



FEDERICA FORCELLINI

Dottoranda in Diritto Privato per l'Europa – Università Roma Tre

## LE FORME DELLA GENERALIZZAZIONE: TRA REGOLE E PRINCIPI \*

*SOMMARIO: 1. Il diritto come scienza del linguaggio. – 2. Il rapporto tra norma e valore. – 3. Diritto e tempo: la necessità della pre-comprensione. – 4. Le forme della generalizzazione: oltre la fattispecie giuridica tra regole e principi. – 5. La molteplicità sistemica: diritto e etica.*

1. – «In primo luogo bisogna tenere presente che legge e diritto (...) non sono la stessa cosa. L'astratta norma di legge positivo-formale è una cosa invero necessaria ma mai sufficiente, per il concreto diritto positivo. O, detto altrimenti: la legge non è la realtà, ma solo la possibilità del diritto»<sup>1</sup>.

Esiste, dunque, una polarità di base nella realtà giuridica che vede contrapporsi, da un lato, la norma in senso statico (o *jus*) e, dall'altro lato, la norma in senso dinamico (il *directum*)<sup>2</sup>. La prima identifica il dato giuridico inteso in senso squisitamente formale, che funge da modello d'azione e al quale è riconducibile l'efficacia per c.d. deterrente del diritto o, per meglio dire, la sua innata aspirazione ammonitrice. La seconda è riconducibile al concreto precetto all'azione come risultante all'esito di un'opera interpretativa nel corso della quale tra soggetto (interprete) e oggetto (*jus*) si instaura un circolo ermeneutico tale per cui ognuno partecipa dell'altro e contribuisce a comporne l'essenza.

Tra *jus* e *directum* non vi è una completa coincidenza ma una parziale identità funzionale. La norma in senso statico o legge si colloca al livello del diritto allo stato ideale e, quindi, solo in potenza positivo. In questo senso la legge è giusta se posta in conformità dei dettami dell'ordinamento giuridico, nel rispetto delle norme che regolano la produzione di altre norme e, soprattutto, del principio di coerenza sistematica<sup>3</sup>.

---

\* Il saggio costituisce la rielaborazione di una relazione avente il medesimo oggetto svolta nell'ambito di un'iniziativa promossa dalla Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli: "Seminari interdisciplinari: dialoghi tra filosofia del diritto, storia e diritto civile".

<sup>1</sup> Così A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. a cura di G. Marino, Giuffrè, 2003, 145.

<sup>2</sup> Cfr. N. LIPARI, *Diritto e valori sociali: legalità condivisa e dignità della persona*, Ed. Studium, 2004, 22 s.

<sup>3</sup> Non così di primo acchito N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1955, 3 ss., il quale nell'enunciare le due regole generali del discorso giuridico – la regola della validità formale, per cui «una norma è valida solo se è posta da una norma valida superiore», e quella della validità materiale, per cui «una norma è valida solo se la prescrizione ivi contenuta è logicamente coerente con le altre norme dell'ordinamento» – le applica al diritto inteso in senso unitario, senza distinguere tra momento statico e momento dinamico, risolvendo di conseguenza la questione della validità di una norma. «Certo, se il compito del giurista fosse di persuadere i cittadini a compiere determinate azioni e a tralasciarne altre, la retorica come arte di persuadere dovrebbe avere gran parte nei suoi ragionamenti. Ma non riteniamo vi sia analogia tra il giurista e il mora-



La norma in senso dinamico o diritto, invece, esiste solo nel momento in cui la legge viene disvelata per il tramite della sua concretizzazione, operazione che, genericamente individuata con il termine “sussunzione”, implica la sovrapposizione tra legge e fatto<sup>4</sup>. Vedremo più avanti come tale opera di positivizzazione solo apparentemente può ridursi al meccanismo proprio del semplice sillogismo implicando, in realtà, una ben diversa interazione tra interprete, norma e data, che induce a porre in dubbio la dogmatica giuridica ancor prima e a prescindere dall’effetto dirompente che, in tal senso, l’avvento dei rimedi ha portato con sé<sup>5</sup>.

Carattere primo ed ineliminabile della norma in senso dinamico è, dunque, la sua storicità o concretezza. Proprietà ulteriori del diritto sono, poi, il carattere umano, il carattere sociale e la sua normatività. I primi due discendono dall’essere il diritto una scienza propria delle sole organizzazioni sociali umane, identificandosi, in quanto tale, in una finzione retta dal linguaggio<sup>6</sup>. Il terzo deriva, invece, dalla necessità c.d. condizionata delle regole di condotta poste dal diritto, espressiva della sintesi tra i due concetti antitetici di obbligatorietà e libertà poiché «condotta significa appunto attività e non è pensabile attività senza libertà, ogni attività essendo per definizione scelta e decisione libera»<sup>7</sup>.

Il diritto, dunque, rileva in quanto modo d’essere del linguaggio ed è calato in un sistema di valori, intesi in senso sostanziale ed oggettivo, poiché ogni norma umana esprime sempre «un

---

lista». Se non fosse che lo stesso a. più avanti riconosce espressamente la duplicità della norma giuridica – «come *comportamento* di un certo personaggio (il legislatore) e come *proposizione* inserita in un sistema di proposizioni» – e, pur percorrendo un’altra via, finisce per adagiare le sue conclusioni su un terreno simile quando riconosce che il giurista, nell’applicare i criteri storico e teleologico, opera come uno storico o un sociologo, abbandonando la strada della logica deduttiva per abbracciare quella della logica induttiva.

<sup>4</sup> KAUFMANN, *Filosofia*, cit., 147.

<sup>5</sup> Si noti che, secondo la tecnica del sillogismo, l’opera dell’interprete è simile a quella di un contabile: sottoposta alla sua attenzione la premessa minore (il caso concreto), egli non dovrà far altro che collocarla nell’alveo della premessa maggiore (la fattispecie legale) in forza di un metodo logico-deduttivo, limitandosi a prendere atto dei relativi effetti giuridici che automaticamente ne discendono. S. RODOTÀ, *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Giornata di studio Pisa, 14 giugno 1985, Giuffrè, 1987, 256-257, così osserva sul tema: «Il modello di razionalità, per lungo tempo corrente tra i giuristi, veniva dritto dal mondo scientifico, obbediva come questo a leggi di continuità, linearità. Di tutto questo oggi si discute, ed emergono modelli diversi, di una nuova scienza fondata su di una logica non lineare, stocastica, attenta a strutture instabili. (...) Discontinuità, tempo, futuro. C’è un altro paradigma, allora, che cede, viene messo in discussione. È quello del “tempus intemporel de la dogmatique juridique”: che è, poi, un modo per mettere la scienza e l’oggetto della sua riflessione, le norme, al riparo dal trascorrere del tempo, rifugiandosi in una sorta di présent omnitemporel, regno della stabilità e delle verità perenni».

<sup>6</sup> A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*<sup>6</sup>, Giuffrè, 2008, 13 s., articola il concetto nel brocardo *ubi societas hominum, ibi ius*, sottolineando come nonostante ogni società, umana o animale, sia sostanzialmente retta da modelli comportamentali, solo quella umana si è dimostrata capace di creare il diritto, ossia un sistema in cui la “normatività”, intesa come necessità mediata, prende il posto della necessità naturale. Il discrimine più evidente tra la vita sociale umana e quella animale è rappresentato dal linguaggio, la cui funzione è, da un lato, quella di garantire una interazione più articolata tra i membri della società esprimendo «ogni contenuto emozionale e razionale del mondo dello spirito» e, dall’altro lato, quella di tesaurizzare «o capitalizzare le acquisizioni e creazioni spirituali dell’uomo in un patrimonio permanente di cultura».

<sup>7</sup> Così FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 19.



dover-essere che è insieme un dover-fare affidato all'azione libera»<sup>8</sup>, di modo tale che la scelta tra il soddisfare o meno l'esigenza sottostante la norma è in ultima istanza rimessa all'arbitrio del singolo. Il *jus* nel divenire *directum* presuppone l'opera ermeneutica non potendo raggiungere il suo scopo senza l'intervento conoscitivo dell'interprete ed in ciò si differenzia dalle scienze naturalistiche: non tanto in quanto scienza sporcata dall'esistenza di momenti soggettivi, ma in quanto scienza che *attraverso* tali momenti e *in* quei momenti si realizza<sup>9</sup>.

Quando si parla del concetto del diritto non può prescindere da tali elementi che ne sintetizzano la natura, contestualmente evidenziandone i limiti, così da porre le basi per un'indagine utile a comprenderne il funzionamento.

Il terreno ove più accidentato si fa il discorso sul diritto come scienza ermeneutica coincide con la sentita esigenza di contenere derive antinaturalistiche dello stesso ossia, in ultima analisi, evitare l'arbitrio del giudice, fenomeno inteso a sua volta come premessa escludente la giustizia. Il che, ovviamente, impone una chiarificazione su cosa debba intendersi per giustizia.

Se si accetta la premessa del discorso, tale per cui è giusto ciò che è razionale e, dunque, condivisibile, essendo la norma una trasposizione dal piano potenziale a quello effettivo del diritto, è necessario domandarsi: condivisibile da parte di chi? Una volta individuato il nocciolo della positività nell'agire libero la domanda potrebbe sembrare meramente retorica, dal momento in cui, esclusa in nuce la riferibilità dell'indagine al singolo individuo – il che implicherebbe il venir meno dell'idea stessa di società e, quindi, dell'utilità del diritto – il referente primario di tale categoria diviene automaticamente la generalità dei consociati. Eppure vi è qualcosa in questa sfuggente concettualizzazione di profondamente opinabile, sia da una prospettiva teorica, sia dal punto di vista pratico.

In astratto, potrebbe giustamente obiettarsi che appiattare il diritto sulla datità implica una rinuncia a qualsiasi pretesa dirigista delle umane vicende: di modo tale che – a titolo esemplificativo – se una comunità di individui ritenesse condivisibile l'omicidio dei brutti all'interprete non resterebbe che prenderne atto manipolando il dato formalisticamente normativo.

