

Enigmistica interpretativa o interpretazione chiromantica?

(ovvero: norma positiva tra Machiavelli, ninfa Egeria e damnatio memoriae)

Aljs Vignudelli*

SOMMARIO: 1. *Giuspositivismo e giusnaturalismo, una querelle remota ma sempreverde.* – 2. *Dall’asserito crepuscolo del neogiuspositivismo alla pretesa aurora del neocostituzionalismo.* – 3. *Civiltà dei principi e civiltà dei principi fra certezza del diritto e ragion pratica della giurisprudenza.* 4. – *Stato monomorfo tra conformismo culturale e neo-multiculturalismo dell’Occident nouveau: da welfare a wellness?* 5. – *Dalle leggi seriali “su taglia” alle sentenze artigianali “su misura”: identikit per una società democratica.*

1. Giusnaturalismo e giuspositivismo, una querelle remota ma sempreverde

Facendo séguito a quant’emerso nel corso dei lavori, mi sembra interessante porre l’accento, in questa comunicazione, sull’estremo rigore con cui Antonio Amorth, pur essendo homme situé nella fase d’elaborazione della carta costituzionale (è noto che collaborò con importanti figure del mondo cattolico, quali, ad esempio, l’On. Dossetti, certamente inserite in una prospettiva di stampo giusnaturalistico), una volta fissate le regole del gioco, si sia caratterizzato, nella fase applicativa delle stesse, per un approccio di segno diverso. Più precisamente, pur rinvenendosi sue affermazioni che si richiamano a valori soprannaturali e pur dovendosi precisare che in una certa angolazione l’intimo significato attribuito al positivismo del tempo non mancava di venature anticrociane, essendo quel contesto culturale, tra l’altro, non insensibile al pensiero del Labriola, non è avventato affermare che Amorth si sia posto, sul piano dell’interpretazione giuridica, in una posizione indubitabilmente di segno positivistico: l’homme bien droit, per lucida coerenza, non è situé a senso unico e ad ogni costo. Diversamente, il ragionamento scorrerebbe su percorsi obbligati che potrebbero condurre a conseguenze improbabili, se non insostenibili, oltre che poco rassicuranti.

A dove porta un discorso del genere? Porta ad una concezione della costituzione quale insieme di proposizioni positive e stabili, pur nell’ovvia possibilità di cambiamento attraverso la procedura di revisione, la quale, dal canto suo, risponde ad una precisa logica, esattamente antagonista a quel (neo)giusnaturalismo che predica e pratica l’intervento sul significato delle norme a costituzione invariata, quali norme involucro. Infatti, essere giusnaturalisti implica una serie di conseguenze non irrilevanti quanto al ruolo dell’interpretazione, a quello dello stato (circa la possibilità ed i limiti del suo intervento) ed a quello della giurisdizione, con tutto ciò che ne consegue in tema d’utilizzabilità del criterio della ragionevolezza, che, a sua volta, a voler essere pignoli,

* Il presente scritto, con alcune precisazioni, riproduce la Comunicazione svolta al Convegno di Studi in onore di Antonio Amorth (Modena 20 marzo 2004), i cui Atti, intitolati *Il pensiero giuridico di Antonio Amorth*, sono in corso di pubblicazione, con la cura di Vittorio Gasparini Casari, ad opera dell’editore Giuffrè, nonché presso la Rivista *Nomos*.

coinvolge (e/o travolge) il rapporto fra legalità e legittimità, quello tra atto e fatto giuridico, il principio di divisione dei poteri, eccetera, eccetera, eccetera.

In ultima analisi, quindi, molto dipende dalla dicotomia sussistente tra giusnaturalismo e giuspositivismo, che rappresenta una querelle assai remota ma sempreverde. Dicotomia sulla quale mi sembra valga la pena soffermarsi un attimo, soprattutto in questi tempi di grandi trasformazioni, in cui s'assiste indubbiamente ad una più o meno spontanea crisi di significato del diritto, specialmente di fonte legislativa, controbilanciata dal progressivo, più o meno spontaneo, allargamento d'una produzione giurisprudenziale di segno creativo, col malcelato rischio del crudo praticismo, candidato e precursore di verosimili andamenti eventualistici.

In una simile crisi si danno sovente (se non regolarmente) per scontati (per convinzione, per comodo, o per rassegnazione) gli effetti e, soprattutto, gli effetti degli effetti, degli effetti, e così via, d'un certo interventismo, tipico (nelle sue differenti sfumature, ordinamento per ordinamento, in ragione del differente grado di socialità ricavabile dalle diverse costituzioni) dell'attuale Stato democratico di diritto (eterogeneo perché pluralista in quanto interclassista), il quale darebbe luogo ad una baraonda legislativa tale che l'unica salvezza -ammantandoci di robuste dosi di preteso ed inevitabile realismo- non potrebbe che essere quella di consegnare il sistema, a corpo morto, nelle mani d'una salvifica (e balsamica) giurisdizione, ultima autentica spiaggia del mondo civile in quanto occidentale. E tutto ciò avverrebbe in forza d'un diritto nel quale la parte del leone sarebbe svolta da una normazione non scritta, sotterranea a quella positiva e valorizzata da moderne sovranità di toga che, "consumando" i propri "dubbi e contrasti" su "roveti ardenti", giungerebbero, attraverso una giurisprudenza di stampo oracolare, a soluzioni (caso per caso) derivanti dalla materializzazione soggettiva di "credenze" e "certezze" particolari, immanenti e funzionali a svolgere un'opera benedetta d'organizzazione dell'immenso caos legislativo, in cui i cittadini vagherebbero frastornati, insieme ad un legislatore vaniloquente, alla disperata ricerca d'una qualche provvidenza cui rimettere le ultime residue fioche speranze.

In questa pendenza, non potendo scorgere il futuro se non attraverso le rassicuranti lenti del tempo, non è irragionevole gettare un rapido sguardo alla storia, ricordando che se il giusnaturalismo nasce per primo e viene tradizionalmente fatto risalire a Grozio e ad altri pensatori (Thomas Hobbes, John Locke, Samuel von Pufendorf) già con la crisi dell'illuminismo si comincia a registrarsene il declino, mentre inizia a farsi strada una nuova cultura d'impronta positivista, caratterizzata dalla propria autoreferenzialità (e cioè dalla sua capacità d'autonoma giustificazione, senza che sia necessario ricorrere a sistemi di regole extralegali, quali, in particolare, le regole morali). Di qui il disinteresse del giurista positivo per la c.d. giustizia (o ingiustizia) del diritto stesso, visto nei termini d'un prodotto storico e contingente, e la conseguente avalutatività della sua speculazione. E la migliore testimonianza di tale atteggiamento di fondo è data dal metodo che il giuspositivista segue nella sua indagine: un metodo non assiologico (in cui hanno rilievo, cioè, i valori -rectius: i contenuti morali- incorporati nelle regole giuridiche) bensì esclusivamente logico-formale (in cui rileva, cioè, soltanto la correttezza del ragionamento, svolto secondo il procedimento sillogistico e governato dal principio di non-contraddizione).

Il positivismo giuridico conobbe la sua stagione migliore a cavaliere tra il XIX ed il XX secolo, grazie all'opera di numerosi importanti studiosi (Windscheid, Mayer, Merkel, Thon, Zitelmann). Ma già nel XIX secolo erano emerse le prime critiche nei suoi confronti ed il nuovo indirizzo (in realtà una molteplicità di indirizzi differenti) nasceva dalla constatazione dei limiti della concezione giuspositivistica normativa considerata non in grado -per il suo formalismo- di cogliere la complessità delle

dinamiche sociali. In altre parole, se il diritto positivo è forma, la realtà, l'effettività dell'ordinamento giuridico non è riducibile a quella sola forma. Così, nel secolo scorso, specie nell'ambito della dottrina tedesca, s'assisteva alla contrapposizione tra la c.d. giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*), formalistica, e la c.d. giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*), antiformalistica. E nella medesima logica, si sogliono contrapporre al positivismo formalistico anche le varie correnti della Scuola Storica (Savigny), del movimento della libera ricerca del diritto (Kantorowicz), della sociologia del diritto (Ehrlich) ed, infine, della giurisprudenza dei valori (Esser).

