteratura giusfilosofica antipositivista per mostrare la generale inadeguatezza del positivismo giuridico specialmente a descrivere la varietà e complessità delle attività interpretative dei giuristi, e a dare conto delle relazioni tra

Oxford, 2002; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 31, 2002, pp. 865-897; ID., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, capp. V e VI.

⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 337; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 238-267; ID., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 195-223; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 121-126.

⁸ La critica menzionata nel testo è apparsa per la prima volta in R. DWORKIN, *The Model of Rules I* (1967), in ID., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978².

diritto e morale (esemplificate proprio dalla presenza di principi nel diritto)⁹.

Tutto ciò ha ispirato, come dicevo, un notevole dibattito nella teoria del diritto recente, incentrato su diversi possibili modi di rendere conto della presenza dei principi nel diritto – dibattito che comunque tale presenza dà ormai per acquisita¹⁰; e ha inoltre corroborato l'idea, cui ho fatto cenno in apertura di questo lavoro, che il ricorso ai principi sia ormai uno strumento imprescindibile dell'argomentazione giuridica. Non è però altrettanto chiaro cosa siano i principi, cosa li distingua dalle regole (se qualche distinzione c'è davvero), come vengano individuati e come operi la loro applicazione. Su questi punti intendo soffermarmi in questo saggio, lasciando invece da canto, in questa occasione, il problema più specificamente filosofico-giuridico del rapporto tra principi e positivismo giuridico (assumerò comunque, senza argomentarla oltre, una generale compatibilità tra l'impianto concettuale giuspositivista e la presenza di principi nel diritto e nell'argomentazione giuridica).

2. Regole e principi

Dal punto di vista della qualificazione dei principi nell'ambito della più ampia categoria della norma giuridica,

⁹ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), Torino 1997; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.; ID., *Intorno alla legge*, cit., capp. V e VI.

¹⁰ Tra le poche voci critiche a questo riguardo (relativamente cioè alla *configurabilità o utilità teorica* della categoria dei principi, non alla sua opportunità gius-politica), L. ALEXANDER, K. KRESS, *Against Legal Principles* (1995), in "Iowa Law Review", vol. 82, 1997, pp. 739-786; L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke U.P., Durham, 2001, cap. VIII.

da alcuni decenni si fronteggiano due principali teorie, o famiglie di teorie: da una parte vi sono i sostenitori della c.d. distinzione forte tra regole e principi, secondo i quali tra regole e principi si dà una differenza categoriale: si tratta di cose diverse (per il modo in cui vengono ad esistenza, o per il modo in cui funzionano in sede applicativa). Dall'altra vi sono i sostenitori della c.d. distinzione debole tra regole e principi, secondo i quali la distinzione tra i due tipi di norme è non categoriale ma quantitativa, o di grado: ciò che caratterizza i principi è il fatto di possedere in misura maggiore o minore certe proprietà o certe caratteristiche, le quali proprietà o caratteristiche sono però possedute (rispettivamente in misura minore o maggiore) anche dalle regole.

In entrambi i casi, si tratta in realtà non di specifiche e coese teorie, ma piuttosto di *famiglie* di teorie: sia la tesi della distinzione forte sia la tesi della distinzione debole possono essere (e di fatto sono) sostenute sulla base di diverse argomentative strategie, e non tutti i sostenitori dell'una e dell'altra tesi sono d'accordo su tutti i possibili criteri di distinzione (o di non distinzione) tra principi e regole. A mia volta, peraltro, cercherò di difendere una versione della teoria della distinzione debole tra regole e principi.

2.1. *La distinzione forte*

Le teorie della distinzione forte (qualitativa, categoriale) tra regole e principi si basano sull'idea che esistano determinate caratteristiche costantemente esibite dai principi, e non anche dalle regole, e che pertanto tali caratteristiche siano necessarie e sufficienti a distinguere i principi dalle regole¹¹.

¹¹ Versioni di questa tesi sono sostenute da: R. DWORKIN, *The Model of Rules I*, cit.; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., cap. III; ID., *On the Structure of Legal Principles*, in "Ratio Juris", vol. 13,

Seppure con significative eccezioni, versioni di tale teoria sono di solito difese da autori di orientamento (e con finalità) anti-positivista¹². L'idea anti-positivista di fondo solitamente condivisa dai sostenitori di questo approccio si può riassumere nei seguenti passaggi argomentativi: *a)* regole e principi sono cose affatto diverse (vi è tra essi una differenza forte, categoriale); *b)* il presunto armamentario concettuale positivista (in particolare: la dimensione solo fattuale e formale della validità, l'applicazione sillogistico-deduttiva delle norme, la separazione tra diritto e morale) non è in grado di spiegare la presenza e il ruolo dei principi

2000, pp. 294-304; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., cap. VI; ID., *La legge e la sua giustizia*, cap. VI; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi del diritto*, in "Analisi e diritto", 1993, pp. 9-29; IDD., *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I; IDD., *Rules and Principles Revisited*, in "Associations", vol. 4, 2000, pp. 147-156; L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 115-140; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID., (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 85-113; A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001, pp. 215-230; L. ALEXANDER, K. KRESS, *Against Legal Principles*, cit.; D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, spec. pp. 81-84; L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *The Rule of Rules*, cit., cap. VIII.

La versione più radicale di questa concezione arriva sostenere che i principi non sono nemmeno qualificabili come norme: cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*(1949), Giuffrè, Milano, 1971, pp. 310 ss.

¹² Le eccezioni principali di cui sono a conoscenza sono rappresentate da R. Guastini e D. Martínez Zorrilla.

nel diritto; *c*) ma i principi, nel diritto, di fatto ci sono – e questo è tanto più evidente nel diritto costituzionale contemporaneo che è in maniera preponderante, come detto poco sopra, un diritto “per principi”; *d*) dunque, il positivismo giuridico è concettualmente inadeguato a rendere conto di un aspetto importante, e forse essenziale, del diritto¹³.

Ciò detto riguardo allo sfondo gius-filosofico solitamente condiviso dalle teorie della distinzione forte, vediamo un po' più da vicino in cosa consiste, agli occhi dei difensori di questa teoria, la differenza categoriale tra regole e principi. L'idea, come dicevo, è che vi siano determinate caratteristiche costantemente esibite dai principi, e non anche dalle regole, e che pertanto tali caratteristiche siano necessarie e sufficienti a distinguere i principi dalle regole. Tra tali caratteristiche, spiccano le seguenti¹⁴:

¹³ Quando questa supposta inadeguatezza del positivismo giuridico è confinata alla comprensione non del diritto in generale, ma del diritto dello stato costituzionale contemporaneo, tale forma di anti-positivismo prende il nome di neocostituzionalismo. Si veda esattamente in tal senso M. ATIENZA, RUIZ MANERO, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, in “Isonomía”, 27, 2007, pp. 7-28; non sempre però è chiaro cosa si intenda per neocostituzionalismo, e quali idee esattamente esso difenda (o si ritenga difenda); sul punto rinvio a G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in “Giurisprudenza costituzionale”, vol. 56, 1, 2011, pp. 965-997.