In concreto, bisognerebbe poi individuare un metodo che permetta all'interprete istituzionalmente qualificato, ossia il giudice, di farsi portatore del modo di sentire proprio di questo soggetto para-mitologico: la generalità dei consociati<sup>10</sup>.

È bene precisare sin da subito che per entrambe le questioni su esposte non esiste, a parere di chi scrive, una soluzione tombale in grado di scrollare di dosso allo studioso ogni residuo di incertezza. O, per meglio dire, la soluzione è *in re ipsa* ma implica l'abbandono di una tensione

---

<sup>8</sup> Così FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 20.

<sup>9</sup> Cfr. T. ADORNO, *Dialettica negativa*, a cura e con introduzione di S. Petrucciani, Einaudi, 2004, *passim*.

<sup>10</sup> Scrive KAUFMANN, *Filosofia del diritto*, cit., 21 s., che l'ermeneutica non è una filosofia trascendentale, come tale «irrazionale, soggettivistica, non scientifica», ma un'indagine metodologica per ridurre ad ordine la concreta pre-comprensione dei giudici, il loro procedere argomentativo e le modalità di raggiungimento della reale, contenutistica comprensione dei significati.



all'infallibilità del diritto e la presa di coscienza della irriducibilità della scienza giuridica a metodologie oggettive e meccaniche che proprio non le si confanno.

Il nodo da sciogliere in via preliminare riguarda il rapporto tra norma e valori e, in subordine, quello del rapporto tra giustizia e diritto. A tal proposito risulta indispensabile ripercorrere brevemente le principali ricostruzioni della questione come offerte dal variegato panorama della scienza giuridica.

Solidamente costruito su di una logica di tipo realistico-soggettiva, il volontarismo vede nella legge nulla più che il comando del sovrano. Così sintetizzata, la norma può essere correttamente interpretata solo ricercando la *ratio legis* come originariamente intesa, restando escluso persino il correttivo temporale pur implicito nel classico circolo ermeneutico, mentre, al contrario, ogni ricorso all'analogia diviene una inammissibile manipolazione o, meglio, nulla più di una bieca distorsione della regola giuridica<sup>11</sup>.

Il formalismo, diversamente, risolve il problema del fondamento del diritto ancorandosi ad un dualismo tra essere e dover-essere che presuppone valori normativi intesi in senso oggettivo e formale. Di conseguenza l'interprete è vincolato a regole di senso oggettive proprie del linguaggio che però, quasi sempre, falliscono il loro compito dimostrandosi nella migliore delle ipotesi inutili e nella peggiore addirittura inesistenti, finendo per paralizzare gli ingranaggi della *scientia iuris*<sup>12</sup>.

Di valori come entità oggettive e sostanziali narra, invece, il giusnaturalismo, che rintraccia il fondamento del diritto positivo nei principi del diritto naturale inteso come diritto razionale e, in ultima analisi, come diritto giusto<sup>13</sup>. Ciò che ancora non è sufficiente ad elaborare una teoria generale dell'interpretazione scevra da contraddizioni, nella misura in cui il dualismo tra essere e dover essere, tra realtà e valore rimane integro e impedisce di accedere ad una sintesi che non faccia della giustizia una entità apoditticamente posta e, di conseguenza, un concetto opinabile.

Di molte altre dottrine bisognerebbe poi dar conto – a partire dallo storicismo, fino al reali-

---

<sup>11</sup> Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, a cura di R. Campbell, Murray, 1885.

<sup>12</sup> Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), 33 ss., trad. it. a cura di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000, 48 ss., il quale nel dichiarato intento di esaminare la creazione del legislatore alla cruda luce della sua entità formalisticamente intesa separa l'interpretazione dello scienziato da quella dell'autorità istituzionalmente preposta ad applicare le norme giuridiche, concedendo alla prima di estrinsecarsi per il tramite del solo criterio letterale; ID., *Zur Theorie der Interpretation*, in *Revue internat. de la théorie générale du droit*, 1934, 11 ss., secondo il quale, nel caso in cui una norma sia suscettibile di più interpretazioni, non esiste un criterio di preferenza desumibile dall'ordinamento giuridico dato. Pertanto, non solo le diverse interpretazioni si equivalgono ma il giudice, nell'applicarne una piuttosto che un'altra, compie un atto di politica legislativa scegliendo quella che, secondo la sua personale opinione, più si confà a realizzare la giustizia nel caso singolo.

<sup>13</sup> Cfr. *ex multis* T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, trad. it. a cura di A. Pacchi, Laterza, 1989, *passim*; ID., *Elementi di legge naturale e politica*, trad. it. a cura di A. Pacchi, La Nuova Italia, 1968, *passim*.



smo oggettivo, passando per la giurisprudenza degli interessi<sup>14</sup> – ma, per ragioni di sintesi, il discorso deve ora assumere una piega costruttiva.

In generale basterà qui sottolineare come il passaggio dall'epoca del dualismo all'ermeneutica contemporanea sia stato segnato dall'abbandono della logica conflittuale in favore della comprensione del fenomeno giuridico come fenomeno dialettico, caratterizzato da una osmosi tra circostanze della vita e norme, tipica proprio del realismo oggettivo.

Questa particolare corrente di pensiero e, in special modo, i filoni sociologici e le teorie dell'interesse hanno affermato con forza la prevalenza dell'interpretazione evolutiva su quella storica, così spostando l'asse del discorso sull'esigenza di assicurare una certa aderenza tra diritto e istanze sociali, a scapito di una fissità da molti sentita quale garanzia di ordine e stabilità<sup>15</sup>.

«Ciò però significa che un “giusto diritto”, in generale, non sussiste come una entità o come un qualcosa che si possa trovare già pronto, ma, piuttosto, avviene, storicamente in un processo che non giunge mai a fine»<sup>16</sup>.

La celebre critica al realismo di Hart<sup>17</sup> non regge se è vero – come è vero – che la «zona di luce» delle norme non è un attributo utile a configurare di queste ultime la sostanza ma, piuttosto, una conferma della duplicità insita nell'essere il diritto una scienza del linguaggio, come tale aperta, liquida ma, contemporaneamente, pregna di significati impliciti perché in passato già esplicitati e non per questo meno relativi. Indubbiamente ogni norma (al pari di qualsiasi formulazione linguistica) presenta un nucleo duro, indifferente agli individualismi propri dell'operazione ermeneutica, che solleva l'interprete da ogni sforzo propriamente creativo; altrettanto indubbiamente, però, la chiarezza che circonda tale nucleo concettuale non discende dalla norma ma deriva dall'instancabile opera di tesaurizzazione che, grazie agli automatismi propri del linguaggio, accompagna il fenomeno giuridico, consentendogli di procedere lungo una linea evolu-

---

<sup>14</sup> Cfr. tra tutti F. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Giappichelli, 1972, *passim*, primo esponente della *Interessenjurisprudenz*, dottrina elaborata sul presupposto che la metodologia debba essere ricavata dall'oggetto cui inerisce e non essere semplicemente imposta a questo. Da ciò il primato della teologia sull'analisi storica del diritto, che invece trova in F.C. VON SAVIGNY (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di Scialoja, Giappichelli, 1886, *passim*) il suo più noto fautore. Ma si v. anche P. HECK, *Gesetzesauslegung u. Interessenjurisprudenz*, Mohr, 1914, 96 ss.

<sup>15</sup> FALZEA, *Introduzione*, cit., 247 s., ripercorre gli esiti delle due opposte visioni evidenziando come le istanze antinomiche che hanno caratterizzato il conflitto tra realismo oggettivo e formalismo o volontarismo siano storicamente più sentite proprio nei periodi di crisi economica e sociale. «Ed ecco allora sorgere un problema, che resta consegnato alla teoria generale dell'interpretazione: il significato della legge deve essere desunto dalle situazioni di interesse del momento in cui è stato posto in essere l'atto legislativo o invece dalle situazioni di interesse del momento in cui si compie l'attività interpretativa? La interpretazione *secundum legem*, cioè, deve essere interpretazione storica o interpretazione evolutiva? (...) L'interpretazione storica soddisfa il bisogno di certezza ma rischia di lasciare insoddisfatti gli interessi effettivi della società come si vanno evolvendo nel tempo. L'interpretazione evolutiva, al contrario, assicura il costante adeguamento del diritto alle trasformazioni della vita ma mette in forse l'ordine sociale e la sicurezza collettiva».

<sup>16</sup> Così A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. a cura di G. Marino, Giuffrè, 2003, 140-141.

<sup>17</sup> Cfr. H. HART, *The concept of law*, Clarendon Press, 1961.



tiva e di non ricominciare da capo ogni volta che il meccanismo si chiude e lo *jus* diviene *directum*<sup>18</sup>.

2. – A questo punto, però, occorre ricercare una formula in grado di assicurare il necessario equilibrio tra essere e dover essere, evitando così inopportune ricadute nelle teorie del movimento del diritto libero e dell'interpretazione *contra legem* che questo auspicava stante la primaria esigenza di regolare al meglio il singolo caso concreto.

Vi è una parte della dottrina che, preso atto delle peculiarità proprie di una scienza fatta di segni linguistici, ritiene che la vaghezza del diritto sia un carattere strumentale ad assicurarne una interpretazione teleologica, essenzialmente orientata alla realizzazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale. In altri termini: posto che l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, nel vincolare l'interprete alla volontà del legislatore, fa a ben vedere riferimento ad una figura mitica e fittizia, quella del legislatore ragionevole, «in termini meno ingenuamente volontaristici, è richiesto al giudice di figurarsi e amministrare il complesso delle disposizioni legislative in vigore come immune da discriminazioni che non appaiano, in base ad obiettive differenze tra fattispecie, *giustificabili*»<sup>19</sup>.