In particolare, le teorie antiformalistiche criticano come illusorio il metodo giuridico formale, che pretenderebbe di conferire al dato positivo l'aureola della logica invece d'ammettere che il diritto avrebbe giustificazione nella necessità storica, pratica od etica (Jhering), per cui il primato della logica dovrebbe essere soppiantato dal primato dello studio e della valutazione della vita (Heck). In una simile ottica, la legge non produrrebbe di per sé il diritto, ma semplicemente ne costituirebbe la preparazione che giungerebbe a completamento solamente con la sentenza del giudice (Bülow). Conseguentemente, si rivendica un vero e proprio primato sul diritto positivo del "diritto" scaturente dall'opinione dei giudici e dei giureconsulti (Kantorowicz), ovvero (scaturente) dalla "natura delle cose" (Gény), ovvero ancora, dalle manifestazioni della vita comune degli uomini (Gierke).

In base alla medesima logica, nel XX secolo, alla teoria pura del diritto (*reine Rechtslehre*) di Kelsen fanno da controcanto gli studi di Max Weber sul potere e sulla legittimità del potere, mentre, nella dottrina giuridica italiana, Santi Romano definisce l'ordinamento giuridico come "istituzione" (da cui i termini di istituzionalismo o di istituzionalismo). Più specificamente, la norma viene percepita dall'istituzionalista non nella sua dimensione singolare e strutturale, bensì in quella organica e funzionale dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato. Pertanto, quale che sia la struttura del singolo comando, l'analisi dello studioso si focalizzerà sull'attitudine di quel comando, assieme a tutti gli altri elementi che compongono l'istituzione (da cui la parola "istituzionalismo"), a perseguire determinati obiettivi od a soddisfare determinati bisogni. E, nella medesima prospettiva, si possono inquadrare pure il c.d. decisionismo (Schmitt), per cui il momento fondativo del diritto sarebbe da identificare con la decisione assunta dal sovrano nel c.d. stato di eccezione ed il realismo giuridico (sia di matrice americana: Llewellyn, sia di matrice scandinava: Olivecrona, Hägerström), in cui il momento decisorio viene semplicemente individuato in capo ad un soggetto diverso: non il sovrano ma il giudice, talché sarebbe diritto solo quello statuito in una sentenza, e compito della scienza giuridica sarebbe semplicemente quello di prevedere, in un dato caso concreto, in quale direzione s'orienterà la scelta del giudice (Ross).

D'altro canto, nonostante le divergenze segnalate, esiste un certo grado di complementarità fra le diverse impostazioni (formalistiche ed antiformalistiche). Da una parte, l'indirizzo normativistico non è in grado di risolvere ogni questione relativa al fenomeno giuridico. Kelsen raffigura l'ordinamento giuridico come un sistema di norme ordinate per gradi. All'interno di tale sistema le norme di grado inferiore traggono origine dalle norme di grado superiore, e così a ritroso fino ad individuare la norma *normarum*, da cui tutte le altre sono derivate. Ma da dove trae origine la *Grundnorm*, la norma fondamentale? L'indirizzo normativistico non è in grado d'offrire una risposta esauriente a quest'interrogativo se non appoggiandosi al criterio di effettività che permea l'intera interpretazione istituzionalistica del diritto. Dall'altra parte, l'indirizzo istituzionalistico, se in qualche misura completa quello normativistico, non riesce a sostituirlo. Esso antepone alla regola il potere, ma, a meno di non volersi fermare alla

considerazione del potere di fatto, deve porsi il problema della sua legittimazione. E come tracciare un solco definitivo fra potere di fatto e potere legittimo, se non all'insegna della regola, del dover essere? E' forse per tali peculiarità (o vicendevoli incompletezze) che concezioni schierate al lato opposto della scacchiera riescano sorprendentemente a far parte dello stesso mondo.

Qui si tocca il problema cruciale d'ogni teoria giuridica, ovvero quello della giustificazione del legittimo uso della forza: il giusnaturalismo ha variamente rinvenuto tale giustificazione in principi di ragione universalmente ed eternamente validi; il giuspositivismo fa coincidere la giustificazione con la sola dimensione della validità formale. E quest'ultima è stata la soluzione a lungo vincente nel corso del XX secolo: il formalismo giuridico ha prosperato con relativa tranquillità sino a pochi decenni or sono con la diffusione del pensiero di Hart (allievo di Kelsen), sostenuto, a livello epistemologico, dalle argomentazioni di Wittgenstein, tese ad escludere dal ragionamento scientifico tutti gli enunciati valutativi, in quanto insuscettibili d'essere ordinati in un discorso sensato: «su ciò di cui non si può parlare, si deve tacere».

2. Dall'asserito crepuscolo del neogiuspositivismo alla pretesa aurora del neocostituzionalismo

Ed il confronto tra le due correnti di pensiero è proseguito anche in tempi più recenti: se negli anni sessanta si salutava il neogiuspositivismo di fronte al tramonto del giusnaturalismo, oggi assistiamo ad un'inversione di tendenza in cui si saluta il neocostituzionalismo di fronte al preteso declino del giuspositivismo. Dopo Hart, numerosi studiosi del diritto hanno abbandonato l'approccio avalutativo per sostituire al criterio della validità formale quello della giustizia sostanziale nello studio degli assetti sociali (Rawls) e la c.d. "apertura ai valori etico-politici" (Faralli) s'è concretata prevalentemente nelle due correnti del neocostituzionalismo e della nuova teoria del diritto naturale.

Il neocostituzionalismo afferma la necessità di "correttezza morale" d'ogni diritto positivo non giustificabile esclusivamente in termini formali, ma bisognoso d'un "bilanciamento" ad opera del giudice tra le diverse opzioni da esercitare in sede di applicazione concreta del diritto (Dworkin, Alexy), ricollegandosi alla teoria dell'agire comunicativo (Habermas), secondo la quale l'azione umana ed il giudizio sulla stessa operano non solo in base alle regole formali della logica, ma anche a quelle della responsabilità morale degl'individui titolari della giuridicità. In ultima analisi, si riprendono le teorie istituzionalistiche classiche di Hauriou e Santi Romano, considerando le norme giuridiche sullo stesso identico piano dei fatti empirici (McCormick, Weinberger).

Né diversamente s'atteggiano, in definitiva, quelle correnti miste del positivismo che cercano di recepire, all'interno della teoria formalistica, tali istanze di conformità sostanziale dell'ordinamento ai valori etico-sociali, ora facendo rientrare (Waluchow) nel concetto di validità formale non solo regole procedurali ma anche principi di carattere morale (c.d. positivismo inclusivo), ora accettando (Mitrophanous) il richiamo alla morale solo in funzione di mero riconoscimento della giuridicità d'una regola (c.d. positivismo debole). Ed ancor più decisamente nella direzione indicata muove la teoria del nuovo diritto naturale, secondo la quale certi principi morali sono parte essenziale della società, tanto che calpestarli equivarrebbe a minarla nelle sue stesse basi (Finnis).

Inoltre, sempre di matrice giusnaturalistica sembra la contrapposizione tra principi e norme accolta da certa dottrina anglosassone (Dworkin, McCormick) e per alcuni versi ripresa in Italia (Bartole), secondo la quale essi (principi) andrebbero distinti dalle norme in quanto, mentre queste ultime si dovrebbero apprezzare esclusivamente sulla base della loro validità giuridica (attestata dal rispetto dei procedimenti formali di produzione del diritto: *pedigrée*), i principi vivrebbero su un diverso piano in quanto sarebbero connotabili in ragione del loro “peso”, ovvero non esprimerebbero vere e proprie prescrizioni (giuridiche), bensì orientamenti (etico-morali) finalizzati all’enucleazione delle ragioni che giustificano la decisione. Per usare le parole di Dworkin, le norme avrebbero la caratteristica del “tutto o niente”, nel senso che esse - una volta riscontrato il verificarsi dell’ipotesi in esse prevista (fattispecie)- si applicherebbero al caso incondizionatamente e necessariamente; viceversa, i principi si limiterebbero a “spingere” il giudice in una determinata direzione, senza fornirgli una soluzione automatica del caso sottoposto al suo esame e dovrebbero esser utilizzati sia per la soluzione di quei casi nei quali non esista una regola positiva specifica (*hard cases*), sia, addirittura, qualora la norma “tutto o niente” eventualmente applicabile appaia ingiusta rispetto ai principi-valori stessi.