¹⁴ L'elenco che segue non consiste nella ricostruzione di una singola teoria unitaria e coerente, ma nell'indicazione *per saturam* delle caratteristiche differenziali tra regole e principi così come emergono dagli argomenti dei principali sostenitori della distinzione forte; se è certamente vero che alcune delle caratteristiche qui di seguito indicate sono tra loro strettamente connesse, altre sono tra loro indipendenti e non è detto che tutti i sostenitori della teoria della distinzione forte concordino indistintamente su tutte le caratteristiche differenziali qui di seguito indicate.

i) i principi sono norme particolarmente importanti, sono le norme “fondamentali” dell’ordinamento, ne rappresentano i valori fondanti e costitutivi; come tali, i principi sono norme che per un verso non necessitano di ulteriore giustificazione¹⁵, e che per altro verso giustificano, fondano altre norme (ne rappresentano la *ratio*)¹⁶; di contro, le regole sono il prodotto della specificazione, della concretizzazione di un principio – dunque, sembrerebbe, le regole sono sempre giustificate da altre norme, ma non servono a loro volta a giustificare altre norme;

ii) i principi proclamano un valore; di contro, le regole sono “opache” rispetto al valore che intendono tutelare, sono “semanticamente autonome” rispetto alle ragioni sotto-

¹⁵ L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in “Diritto del lavoro”, 1992, 1, pp. 3-12, spec. p. 4 (con specifico riferimento a quelli che egli chiama “principi dogmatici o assiomatici”); R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 206; ID., *La sintassi del diritto*, cit., p. 75; ID., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 176.

¹⁶ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1941; ID., *Sull’efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 27-50 (spec. p. 38); E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), Giuffrè, Milano, 1990, vol. II, p. 851 s.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 262-262; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 282-283; ID., *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 175-176; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 427-429; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 376-377; B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, cit., p. 79.

stanti che le giustificano¹⁷; le regole, pur essendo – ovviamente – funzionali alla realizzazione di qualche valore morale, obiettivo politico, principio giuridico ecc., non fanno esplicitamente riferimento a quel valore, non lo proclamano: piuttosto indicano direttamente una condotta funzionale al perseguimento del valore, obiettivo ecc., e le associano una modalità deontica (divieto, permesso, obbligo)¹⁸;

iii) in conseguenza della loro portata assiologica, ai principi “si aderisce” (si presta una qualche forma di adesione etico-politica), mentre alle regole “si ubbidisce” (possono essere seguite “ciecamente”)¹⁹;

iv) i principi hanno un notevole grado di generalità, vaghezza, indeterminazione: sono norme con fattispecie “apertissima”, o addirittura “norme senza fattispecie” (e dunque, in questo senso, sono norme categoriche²⁰); di contro, le regole sono norme che connettono conseguenze giuridiche ad una precisa fattispecie (e dunque sono norme ipotetiche);

v) l’applicazione dei principi è condizionata da considerazioni di “peso” e di importanza: se in un medesimo caso concreto sono applicabili più principi, come spesso avviene, al fine della decisione del caso si dovrà individuare il principio più importante; di contro, simili considerazioni di peso e di importanza sarebbero invece assenti o irrilevanti

¹⁷ Cfr. F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un’analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), il Mulino, Bologna, 2000; Á. RÓDENAS, *Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial*, in “Doxa”, 21-I, 1998, pp. 99-121.

¹⁸ S. PERRY, *Two Models of Legal Principles*, in “Iowa Law Review”, vol. 82, 1997, pp. 787-819, p. 788: «the explicit content of principles is value-oriented, whereas that of rules is action-oriented».

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 148-150.

²⁰ D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, cit., spec. pp. 81-84.

nell'applicazione di regole: per applicare una regola è sufficiente verificare se si danno le circostanze di fatto indicate nella fattispecie della regola stessa (una regola, si dice, si applica o non si applica – non si “pesa”)²¹;

vi) i principi sono norme suscettibili di una applicazione “graduata” o “flessibile”, o in altri termini sono norme defettibili (norme la cui applicazione è soggetta ad eccezioni implicite); un principio si può applicare “più o meno”²². Di contro, l'applicazione delle regole seguirebbe la logica del “tutto-o-niente”: la regola si applica in toto se si verificano le circostanze fattuali previste nella fattispecie, e non si applica se tali circostanze non si verificano²³;

vii) i principi sono “comandi di ottimizzazione”: prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore ecc., nella maggior misura possibile, in base alle concrete possi-

²¹ R. DWORKIN, *The Model of Rules I*, cit.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 217, nt. 30; ID., *Interpretare e argomentare*, cit., p. 206, nt. 22.

²² S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, p. 522 (sulla «elasticità» dei principi); J. STONE, *From Principles to Principles*, in “Law Quarterly Review”, 97, 1981, pp. 224-252, p. 233 (i principi esibiscono «various degrees of relaxation in controlling their outcomes»); P. SOPER, *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute*, in “Michigan Law Review”, vol. 75, 1977, pp. 474-519 (p. 481); R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 295 (i principi possono essere «fulfilled in various degrees»); G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 879 (i principi hanno una «flessibile capacità di interagire tra loro»); ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 216-217; ID., *Intorno alla legge*, cit., 104; R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., p. 206.

²³ R. DWORKIN, *The Model of Rules I*, cit., pp. 22-28; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 46-47; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 213; ID., *Intorno alla legge*, cit., 95, 102.

bilità fattuali e normative; le regole, invece, ancora una volta, o si applicano o non si applicano²⁴;

viii) i principi non sono frutto di atti deliberati di produzione, ma sono piuttosto immanenti nell'ordinamento (ne rappresentano lo "spirito"); le regole di contro sono prodotte da atti deliberati, esistono solo se valide.

ix) un conflitto tra principi non determina l'invalidità di uno dei due (o più) principi in conflitto, ma solo la disapplicazione del principio considerato, in quel caso, meno importante; di contro, un conflitto tra regole può solo essere risolto proclamando l'invalidità o l'abrogazione di una delle regole in conflitto²⁵;

2.2. *La distinzione debole*

La teoria della distinzione debole²⁶ si basa sull'osservazione

²⁴ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., cap. III; ID., *On the Structure of Legal Principles*, cit.

²⁵ R. DWORKIN, *The Model of Rules I*, cit.; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 50; ID., *On the Structure of Legal Principles*, cit.