L'intuizione è condivisibile, posto che la differenziazione, quale corollario dell'uguaglianza in senso sostanziale, è per sua stessa natura ontologicamente incompatibile con la generalizzazione propria del momento genetico del diritto e, quindi, della norma in senso statico. Se la legge in senso giuridico presuppone un'affermazione di uguaglianza che si estrinseca per il tramite di un processo di generalizzazione talmente invasivo da travolgere la stessa esistenza umana, la legge in senso giuridico-politico, nel suo essere un giudizio di valore o disvalore su classi di situazioni, fonda al tempo stesso «motivato eguagliamento dei simili e (...) argomentabile distinzione dei diversi»<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Altro appunto mosso da R. GUASTINI, *Gennaro Carriò e la trama aperta del diritto*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci-R. Guastini, vol. II, Giappichelli, 1989, 159 ss., consiste nell'innegabile circostanza che vuole di per sé indistinguibile oggettivamente il confine tra la zona di penombra e quella di luce, di modo tale che i giudici «usano discrezionalità non solo nel decidere la soluzione di controversie che ricadono nella “zona di penombra”, ma anche nel decidere se una controversia ricada o no nella “zona di luce”. Insomma, sono frutto di decisioni interpretative gli stessi, incerti, confini tra “luce” e “penombra”. In altre parole ancora, la penombra stessa è il risultato della discrezionalità degli interpreti».

<sup>19</sup> Così D. CARUSI, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, in *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di P. Rescigno, in *Giur. it.*, 2011 1690 s., il quale ritiene che l'interprete sia chiamato a recepire valori diversi dall'uguaglianza sostanziale solo quando il legislatore ha *deciso di non decidere*, così rimettendo alla fase giudiziale l'individuazione di uno *standard* valutativo esterno al diritto. L'a., inoltre, finisce per equiparare i concetti di uguaglianza e di giustizia, prima, e le tensioni all'interpretazione letterale e alla tutela dell'affidamento dei consociati, poi.

<sup>20</sup> Così D. CARUSI, *La legge e il tempo: eccezionalità e transitorietà*, in *Rass. di dir. civ.*, 2/2013, 327. L'a. così ragiona: «La prima e più antica scoperta è che la legge in senso giuridico presuppone un'affermazione di uguaglianza (...). Tutto il nostro cammino successivo è una faticosa, contrastata, tuttora incompiuta e però con-



Tale *reductio ad unum* (il diritto come scienza del linguaggio è vago; la vaghezza è strumentale alla realizzazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale) pare però opinabile nella misura in cui giustifica la natura del diritto in base ad un principio che, in quanto tale, è un *posterius* rispetto al diritto stesso e finisce per confondere i piani del discorso: quello dell'individuazione dello scopo ultimo del diritto, da un lato, e quello della comprensione dei meccanismi sottesi ad una scienza del linguaggio, dall'altro lato. Né, d'altronde, pare corretto risolvere l'indagine sui valori in forza del solo principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Senz'altro, però, esiste un'area di interferenza tra i problemi derivanti dall'essere il diritto una materia per sua natura assiologica peraltro orientata, oggi più che mai, al pluralismo dei valori e quelli propri del diritto come discorso.

L'assiologismo generico si fonda sulla consapevolezza che il diritto è un modo d'essere del valore, inteso come valore generale d'azione o regola di condotta dettata da esigenze dell'agire pratico. In tal senso ogni norma è un dover-essere che è insieme un dover-fare<sup>21</sup> e la sua esatta comprensione è subordinata ad una messa in opera in relazione al caso concreto. «Non c'è, prima, ancora nessun “diritto” e non c'è ancora neanche il “fatto”, piuttosto ci sono solo “materiali grezzi”; da una parte una certa quantità di astratte norme di legge, norme che, per la loro astrazione, non sono ancora per nulla utilizzabili, dall'altra un conglomerato di fatti disordinati che non sono ancora posti in rapporto con un qualche punto di vista giuridico, e dunque non sono neanche divisi ed apprezzati in rilevanti ed irrilevanti»<sup>22</sup>.

Il diritto è poi anche un fatto di linguaggio<sup>23</sup>, nella misura in cui si manifesta ed estrinseca per il tramite di segni linguistici e, in particolar modo, per il tramite del linguaggio giuridico, che è lo strumento attraverso il quale, da un lato, il valore pratico generale o norma viene rivelato alla comunità di individui, dall'altro lato, si tesaurizzano le acquisizioni morali, culturali, scientifiche dell'uomo. Anche il diritto consuetudinario che, da questo punto di vista, presenta un carattere di immediatezza sconosciuto alla norma giuridica, non potrebbe esistere senza il linguaggio orale. Da tale caratterizzazione deriva la circostanza ulteriore che vede nel diritto una scienza che si estrinseca essenzialmente per il tramite di metafore e, quindi, «di un modello a

---

tinua generalizzazione del riconoscimento di eguaglianza. (...) L'eguale dignità delle persone non esclude che interessi dell'uno vengano subordinati a interessi di altri: ma le discriminazioni – in senso etimologico e moralmente neutro – cui ogni legge giuridica per definizione procede devono – sul presupposto del pari peso dei medesimi interessi indipendentemente dai soggetti che ne sono portatori – esprimere scelte argomentabili, apparire esercizio di discrezionalità politica, e non di mero arbitrio».

<sup>21</sup> Così FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 232.

<sup>22</sup> Così KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, cit., 147, il quale così continua: «La cosiddetta sussunzione non rappresenta alcun problema, se solo sono fissate le premesse. L'atto decisivo consiste proprio nel produrre queste premesse, nella loro corrispondenza: rendere concrete le norme con riguardo ai fatti e ricostruire il fatto partendo dalla norma».

<sup>23</sup> O, meglio, il linguaggio è lo strumento attraverso il quale il diritto rappresenta uno stato di cose che esistono prima e a prescindere di esso, nel senso proprio della semiotica divisionista e, al tempo stesso, del realismo ontologico. La differenza tra le due impostazioni è sottile ma abilmente esplicitata da A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, 1996, spec. 134-135.



prototipo e di una configurazione radiale»<sup>24</sup>; così, in quanto simbioticamente legato al linguaggio, il diritto è ermeneutica, nella misura in cui lo studio scientifico del diritto è strumentale alla comprensione dei significati concettuali portati dalle norme<sup>25</sup>.

La precisazione dell'attributo "giuridico" con riferimento al termine "linguaggio" non è di poco conto ed, anzi, è essenziale al fine di comprendere il necessario correttivo ad una teoria realista che, in sua assenza, finirebbe effettivamente per appiattire il dover-essere sull'essere.

Esiste, ed è inopinabile, una differenza tra linguaggio comune e linguaggio giuridico. Il primo può essere inteso come linguaggio proprio della generalità degli individui o modo d'intendere comune. Il secondo è, invece, il modo d'intendere dell'operatore del diritto, ossia dell'interprete dotato di una coscienza giuridicamente educata. Solo il secondo linguaggio è utile alla concreta determinazione dell'orizzonte di senso di una norma e, per il suo tramite, la norma in senso statico acquisisce dinamicità ossia si positivizza. Tant'è che la Corte costituzionale nel pronunciarsi sulla compatibilità di una norma con la Carta fondamentale deve tenere conto di come questa "è" intesa (dalla Giurisprudenza di legittimità, si intende) e non già di come questa "dovrebbe" essere intesa al fine di evitare la pronuncia di illegittimità<sup>26</sup>.

Senza arrivare ad auspicare una introduzione nel nostro sistema giuridico della tecnica del precedente giudiziario – dal momento in cui non pare che la condivisione della norma intesa in senso dinamico vada riferita *sic et simpliciter* all'interprete pur istituzionalmente qualificato al fine di oggettivizzare il giudizio di valore ad essa sotteso<sup>27</sup> –, il riconoscimento delle specificità proprie del linguaggio giuridico e la sua perpetuazione entro i limiti fisiologici propri del linguaggio orale sembrano sufficienti a garantire la tesaurizzazione dei progressi scientifici realizzati dagli operatori del diritto, mantenendone, contemporaneamente, l'elasticità o, per meglio dire, la permeabilità alle istanze proprie della realtà fattuale che, in questa specifica circostanza, diviene sinonimo di attitudine evolutiva.

Date queste premesse, è essenziale comprendere come il momento di conflitto tra diritto e realtà si ricollegli prima di tutto al complesso rapporto tra tempo e norma giuridica<sup>28</sup>, la quale

---

<sup>24</sup> Cfr. C. BAZZANELLA, L. MORRA, P. ROSSI, *L'approccio cognitivo alla metafora nel linguaggio giuridico*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di R. Caterina, Mondadori, 2008, 161.

<sup>25</sup> Anche BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, cit., 15 s., ritiene che «Tutta la prima fase dell'interpretazione giuridica, la cosiddetta interpretazione logico-grammaticale, rientra nell'analisi del linguaggio giuridico, e costituisce la condizione della validità del discorso giuridico come discorso logico-deduttivo». Il giurista è in primo luogo chiamato a riempire di significato le parole usate dal legislatore. «Alcune definizioni egli le trova enunciate dallo stesso legislatore, e sono quelle che i logici chiamano definizioni esplicite; altre ricava dal modo con cui è stata utilizzata dallo stesso legislatore e dalla tradizione giuridica la parola da definire, e sono le cosiddette definizioni d'uso».

<sup>26</sup> Cfr. LIPARI, *Diritto e valori sociali*, cit., 39 s.

<sup>27</sup> LIPARI, *Diritto e valori sociali*, cit., 58 s., ritiene che la ripetizione di una data interpretazione giudiziale implichi la condivisione del giudizio di valore ad essa sotteso e, dunque, garantisca per c.d. la dimensione oggettiva del valore stesso ossia, in ultima analisi, la giustizia della decisione.