Tale prospettiva, quindi, implica un’accezione dei principi quale sinonimo di valori, poiché la loro origine andrebbe ricondotta ad un senso di convenienza sviluppato nel tempo dagli operatori e dal pubblico (Dworkin), assumendo essi una dimensione extragiuridica. Si ripropone, cioè, l’equivoco sul significato da attribuire alla parola principio di cui sopra, e quindi la dicotomia delineata da Dworkin tra principi e norme dovrebbe essere viceversa individuata tra norme (e principi giuridici) e valori (= principi in Dworkin, McCormick, eccetera.). E se v’è senz’altro accordo sul fatto che piano giuridico (norme “tutto o niente”) e piano etico (valori “non conclusivi”) siano distinti, ciò non giustifica l’ulteriore passaggio della necessaria prevalenza dei secondi (valori) sulle prime (norme e principi-norme), a meno che non si dia per scontata la *damnatio memoriae* di queste.

Più in generale, poi, va sottolineato che la teoria appena esposta è stata elaborata con riferimento alla *common law* anglosassone e non sembra pacificamente trapiantabile nel corpo del nostro sistema di *civil law*, nel quale le caratteristiche dell’organizzazione giudiziaria sono radicalmente diverse (Rebuffa): basti pensare all’unità della giurisdizione, all’alto consenso che sostiene le istituzioni giudiziarie, all’elettività delle stesse, alla funzione creativa di diritto espressamente riconosciuta al giudice in quei sistemi. Né va peraltro dimenticato che l’opinione di quella dottrina ha incontrato significative obiezioni anche nel suo ambito di provenienza. In particolare, s’è rilevato (Hart) che la contrapposizione tra norme e principi (*rectius*: valori) sembrerebbe più quantitativa che qualitativa, in quanto, se una norma è di solito “tutto o niente” ed un principio è di solito “non conclusivo”, tuttavia non è possibile escludere sia l’esistenza di norme “non conclusive”, sia quella di principi “tutto o niente”. Inoltre (sempre a detta di Hart), il tentativo di Dworkin d’agganciare il sistema giuridico positivo ad un sistema di valori etico-morali per risolvere gli *hard cases* conduce ad esiti analoghi a quelli prefigurati dallo stesso Hart (e contestati da Dworkin) allorquando egli ammette per tali ipotesi una discrezionalità legislativa del giudice svincolata da parametri previamente stabiliti. Discorso, questo, rispetto al quale s’è altresì osservato (Raz) che l’aggancio del diritto alla morale non solo sarebbe inutile e non risolutivo, ma addirittura metodologicamente scorretto e fuorviante in quanto minerebbe la necessaria valutatività del diritto, integrandolo con proposizioni quali sono quelle morali intrinsecamente contraddittorie (c.d. *positivismo esclusivo*).

3. *Civiltà dei principi e civiltà dei principi fra certezza del diritto e ragion pratica della giurisprudenza*

Il dibattito appena ripercorso a volo d'aquila s'è presentato anche con specifico riferimento al nostro impianto costituzionale per quanto concerne la risposta da dare al quesito se le disposizioni costituzionali siano espressione, sempre e comunque, di norme giuridiche in senso proprio, come tali utilizzabili dalla corte costituzionale per valutare la legittimità delle scelte operate dal legislatore ordinario, ovvero in alcuni casi abbiano un contenuto meramente programmatico, la cui attuazione viene affidata alla libera determinazione del parlamento senza possibilità di sanzionare in via di giustizia costituzionale l'eventuale inadeguatezza delle politiche poste in essere.

Da un punto di vista giuspositivistico, restano fuori dal concetto di regola (o norma) giuridica tutti quegli enunciati i quali difettino della qualità della prescrittività giuridica. In altri termini, si ritiene appartenente al diritto (nel nostro caso, italiano) quella pretesa o prerogativa che possa, quando non spontaneamente assecondata dai consociati, essere imposta nella sua realizzazione da un apparato sanzionatorio (nel nostro caso, lo stato attraverso un giudice). Costituisce certamente un esempio di regola giuridica l'enunciato dell'articolo 13 della costituzione, il quale prevede che la libertà personale individuale possa essere limitata solamente a determinate condizioni, ma non quello dell'art. 4 della costituzione, il quale riconosce ai cittadini il c.d. diritto al lavoro, non essendo, con tutt'evidenza, neppure immaginabile il ricorso al giudice da parte di un disoccupato per vedersi concretamente assegnato un lavoro. Pertanto, pur facendo parte tanto l'art. 13, quanto l'art. 4 della costituzione in senso documentale, essi non presentano la stessa rilevanza (giuridica): l'art. 13 è infatti una regola giuridica, mentre l'art. 4, per le ragioni ora esposte, è una formula ideologica (G.U. Rescigno) dotata d'un significato meramente politico-interpretativo, che la dottrina dominante qualifica col termine di norma programmatica.

Per contro, la corte costituzionale – sostenuta da una parte della dottrina (vedi, per tutti, Crisafulli) – affermò l'inesistenza d'una distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, con ciò rendendo giustiziabili anche le seconde e creando un campo sterminato per l'applicazione del criterio di ragionevolezza. Anzi, la tendenza fu nel senso di riferire la “vaghezza” di talune formule costituzionali di carattere programmatico anche alle disposizioni dalle quali fosse possibile ricavare norme giuridiche in senso proprio, arrivando a considerare prevalente non il testo della costituzione bensì il paradigma che l'interprete assuma a fondamento della sua lettura, nella quale ciò che più è fondamentale, e cioè la radice delle “comuni credenze” e “certezze” dei giuristi, come di diceva, sarebbe non scritto (Zagrebelsky).

Coerentemente, evolvendo, sotto tanti profili, un filone culturale della dottrina tedesca risalente allo Smend, si nega la riconducibilità dei principi costituzionali alla categoria delle regole giuridiche perché, a differenza di queste, non sarebbero il risultato dell'interpretazione (più o meno vincolata dal dato letterale) condotta sulle disposizioni della costituzione, ma si caratterizzerebbero per il fatto di presentare un significato lessicale autoevidente. Tutto ciò con la conseguenza che ad essi non si dovrebbe “ubbidire” com'avviene in rapporto ai precetti normativi, ma “aderire” una volta compreso il mondo di valori al quale le parole si limitano ad alludere (Idem). Dimensione, questa, in base alla quale verrebbe logicamente declinata pure la relativa scala dei valori, come lucidamente (e cinicamente) ha dimostrato Machiavelli (Old Nick, rectius, Belzebù), teorizzando la plausibilità del sacrificio dei c.d. “beni minori”,

in vista del perseguimento d'un "bene maggiore". Ma a chi compete la decisione? Un tempo al Principe: oggi a chi tocca? Quali sono i "nuovi principi"?

In questa chiave, mentre la civiltà dei principi mira prevalentemente a garantire la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni dei giudici, la civiltà dei valori (dei principi?) è disposta ad accettare un margine d'incertezza, anche notevole, privilegiando piuttosto la capacità del sistema giuridico d'adattarsi alle circostanze sulla base dell'idea che debba essere perseguita la massima elasticità dell'ordinamento e, conseguentemente, la massima espansione dell'attività interpretativa da parte degli operatori del diritto. In entrambi i casi, si prende atto del pluralismo della società contemporanea, arrivando, però, a conclusioni opposte. Per la corrente del "diritto per valori", il rispetto del pluralismo della società attuale, da cui deriverebbe il pluralismo dei valori, imporrebbe una loro relativizzazione che ne garantirebbe la "dialettica" convivenza; seguendo, invece, un approccio formale, al contrario, è proprio il pluralismo della nostra società, e la contemporanea presenza di valori antinomici che ne deriva, a far sentire l'esigenza, ora più che in qualsiasi altro periodo, della loro affermazione a livello del diritto positivo, (affermazione) che li dovrebbe cristallizzare in un'ordinata gerarchia (Fois).