²⁶ Versioni di questa tesi sono sostenute da: V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, cit.; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in "Yale Law Journal", vol. 81, 1972, pp. 823-854; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford, 1978, cap. VII; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 19 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi* (1985), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 173-204; W. TWINING, D. MIERS, *Come far cose con regole* (1982²), Giuffrè, Milano, 1990, pp. 180-183; H.L.A. HART, *Postscript* (1994), in ID., *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, 1994²; J.J. MORESO, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in "Analisi e

che, a ben vedere, tutte le norme, siano esse regole o principi, sembrano possedere *in qualche misura* almeno alcune delle caratteristiche sopra indicate. Ciò che differenzia regole e principi, secondo questa posizione, è dunque *il grado* in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi.

Detto forse più chiaramente, le caratteristiche che i sostenitori della distinzione forte individuano nei principi sono caratteristiche che effettivamente i principi di solito esibiscono; e da questo punto di vista i sostenitori della distinzione forte di solito mettono in evidenza con successo qualche caratteristica che effettivamente spiega quantomeno qualche aspetto del funzionamento e della struttura dei principi. Si da il caso, però, che le caratteristiche distintive individuate dalle teorie della distinzione forte, categoriale, tra

diritto”, 1997, pp. 79-118; P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* (1997), in ID., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 81-95; L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, cap. II; K. SULLIVAN, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in “Harvard Law Review”, vol. 106, 1992, pp. 22-123 (spec. pp. 57-62); M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995², p. 259; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 429-435; F. SCHAUER, *Prescriptions in Three Dimensions*, in “Iowa Law Review”, vol. 82, 1997, pp. 911-22; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003, 2008³, pp. 108-115; G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 300-312; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III.

La versione più radicale di questa concezione arriva a sostenere che, a ben vedere, regole e principi *sono la stessa cosa*: così L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit.; per una critica, v. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, cit.

regole e principi per un verso non siano sempre presenti nei principi, e per altro verso siano talvolta presenti anche nelle regole. Se le cose stanno così, allora non è possibile sostenere una distinzione categoriale tra regole e principi, perché entrambi i tipi di norme possiederebbero, almeno potenzialmente ed in misura diversa, tali caratteristiche.

2.2.1. *Pars destruens: l'inadeguatezza dei criteri di distinzione qualitativi*

Così, e in parallelo con i vari punti evidenziati nel paragrafo precedente:

i) è vero che di solito i principi sono le norme più importanti, e dunque “fondamentali”; tuttavia non è affatto detto che tale caratteristica non si addica, potenzialmente e contingentemente, anche alle regole.

Innanzitutto, cosa intendiamo, qui per “fondamentale”? come abbiamo visto nel paragrafo precedente, “fondamentale” può significare principalmente due cose²⁷: in primo luogo, è fondamentale una norma che “fonda” altre norme (cioè funge da fondamento, da giustificazione per la validità o l’applicabilità di altre norme); in secondo luogo, è fondamentale una norma che è priva di ulteriore fondamento assiologico o etico-politico, una norma la cui giustizia è auto-evidente. Ora, non è affatto chiaro in che modo queste caratteristiche possano servire a distinguere in maniera con-

²⁷ Riprendo questi due sensi di “fondamentalità” da R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 206; ID., *La sintassi del diritto*, cit., p. 75; ID., *Interpretare e argomentare*, cit., p. 176. Si noti che Guastini considera entrambi questi sensi di fondamentalità come caratteristici esclusivamente dei principi rispetto alle regole (ed è per questa ragione che ho incluso Guastini tra gli esponenti della distinzione forte tra regole e principi: cfr. *supra*, nt. 11).

cettuale, qualitativa, regole e principi – non è affatto chiaro, in altre parole, perché queste caratteristiche si dovrebbero ritrovare *sempre e solo* nei principi e non anche, sia pure contingentemente, nelle regole.

Infatti, per quanto riguarda il senso di fondamentale come “idoneo a giustificare altre norme”, anche una regola può avere un ruolo “fondante” – può cioè essere idonea a giustificare altre regole: una regola più generica e indeterminata di altre può giustificare (e dunque in questo senso fondare) altre regole più specifiche e determinate.

E per altro verso, per quanto riguarda il senso di fondamentale come “non bisognoso di ulteriore giustificazione”, è del tutto possibile (e anzi frequente) che la “esistenza” di un principio più specifico venga giustificata perché tale principio è richiesto per attuare un altro principio, più generico²⁸. Altra questione è se, in una data cultura giuridica, su alcuni principi converga un consenso talmente ampio da apparire come non bisognosi di ulteriore giustificazione (giustificazione che in linea teorica può essere sempre trovata, ma che non è necessaria visto l'ampio consenso di cui gode quel principio); ma, se è così, allora questo può valere anche per molte regole, ad esempio quelle che vietano l'omicidio, la prostituzione minorile, o la riduzione in schiavitù. In fondo, questo sembra essere il significato (nella meno rozza delle sue possibili letture) della tradizionale distinzione penalistica tra *mala in se* e *mala quia prohibita*.

²⁸ Per alcuni esempi, v. G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in “Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica”, 2009, pp. 131-158; ID., *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 70-72. D'altronde gli esempi indicati da Guastini per sostanziare questa accezione di fondamentalità (i principi della divisione dei poteri, della sovranità popolare, dell'autonomia privata, della libertà delle forme contrattuali, ecc.) sono tutt'altro che privi di ulteriore giustificazione etico-politica.

ii) è vero che di solito i principi sono formulati in modo da proclamare un valore, ma non è detto che una regola sia sempre opaca rispetto al valore che essa tutela: una regola può ben incorporare esplicitamente, nella formulazione dell'enunciato normativo, il riferimento alla propria *ratio*, senza per ciò solo trasformarsi in un principio;

iii) anche una regola può essere oggetto di adesione assiologica, così come un principio può essere applicato anche da chi non lo condivide;

iv) anche le regole possono essere affette da vaghezza o indeterminatezza;

v) anche l'applicazione di una regola può essere soggetta a considerazioni di peso: questo è esattamente ciò che accade quando si rende una regola defettibile, cioè quando una regola viene disapplicata a causa del verificarsi di eccezioni implicite: in questi casi, in altre parole, la regola (e il valore o principio che essa persegue) è soppesata contro un valore o principio contrapposto, che in ipotesi ne giustifica la disapplicazione in un certo tipo di caso; e dunque non è vero che le regole si applicano secondo la modalità del tutto-o-niente²⁹. D'altro canto, non è affatto una verità analitica che tutti i principi siano soggetti a bilanciamento: alcuni principi possono essere sottratti a bilanciamento ovvero, il che è lo stesso, considerati invariabilmente vincenti se bilanciati con altri principi³⁰;

²⁹ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 232; H.L.A. HART, *Postscript*, cit.; J.J. MORESO, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, cit.; G. SARTOR, *Defeasibility in Legal Reasoning*, in Z. BANKOWSKI et al. (eds.), *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*, Kluwer, Dordrecht, 1995, pp. 119 ss.; H. ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005⁴, p. 47; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 204, nt. 9.