<sup>28</sup> RODOTÀ, *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, cit., 256, mette bene in evidenza la non inferenza





esiste in diversi tempi e in modi diversi, facendosi portatrice di valori che perciò stesso si dimostrano tendenzialmente mutevoli<sup>29</sup>. E al fine di individuare la portata assiologica della norma non è neppure sufficiente fare riferimento alla sua genesi, che non si esaurisce *sic et simpliciter* nel momento in cui questa viene posta, ma affonda le sue radici ancora più indietro nel tempo, nella c.d. preistoria della norma, di cui l'atto legislativo costituisce l'esito, e non necessariamente può ridursi ad un atto volontario di creazione.

In effetti, la spinta vitale che caratterizza l'uomo – così come ogni forma di vita animale socialmente organizzata – più che la nuda volontà è un'altra, ossia l'imitazione: le regole di condotta rivestite di dignità giuridica sono cristallizzazioni di modelli comportamentali che attraverso la ripetizione hanno assunto un senso di dover-essere. Di modo tale che, più che essere accettate, le norme giuridiche vengono ritrovate dalla coscienza individuale dei membri di una collettività<sup>30</sup>.

A ciò si aggiunga che la norma giuridica, al contrario di quanto può dirsi per altri prodotti umani, è fisiologicamente caratterizzata da un elemento di incompiutezza, proprio perché essa esaurisce il suo senso solo nel momento in cui viene concretamente applicata. «La norma giuridica entra nel tempo storico. Il tempo non sta fermo e la norma, per così dire, procede con lui»<sup>31</sup>.

Questi dati offrono a chi ne indaghi la portata un elemento ulteriore indispensabile ai fini della composizione del conflitto tra diritto e fatto: mentre la norma giuridica veicola o si fa strumento espressivo di valori privi di una loro datità e, dunque, di valori ideali – intendendo per idealità una dimensione in cui l'elemento temporale non è essenziale ai fini della determinazione dell'*an* assiologico della norma – il fatto porta con sé valori reali – ossia valori che si fondano e si riflettono in specifiche circostanze spazio-temporali<sup>32</sup>.

---

del problema della discontinuità con la questione della tecnica giuridica. Discontinuità e insicurezze, infatti, sono dati della realtà; «compaiono tutte le volte che l'occhio del giurista guarda verso il futuro: si che, se bisogna cimentarsi con i problemi dell'assorbimento del reale nell'ordinamento giuridico è proprio con l'insieme di questi fattori che bisogna misurarsi».

<sup>29</sup> CARUSI, *La legge e il tempo*, cit., 327, ritiene che la legge giuridico-politica sia paradigmaticamente in rapporto ambiguo con il tempo. «Per la necessità di una morfologia generale, ed astratta, per questo riferirsi a classi aperte di situazioni od interessi, deve rivolgersi al futuro nella sua interezza – in questo senso è scritta nel bronzo. Nondimeno essa è nella storia, e in regime democratico è per definizione modificabile in ogni momento attraverso il gioco della deliberazione a maggioranza, da pensarsi come prolungamento del contratto sociale, costante sottoposizione dei giudizi politici di valore alla verifica dell'intesa e dell'accordo».

<sup>30</sup> Cfr. G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, trad. it. a cura di R. Cristini, Giuffrè, 1998, 17-18. Suggestivo è il passo in cui l'a. si occupa dei rapporti di interscambio esistenti tra diritto e costume o tra diritto ed etica, che vengono descritti come ordinamenti a tratti sovrapposti e temporalmente comunicanti.

<sup>31</sup> HUSSERL, *Diritto e tempo*, cit., 16 s., il quale ritiene che la struttura temporale storica di una norma giuridica assomigli in una certa misura a quella dell'uomo. «Come la nascita dell'uomo non fissa la sua vita (intesa come ciò che essa è secondo la sua idea) su quel determinato punto del tempo storico, così la norma del diritto non possiede un luogo nella storia fissato una volta per tutte mediante il processo con cui viene elaborata. La questione del senso di una norma giuridica può essere formulata sempre e soltanto nel modo seguente: quale significato essa ha oggi, in relazione alla concreta condizione di vita che registra un turbamento nelle norme?».

<sup>32</sup> L'idealità del valore va riconnessa, quindi, solo ad una sua formalizzazione tendenzialmente atemporale e



Compito dell'interprete è, quindi, quello di riportare ad unità le due dimensioni del valore: quella ideale, giuridicizzata, e quella reale, propria del fatto in attesa di regolazione. Così il *jus* è la traduzione in forma generale attraverso il linguaggio giuridico dell'idea di un bisogno; il *dictum* è la risposta del sistema giuridico complessivamente inteso al bisogno annidato nel fatto. Come si realizzi questa riconduzione ad unità è, poi, un'altra storia.

3. – «Il punto critico di ogni teoria che esalta il rapporto tra diritto e vita sta precisamente nella diversità, per grado e tipo di oggettivizzazione, tra la situazione sostanziale a cui è legato il significato della regola giuridica e la forma normativa»<sup>33</sup>.

Per superare tale criticità è necessario prendere le mosse dalla premessa ricostruttiva già declinata in precedenza, considerando il diritto positivo come tale solo in quanto strettamente attinente al reale<sup>34</sup>. È nella datità che va rintracciata l'oggettività del valore, poiché nella stessa datità si muove il fatto cui il valore inerisce e alla datità appartiene l'interprete che, ridotto a strumento necessario al funzionamento della dinamica giuridica, trova proprio in questa appartenenza la sua ragione d'essere unitamente alla conoscenza del linguaggio giuridico.

A tal fine è necessario adottare un approccio cognitivo che evidenzi la mancanza di autonomia del linguaggio (sia giuridico sia comune) rispetto agli altri sistemi cognitivi, nella misura in cui «il valore semantico di un'espressione non sta solo nelle proprietà inerenti all'entità o alla situazione descritta, ma coinvolge in modo significativo il modo in cui pensiamo a questa entità o situazione, quindi la sfera emotiva e l'insieme delle conoscenze enciclopediche»<sup>35</sup>.

Una volta metabolizzata questa circostanza risulta più agevole accettare il fatto che l'essere

---

non ad una presunta capacità riassuntiva della norma rispetto ad una quantità determinata di esigenze di vita. Il rapporto tra norma e fatto non va inteso, di conseguenza, come un rapporto conflittuale risolvibile secondo una metodologia logico-giuridica come pure ipotizzano i pensatori che vanno a comporre la corrente giusformalista. Cfr. tra tutti H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, 1989, 144 s., spec. nota 9: «Essere e dovere sono due forme di pensiero del tutto differenti l'una dall'altra, inderivabili tra loro: tuttavia esse possono avere contenuti uguali. Si può rappresentare l'agire umano come contenuto dell'essere, come parte della natura o della storia, vale a dire come oggetto della scienza naturale o della scienza storica, oppure come dovuto, come contenuto di norme e quindi come oggetto della scienza giuridica. Solo grazie a questo "sostrato" comune – in sé indifferente e in questa astrazione inconcepibile – un evento reale può essere valutato e, in particolare, dal punto di vista giuridico. Sul presupposto di un dualismo fondamentale di essere e dovere, di realtà e valore, la questione se una determinata realtà sia piena di valore o contraria al valore è senza senso. Se una realtà può essere valutata, ciò è appunto possibile solo nel senso che il contenuto dell'essere viene confrontato al contenuto del dovere».

<sup>33</sup> Così FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 247.

<sup>34</sup> Cfr. T.G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Cedam, 2012, 254 s., secondo il quale «il fatto è già, ha una sua vita, una sua realtà; ed è proprio per questo che (...) l'interpretazione viene sì a creare legge, nel senso di dar vita giuridicamente rilevante a un fatto che prima non l'aveva, ma lo fa semplicemente "indicando" una realtà giuridica già esistente e venendo a chiarire, a scoprire, a togliere il velo a qualcosa che già esiste e cioè il giuridico».

<sup>35</sup> Così BAZZANELLA, MORRA, ROSSI, *L'approccio cognitivo alla metafora nel linguaggio giuridico*, cit., 159.



la scienza giuridica una scienza ermeneutica porta con sé la *necessarietà* del pregiudizio o pre-comprensione che, però, lungi dal degenerare in arbitrio, si configura come un'entità esterna strumentale alla positività del diritto.

In questo contesto la presenza del giudice terzo e imparziale si giustifica alla luce dell'esigenza di assicurare una lettura giuridicamente educata del fatto e, contemporaneamente, di garantire nella fase applicativa della regola di condotta un certo grado di oggettività.

Per comprendere tale passaggio è utile ricordare un noto caso di diritto penale in cui la Corte Suprema Federale Tedesca o *Bundesgerichtshof* ha tradotto il *jus in directum* secondo un metodo spiccatamente analogico proprio grazie alla sua capacità di pre-comprensione del fenomeno<sup>36</sup>. In fatto: un uomo aveva gettato dell'acido muriatico in faccia ad una cassiera, provocandole delle lesioni, per poi rubarle il portafogli e scappare. In diritto: l'interrogativo concerneva la qualificazione giuridica del fatto come rapina semplice (ossia senza l'uso di armi, § 250 StGB) e rapina grave (con l'uso di armi, § 249 StGB). La Corte ha infine optato per l'applicabilità al caso di specie della norma maggiormente afflittiva equiparando così l'acido muriatico ad un'arma. Sennonché, l'acido muriatico non è un'arma, «né secondo il tenore letterale, né secondo il possibile senso della parola (che già è qualcosa che ha molto a che vedere con l'analogia)». Perché mai, allora, la Corte Suprema Federale Tedesca ha sentito il bisogno di dare risposta ad un simile interrogativo? La risposta è semplice: per causa della sua innata capacità di pre-comprendere il fatto come rapina grave e non, ad esempio, come omicidio, circostanza che avrebbe reso assolutamente inutile interrogarsi sull'estensione del concetto di arma<sup>37</sup>.

«La trasformazione di una norma legale in una “fattispecie” (interpretazione) avviene con l'ausilio del caso concreto, la trasformazione del caso in una “situazione di fatto” (costruzione) avviene con l'ausilio della norma legale; e questa trasformazione è sempre un atto creativo, demiurgico, che precede la sussunzione, anche se nei casi “chiari” trasformazione e sussunzione sembrano coincidere»<sup>38</sup>.