Altrimenti, la costituzione rischierebbe di venire svuotata di contenuti, giungendosi, a ben vedere, ad una negazione della preminenza della stessa in favore del potere dei giudici, che eserciterebbero una sorta di "giustizia politica" svincolata dal dovere di conformarsi a regole positive, col rischio che quando il comando contenuto nelle sentenze, invece che essere espressione del giudice inteso come tecnico, divenisse, appunto, il risultato d'una sua attività d'interpretazione politica delle regole, potrebbe determinarsi una preoccupante adulterazione del sistema che potrebbe andare per conto suo, come peraltro evidenziava Massimo Severo Giannini, rimarcando quanto ciò già rappresentasse il perenne insuperato tormento di Pietro Calamandrei.

Più in particolare, per quanto concerne la giurisprudenza costituzionale, la corte, in ultima analisi, s'eleverebbe a superiore gerarchico dei poteri politici, di cui potrebbe discrezionalmente rivedere le decisioni, specialmente facendo propria la teoria della costituzione come progetto di società giusta da tutelare e promuovere anche e soprattutto tramite un diffuso ricorso al criterio della ragionevolezza che rischia di condurre alla destrutturazione dell'ordinamento (Bognetti) con la logica implicazione che, man mano che l'opera della corte incide nel (e sul) sistema, s'origina una sempre più ampia mancanza di riferimenti positivi, la quale, evidentemente, promuove un sempre più esteso ricorso alla giurisprudenza ragionevole, coll'inevitabile esito d'indurre un progressivo tsunami nel diritto; la ragionevolezza, come l'instabile bellezza, è opinabile, dura poco, scivola subito via: una manna per il senso di contrizione.

Partendo dal (virtuale) ricorso al dato positivo nei termini di cui sopra, si finisce cioè per utilizzarlo prevalentemente, se non esclusivamente, in termini strumentali e funzionali in vista del perseguimento d'un determinato fine.

Strumentalmente come metafora del ricorso al diritto positivo; funzionalmente come giustificazione della così detta forza delle cose (le spinte emergenti dalla c.d. società pluralista). In realtà, è solo attraverso le norme (e, dunque, anche tramite i principi) che s'attua una sorta di "oggettivazione" dei valori: il principio, infatti, è già il risultato d'un procedimento di decantazione. E' un valore filtrato, misurato, calibrato e stabilizzato e la sua portata è chiara e definita, anche se, sotteso ad esso, c'è, evidentemente, un giudizio di valore in forza del quale s'è ritenuto preferibile frazionare l'esercizio del potere legittimo.

Per quanto concerne la giurisprudenza ordinaria, invece, è paradigmatica la vicenda dei c.d. “nuovi diritti”, che s’intenderebbe ricavare direttamente dall’art. 2 della costituzione inteso come “clausola aperta”, così scavalcando completamente il Parlamento, al quale, per contro, spetterebbe l’esclusiva, in quanto organo rappresentativo del titolare della sovranità (il popolo), della creazione di nuove situazioni giuridiche soggettive. E perplessità non dissimili solleva pure quell’opinione secondo la quale il potere giudiziario, nel contesto del c.d. moderno Stato interventista, interpreterebbe un ruolo di ricalco del potere legislativo (Bognetti), svolgendo, come si diceva, un’opera di riordino sistematico d’una legislazione caotica, della quale garantirebbe la corrispondenza al divenire sociale, finendo però per dar luogo -in una sorta di smania filonoma- ad un’attività normativa difficilmente conciliabile col modello dello stato democratico di diritto, in cui il giudice è chiamato ad applicare il diritto e non a crearlo (questa volta typhoon on the law sembra immagine più acconcia di tsunami). Discorso, questo, che viene sostenuto anche ponendo l’accento sulla maggior capacità del giudice di trovare soluzioni adeguate per i casi concreti, ciascuno dei quali viene ritenuto irriducibile ad una regolarità suscettibile di disciplina astratta, di fatto trasformando la pratica giudiziaria in una multiforme debordante marea di hard cases e normalizzando la realtà in una sorta d’ipostatico stato d’eccezione permanente collocato in una dimensione di pansociologismo sperimentale aperto ad ogni possibilità interpretativa (dall’otto volante al feng shui, dal bullone al carro armato).

Al contrario, in una prospettiva formale, la cui priorità sia il rispetto della divisione delle funzioni tra potere legislativo e potere giurisdizionale prefigurata dalla carta costituzionale, le disfunzioni sopra evidenziate in ordine all’ipertrofia normativa (a tutti i livelli) dello Stato sociale debbono essere affrontate in modo da far salvo il modello giuridico di riferimento (Stato democratico di diritto). Ad esempio, non è insensato immaginare un potenziamento anche funzionale dell’apparato organizzativo del parlamento paragonabile a quello che ha interessato la struttura amministrativa, così da rendere possibile un’opera di coordinamento e razionalizzazione (ed interpretazione autentica) della legislazione vigente da parte del soggetto competente, senz’eccessi di delega (od abdicazioni di potere) né a favore del governo (che comunque fa pur sempre parte del gubernaculum e quindi ben può legittimamente collaborare con le camere all’interno d’un rapporto di fiducia concepito in termini corretti: si pensi ai testi unici), né a favore della magistratura (che è esponenziale della c.d. jurisdictio e quindi dovrebbe restare nettamente separata dalla sfera politica, mentre, viceversa, sembra protesa alla tenace conquista di nuove frontiere per l’allargamento della propria attività di creazione normativa).

Del resto, la certezza del diritto è comunque un risultato tendenziale e non è mai stata (né potrebbe essere) un dato acquisito in via definitiva: inossidabile, ed il fatto che, in determinati periodi, il perseguirla risulti più arduo non deve indurre ad abbandonarla, ma a approfondire un impegno ancorà maggiore nel tentare di raggiungerla, evitando, quærentes eam, sedere lassii.

4. Stato monomorfo tra conformismo culturale e neo-multiculturalismo dell’Occident nouveau: da welfare a wellness?

In estrema sintesi, un’osservazione di chiusura sul grande proliferare delle tendenze del diritto odierno potrebbe essere la seguente: pur riconoscendo merito alla vitalità ed alla multiformità della società contemporanea, che stimolano gli studiosi del diritto a

ricercare soluzioni sempre più nuove e sempre più creative -anche sotto il profilo terminologico- non si può sottovalutare il rischio d'una deriva verso uno sterile "novitismo" (Sartori), ossia verso un cambiamento fine a se stesso, derivato semplicemente dall'ansia d'esser nuovi ad ogni costo, e costi quel che costi : "certo, il destino dell'uomo è di andare avanti, non di restare fermo, e tantomeno di tornare indietro. Ma 'avanti' e 'indietro' rispetto a quale punto di riferimento?". (Idem).

Più specificamente, occorre chiedersi se sia inevitabile l'abbandono del positivismo giuridico, tenuto conto che non si può rimanere indifferenti di fronte a generiche e non risolutive affermazioni tese a sbarazzarsene semplicemente collocandolo in una pretesa metafisica del reale propria di un concettualismo giuridico superato dai tempi, e trascurando, almeno, d'evidenziare l'altra faccia della luna, consistente proprio nell'impossibilità d'escludere a priori il rischio che gli esiti degli esiti della "cultura dell'effettività" culminino, più o meno paradossalmente, nella legittimazione del "potere fine a se stesso", promuovendo, in conseguenza, una parallela, progressiva e devastante "crisi delle istituzioni" nel finto cordoglio, se non nel palese visibilio, dei suoi sponsore, con le loro soluzioni talvolta inerpicate sugli impervi costoni della metafisica del diritto.

Non ho certo la pretesa di rispondere ad un interrogativo tanto complesso in poche pagine, anche se il sentirsi rimproverare di misoneismo coi "calzoni alla zuava", come - ahimè- anche troppo spesso accade, legittimerebbe, a mio credere, ben altri spazi e, soprattutto, ben altri termini di replica. Tuttavia, mi sento di poter dire che non appare seriamente sostenibile che un teorico del diritto s'accosti al fenomeno giuridico senza portare con sé almeno alcuni principi regolativi. E probabilmente le istanze di cui si sono fatte carico le teorie antiformalistiche potrebbero trovare soddisfazione proprio nella determinazione iniziale, nelle sedi e con le procedure previste dal diritto (Hart), (almeno) di tali principi, facendo bene attenzione a far sì che le regole, una volta poste, non divengano poi oggetto di continua ed informale rimediazione (e successiva martellante rimodulazione).