³⁰ Cfr. R. ALEXYS, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 195: «There are thus conditions under which one can say with a very high

vi) oltre a quanto appena detto nel punto precedente, si consideri anche il caso dell'analogia: in tal caso, una regola (quella che disciplina un caso simile) viene applicata al di là del proprio campo di applicazione, per disciplinare un altro caso non regolato; di conseguenza, non è vero che le regole si applicano con la logica del tutto-o-niente: una regola può essere disapplicata ad un caso cui si dovrebbe applicare (nel caso della defettibilità), oppure può essere applicata ad un caso in cui apparentemente non si dovrebbe applicare (nel caso del vaso dell'analogia)³¹;

vii) anche l'applicazione delle regole è soggetta alle circostanze fattuali e soprattutto normative rilevanti: l'applicazione di una regola subisce limitazioni, ad esempio, a causa dell'interpretazione sistematica e della eventuale presenza di norme antinomiche, e a causa di possibili eccezioni elastiche ed indeterminate (si pensi alle cause di giustificazione in materia penale e nella responsabilità civile); inoltre una regola che contiene clausole elastiche ("congruo termine", "ragionevolmente", "correttezza", ecc.) si applica esattamente con la logica del comando di ottimizzazione: si applicherà, cioè, nella misura maggiore possibile in relazione alle circostanze di fatto e normative rilevanti³²;

degree of certainty that no countervailing principle will take priority [over e.g. the right to private life, *ndr*] [...] But the absoluteness of its protection remains a matter of the relation between different principles. A set of circumstances under which competing principles do take precedence after all cannot be ruled out. However, the certainty of protection is so high that under ordinary circumstances we can talk about absolute protection».

³¹ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 155: «the whole point of argument by analogy in law is that a rule can contribute to a decision on facts to which it is not directly applicable».

³² A dire il vero, l'elasticità nell'applicazione delle regole dipende spesso anche dal contenuto sostanziale della regola stessa. Così, una regola di tipo

viii) non tutte le regole sono esplicitamente formulate in un testo canonico (in una fonte del diritto): possono darsi regole implicite, come ad esempio quelle ricavate per analogia a partite da altre regole; e per converso possono darsi principi esplicitamente formulati in un testo normativo, come è il caso della maggior parte dei principi costituzionali;

ix) non è vero che ogni conflitto tra regole determini l'invalidità di una delle regole in conflitto; in realtà, la maggior parte delle antinomie tra regole determina l'inapplicabilità, e non l'invalidità di una delle regole in gioco³³ (questo è chiaro ad esempio nel caso di una antinomia risulta tramite il c.d. criterio di specialità: se la norma speciale viene poi abrogata, la norma generale si riepande a coprire i casi prima rientranti nell'ambito della norma speciale, e questo accade perché la norma generale non ha perso, nemmeno parzialmente, validità).

In sintesi, dunque, la teoria della distinzione forte tra regole e principi dice certamente qualcosa di interessante sui

eccezionale è considerata di solito non soggetta ad interpretazione estensiva, al pari di una regola che imponga obblighi o che sia comunque limitativa della libertà dei soggetti, mentre una regola attributiva di un diritto è considerata di solito assoggettabile ad interpretazione estensiva. Tutte queste possibilità, comunque, palesemente non dipendono dal fatto che si sia in presenza di una regola, ma dalle ideologie giuspolitiche degli interpreti che, ad esempio, portano a privilegiare le regole attributive di sfere di libertà sul presupposto che il diritto oggettivo contenga un principio implicito (o norma generale di chiusura) secondo cui tutto ciò che non è proibito è permesso. Tutto ciò comunque finisce per confermare l'idea che anche le regole siano soggette a modalità di applicazione elastiche.

³³ Cfr. S. MUNZER, *Validity and Legal Conflicts*, in "Yale Law Journal", vol. 82, 1973, pp. 1140-1174; H ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, cit., pp. 52-64. Sulla distinzione tra invalidità e inapplicabilità di norme, v. G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in "Analisi e diritto", 2008, pp. 263-299.

principi; allo stesso tempo, però, non riesce a rendere conto del funzionamento *delle regole*, perché costruisce un modello del tutto artificiale di regola (le regole sarebbero sempre indefettibili, si applicherebbero sempre con la modalità del tutto o niente, non sarebbero affette da considerazioni di “peso”, ecc.) che non ha alcun riscontro nella realtà³⁴.

2.2.2. *Pars costruens: profili strutturali, funzionali, e operativi dei principi*

Il fallimento delle teorie della distinzione forte, qualitativa o categoriale, tra regole e principi rende dunque necessario invertire la prospettiva di analisi. Non è il possesso in via esclusiva di qualche caratteristica a determinare lo status di regola o di principio, ma piuttosto *la misura in cui* una certa caratteristica è posseduta. Certe norme possiedono certe caratteristiche in misura maggiore, e allora tendiamo a chiamarle principi; altre norme possiedono quelle stesse caratteristiche in misura minore, e allora tendiamo a chiamarle regole. Trattandosi, come vedremo subito, di caratteristiche di tipo graduale, allora la distinzione tra regole e principi è una distinzione di tipo “più o meno”, non di tipo “tutto o niente”. Poiché però, come vedremo in seguito, dal

³⁴ Sull’incapacità delle teorie della distinzione forte di spiegare il funzionamento delle regole (tanto che, accettando tale impostazione, le regole propriamente non esisterebbero), cfr. T. ENDICOTT, *Three Puzzles about Legal Rules*, in P. CHIASSONI (ed. by), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 65-82 (a proposito di Dworkin); B. CELANO, *Principi, regole, autorità*, in “Europa e diritto privato”, 2006, 3, pp. 1061-1086 (a proposito di Atienza e Ruiz Manero); A. GARCIA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 141-143 (a proposito di Alexy).

maggiore o minore possesso di queste caratteristiche seguono significative conseguenze sul piano dell'argomentazione giuridica, non è sterile esercizio stabilire quando la presenza di queste caratteristiche determini l'emersione di uno specifico tipo di norma³⁵.

Le caratteristiche cui faccio riferimento possono essere raggruppate in tre categorie, che in mancanza di meglio indicherò come caratteristiche di tipo *strutturale*, caratteristiche di tipo *funzionale*, e caratteristiche di tipo *operativo*.