Stante la diversa collocazione categoriale di essere e dover-essere, la loro riduzione ad unità necessita di una partecipazione dell'interprete nella sua duplice veste di ultimo ingranaggio del sistema, portatore del linguaggio giuridico che la tradizione giuridica scritta e orale gli ha tramandato, e uomo, come tale carico di pre-giudizi propri del contesto storico e spaziale in cui vive e si trova ad operare, che gli consentono di applicare il diritto in modo tutt'altro che arbitrario ma, passato il filtro dell'argomentazione, finalmente *giusto in senso sostanziale*<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Il caso è riportata a titolo esemplificativo da KAUFMANN, *Filosofia*, cit., 22 s.

<sup>37</sup> Sempre KAUFMANN, *Filosofia*, cit., 23, così continua: «Come si vede, senza delle ragionevoli precomprensioni non si arriva mai a problemi giuridici rilevanti. Anche il “circolo” del processo di comprensione è ben riconoscibile: solo se già so che cos'è una rapina grave; ma cosa sia una rapina grave non posso saperlo senza una corretta analisi del caso concreto».

<sup>38</sup> Così KAUFMANN, *Filosofia*, cit., 23-24.

<sup>39</sup> KAUFMANN, *Filosofia*, cit., 24-25, ritiene che: «La norma appartiene al dover essere, fissato in modo astratto e generale, il caso, con i suoi infiniti dati di fatto, all'essere disordinato e amorfo. Una correlazione è



Così, se la legge in senso statico è espressione di una progettualità per sua natura incapace di pre-comprendere e regolare ogni esigenza di vita pratica, di modo tale che può ben dirsi ineluttabile «l'improvviso irrompere del non previsto»<sup>40</sup>, l'ermeneutica deve in sé contenere la risposta all'esigenza di sottrarsi a qualsiasi piega dittatoriale che il linguaggio scritto può assumere, garantendo al tempo stesso una continuità con il passato. E questa risposta, invero, si annida nel pregiudizio o, che dir si voglia, nella pre-comprensione in senso gadameriano, applicata alla fase di concretizzazione giudiziale del progetto.

«La *precomprensione originaria* è una struttura che precede, con un'anticipazione di senso, l'attività riflessiva dell'interprete. Si tratta ancora di un concetto analitico-descrittivo di quel che è. La struttura anticipatoria accompagna il comprendere: non è una scelta dell'interprete, è una situazione ermeneutica già sempre connessa alla comprensione originaria, e perciò, come essa, si trova sul piano ontologico»<sup>41</sup>.

La pre-comprensione diviene così uno strumento essenziale ai fini del comprendere o, per meglio dire, una condizione di possibilità del comprendere, che sta prima del momento interpretativo e da questo si differenzia, pur ponendo, di fatto, un problema metodologico<sup>42</sup>. Così, preso atto della dimensione ontologica della pre-comprensione, lo «stare dentro il cerchio in maniera corretta» sposta nuovamente l'attenzione dal piano sostanziale a quello formale<sup>43</sup>, reclamando, in primo luogo, una «coscienza ermeneutica educata», di modo tale che l'interprete sia pronto a mettersi in ascolto dell'opinione del testo; in secondo luogo, «una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi»<sup>44</sup>, così da imparare a distinguere i pregiu-

---

possibile solo dopo che la norma è stata arricchita di empiria e il caso concreto di normatività, in modo tale che essi possano reciprocamente “corrispondersi” (in questa parola si cela un riferimento all'*analogia*); o, in altri termini: essi devono essere “equiparati” con un atto di trasformazione attiva (questa è la teoria dell'equiparazione, già citata precedentemente; i suoi sostenitori principali sono Karl Engisch e Arthur Kaufmann). Questa equiparazione non è mai determinazione e sussunzione, e nemmeno soltanto interpretazione, ma essenzialmente decisione, e dunque espressione di potere. Un tale atto di potere non è, in sé, alcunché di negativo. Esso deve essere supportato *argomentativamente*, e ciò presuppone che la riflessione chiarisca questo punto, e non si nasconda dietro una presunta conoscenza puramente oggettiva».

<sup>40</sup> CARUSI, *La legge e il tempo*, cit., 328. «Poiché poi nessun legislatore storico – nessuna assemblea di *conditores* – ha davvero il dono dell'onnivegenza, sempre la polis avrà da fare i conti con l'irruzione del non previsto. Per queste ragioni e affinché la legge mantenga la propria funzione isonomica – democratica – la *iurisdictio* è sempre stata più o meno consapevolmente, e sempre più coscientemente è necessario che rimanga, esercizio del ragionamento analogico».

<sup>41</sup> Così G. BENEDETTI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica in L. Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 103 ss., riferendosi al pensiero di Gadamer.

<sup>42</sup> Esemplare la filosofia ermeneutica di M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. it. di P. chiodi Longanesi, Longanesi, 1970 ripresa e sviluppata, in una prospettiva diversa, da R. BULTMANN, *Credere e comprendere*, trad. it. di A. Rizzi, Queriniana, 1977, spec. 580, a mente del quale «presupposto di ogni interpretazione comprendente è il rapporto vitale preesistente con la cosa che nel testo direttamente o indirettamente si esprime e che comanda l'orientamento della ricerca».

<sup>43</sup> Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Giuffrè, 1996, 7 ss. Cfr. anche P. RICOEUR, *Ermeneutica filosofica ed ermeneutica biblica*, Paideia Editrice, 1977, 41 ss.

<sup>44</sup> Per tutti H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Bompiani, 2001.



dizi *buoni*, sintomatici solo dell'essere, l'interprete, uomo tra gli uomini, dai pregiudizi *cattivi*, capaci di provocare storture di senso contrarie alla progettualità legislativa o, in ogni caso, ingiustificabili sotto il profilo dell'eguaglianza sostanziale. L'interprete, in altri termini, è chiamato ad afferrare il significato del testo «attraverso un processo di adeguamento della precomprensione al contenuto dell'oggetto da interpretare, che insieme promuove la rispondenza del senso interpretato alla situazione concreta nella quale il testo si inserisce»<sup>45</sup>.

L'oggettività del diritto sta proprio in ciò: il giudice, pur con i suoi pregiudizi mediati da una coscienza giuridicamente educata, è chiamato a rappresentare l'ideale di *Ognuno*, da intendersi come astrazione del soggetto destinatario della norma, ridotto al minimo comune denominatore, in grado di rappresentare il modo d'essere *presente* dell'uomo<sup>46</sup>.

Il diritto, come entità intrinsecamente assiologia, è positivo in quanto portatore di valori formali che trovano rispondenza in quelli sostanziali di una determinata comunità che sono entità oggettive, conoscibili attraverso i segni linguistici che se ne fanno interpreti<sup>47</sup>. In questo senso il diritto ha poco o nulla a che vedere con la forza<sup>48</sup>. Tipico è l'esempio del diritto a non obbedire ad una legge ingiusta che storicamente ha condotto al riconoscimento di diritti fondamentali, come il diritto di sciopero o l'obiezione di coscienza<sup>49</sup>. Pur con tutte le problematiche e le implicazioni ad esso riconosciute il diritto ad infrangere una legge che non si riconosce come giusta è essenziale per un sano rapporto tra essere e dover-essere.

Allo stesso modo il diritto non può trovare la propria legittimazione in sé stesso e in particolare in quelle norme auto poietiche che regolano il suo processo formativo ma in senso solo formale. Invero, il carattere della positività e, quindi, della effettività ben può appartenere a

---

<sup>45</sup> Così MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., 12.

<sup>46</sup> HUSSERL, *Diritto e tempo*, cit., 104 ss., colloca nel tempo presente il giudice, così individuando la principale differenza tra questo operatore del diritto e il legislatore, il quale invero è sempre proiettato verso il futuro.

<sup>47</sup> Cfr. PINTORE, *Il diritto senza verità*, cit., cap. 3, la quale mette bene in evidenza il carattere relazionale del linguaggio (in generale e del linguaggio giuridico in particolare) sottolineando come «la rappresentazione di stati di cose esterni al linguaggio (siano essi effettivi, immaginari, ipotetici o controfattuali) è essenziale al significato e, dunque, alla comunicazione linguistica, così delle descrizioni come delle prescrizioni. Ed è essenziale perché, in assenza, di proiezione del linguaggio sul mondo, non si comprenderebbe il senso della comunicazione linguistica in generale. Ma il rapporto tra linguaggio e mondo non segue sempre la stessa direzione. Esso può andare dal mondo verso il linguaggio (descrizioni) ma può anche andare nella direzione opposta, dal linguaggio verso il mondo (prescrizioni), due direzioni che nel gergo analitico vengono rese rispettivamente con le nozioni di "funzione descrittiva" e di "funzione prescrittiva" del linguaggio».

<sup>48</sup> Cfr. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 285 s.

<sup>49</sup> Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. di N. Muffato, Il Mulino, 2010, spec. 272 s., il quale critica la posizione di quanti ritengono necessario alla sopravvivenza di uno Stato di diritto la rigida osservanza della legge così argomentando: «Non conosco alcuna prova reale in grado di dimostrare che la tolleranza della disobbedienza civile possa determinare un aumento, oltre che del rispetto per la posizione morale di chi disobbedisce, di tale disobbedienza o dei crimini in generale. La tesi si basa su vaghe presunzioni circa la contagiosità dei crimini comuni: presunzioni prive di fondamento ed in ogni caso del tutto irrilevanti. Sembra quantomeno plausibile affermare che la tolleranza accresca il rispetto per i funzionari e per la maggior parte delle leggi che essi applicano, o che essa ritardi il tasso di crescita delle trasgressioni».

# JUS CIVILE



norme che, pur prodotte in spregio dei formalismi propri del sistema giuridico, sono in grado di imporsi e di orientare la vita di una comunità<sup>50</sup>.