Infatti, anche a voler riconoscere alla base della natura umana e sociale la presenza di caratteri costanti, sarebbe comunque impossibile far discendere prescrizioni normative dall'analisi descrittiva degli stessi, poiché da premesse descrittive non è dato, compiendo un inaccettabile salto logico, giungere a conclusioni normative (Hume): se anche il teorico credesse nell'esistenza di un'incoercibile natura che costringe i pesci grossi a mangiare i più piccoli, egli non sarebbe infatti logicamente tenuto a far derivare da ciò un "diritto" normativo dei pesci grandi (Spinoza). Tale epilogo, ripudiando la ragione per infamia poiché macchiata d'eccessiva autostima, comporterebbe il rischio di consegnare la riformulazione della regola semplicemente alla misura dell'appetito dei pesci più grossi, elevando quell'appetito al rango di giustizia: la justice pois(s)onable.

In altri termini, non s'intende certo rifiutare integralmente il giusnaturalismo, ma riconsiderarlo alla luce del rapporto che esso deve necessariamente intrattenere (ed ha storicamente già intrattenuto: si pensi alle codificazioni del XIX secolo) col diritto positivo: acclarato che oggi nessuno dubita del carattere relativo e storicizzato dei valori etico-sociali, la pretesa giusnaturalistica di formulare "giusti" precetti vincolanti da qui all'eternità (e quindi sempre prevalenti su) i diritti positivi è insostenibile quanto irragionevole. Il diritto valido, una volta formulato, è solo quello positivo, e soltanto ad esso si deve obbedienza, a prescindere dalla sua congruenza coi valori etico-sociali (degli interpreti, anche se ardentemente ispirati). Viceversa, il diritto naturale (o quello di volta in volta considerato tale) non cesserà mai di far sentire la sua azione di spinta e d'impulso per l'adeguamento del diritto positivo a quei valori, al fine di pervenire, nelle sedi proprie, ad una nuova formulazione della regola positiva (Cotta).

D'altro canto, riprendendo il discorso cui s'accennava in apertura sulla necessità di distinguere il momento in cui si pongono le regole da quello in cui le si deve applicare, mi pare che l'aver prefigurato e sostenuto una sorta di processo di permanente riformulazione e filoneistica rimodulazione giudiziale e dottrinale delle norme, soprattutto costituzionali, in ultima analisi, non abbia portato soluzioni davvero inedite o, quanto meno, inequivocabilmente innovative per la scienza giuridica: non nova sed nove.

L'impressione è che non s'intenda procedere, più o meno ordinatamente, dentro le regole, ma modificarle a seconda delle soluzioni che si vogliono adottare: non tagliare la stoffa per vestire un corpo, ma intervenire, non senza palmari conseguenze, con diete ingrassanti o dimagranti per adattare la corporatura alla fantasia del modello che il sarto di turno immagina per la collezione da "lanciare" in uno spettacolare gran defilé.

Tutto ciò muovendo da un imprecisato (o malinteso) concetto di stato pluralista (costituzionale od interventista) e qualificando come "liberali" le strutture giuridiche da togliere di mezzo a prescindere dai contenuti, poiché evocative d'un inesausto insoffribile "pianto antico". Secondo le fogge temporanee ci sono termini che diventano fastidiosi solo a pronunciarli, od ingombranti per la scorrevolezza della mise en scène in programmazione, perché incastrare un solido tondo in una forma triangolare può risultare decisamente ostico, o, quanto meno, poco pratico; inventarsi, di volta in volta, le figure geometriche da far combaciare -in replica al "formalismo velleitario e talvolta mistificatorio" (Carducci)- risulta senza dubbio più rassicurante. Così, l'aderenza, ovvero il livello di tolleranza tra solidi, potrebbe risultare addirittura plastico: matrimoni fra sfere e cubi non sarebbero più utopie e celebrazioni del genere si sprecherebbero quali ineffabili campioni di postmodernismo engagé.

Tuttavia, come si diceva, il postulato di partenza su cui ruota tutto il ragionamento muove da un non trascurabile equivoco: mentre l'impero della borghesia ottocentesca avrebbe garantito quell'uniformità (omogeneità) che consentiva il funzionamento dello stato di diritto, l'interclassismo del moderno stato pluralista promuoverebbe un tale contesto di contrasti economico-sociali, e conseguente schizofrenia legislativa dello stato democratico, che esso dovrebbe abdicare alle garanzie offerte dalla legge in favore di quelle fornite da altri apparati ben più attrezzati per scongiurare i guasti indotti dal "logorio della vita moderna". Ma, nonostante la serietà e la buona fede di dette asserzioni, la realtà odierna sembra essersi spostata in ben altra direzione: quella opposta.

Se quest'allegoria ha avuto una sua significanza fino a tutti gli anni Settanta, è innegabile che intorno a quel periodo una serie di ospiti, per varie ragioni, abbia definitivamente abbandonato la compagnia, od abbia cominciato a prendere le distanze, talvolta più o meno bruscamente, talaltra silenziosamente, all'inglese. Infatti, da un lato, quel che restava della nobiltà ottocentesca, che estasiava ed ispirava la borghesia di ieri e di oggi, popola ormai il mondo delle favole e delle trasmissioni televisive, sopravvivendo unicamente nelle ultime malinconiche parodie di celebri matrimoni del passato, che -alimentando la stupidità umana sempre famelica di cretinerie- vengono oggi comicamente riproposti imitando le nozze di Sissi e Franz Joseph, sulle onde del bel Danubio blu e dei valzer della famiglia Strauss. Allo stesso modo, pure le cerimonie funebri degli "avanzi" della borghesia si sono da tempo malinconicamente consumate, lasciandosi alle spalle soltanto una cariatide conciatà a caricatura di quando "vestivamo alla marinara".

Ed analogo discorso vale per la classe operaia, a sua volta stemperata e confusa con tutte le altre -grazie, anche e soprattutto, all'avvento della società prima mediatica, poi informatizzata- in una sterminata indistinta moltitudine di singolarità (e/o solitudini),

riassumibile grossolanamente nel termine middle class, pesantemente schiacciata ai poli, salvo alcune circoscritte testimonianze d'eccellenza o residuali. Singolarità che si trovano ad affrontare un mondo sempre più generico e condizionato da gigantesche strutture economiche (e/o finanziarie; pubbliche o private) spesso senza volto, senza patria e senz'anima, le quali influiscono direttamente su concezioni classiche, quali, ad esempio, quella dello Stato regolatore dell'economia (disciplina del mercato, governo della moneta e così avanti), con evidenti implicazioni pure sulla stessa sovranità nazionale (Baldassarre). Tant'è che questo smisurato melting pot, per molti versi, fa (e farà) sempre più la fortuna politica delle rappresentanze che promuovono le tutele di tali nuovi grandi interessi (diffusi): consumo, salute, ambiente, infanzia, comunicazione, utenze, servizi, eccetera, eccetera, eccetera.

Quasi ogni cosa (o soluzione) che viene pensata, progettata e proposta oggi è cucita a misura delle disponibilità e dei gusti di questo nuovo ircocervo: abitazioni, vetture, elettrodomestici, alimentazione, abbigliamento, arredamento, vacanze, "cultura", svago, sogni, speranze, futuro e provvidenze: ogni pensiero è della massa, dalla massa, per la massa, ovviamente middle class. Siamo entrati nell'era dell'omogeneità, dell'uniformità e del conformismo globale tipico dello Stato monomorfo, tutto quel che resta è nicchia. Sembriamo cotti a puntino per una grosse Koalition, com'accadeva per i tributi di sangue del ciclo minotaurico. E, non da oggi, il problema all'attenzione dell'effects analysis è, appunto, quello di trovare risposte all'opprimente conformismo culturale dilagante, ove s'assiste, quanto meno nel vecchio continente, ad una divaricazione che non facilita il dialogo tra una società civile sempre più piatta e omogenea, ed una classe politica disomogenea come sempre, nonché stordita e sistematicamente molto litigiosa, a causa, forse, della sua incapacità di liberarsi da vischiosi "legati storici" che le impediscono di formulare sintesi basate sulla declinazione di nuove coerenze: un pluralismo politico, verrebbe quasi da dire, per partito preso e longo tempore præscriptum.