Mentre nella letteratura sui principi questi tipi di caratteristiche sono solitamente indicati in maniera promiscua, è importante tenerli distinti per due motivi: in primo luogo, sono logicamente separabili – e di fatto, affinché si dia un principio, non è necessario che tali caratteristiche siano tutte presenti allo stesso tempo³⁶. In secondo luogo, non distinguendoli si rischia di confondere la causa con l'effetto, o quantomeno di non comprendere che i principi esibiscono una certa caratteristica (in particolare, di tipo operativo) *perché* possiedono qualche altra caratteristica (di tipo strut-

³⁵ Come sembra invece ritenere F. SCHAUER, *Prescriptions in Three Dimensions*, cit., p. 921-922.

³⁶ Cfr. in tal senso A. PINTORE, *Norme e principi*, cit., p. 24; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 207. In altre parole, “principio” risulta essere un concetto affetto da vaghezza combinatoria: si riferisce a cose che hanno in comune alcune caratteristiche, ma in modo che non vi sia nessuna caratteristica comune a tutte le istanze del concetto; sulla vaghezza combinatoria, E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 367-376; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 55-57. Che “principio” sia un concetto ambiguo è sostanzialmente un luogo comune nella letteratura recente e meno recente sui principi, e spesso un argomento apertamente utilizzato per rifiutare l'utilità concettuale della categoria.

turale oppure funzionale)³⁷; con la conseguenza di lasciare nell'ombra le ragioni per cui i principi sono soggetti a certe peculiari modalità applicative. La distinzione tra questi profili permette dunque di capire che certe caratteristiche operative possedute dalle regole e dai principi non sono tratti definitivi o categoriali del tipo di norma in considerazione, ma sono piuttosto *conseguenze*, peraltro solo eventuali, del fatto che la norma ha (in misura maggiore o minore, a seconda dei casi) certe caratteristiche strutturali o funzionali.

2.2.2.1. *Caratteristiche strutturali dei principi*

Queste caratteristiche riguardano il diverso grado di *genericità* e di *indeterminatezza* che è presente rispettivamente nelle regole e nei principi.

I principi sono infatti norme più generiche, nel senso che sono norme che possono essere attuate (o violate) in molti modi diversi³⁸. La genericità dei principi riguarda sia la loro

³⁷ Questo è l'errore in cui incorrono i tentativi di distinguere regole e principi esclusivamente sul piano operativo, cioè esclusivamente sul piano delle attività argomentative che tipicamente si accompagnano alle une o agli altri; l'errore è, evidentemente, che così non spiega perché quelle operazioni argomentative hanno luogo con i principi e non anche con le regole (o viceversa). Per alcuni esempi, di questa posizione, v. E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 429-435; G. ITZCOVICH, *Bananen. Bilanciamento, diritti fondamentali e integrazione europea nella "guerra delle banane"*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 9-72 (spec. pp. 21-22); M. BARBERIS, *Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencia sentre la teoría genovesa y la mia*, in "Diritto & Questioni Pubbliche", 11/2011, nt. 12.

³⁸ J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit.: «Principles are often stated in ways which leave their subjects unspecified» (p. 836); «principles prescribe highly unspecified actions [...]. An act is highly

fattispecie (il campo di applicazione, i casi cui il principio si applica), sia la loro conseguenza (gli effetti giuridici richiesti dall'applicazione del principio). Pertanto, la fattispecie del principio è altamente eterogenea, e le conseguenze che si possono derivare dall'applicazione del principio possono essere molto diverse³⁹. In altre parole, la fattispecie di un principio di solito proclama un valore, un fine (l'uguaglianza, la libertà di manifestazione del pensiero, la correttezza nelle relazioni contrattuali, ecc.), senza stabilire precisamente in che modo esso dovrà essere realizzato: quali precise conseguenze siano ad esso associate dipende da una serie di circostanze non esattamente predeterminabili. Di contro, una regola può anche avere una fattispecie relativamente generica, cui però associa una conseguenza, o anche più conseguenze alternative, indicate in maniera tendenzialmente precisa. Pensiamo ad esempio ad una norma che prescrive che chi ha commesso omicidio debba essere condannato a ventuno anni di reclusione: questa norma è 1) generale, perché si riferisce a tutti coloro che commettono un omicidio, senza distinzioni; 2) generica quanto alla fattispecie, perché non precisa in che modo debba avvenire l'omicidio per ricadere nell'ambito di applicazione della norma; 3) specifica quanto alle

unspecific if it can be performed on different occasions by the performance of a great many heterogeneous generic acts on each occasion [...]. Promoting human happiness, respecting human dignity, increasing productivity, and behaving negligently or unjustly or unreasonably are highly unspecific acts» (p. 838); sulla genericità dei principi v. anche: A. PINTORE, *Norme e principi*, cit., pp. 23-24; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 48-49; ID., *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 179-180.

³⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 213-215, nota esattamente che i principi sono norme «a prescrizione generica» (v. anche ID., *Intorno alla legge*, cit., p. 96).

conseguenze, perché statuisce una conseguenza univoca (la reclusione per ventuno anni).

I principi sono, inoltre, norme più indeterminate. Vi sono molti modi diversi in cui una norma può essere indeterminata⁴⁰. Le dimensioni dell'indeterminatezza che interessano i principi sono *a)* la vaghezza, *b)* la controvertibilità, *c)* la *open texture*⁴¹.

a) Una norma è vaga quando la sua formulazione contiene predicati la cui applicazione è dubbia a causa di fattori quantitativi (si pensi a “ricco”, o “calvo”: non è precisamente determinabile, se non in via di stipulazione, con quanti soldi in banca una persona diventi ricca, o con la perdita di quanti capelli diventi calva). La vaghezza del linguaggio dipende in altre parole dal modo in cui è fatto il mondo, e dalla incapacità del nostro linguaggio di adeguarsi completamente ad esso.

b) una norma è controvertibile quando contiene termini su cui non vi è accordo per ragioni sostanziali (ad esempio etico-politiche, estetiche, ecc.): ciò accade ad esempio quando una norma contiene riferimenti a concetti a forte carica ideologica (democrazia, libertà, dignità, personalità), a concetti valutativi, o a concetti etici “spessi” (“degradante”, “equo”)⁴². La controvertibilità in altre parole dipende dal fatto che non vi è accordo, per ragioni sostanziali

⁴⁰ Si vedano in proposito le dettagliate analisi di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., e di T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford UP, Oxford, 2000.

⁴¹ Si noti che la genericità non è necessariamente un aspetto dell'indeterminatezza, e dunque una norma generica non è necessariamente indeterminata. Una norma generica potrebbe essere adempiuta in molti modi diversi, ma tutti esattamente prestabiliti.