Il diritto positivo, acquistando la propria piena concretezza soltanto nella decisione adottata *hic et nunc*, non si identifica con la norma di legge ovvero con la norma del diritto consuetudinario o giudiziale, «la quale è fissata con un contenuto generale e perciò è prodotta con un carattere non già concreto in senso materiale, bensì meramente formale – cioè: concettuale (...). La norma è unicamente una *misura* per molti *possibili* casi e, proprio per questo, essa non è mai la *decisione* di un caso *reale*; dunque, la legge non è la realtà, bensì solo la possibilità del diritto – e affinché dalla legge scaturisca il diritto c'è bisogno di ulteriori mattoni»<sup>51</sup>.

La norma giuridica, quindi, come forma prima di generalizzazione, traspone dal piano del reale a quello del giuridico interessi e bisogni di Ognuno, secondo la spinta genetica che il legislatore ritiene di dover recepire ed introdurre nell'orizzonte della società che è chiamato a regolare e che sarà, secondo la percezione dello stesso legislatore, la *migliore* tra tutte quelle che si muovono nella magmatica complessità sociale<sup>52</sup>. Diversamente, il giudice opera per il presente e nel presente; la sua attività è strumentale ad applicare il diritto attraverso un'operazione per lo più analogica<sup>53</sup>, di riconduzione del reale al giuridico attraverso la ricerca di rispondenze di senso essenzialmente linguistiche, che conclude il momento creativo della norma stessa, la cui positività risiede, pertanto, nella perdurante aderenza alla società nel cui tempo si inserisce il risultato interpretativo.

---

<sup>50</sup> In tal senso FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 291-292, il quale avverte però che «la negazione della positività ad un sistema normativo legiferato e sanzionato è un'ipotesi limite, per la cui verifica non è sufficiente il divorzio tra i principi informatori dell'ordinamento e gli interessi reali della comunità se, malgrado ciò, le disposizioni dell'autorità riescono a trovare esecuzione».

<sup>51</sup> Così A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi, Vivarium, 2003, 22 ss.

<sup>52</sup> Sempre FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 292, ricorda che «è da considerare come il legislatore non abbia un ufficio meramente dichiarativo di fronte alle esigenze ed agli interessi che si costituiscono e si fanno luce nella vita sociale. Se egli deve assecondare le inclinazioni più profonde ed essenziali che la società esprime, nello stesso tempo indirizza la condotta dei singoli verso il tipo di esistenza che reputa migliore e definisce per ciò regole che solo col tempo e sempre non pienamente incontrano l'adesione dei soggetti della comunità».

<sup>53</sup> Si coglie una intuizione simile in BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, cit., par. 9, nella misura in cui l'a. aggancia l'interpretazione storica e teleologica ad un diverso procedere della ricerca giuridica, che diviene da deduttiva a induttiva nel momento in cui l'interpretazione letterale o quella sistematica non sono sufficienti a riempire di senso il comando legislativo. «Non si tratta infatti più di considerare le norme giuridiche come proposizioni significanti relative ad un comportamento, dalla combinazione delle quali si possono ricavare altre proposizioni significanti analiticamente, cioè mediante l'analisi del linguaggio giuridico (...) ma di considerare esse stesse come un tipo di comportamento (il comportamento del prescrivere ad altri una determinata condotta, ciò che si dice in generale comandare), e quindi valersi di tutte le tecniche di ricerca degli umani comportamenti. Solo allo scopo di semplificare, si può dire che il giurista è uno storico o un sociologo quando stabilisce le premesse e un logico quando dalle premesse stabilite ricava tutte le conclusioni implicite».



4. – Posto che la norma giuridica è sempre portatrice di un valore d'azione – di un valore, dunque, che è contemporaneamente oggettivo e sostanziale e che, in linea di massima, si pone sullo stesso piano dei bisogni – occorre operare una distinzione tra norme giuridiche che assumono la veste di regole e norme che, invece, presentano i tratti propri del principio.

Da un punto di vista statico o gerarchico, la differenziazione tra principio e regola si coglie senz'altro nel fatto che il principio «è il pensiero, l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione»<sup>54</sup>. Essi non pongono un problema di ordine meramente semantico, quale norme più vaghe di altre<sup>55</sup>, ma integrano precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*) e, dunque, sono «norme che prescrivono che qualcosa sia realizzata nella misura più ampia possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali»<sup>56</sup>.

Accantonata la teoria della “genericizzazione” in forza della quale «i principi (generali) stanno alle norme particolari come il più sta al meno, come quello che è anteriore e poziore, a quello che è posteriore e conseguente»<sup>57</sup>, il principio può presentarsi come condizione sufficiente ma non necessaria o come condizione necessaria ma non sufficiente o, ancora, come condizione necessaria e sufficiente del contenuto di una determinata regola o clausola generale. In alcuni casi, ogni regola (o clausola) risulterà portatrice di vari principi, senza la possibilità di individuarne la causa per sé. «La questione va affrontata di volta in volta realizzando una *inventio medii* secondo il metodo analitico (...) che, data una conclusione, consente di trovare le premesse dalle quali essa deriva»<sup>58</sup>. Si tratta del c.d. metodo “idealizzazionale”, che predica la necessità di una de-formazione e ri-formazione del contenuto della regola realizzabile attraverso una caricatura ideale dei dati iniziali<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Così E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*<sup>2</sup>, Giuffrè, 1971, 311, il quale così introduce il suo modo di concepire i principi generali di diritto esprimendo una dura critica nei confronti degli “spiriti conservatori” ancorati ad una concezione obsoleta, in base alla quale «principi sono le norme, scritte e non scritte, dalle quali logicamente derivano le norme particolari (anche queste scritte e non scritte) e alle quali, inversamente, si perviene risalendo da queste ultime». Così V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura della facoltà di giurisprudenza e della scuola di perfezionamento dell'Università di Pisa, 1943, 240.

<sup>55</sup> Anche perché nessuna norma «rappresenta un criterio di giudizio talmente rigido da non lasciare mai adito alla minima incertezza tra la sua applicabilità e la sua non applicabilità a un qualche caso concreto. *Sotto una prospettiva semantica*, la rigidità e la flessibilità costituiscono dunque caratteristiche graduabili: non ci sono norme rigide e norme flessibili; ci sono soltanto norme più o meno rigide». Così C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, 2012, 125.

<sup>56</sup> Così R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, 72 s., per il quale, al contrario, le regole «possono sempre solo essere adempiute o non adempiute».

<sup>57</sup> Così CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, cit., 240.

<sup>58</sup> COSTANZO, *L'argomentazione giuridica*, cit., 79, nota 7, il quale si rifà, citandolo, ad ARISTOTELE, *Analytica Priora*, A 30, 46 a 16.

<sup>59</sup> La forma di un discorso è tanto più semplice quanto più questo ha aspirazioni idealizzanti; al contrario, quando il discorso vuole cogliere il particolare restringe il suo ambito di applicazione e assume una formula-



In punto di costruzione dell'impianto giuridico, quindi, i principi fungono da pilastri dell'architettura del diritto assicurando una certa aderenza tra il sistema, al cui interno aleggiano i presupposti impliciti del discorso normativo, e l'ordinamento c.d. positivo, di cui i principi costituiscono l'apice ideale, sulla scia della concezione storicistica dell'*analogia juris*.

Sotto il profilo strutturale, poi, i principi si caratterizzano perché «non indicano conseguenze giuridiche che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste»<sup>60</sup> ma individuano un programma di scopo<sup>61</sup>. Mentre le regole, sia pure quelle declinate secondo lo schema delle norme generali, sono strumenti normativi utili ad una conformazione legale della fattispecie – di modo tale che il modello di decisione è offerto all'interprete completo tanto di premessa maggiore quanto di premessa minore – i principi sono «premesse maggiori di deduzione, nella forma del sillogismo apodittico, di regole di decisione nell'ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie»<sup>62</sup>.

Si assisterebbe, pertanto, nelle decisioni formulate *applicando* principi generali ad una vera e propria opera di integrazione in punto di diritto o, meglio, ad un completamento giudiziale della norma giuridica. In questo senso, la discrezionalità che l'ordinamento riserva all'interprete chiamato a concretizzare un principio appare diversa da quella che normalmente caratterizza la decisione secondo il meccanismo sotteso alle regole in senso stretto: mentre, infatti, in quest'ultimo caso la norma, più o meno vaga, implica una discrezionalità di mero fatto dell'interprete, nel caso di principi, invece, l'ermeneutica diventa essa stessa fonte del diritto<sup>63</sup>.

Ciò accade proprio perché nei principi generali della norma non rimane che il nucleo duro ossia il giudizio di valore, mancando il meccanismo proprio della fattispecie, intesa quale forma della generalizzazione completa di tutti gli elementi necessari alla produzione di un determinato effetto giuridico<sup>64</sup>. Il programma portato dai principi viene perseguito per il tramite di una vir-

---

zione complessa. «Per questa ragione, la regola tende ad essere più composita del principio in essa insito e, a sua volta, la fattispecie normativa astratta descritta nella regola è più semplice della concreta fattispecie storica che sotto di essa va a sussumersi». Così COSTANZO, *L'argomentazione giuridica*, cit., 80-81, nota 9.

<sup>60</sup> DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 90 s.

<sup>61</sup> MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 126 s. identifica i principi come «specie del genere norma giuridica (...). Le regole stabiliscono un programma condizionale, che si attua interamente ogni volta che la regola riceve applicazione. I principi delineano un programma di scopo, che deve essere attuato nella misura massima compatibile con le possibilità di diritto e di fatto esistenti *hic et nunc*». L'a. precisa poi che gli enunciati di principio non sempre sono privi di fattispecie. «Questa caratterizzazione è accettabile solo come formula ellittica, nel senso (relativo) che i principi non hanno una fattispecie dotata di valore deduttivo: il loro modo di applicazione non è la sussunzione» ma quella del bilanciamento di interessi. *Contra* CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, cit., 236, secondo il quale i principi generali del diritto, siano essi cristallizzati in enunciati normativi ovvero astrattamente ricavabili dal diritto positivo, hanno valore di principi assiomatici o dogmatici e, in quanto tali, non sono soggetti a bilanciamento.