Il mondo occidentale diviso per classi, comunque, è un relitto storico come la corazzata Potiomkin e, di fronte alla nostra omogeneità, quella dello stato liberale non è che un diafano antecedente in scala ridotta.

Nell'epoca attuale, se mai, viene in considerazione il maggiore o minor grado di protezione delle componenti sociali (che si differenziano ormai sotto il profilo quantitativo e non più su quello qualitativo) di un'unica grande middle class divisa, più o meno equamente (senz'attenuare l'amezzatura per le ingiustizie che pur continuano a pullulare ovunque), in scaglioni di reddito, ma poco dissimile al suo interno dal punto di vista dello stile di vita. Lifestyle quale monotona conquista e grande frontiera d'un Occident nouveau (o déco?) del disimpegno per tutte le tasche, che naviga in superficie, sempre più popolato dai miti dell'apparenza, dell'eterna giovinezza, della "forma", e della notorietà a tutti i costi. In parole povere, da welfare a wellness ove "la vita va avanti, più del lecito" (Kraus).

Il quadro ora affrescato configura un "evento sociologico" così manifesto che attualmente molti teorici dello stato pluralista accentuano non tanto il legame con lo stato pluriclasse, quanto la sua connessione col multiculturalismo. Il che è assolutamente più che ragionevole, oltre che onesto e sicuramente senza pregiudizi. Ciò non di meno occorre fare molta attenzione al giusto modo con cui accostarsi al fenomeno per non commettere fatali errori di prospettiva, in quanto tale problematica risulta attinente ad altre, ulteriori e differenti considerazioni, le quali introducono nuovi cataloghi di problemi ancora, spostando la congruenza del discorso su un piano qualitativamente molto, molto diverso.

Incognite, queste, alle quali già la nostra costituzione è attrezzata ad offrire adeguate risposte, dovendoci rivolgere al legislatore per il resto, perché una prospettiva del genere non concerne tanto lo scontro fra interessi economici (ove l'intervento del "giudice-arbitro-mediatore" può anche avere, si fa per dire, una "sua logica"), quanto la soluzione dei problemi di fondo attinenti alla tematica "dell'ambiente di convivenza da costruire". In altri termini, si tratta d'affrontare la tortuosa questione delle "compatibilità", la quale non sfugge allo scabroso ragionamento sui "limiti" giuridici, classica "zona franca" della legge sovrana, con l'astrattezza delle sue prescrizioni, tenuto conto che la ricerca d'una soluzione caso per caso, in mancanza di punti di riferimento sufficientemente stabili ed impersonali, rischierebbe d'aumentare in modo incontrollato il livello di conflittualità, privando, nel contempo, i decisori d'un solido supporto per affermare inoppugnabilmente la loro imprescindibile terzietà ed imparzialità.

Crollando il presupposto di fatto concernente l'eterogeneità dello stato pluralista/pluriclasse viene logicamente meno la sostenibilità dei corollari lato sensu giusnaturalistici che lo seguono. Se poi il nuovo nemico fossero le multinazionali, la mondializzazione e/o la globalizzazione dell'economia, verrebbe in linea di conto la dimensione necessariamente territoriale del diritto così come noi lo concepiamo (Irti): il diritto (qualunque esso sia) è territoriale, mentre le problematiche (eventualmente) collegate al fenomeno in parola finiscono per essere extraterritoriali, per cui anche un diritto caso per caso sarebbe inidoneo quanto l'altro a fornire valide soluzioni in merito, ed ogni discorso ad esso riferibile risulterebbe, in ultima analisi, oltre che fuorviante, vano.

5. Dalle leggi seriali "su taglia" alle sentenze artigianali "su misura": identikit per una società democratica

Tornando alla questione dei soggetti legittimati a trovare le risposte ed utilizzando nuovamente la metafora dei vestiti alla moda, possiamo considerare che il prevedere e regolare anticipatamente (ed astrattamente) le ipotesi che si possono presentare offre il vantaggio che, al momento in cui occorrono abiti, quelli fatti in serie (come le leggi) sono già lì, anche se su taglia, pronti per l'uso, con poche storie. Non si deve sottovalutare, infatti, che nel nostro mondo il 99% delle persone o delle cose, senza fare troppi drammi, veste su taglia od è prodotto seriale. Taglie per tutti i gusti e tutte le misure: la fantasia giuridica del legislatore può essere tale da confezionare abiti che compiacciano tanto lo gnomo quanto il ciclope, quand'anche volessero sfoggiare a carnevale i costumi di Wonder Woman, dell'Uomo Ragno o di Topo Gigio. Ed allora perché nell'era post-industriale, ove il tempo è danaro - con buona pace del principio democratico-rappresentativo - dovremmo rivolgerci al giudice-artigiano che indefessamente cuce (e soprattutto ricuce) con ago e filo innumerevoli costosissimi abiti su misura?

Se il multiculturalismo, com'è ovvio, presenta problemi inediti, ciò vuol dire o che la lungimiranza del legislatore non è stata finora in grado di prevederli astrattamente, ed allora occorre provvedere, o che chi li sostiene non ha ancora la tempra (rovente) per farli passare in parlamento. Ma, se i tempi non sono maturi per la legge, possono essere tracciate e percorse altre rotte? Non c'è limite alla fantasia che spesso prende lo spunto (od è addirittura superata) dalla vita, talvolta quella vera, spontanea e naturale, talaltra quella finta, sintetica e funzionale: s'asseconda (o non s'ostacola) la (o non ci si avvede

della) nascita di un “caso”, lo si “promuove” (o sostiene), lo si “radicalizza” (o favorisce), e così via finché esso conquista in qualche modo una “dimensione sociologica” in grado da rendere più o meno apparentemente plausibile l’ineluttabilità della ricerca d’una qualche forma di legittimazione (o, più bruscamente, di soluzione) alternativa. Nel nostro specifico caso, quella del giudice, appunto, costituzionale od ordinario.

Ecco allora che certa sociologia entra in estasi teofanica perché, una volta ancora, troverebbe conferma il sacro assunto che il diritto si fa sulla realtà, qualunque siano le sue spinte, a prescindere dal tragitto seguito per manifestarla, o, meglio, per farla percepire in quanto tale (anche se acrilica). Ma il pericolo è che il giudice, in veste d’interprete della “coscienza sociale”, finisca per consacrare come valori prevalentemente quelli che hanno avuto la forza di fatto per imporsi, col risultato che - vista la scarsa rilevanza del rapporto col dato positivo- sarebbe egli stesso a “creare” il principio-valore attraverso un’attività interpretativa la quale non sarebbe più il presupposto, ma diverrebbe, nientemeno, l’oggetto della sua decisione. E se, finché l’interpretazione funge da presupposto, la certezza del diritto opera secondo precisi parametri logico-formali sostenuti dalla presenza di strutture giuridiche di riferimento, per converso, quand’essa (interpretazione) diviene il parametro di se medesima, s’entra nella dimensione etica della più o meno stabile effettività emergente assunta come tale dalla sentenza, la cui maggior duttilità è sinonimo tanto di maggior immediatezza operativa (funzionale) quanto di maggior incertezza applicativa, e la cui plausibilità giuridica sembra muovere da un ordinamento giuridico concepito quale insieme di testi enunciativi privi di alcun significato normativo in quanto tali (Troper).

Il rischio, come s’è detto, è quello d’innescare pericolosi circuiti della psiche, perché la titolarità del potere di “fare la cosa giusta”, a forza di stressare la norma scritta (formale) con interpretazioni che operano direttamente su valori (informali), può facilmente creare un extra-vagante “diritto senza limiti”. Ed allora può farsi strada negli interpreti un tale “ispirato senso della perfezione” da condurre all’assurdo di premiare, proprio in un clima multiculturale, chi offre i precetti migliori “per la causa”, utili per transustanziare la giustizia più confacente nelle soluzioni in ebollizione, spostando sempre più avanti il labile confine che separa ragion pratica e divinazione, come palesemente attestano le ispirazioni della ninfa Egeria, di cui Numa Pompilio si serviva per coonestare le proprie volontà.