⁴² J. WALDRON, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in “California Law Review”, vol. 82, 1994, pp. 509-540.

e non meramente descrittive, sul significato di un termine o concetto contenuto in una norma.

c) una norma è caratterizzata da *open texture*, o trama aperta, quando non è possibile delimitare in anticipo e in maniera esaustiva il suo campo di applicazione: è sempre aperta la possibilità che si presenti un caso, non previsto in anticipo, in cui la norma è rilevante e potenzialmente applicabile⁴³. Questa stessa nozione può anche essere riferita, e per converso, alla circostanza in cui non è possibile delimitare in anticipo e in maniera esaustiva tutte le possibili eccezioni cui una norma è soggetta (defettibilità).

Dunque, i principi sono norme indeterminate nel senso che sono norme la cui *fattispecie* non è esattamente delimitata (è vaga); oppure è connotata con ricorso a termini e concetti potenzialmente controversi; oppure non è esattamente individuabile *a priori* in maniera esaustiva; oppure tutte e tre le cose insieme. Ciò significa che mentre abbiamo casi chiari, paradigmatici, di applicazione del principio, non sono predeterminabili in maniera pacifica ed esaustiva tutti i casi in cui il principio è rilevante⁴⁴. Parimenti, nemmeno sono predeterminabili in maniera esaustiva tutte le *conseguenze giuridiche* che può richiedere l'applicazione di un principio, né tutte le eccezioni cui è potenzialmente soggetto⁴⁵. La congiunzione delle due caratteristiche della

⁴³ Per questa nozione, v. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., cap. VII.

⁴⁴ Bobbio nota esattamente che i principi «sono norme *indefinite*, che comportano una serie indefinita di applicazioni»; N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 265 (corsivo nell'originale); v. anche L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., p. 5.

⁴⁵ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 127: quando deve applicare un

genericità e dell'indeterminatezza, infine, produce la conseguenza che non è esattamente predeterminabile ciò che l'applicazione di un principio richiede per un certo caso concreto: un principio può essere applicato in molti modi diversi, e non tutti prevedibili *ex ante* in maniera esaustiva.

Ora, genericità e indeterminatezza sono proprietà graduali, non “tutto-o-niente”, possono essere possedute da ciascuna norma in misura diversa: quanto più generica e indeterminata è la conseguenza che una norma associa ad una fattispecie, tanto più quella norma potrà essere considerata un principio – e viceversa: quanto più specifiche e determinate sono le conseguenze che una norma associa a una certa fattispecie, tanto più quella norma potrà essere considerata una regola. Parimenti, una norma altrimenti precisa (e dunque qualificabile come regola) può presentare profili di genericità e indeterminatezza se contiene clausole elastiche, come “ragionevole”, “congruo”, ecc.; e una regola può avere una conseguenza giuridica che, pur essendo in linea di massima determinata, non sia però rigidamente predeterminata, come accade ad esempio nel caso della sanzione penale (cioè la conseguenza giuridica associata alle regole penali), che può oscillare tra un minimo e un massimo, oppure fino a un massimo, o da un minimo in su, può avere natura diversa (pena pecuniaria o detentiva, affidamento a servizi sociali, interdizione dai pubblici uffici o dall'esercizio di una professione, ecc.), e infine essere condizionata dalla valutazione di circostanze aggravanti e attenuanti. E d'altro canto anche i principi non possono essere indefinitamente generici e indeterminati, pena la loro inutilizzabilità.

principio, «el juez carece de una consecuencia jurídica concluyente para aplicar al caso».

2.2.2.2. *Caratteristiche funzionali dei principi*

I principi sono le norme (più) importanti. Questa dimensione di importanza dei principi deriva dal fatto che solitamente i principi consistono nella proclamazione di un valore⁴⁶, e di solito di un valore che rappresenta la caratterizzazione assiologica di un settore più o meno esteso dell'ordinamento, o finanche dell'ordinamento nel suo complesso (il principio di uguaglianza, il principio di laicità, ecc.), o comunque un obiettivo che all'interno dell'ordinamento o di un suo settore è considerato meritevole di essere perseguito (ad esempio, il principio di conservazione degli atti normativi). Abbiamo già visto al paragrafo precedente che questo non equivale comunque a dire che i principi siano privi, o non bisognosi, di ulteriore giustificazione assiologica (caratteristica questa non necessariamente presente nei principi, né, eventualmente, assente nelle regole).

Questa caratteristica funzionale dei principi è, di fatto, strettamente collegata con la genericità e indeterminatezza dei principi, nella misura in cui le proclamazioni di valore sono di solito, a loro volta, generiche e indeterminate⁴⁷.

⁴⁶ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 234; A. PINTORE, *Norme e principi*, cit., p. 25. M. JORI, *Saggi di meta-giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 301-332 (p. 302: «i principi [...] evidenziano, o 'portano scritto in faccia', il valore o i valori che possono giustificare l'accettazione dei principi stessi»); G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 7; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 432-433.

⁴⁷ La presenza di principi e di formulazioni valutative è pertanto diventata un contrassegno delle costituzioni contemporanee, che codificano un *Bill of Rights*, un elenco di solito piuttosto lungo di diritti e principi fondamentali. Sulle ragioni che rendono di fatto ineludibile la presenza di proclamazioni di principio nelle costituzioni contemporanee, si vedano più in dettaglio B. CELANO, *Come deve*

A ben vedere, suona un po' strano sostenere che solo i principi, e non anche le regole, abbiano questa dimensione di importanza. Molte regole giuridiche con cui ci confrontiamo pressoché quotidianamente ci sembrano tutt'altro che futili; molte regole ci appaiono come conquiste di libertà o di civiltà, e non saremmo disposti a vederle cancellate o violate a cuor leggero. E però sembra anche sensato riservare il termine "principio" a quegli standard normativi ai quali attribuiamo, nel discorso giuridico o anche in quello morale⁴⁸, un qualche livello di importanza: un principio futile sembra un controsenso, una regola insulsa no.

È possibile conciliare queste due opposte intuizioni? Un modo potrebbe essere di rilevare, ancora una volta, che tra regole e principi si dà solo una distinzione di grado, e che tale gradualità riguarda pure la dimensione dell'importanza. E questo è vero, ma c'è anche un ulteriore profilo della questione che merita di essere brevemente esplorato. Il fatto è che principi e regole esibiscono in modo diverso (e non solo in misura diversa) il requisito dell'importanza. I principi di solito vengono presentati come un obiettivo da raggiungere (un valore da tutelare, ecc.), e tale obiettivo è da raggiungere proprio perché è (o è presentato come) importante. Quindi, e in questo specifico senso, l'importanza dei principi è (o è presentata come) *in re ipsa* – un principio è (o è presentato

essere la disciplina costituzionale dei diritti?, in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, in "Ragion pratica", 31, 2008, pp. 393-409; J. RUIZ MANERO, *Una tipologia delle norme costituzionali*, in "Ragion pratica", 32, 2009, pp. 289-290. Per un'opinione contraria, si veda però L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., pp. 2814-2815.