<sup>62</sup> Cos L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento*, vol. III, *Il principio di buona fede*, Giuffrè, 1987, 10 s.

<sup>63</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 9. Cfr. anche W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts: in vergleichender Darstellung*, IV, Tübingen, 1977, 316.

<sup>64</sup> Così D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, 1939, 1 s. Per comprendere ap-





tualità e una forza di espansione non già di indole logica e dogmatica bensì di indole valutativa e assiologia<sup>65</sup>. Nel ragionare per principi, quindi, l'interprete si trova sfornito di un medio che normalmente il sistema gli mette a disposizione per completare l'opera di sussunzione, essendo impossibile far collimare il modello astratto o legislativo con quello reale per il tramite di un'opera di disvelamento della fattispecie concreta.

Le forme della generalizzazione diverse dalle regole, in altri termini, si caratterizzano come forme di astrazione puramente assiologiche: ciò che viene generalizzato non è il fatto accompagnato dal valore o bisogno dell'agire libero ma il valore nella sua nudità. Dunque, mentre nei principi è certa l'assenza di un'opera di generalizzazione del fatto, non altrettanto certa è la mancanza dell'ulteriore componente tipico della norma, ossia l'effetto giuridico. Ed anzi, a disarticolare la struttura dogmatica propria della fattispecie come consegnataci dalla tradizione giuridica sta proprio la circostanza che associa a forme della generalizzazione affini sotto il profilo appena tratteggiato (quando non addirittura identiche) effetti giuridici completamente diversi.

5. – Un ulteriore elemento distintivo tra forme della generalizzazione, strettamente connesso a quanto appena detto, opera, infine, sul piano funzionale. Tramite i principi l'ordinamento compie una duplice operazione: da un lato traspone nel sistema valori di matrice squisitamente etica, indispensabili ad una società organizzata, dall'altro lato indica la rotta da seguire tanto nel momento applicativo del diritto quanto in quello riproduttivo, orientando sia l'interprete sia il legislatore<sup>66</sup>.

La prima delle due operazioni è necessaria al fine di instaurare un dialogo tra due esperienze diverse e solo parzialmente sovrapponibili: quella etica e quella giuridica. I valori portati dai

---

pieno la ragione del discrimine è necessario preliminarmente ricordare la distinzione declinata dalla migliore dottrina tra fattispecie astratta o legislativa e fattispecie concreta, da un lato, e tra fattispecie concreta e fattispecie reale, dall'altro lato. Delle tre solo la prima assurge a componente vera e propria della norma; la fattispecie concreta è, invece, una fattispecie corrispondente a quella astratta ma pensata nel suo storico divenire. «Essa si distingue dalla fattispecie legislativa perché non è concepita come parte costitutiva della norma; ma torna ad accostarsi alla fattispecie legislativa, perché anch'essa è semplicemente pensata, ed anch'essa è, in un certo senso, un'astrazione». La fattispecie reale, infine, è collocata in un preciso ambito spazio temporale tale per cui essa tra le tre appare priva di una qualsiasi parvenza di astrazione.

<sup>65</sup> Così BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 317.

<sup>66</sup> Ciò è tanto più evidente laddove si pensi che, mancando in Italia un referente giuridico in grado di giustificare la *Drittwirkung* delle norme costituzionali poste a presidio e riconoscimento di diritti fondamentali della persona, dottrina e giurisprudenza prevalenti (L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, 164; Cass., s.u., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, 1794 s.) ritengono insindacabili le condotte umane pur in contrasto con valori riconosciuti positivamente, così stabilendo la necessità imprescindibile di un intervento del legislatore volto a stabilire una correlazione tra l'interesse ritenuto meritevole di le modalità concrete attraverso le quali tale tutela l'ordinamento intende realizzare. In tal senso la vincolatività di una norma si misura anche sul terreno della sua concretezza, che integra il presupposto necessario ma non sufficiente della sua precettività. Sul tema cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, 2003, 332 s., spec. 334-335.



principi, infatti, a differenza di quelli ospitati nelle regole, non si identificano in modelli comportamentali strumentali al soddisfacimento di esigenze di vita quotidiana, ma presentano quel grado di aderenza alla moralità o, per meglio dire, all'etica, che è da solo sufficiente e necessario per operare una netta separazione tra valori indispensabile al vivere *sociale* e valori indispensabili al vivere *civile*. La seconda, invece, è necessaria a garantire la coerenza del sistema, sia in astratto – considerando il sistema nel suo momento statico ossia nel momento in cui il legislatore crea il diritto in senso formale – sia in concreto – quindi nel momento in cui per il tramite della sua concretizzazione giudiziale il diritto diviene positivo in senso proprio<sup>67</sup>.

Il primo profilo meglio si coglie mettendo in relazione i principi intesi quali vertici ordinali e l'etica. Il concetto è così declinabile: i valori sono entità intermedie, esistenti ma non auto-fondantisi, nella misura in cui presuppongono un livello che li condiziona; essi richiedono ulteriori presupposti e si pongono da interfacce fra la coscienza e l'azione, fattori di orientamento e stabilità destinati a durare nel tempo e strumentali alla realizzazione di altre dimensioni della psiche<sup>68</sup>. Ciò posto, mentre i valori che il legislatore giuridicizza nella forma di regola rispondono ad esigenze proprie della inter-individualità, quelli recepiti a livello di principio fungono da mezzi di comunicazione e scambio tra il sistema giuridico e quello morale<sup>69</sup>.

La spinta esercitata da nuovi bisogni emersi nella prassi sociale, siano essi di natura squisitamente pratica o morale, deve necessariamente essere colta e considerata dal soggetto istituzionalmente deputato a riprodurre l'opera di bilanciamento e regolamentazione "primordiale", formalizzata nella norma<sup>70</sup>. In questi casi, l'interprete «non si limita ad intendere in senso più o meno lato le parole e fattispecie legali, ma spesso – molto più spesso di quanto non si creda – applica precetti al di là della relativa fattispecie, riferisce precetti a fatti superando le parole della legge»<sup>71</sup>. Tale è la ragione della sua esistenza come ingranaggio finale del meccanismo giuridico.

---

<sup>67</sup> Sul punto sia consentito rinviare a F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto privato*, 2/2013, 395 s., spec. 402-404.

<sup>68</sup> Cfr. COSTANZO, *L'argomentazione giuridica*, cit., 50.

<sup>69</sup> Così anche C. LUZZATI, *La «normalizzazione» delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2013, spec. par. 3.3., dove l'a. richiamando uno scritto di Angelo Falzea (*Gli standards valutativi e la loro applicazione*) sottolinea come, sfumato il confine tra auto ed etero integrazione del diritto, l'idea di un dialogo diretto tra principi e valori etici, del tutto indipendente rispetto all'opera legislativa, sia oggi meno eclatante di un tempo ed anzi giustifichi il ruolo dei principi giuridici, intesi essi stessi come fonte di regole.

<sup>70</sup> BETTI, *Interpretazione* cit., 113 s. L'a. ritiene che le norme giuridiche ben possano, con il passare del tempo ed entro il limite fisiologico di compatibilità sistematica, maturare esiti sociali ulteriori rispetto a quelli originari, consistenti nel comporre conflitti tra interessi diversi da quelli originariamente presi in considerazione dal legislatore. Ciò che si verifica, in primo luogo, quando norme sopravvenute alterino la composizione immanente nella norma oggetto dell'interpretazione di modo tale che la stessa norma assuma un significato nuovo, "svelato" dall'interprete, «dipendente dall'inquadrarsi di tutte le norme vecchie e nuove, in un ordine giuridico che tutte le abbraccia e che ha la natura di una operante "concatenazione produttiva" nel senso illustrato da Dilthey in sede psicologico-storica». Cfr. W. DILTHEY, *Der Aufbau d. geschichtl. Welt in den Geisteswiss.*, Ges. Schr., VII, 153 s.

<sup>71</sup> Così CARUSI, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, cit., 1690.



Una simile ricostruzione appare, peraltro, confortata dalle conclusioni alle quali è pervenuta una certa corrente di pensiero riconducibile alla c.d. filosofia materiale del diritto<sup>72</sup>, tali per cui: la scienza giuridica è una scienza ermeneutica; i due momenti conflittuali dell'essere e del dover-essere vanno ricomposti ad unità; l'opera dell'interprete si caratterizza soprattutto in senso analogico<sup>73</sup>.

Accettate queste premesse, la divergenza tra regola e principio deve cogliersi sia nel differente grado di prevalenza del momento sussuntivo rispetto a quello analogico – assolutamente prevalente, quest'ultimo, quando il dover-essere si presenta sotto forma di principio o clausola generale – sia per la diversa ambientazione che caratterizza gli orizzonti di senso cristallizzati nel *logos* della cui corrispondenza si è in cerca – squisitamente sociali per la generalità delle regole, etici o compositi, rispettivamente, per i principi e per le clausole generali<sup>74</sup>.

In punto di utilità, pertanto, ridimensionata la portata dell'eccezionalità di un'argomentazione giuridica che è insieme strumento di applicazione e fonte rispetto al diritto, i principi (e in una certa misura anche le clausole generali) sono soprattutto strumenti utili alla sopravvivenza del sistema e piuttosto che aumentare la portata della discrezionalità di cui indubbiamente gode il potere giudiziario la contengono entro i limiti di coerenza logica (per l'appunto secondo il *logos*) della realtà giuridica ed entro i confini etici tracciati da una società delimitata da coordinate spazio-temporali.