Conseguentemente, sembra poco appropriato parlare di “positivizzazione” del diritto naturale (Zagrebelsky), sostenendo, nel contempo, che i principi-valori costituzionali - proprio in ragione della loro genesi compromissoria- mostrerebbero un livello di vaghezza e mutevolezza tale che per utilizzarli sarebbe indispensabile l’intervento di soggetti, individuati sia nel legislatore ordinario (Baldassarre), sia nel giudice (Zagrebelsky), che ne precisino i contenuti effettivi. In un’ottica positivista, diversamente, assegnare al giudice il compito di determinare la sostanza dei principi equivale a negare un elemento cardine del sistema costituzionale, in forza del quale solamente alla legge (che prescrive, non enuncia) è dato disciplinare determinati casi o rapporti, e neppure lo stesso legislatore potrebbe riscrivere il contenuto d’un principio costituzionale attraverso una legge ordinaria, in quanto ciò contrasterebbe con la rigidità costituzionale, la cui esistenza non è dovuta ad eventi occasionali ma rappresenta, fin dalla sua genesi, una precisa garanzia contro le tentazioni proprie della mutevolezza delle cose: *amicus Plato, sed magis amica veritas*.

Viceversa, nell’ottica del giusnaturalismo antico e moderno, si finisce per assegnare maggior valore a quel che non c’è scritto piuttosto che a quel che c’è scritto: se la carta scritta non canta più, stiamo forse entrando nel secolo della carta bianca, come

nell'oroscopo cinese? Per stare al passo coi tempi, tanto varrebbe approvare come costituzione un floppy vuoto, riscrivendola a memoria tutte le mattine e cancellandola alla sera spegnendo il computer: alla fine, la titolarità del potere interpretativo supremo e finale si riassumerebbe in capo a chi ha il possesso materiale del "floppy consacrato come il vero floppy", "il floppy dei floppy" (il "Grundflop"?), la cui scomparsa fisica darebbe la stura alla ricerca del sacro Graal con tutti i Parsiphal di turno catapultati nel mito della "costituzione promessa", col ciclo bretone, le attraversate dei deserti, i Farisei, le vie di Damasco, le Rivelazioni, i Nibelunghi ed ogni altra sorta d'epifania.

Ogni disciplina ed ogni religione (pure laica) non può non fondarsi che su postulati di pietra, i quali, nei tempi lunghi, possono ovviamente andare soggetti a riletture, adeguamenti e riforme, ma che richiedono, durante la loro vigenza, d'esser compresi e praticati stabilmente, talché il popolo dei fedeli (e/o dei sacerdoti) che li deve rispettare (e/o praticare) possa accedervi senza dover ininterrottamente ricorrere ad enigmisti od a chiromanti per scoprire il loro significato autentico. Scoperta che avverrebbe in forza della reviviscenza di quei valori, i quali, a seconda del "caso", esalterebbero la significanza vitale più efficace di quegli assunti giuridici da impiegare quale senso vero del diritto oltre le norme, sacralizzando "nuove legalità" cucite su misura per celebrare emergenti verità. In tale contesto, non sembra superfluo mettere altresì in evidenza che l'eccesso di realismo d'una regola troppo elastica, impedendo in ogni istante di sapere come ci si dovrà comportare un momento dopo, possa inevitabilmente condurre alla paralisi dell'azione quanto e più dell'eccesso d'idealismo d'una regola troppo rigida.

E' pur vero che ci possono essere leggi raccapriccianti, così come, parimenti, si possono formulare pestilenziali ed oscure sentenze: la storia, anche la più recente, è costellata di testimonianze del genere. Una legge può anche essere un monumento d'ipocrisia, di velleitarismo e di mistificazione ma né più né meno di quanto lo possa essere qualunque sentenza, di qualsiasi giudice, umile o blasonato, col vantaggio, tuttavia, di vedere la luce in una sede legittima e per mano di soggetti titolati e responsabili, che, quanto meno politicamente, rispondono, o dovrebbero rispondere, di essa a qualcuno che conta, o che dovrebbe contare: quel popolo sovrano che attraverso la rappresentanza sostanzia la democrazia.

Le democrazie sono nate nelle (e dalle) crisi, nel sangue e nel caos, ma il caos non ne costituisce una condizione necessaria o permanente, anzi esse hanno esaltato l'esigenza d'un ordine (democratico), che, evidentemente, richiede (anche se non solo) un imponente sforzo organizzativo e partecipativo. Il che non equivale a cambiare il modello di riferimento solamente perché affannato dalla soma, ma significa che bisogna urgentemente assisterlo, e non fare a gomitate per stenderne l'epitaffio. Liberalismo e democrazia si sono fusi in uno straordinario rito nuziale, originando qualcosa di nuovo, diverso, più ampio e considerevole ma non necessariamente contraddittorio (Bobbio): lo Stato democratico di diritto. Infatti, lo schema legale della seconda corrisponde ancora all'intenzione originaria del primo, sebbene con essa si cerchi di costruire un'organizzazione giuridica della società capace di soddisfare nuovi, maggiori e più importanti bisogni, anche attraverso una razionale parallela evoluzione dell'apparato statale, senz'indulgere in pericolose scorciatoie.

Evoluzione che non dovrebbe alterare gli equilibri costituzionali, se non si vuol correre il rischio d'affievolire il livello di democrazia del sistema, lasciando per strada principi che tuttora simbolizzano più che persuasivi traguardi di civiltà e favorendo, per la regola del contrappasso, il successo di concezioni autoritarie, indubitabilmente e quantitativamente molto più efficienti (e sbrigative) sul piano strumentale, ma non necessariamente migliori (e più tranquillizzanti) su quello qualitativo della civiltà democratica (piano sostanziale od assiologico).

La scelta sul dove attestarsi circa gli equilibri in gioco -che incidono direttamente sui comportamenti di tutti, sul modo d'intendere lo Stato ed il diritto, finendo per toccare, in ultima analisi, la stessa "forma di Stato" e potendo generare, come si diceva, significativi fattori di crisi nelle istituzioni- sta tutta nel livello di democrazia che si vuol salvaguardare. Ed il coraggio nello spiccare balzi audaci richiede la piena consapevolezza dei valori in palio, che corrispondono, in buona sostanza, a "quel che resta del giorno", perché, come ben ricorda Shakespeare, "chi può mai dire 'sono arrivato al peggio?' / Sto peggio adesso di quanto sia mai stato. / E potrò star peggio ancora. Il peggio non è ancora arrivato / Fintantoché si può dire 'questo è il peggio'" (Re Lear, IV. 1).

Giunti al termine, il più sincero auspicio è quello d'aver tenuto fede all'assunto dichiarato in apertura, là dove s'asseriva che un conto è esser giusnaturalisti nelle battaglie per l'affermazione dei principi che devono ispirare e sostanziare le regole positive, ed un conto è esser positivisti in quelle, non meno virtuose, nobili e sante, della loro applicazione. In questo risiedono, a mio sommosso credere, l'attualità e la buona fede del più che condivisibile pensiero di Antonio Amorth, pensiero coerente con quelle parole di Spinoza in forza delle quali non risulta ingiustificato, né irragionevole, né tanto meno illegittimo coltivare la pur fiavole ma non per questo effimera speranza che "anche il sovrano che abbia il diritto di fare tutto ciò che vuole non abbia il potere di far sì che un tavolo mangi l'erba" (Tractatus teologico-politicus).