⁴⁸ Ma anche in altri campi: nella scienza, nell'epistemologia, nell'economia, ecc.

come) importante *in sé*, e la circostanza che un principio consista nella positivizzazione, nella diretta proclamazione, di un valore o di un diritto morale, contribuisce a conferirgli un immediato rilievo assiologico. In tal senso, pur potendo ciascun principio essere giustificato da altri principi giuridici, o da altri principi etico-politici, un principio è in grado di funzionare come una norma *finale* (un obiettivo cui tendere). Le regole invece hanno una importanza *strumentale*, sono importanti nella misura in cui riescono ad assicurare la realizzazione di un principio (di un valore, di un interesse, ecc.). È possibile dunque immaginare più regole diverse che, dato un principio, un ideale etico-politico ecc., risultino *funzionalmente equivalenti* (e, talvolta, perfettamente sostituibili⁴⁹) ai fini della realizzazione di quel principio o ideale etico-politico. Così, dato il principio della tutela della salute e dell'incolumità personale (ad esempio di chi circola nelle strade), la regola che impone di guidare sul lato destro della strada è perfettamente equivalente a (e sostituibile con) la regola che impone di guidare sul lato sinistro. Tuttavia, l'importanza di quella regola diventa palese non appena si immagini di sostituirla *con nessuna regola*. In alcuni casi, poi, l'importanza strumentale di una regola emerge dal fatto che la convergenza su una regola ha permesso di catalizzare un accordo tra persone che hanno un disaccordo radicale sul

⁴⁹ In particolare, ad essere perfettamente sostituibili sono le regole che rappresentano soluzioni di problemi di coordinazione puri, nei quali ciò che è importante è, essenzialmente, che una regola vi sia (il caso della guida sul lato sinistro o destro della strada esemplifica esattamente una situazione del genere). In altri casi, sostituire una regola con un'altra può indubbiamente fare differenza – il che rende ancora più evidente la dimensione variabile dell'importanza delle regole.

piano dei principi sottostanti⁵⁰: la convergenza su una regola, con la sua relativa opacità e autonomia semantica rispetto alle ragioni sottostanti, permette di non dover riaprire e ridiscutere continuamente controverse questioni di principio.

Quindi, il punto è che mentre l'importanza di un principio è percepita, in una cultura giuridica data, in modo pressoché auto-evidente, l'importanza di una regola è rivelata dal suo rapporto di strumentalità rispetto alla realizzazione del principio o ideale etico-politico sottostante. Ancora una volta, questa caratteristica non è assoluta, ma graduale e relazionale. Così, vi possono essere principi che hanno importanza maggiore di altri principi, e regole che hanno importanza maggiore di altre regole (così come anche più regole che hanno esattamente la stessa importanza, perché funzionalmente equivalenti rispetto alla realizzazione di uno stesso valore, principio ecc.); nonché principi più importanti di regole e regole più importanti di principi⁵¹.

Con le precisazioni appena fatte, resta dunque esatta l'osservazione che, normalmente, "principio" denota una norma cui si riconosce una certa importanza. Ciò implica che qualificare una norma come principio veicola spesso un esplicito o implicito giudizio di valore⁵², l'attribuzione a quella norma di un certo grado di importanza, e di un grado di importanza comparativamente maggiore rispetto ad altre norme (le norme di dettaglio, le regole). Significa, in altre

⁵⁰ Sulla regola si formerebbe dunque un "accordo non completamente teorizzato": C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford UP, Oxford, 1996.

⁵¹ Si può ragionevolmente ipotizzare che, nell'ordinamento italiano attuale, la regola che punisce l'omicidio sia considerata più importante del principio di conservazione degli atti normativi.

⁵² R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 202.

parole, istituire una gerarchia assiologica, con le conseguenze che vedremo in seguito⁵³.

2.2.2.3. *Caratteristiche operative dei principi*

Dalle caratteristiche strutturali e funzionali dei principi seguono alcune conseguenze operative, conseguenze cioè che riguardano il modo di funzionare dei principi, il modo in cui i principi si applicano.

Occorre ricordare che “principio” è termine affetto da vaghezza combinatoria⁵⁴, e dunque che non tutte le caratteristiche strutturali e funzionali menzionate sopra sono necessariamente compresenti in un principio. Un principio può anche essere molto poco generico e indeterminato, ad esempio. Talvolta un certo principio sembra non essere molto importante, in senso assiologico, e la sua “importanza” può consistere solo nel fatto che quel principio rappresenta la *ratio* di qualche norma – al limite, di una sola norma. Questo è coerente peraltro con la natura graduale delle caratteristiche definitorie dei principi. Come che sia, da quelle caratteristiche strutturali e funzionali dei principi discendono alcune conseguenze sul piano operativo – il piano dell’interpretazione e dell’argomentazione giuridica, in breve il piano delle operazioni funzionali all’applicazione del diritto.

*Conflittualità*⁵⁵. Dalla genericità e indeterminatezza dei principi deriva *a*) che molto probabilmente, in singoli contesti di applicazione, più principi sono destinati ad entrare in rotta di collisione tra loro, e *b*) che le ipotesi di collisione non siano esattamente predeterminabili. Questa idea viene talvolta

⁵³ Sulla nozione di gerarchia assiologica, cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 245-246; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, cit.

⁵⁴ Cfr. *supra*, nt. 36.

⁵⁵ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 215.

espressa nel senso che il conflitto tra principi può essere apprezzato solo al momento dell'applicazione a casi concreti⁵⁶. Ma questa non è una formulazione corretta del problema: infatti è senz'altro possibile raffigurarsi in astratto ipotesi di conflitto tra principi (il che peraltro rende possibile l'istituto del controllo preventivo di costituzionalità esistente in alcuni ordinamenti); il punto, piuttosto, è che, a causa della loro genericità e indeterminatezza, in molti casi non sarà possibile *prevedere in anticipo* tutte le possibili ipotesi in cui i principi entrano in conflitto tra loro: le aree di conflitto sono indeterminate (il che rende il controllo preventivo di costituzionalità, in molti casi, insoddisfacente)

Bilanciamento. Un conflitto tra principi, e in particolare tra principi costituzionali, dà luogo ad una antinomia che di solito non può essere risolta attraverso i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie (il criterio gerarchico, il criterio cronologico, il criterio di specialità). Il metodo appropriato di soluzione dell'antinomia è il bilanciamento: una valutazione di importanza comparativa dei principi in gioco, in base alle circostanze rilevanti, che porta alla parziale disapplicazione di uno (o più) dei principi in gioco, e all'applicazione dell'altro. Più precisamente, l'esito del bilanciamento è la produzione di una regola del conflitto, la quale regola stabilirà l'ordine di preferenza tra i principi in gioco.

Defettibilità. Secondo la definizione standard, una norma è defettibile quando è soggetta ad eccezioni implicite (non espressamente previste dalla norma stessa, né da altre norme). Ebbene, una caratteristica operativa tipica dei principi è quella di essere norme defettibili. Questo si dimostra piuttosto

⁵⁶ L'affermazione è molto ricorrente nella letteratura sui principi; cfr. ad es. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 35-37; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 149, 171; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 219, 228-229.

agevolmente. In primo luogo, come abbiamo visto, l'applicazione dei principi richiede di solito un bilanciamento, e il bilanciamento porta ad una disapplicazione parziale del principio soccombente. In secondo luogo, il principio soccombente viene disapplicato in ragione della prevalenza di un altro principio (considerato, nelle circostanze date, più importante). In terzo luogo, il principio prevalente, proprio in quanto principio, è norma generica e indeterminata, e dunque le sue condizioni di applicazione non sono esattamente predeterminabili: molte delle condizioni di applicazione di un principio sono implicite (destinate ad essere esplicitate nelle circostanze appropriate). Dunque, il principio soccombente viene disapplicato sulla base di ragioni (richieste dall'applicazione di un altro principio) che, molto spesso, sono implicite – non sono esattamente predeterminate. In breve, i principi sono norme defettibili.

Forza espansiva. La caratteristica dell'importanza spiega inoltre la "forza espansiva" dei principi⁵⁷, il fatto cioè che richiedono di essere applicati nella misura maggiore possibile (sono precetti di ottimizzazione): il che è quanto dire che una disposizione di principio richiede normalmente l'interpretazione estensiva⁵⁸, e non tollera l'interpretazione restrittiva o l'argomento *a contrario*. Si tratta del rovescio della medaglia della caratteristica della defettibilità vista appena sopra.

Dimensione "normogenetica". È l'attitudine a giustificare altre norme (altre norme già esistenti, nei confronti delle quali il principio è individuato come la *ratio*; oppure altre norme –

⁵⁷ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 317.

⁵⁸ Cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 173-201, p. 192: «è sempre considerata giustificata l'interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale».

implicite – che l'interprete stesso dovrà formulare in via argomentativa a partire dal principio stesso)⁵⁹. Dato un insieme di norme relative ad una stessa materia, è possibile che alcune vengano considerate più importanti di altre, e in particolare che le prime vengano considerate come ciò che giustifica le seconde – ne sono il fondamento, la *ratio*. Tipicamente, le norme cui è riconosciuto un valore giustificativo di altre norme saranno chiamate principi, mentre le regole saranno considerate una specificazione, una concretizzazione dei principi. Questo è un rapporto assiologico, non cronologico: è del tutto indifferente, ad esempio, che le regole siano state promulgate prima del principio (se di principio espresso si tratta). Ciò comporta che quelle regole dovranno essere rese (dagli interpreti, o dal legislatore) congruenti con il principio che le giustifica

E, poiché i principi sono altresì, normalmente, generici e indeterminati, e poiché possono in casi concreti entrare in conflitto tra loro, la conclusione è che non è predeterminabile in anticipo e in maniera esaustiva l'insieme di regole derivabili

⁵⁹ Sulla funzione “normogenetica” o nomopoietica dei principi cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 317 (i principi hanno «una funzione genetica rispetto alle singole norme»); J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit., p. 841 («principles as grounds for making new rules»); S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 515, 531; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, pp. 4, 8-9; U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica*, in S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Stabilimento Tipografico Pliniana, Perugia, 1992, pp. 31-44, p. 39 (principi come «matrici e generatori di norme»); G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 219, 225; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., pp. 205-206.

(giustificabili) in sede di concretizzazione di un principio o in sede di bilanciamento tra principi confliggenti⁶⁰.

*Coerentizzazione del sistema.*⁶¹ I principi contribuiscono alla coerentizzazione del sistema in tre modi: in quanto *rationes legis*, offrono una spiegazione/giustificazione unitaria di un insieme di norme di dettaglio o di principi più specifici; rendono defettibili le norme che contrastano il principio⁶²; richiedono l'interpretazione conforme al principio (essendo le norme di principio gerarchicamente sovraordinate, in senso assiologico, alle norme di dettaglio).

Infine, ho detto più volte che "principio" è concetto combinatoriamente vago, perché non è necessario che un principio possieda contemporaneamente tutte le caratteristiche strutturali e funzionali indicate nei paragrafi precedenti. Evidentemente, e di conseguenza, questo vale anche per le caratteristiche operative dei principi: non è detto che, in presenza di un principio, tutte le conseguenze operative che ho indicato abbiano luogo sempre e indefettibilmente⁶³: è

⁶⁰ V. CRISAFULLI, *Per una determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, cit., p. 249 (sulla «virtuale inesauribilità» dei principi); G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser*, in "Ragion pratica", 11, 1998, pp. 137-156, p. 145, e F. MODUGNO, *Principi e norme*, cit., p. 98 (i principi sono norme «a virtualità indefinita» o «inesauribile»); G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 219 (un principio può generare «un numero [...] imprevedibile e non predeterminabile di norme particolari»).

⁶¹ Sul rapporto tra principi e ideale di coerenza, J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit., pp. 839-840; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., cap. VII; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 523-524.

⁶² Sulla funzione ablativa dei principi insiste C. LUZZATI, *Principi e principi*, cit. cap. 1.

⁶³ La tesi opposta è sostenuta ad es. da R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., secondo il quale le caratteristiche strutturali

possibile, ad esempio, che una norma abbia le caratteristiche strutturali (genericità, indeterminatezza) e funzionali (importanza) di un principio, ma non per questo essere soggetta a bilanciamento, o a defettibilità⁶⁴. Ad esempio un principio ritenuto sufficientemente importante, e formulato in maniera non troppo generica e indeterminata, ha buone probabilità di essere considerato indefettibile e sottratto a bilanciamento: i principi di irretroattività della legge penale e di obbligatorietà dell'azione penale (nell'ordinamento italiano attuale) possono essere dei buoni esempi al riguardo.

dei principi (come precetti di ottimizzazione) e il test di proporzionalità si implicano a vicenda da un punto di vista logico.

⁶⁴ F. SCHAUER, *Prescriptions in Three Dimensions*, cit., p. 914, fa l'esempio della proibizione (di cui allo *Eight Amendment* della Costituzione USA) di "cruel and unusual punishments": nonostante la genericità ed indeterminatezza di questa norma, una volta accertato che una certa pena è "cruel and unusual" la norma dovrà essere applicata in modo *all-or-nothing*. Qui però si può notare che un bilanciamento (o qualcosa di molto simile) entri in gioco al momento di determinare, in sede interpretativa, cosa possa rappresentare una pena "cruel and unusual" (il punto è visto con esattezza da L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., p. 9); per la differenza tra bilanciamento come tecnica e come logica, v. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 174-179.