Nota Bibliografica

- i) Per una ricostruzione bibliografica sugli sviluppi del pensiero filosofico ai quali si fa riferimento nel testo, si veda, per tutti: Fassò, Storia della filosofia del diritto, Laterza, Roma-Bari, 2001 e, su quella relativa alle più recenti evoluzioni, Faralli, La filosofia del diritto contemporanea, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- ii) Per succinte indicazioni bibliografiche sui temi del linguaggio, del metodo e dell'interpretazione giuridici, cfr. De Francisci, I presupposti teoretici e il metodo nella storia giuridica, in "Riv. It. Soc.", 1916, 46 ss; Weber, Il metodo delle scienze storico-sociali, Tübingen 1922, con introduzione e traduzione italiana di P. Rossi, Einaudi, Torino, 1981; Crisafulli, La Costituzione e le sue disposizioni di principio, Giuffrè, Milano, 1952; Guarino, Oggetto, funzione, metodo della teoria generale del diritto, in "Rassegna di diritto pubblico", 1953, 2 ss; Galizia, Scienza giuridica e diritto costituzionale, Giuffrè, Milano, 1954; Del Vecchio, Sui principi generali del diritto, in Studi sul diritto, I, Giuffrè, Milano, 1958, 205 ss; Burdeau, Méthode de la science politique, Dalloz, Paris, 1959; Duverger, Méthodes de la science politique, Presses Universitaires de France, Paris, 1959; Id., Méthodes des sciences sociales, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, poi tradotto da Gambieri Tosi per le Edizioni di Comunità, Milano, 1963; Radbruch, Introduzione alla scienza del diritto, trad. it. di Pasini e Agnesotti, Giappichelli, Torino, 1961; Pierandrei, L'interpretazione della Costituzione, in Scritti di diritto costituzionale, Giappichelli, Torino, 1965, 141 ss; Bobbio, Principi generali del diritto, in Novissimo Digesto Italiano, vol. XIII, 887 ss; Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Giuffrè, Milano, 1971; Aa. Vv. Diritto e analisi del linguaggio, a cura di Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano, 1976; Crisafulli, Disposizione (e norma), in Enciclopedia del diritto, vol. XIII, 195 ss; Tarello, L'interpretazione della legge, Giuffrè, Milano, 1980; Schmitt, Dottrina della Costituzione, Giuffrè, Milano, 1984; Vignudelli, La Corte delle leggi, Maggioli, Rimini, 1988, spec. ntt. 21 e 60 del Capitolo I, nonché 1 del Capitolo IV; Pizzorusso, L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1989, 3 ss; Lombardi Vallauri, Giurisprudenza, I, Teoria generale, in Enciclopedia Giuridica, vol. XV, 3 ss; Mengoni, Dogmatica giuridica, in Enc. Giur., XII, 6 ss; Kelsen, Huptprobleme der Staatessrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze, trad. it., Carrino, Jovene, Napoli, 1991; Falzea, Introduzione alle scienze giuridiche, I, Il concetto del diritto, Giuffrè, Milano, 1992; Berti, Stato di diritto informale, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1992, 3 ss;

- Dogliani, Il “posto” del diritto costituzionale, in “Giurisprudenza Costituzionale”, 1993, 525 ss.; Schaffer, Interpretazione della Costituzione: metodi speciali o generali?, in “Nomos”, 1993, 59 ss; Guastini, Le fonti del diritto e l'interpretazione, Giuffrè, Milano, 1993; Denozza, La struttura dell'interpretazione, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1995, 5 ss; Mengoni, Ermeneutica e dogmatica giuridica, Giuffrè, Milano, 1996; Angiolini, Costituente e costituito nell'Italia repubblicana, Cedam, Padova, 1995; Zaccaria, Questioni di interpretazione, Cedam, Padova, 1996, spec. 63 ss; Gemma, Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione, in “Diritto Pubblico”, 1997, 215 ss; Aa.Vv., Il metodo nella scienza del diritto costituzionale, Seminario di Studio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Messina, febbraio 1996), Cedam, Padova, 1997. Più in particolare, vedi, *ivi*, la relazione di Bartole su L'inevitabile elasticità delle Costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori; Gentili, L'argomentazione nel sistema delle fonti, in “Rivista critica di diritto privato”, 2001, 471 ss.; Pace, Metodi interpretativi e costituzionalismo, in “Quaderni costituzionali”, 2001, 35 ss.; G.U. Rescigno, Il giurista come scienziato, in “Diritto Pubblico”, 2003, 833 ss.; Ruggeri, Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione giurisprudenziale, in Aa.Vv., Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale, Atti del XVII Convegno Annuale dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti, (Milano ottobre 2002), Cedam, Padova, 2004, 271 ss; Bartole, Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana, Il Mulino, Bologna, 2004.
- iii) Intorno alle problematiche di teoria del diritto concernenti concetti e principi giuridici: Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, recentemente ripubblicato (tradotto ed integrato con un Poscritto) a cura e con l'introduzione di Cattaneo per i Tipi della Einaudi, Torino, 2002; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londra, 1977, poi tradotto da Oriana per le edizioni de Il Mulino, Bologna, 1982; Barbera, Art. 2, in Commentario alla Costituzione, a cura di Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975; Raz, Il concetto di sistema giuridico, a cura di Comanducci, il Mulino, Bologna, 1977; Bartole, In margine a “Taking rights seriously” di Dworkin, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di Tarello, Il Mulino, Bologna, 1980, 185 ss; Id., Principi generali del diritto (dir. cost.), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 494 ss.; Gianformaggio, L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1985, 65 ss; Scarpelli, Validità, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo - Grande dizionario enciclopedico*, Vol. II, Utet, Torino, 1985; Rimoli, Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori, in “Giurisprudenza costituzionale”, 1992, 3712 ss; Paulson, *Teorie giuridiche e Rule of Law*, in *Analisi e diritto 1992*, Giappichelli, Torino, 1993; Ferrajoli, Il diritto come sistema di garanzie, in “Ragion pratica”, 1993; Ciarlo, Dinamiche della democrazia e logiche dei valori, in “Diritto pubblico”, 1995, 123 ss; Prieto Sanchis, Costituzionalismo e positivismo, in *Analisi e diritto*, a cura di Comanducci e Guastini, Giappichelli, Torino, 1996; Aa. Vv., *Scritti per Scarpelli*, a cura di Gianformaggio e Jori, Giuffrè, Milano, 1997; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti (Trattato di diritto civile e commerciale)*, Giuffrè, Milano, 1998; Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*³, Laterza, Roma-Bari, 1998; Pino, Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale, in *Analisi e diritto 1998*, a cura di Comanducci e Guastini, Giappichelli, Torino, 1999, e, in questa stessa sede, Guastini, *La costituzione come limite alla legislazione*; Celano, *Efficacia, antirealismo, interpretazione*, *ivi*, 2000; Troper, *Cos'è la filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2003; Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003; Raz, *I valori fra attaccamento e rispetto*, a cura di Belvisi (traduzione di Goldoni), Diabasis, Reggio Emilia, 2003; Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A., Hart*, Giappichelli, Torino, 2004; Viola e Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004; Aa.Vv., *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di Comanducci e Guastini, Giappichelli, Torino, 2004.
- iv) Per una recente raccolta di scritti sul ruolo della giurisprudenza costituzionale: Aa.Vv., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno Annuale dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti (Milano ottobre 2002), Cedam, Padova, 2004.
- v) Per una recentissima raccolta di scritti sul tema del multiculturalismo, si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, a: Aa.Vv., *Istituzioni e dinamiche del diritto (multiculturalismo, comunicazione, federalismo)*, a cura di Vignudelli, Giappichelli, Torino, 2005.
- vi) Riguardo alle concezioni dello Stato costituzionale e dello Stato pluralista: Luhmann, *Potere e complessità sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1979; Dahl, *I dilemmi della democrazia pluralista*,

Milano, Il Saggiatore, 1988; Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992; Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997; Boggetti, relazione al XVII Convegno Annuale dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti, *supra cit.*, 5 ss.

- vii) A proposito dei rapporti tra Stato di diritto e Stato democratico: Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1964; Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in Onore di Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977; Matteucci, *Il liberalismo in una democrazia minacciata*, Il Mulino, Bologna, 1981; Baldassarre, *Critica allo Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1982; Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984; Kelsen, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1984; Fois, *Dalla crisi dello "stato di diritto" alla crisi del c.d. cosiddetto "stato sociale"*, in *Aa.Vv., La governabilità delle società industriali*, a cura di Matteucci, Il Mulino, Bologna, 1984; Downs, *Teoria economica della democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1988; Fois, *La crisi delle istituzioni*, in *"Diritto e Società"*, 1992, 1 ss; Sartori, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993; Dahl, *Prefazione alla teoria democratica*, Milano, 1994; Hayek, *La società libera*, Seam, Roma, 1998; Fois, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *"Diritto e Società"*, 1999; Schumpeter, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Etas, Milano, 2001; Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Roma, 2002.
- viii) Circa il tema della (e le variegate problematiche emergenti dalla) territorialità del diritto, cfr.: Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002; Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *"Rivista di diritto civile"*, 2002, nonché, di questo stesso A., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004.