Il che ci conduce verso la seconda delle due attitudini o funzionalità proprie dei principi, i quali, nella prospettiva appena delineata, divengono connettori normativi del sistema o, per meglio dire, nessi interferenziali tra sistema e ordinamento, strumentali al mantenimento di una coerenza complessiva sia in punto di costruzione dell'impianto giuridico (ma su questo si è già detto più sopra), sia in punto di applicazione del diritto stesso<sup>75</sup>. Come tali essi non sono suscettibili di una cristallizzazione nella forma della fattispecie giuridica ed anzi, tra tutte le varie norme, sono quelle che per ragioni di necessità oltre che per "inclinazione naturale" subiscono di più l'influsso del tempo. I principi, infatti, si modificano subendo un duplice ordine di pressioni: una spinta proveniente dall'alto quando, cristallizzati in forma pura, registrano una diversa percezione sociale del valore di cui si fanno portatori; una spinta pro-

---

<sup>72</sup> L'espressione è di G. MARINO, *Decisione, equità, Risikogesellschaft. Appunti dalla Rechtsphilosophie di Arthur Kaufmann*, in *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, a cura di L. D'Avack e F. Riccobono, Jovene, 2004, 56; ma v. anche B. MONTANARI, *Filosofia, metodo, diritto. Linee di una storia "quasi" contemporanea*, Scriptaweb, 2004, spec. 96 ss.

<sup>73</sup> Cfr. su tutti KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa"*, cit., 22, il quale ritiene che i principi del diritto si caratterizzino per la loro dimensione sovra-positiva «ma essi, per mancanza di concretezza e di determinatezza contenutistica, non sono diritto in senso pienamente reale. Pertanto, per questi principi del diritto sovrapositivi ("supremi"), la denominazione "diritto naturale" (...) è quantomeno fuorviante; essa infatti induce a rappresentarsi due ordinamenti giuridici che vivono parallelamente: il diritto positivo e il diritto naturale».

<sup>74</sup> FORCELLINI, IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, cit., 450 s.

<sup>75</sup> Cfr. *ex multis* F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1993, 10 ss.; F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, 1993, 14 ss.; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, XXXVII, 1991, 455 ss.



veniente dal basso, esercitata dal divenire giuridico che ne costituisce la base induttiva.

Entrambe in qualche modo salutari al sistema, delle due, la prima spinta è la più invasiva poiché implica un'interazione tra due sistemi diversi: quello morale e quello giuridico. Diversamente, l'introduzione ad opera del legislatore di nuove regole e principi non compromette l'autonomia della dimensione giuridica ma le giova: da un lato, l'attività legislativa è soggetta al limite della coerenza sistematica che impedisce (o dovrebbe impedire) storture abnormi ad opera del potere amministrativo; dall'altro lato, la poiesi del diritto evita che il sistema stagni in un immobilismo sintomatico di obsolescenza<sup>76</sup>.

Sotto il profilo contenutistico, poi, i principi, al pari di quanto può dirsi per le regole, non sono dati una volta per tutte ma si muovono all'interno di confini concettuali mobili. Ciò è tanto più vero laddove si pensi che ogni principio già nel suo momento genetico necessita di una ulteriore specificazione di tipo descrittivo, poiché si tratta pur sempre di concetti vaghi ed indeterminati. Persino il principio di solidarietà o quello di eguaglianza sostanziale – che secondo una parte della dottrina, rappresenterebbero il minimo comune denominatore del sistema<sup>77</sup> – presentano un elevato tasso di indeterminatezza e necessitano, dunque, di un'opera di lettura orientata in senso riempitivo. A sua volta tale lettura darà esiti differenti a seconda del tempo e del contesto socio-economico in cui si trova a dover intervenire<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr. BETTI, *Interpretazione*, cit., 312 s. L'a. sottolinea come i principi affermino orientamenti di politica legislativa «capaci di una indefinita e, quasi si direbbe, inesauribile virtualità. Invero, tali orientamenti e ideali politico-legislativi, nei quali ogni diritto positivo storicamente determinato trova bensì le sue matrici ma non già le sue fonti, comportano un'accentuazione variabile secondo i tempi, le situazioni storiche e la coscienza sociale chiamata ad apprezzarne il valore. (...) A questo *humus* produttivo, che il perenne fluire della vita sociale conserva e rinnova senza posa, la giurisprudenza attinge spunti, incitamenti, direttive: opera su di esso come un filtro depuratore mercé la considerazione *sub specie iuris*, ne estrae esigenze di politica legislativa, ne ricava con assidua elaborazione critica dottrine, insegnamenti, principi generali, destinati a servirle di orientamento quali strumenti dell'analogia *iuris*. Elaborati in tal modo i principi generali si collocano al margine del diritto positivo: dentro la sua cerchia, nella misura in cui riescono a determinarne le decisioni e a configurare *sub specie iuris* i rapporti della vita; ai limiti della sua cerchia, nella misura in cui ne restino inappagate le esigenze asseribili *de iure condendo*. L'a. continua poi tracciando il rapporto di reciproca esclusione tra i principi generali e l'equità: «dove possono essere adoperati i principi generali non c'è più posto per l'equità, e dove, viceversa, funziona l'equità come giustizia del caso singolo, ivi non c'è più bisogno dei principi generali».

<sup>77</sup> Anche di recente si è sostenuto che facoltà e onere dell'interprete nella ricerca dell'intenzione del legislatore è quella di operare dei correttivi alle storture irrazionali del diritto, amministrando lo *ius positum* «come immune da discriminazioni che non appaiano, in base ad obiettive differenze tra fattispecie, *giustificabili*» così utilizzando il principio di eguaglianza come *pass-partout* per valicare la lettera della legge. Così CARUSI, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, cit., 1691. L'a. ritiene che «secondo il paradigma della legge le scelte politiche primarie, sostantive, spettano al legislatore e l'interprete non ha legittimazione a sovrapporre ad esse scelte proprie; l'affermazione della primazia della legge, tuttavia, resta coerente con la propria funzione isonomica, democratica, solo in virtù di un compromesso, in base al quale la *iuris-dictio* non è, né ha da essere, mera sussunzione bensì attività valutativa disciplinata: avvinta a una traccia, a un "binario" argomentativo obbligato, che precisamente consiste nell'eguaglianza».

<sup>78</sup> Così in un mercato fortemente improntato ad una logica liberista non sarà contrario a solidarietà cedere informazioni utili alla conclusione di un dato affare dietro corrispettivo di un prezzo, essendo le informazioni di per sé non solo costose ma anche effettivamente suscettibili di valutazione economica.



Data per acquisita la maggiore vaghezza concettuale del principio rispetto a quella annidata nella regola, ciò che qui interessa sottolineare è non tanto il differente grado di elasticità linguistica delle due figure quanto il diverso significato che il cambiamento assume a seconda che a mutare sia l'orizzonte di senso di un principio ovvero quello di una regola. Al contrario di quanto accade con la norma espressa nella forma della regola, una lettura diversa della norma portata dal principio (e, pur se per ragioni diverse, la diversa prevalenza dell'uno o dell'altro principio nell'interpretazione delle varie norme componenti l'ordinamento giuridico) è sintomatica di un mutato rapporto tra sistema giuridico e sistema morale e, dunque, implica sempre la necessità di operare una correzione della percezione giuridica di un valore. Quando l'interprete si trova di fronte ad un principio, quindi, non è semplicemente chiamato a ri-produrre la norma adattandola alle mutate esigenze del vivere sociale ma si deve interrogare sulla necessità di orientare il dover-essere giuridico in senso conforme al dover-essere morale, nei limiti in cui la sua coscienza gli consenta di recepire le variazioni nell'equilibrio tra i due sistemi.

I principi, quindi, nel veicolare quei valori che integrano le condizioni indispensabili per la coesistenza delle persone, divengono strumenti utili ad eliminare dal diritto ogni traccia di relativismo assoluto, rendendo l'esperienza giuridica un'esperienza dell'etica intersoggettiva<sup>79</sup>. Ciò che non solo si giustifica alla luce di una lettura in chiave storica del rapporto tra etica e diritto – che nasce solo in epoca moderna per rispondere a determinate esigenze di tutela della persona e della democrazia<sup>80</sup> oltre che per proclamare l'indipendenza permeabile dei sistemi sociali<sup>81</sup> – ma anche per necessità proprie del diritto che, chiamato a regolare la vita, non può pensare di dialogare solo con sé stesso ma deve «individuare e mettere in luce, attraverso quindi un vero e proprio processo di risalimento, la prescrittiva normatività del fatto, ossia la particolare carica di valore insita in esso, quale rappresentata dallo specifico dover essere indotto dal concreto interesse evidenziato e reso manifesto dal fatto»<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> COSTANZO, *L'argomentazione giuridica*, cit., 62.

<sup>80</sup> Scrive G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 156 s., che «lo stile, il modo di argomentare in diritto costituzionale assomiglia allo stile, al modo di argomentare del diritto naturale» e L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, 96, ne rinviene la ragione nel fatto che la Costituzione, figlia di un'epoca successiva a quella del positivismo legalistico e scientifico, «converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico (...) mediante la istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pregiuridico, in opzioni interne al diritto positivo». Ciò che, in ogni caso, non autorizza a identificare la Carta fondamentale con il diritto naturale: «la Costituzione non è diritto naturale, ma anzi, la più alta manifestazione del diritto positivo» sostiene ZAGREBELSKI, *Il diritto mite* cit., 157. E Mengoni condivide tale affermazione, con l'ulteriore precisazione che l'opera di positivizzazione dei principi morali attuata dal legislatore costituente risponde ad una duplice esigenza: dare alla società pluralista e frammentata di oggi «un'idea di uomo sostanziata da valori etici generalmente accettati»; dotare il giudice di un mezzo di selezione degli interessi meritevoli di tutela capace di stare al passo con la magmatica complessità sociale. Cfr. anche L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 7 ss.

<sup>81</sup> Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, 2002, *passim*.

<sup>82</sup> Così SCALISI, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto "giusto"*, cit., 478, il quale ritiene che «solo con la messa in campo di un'attività ermeneutica così concepita, con conseguente immersione della legge positiva nell'*humanum* della coscienza storico-sociale di vita di una data comunità oltre che nella prescrittiva

# JUS CIVILE



Resta senz'altro sempre aperto il problema della indimostrabilità di una realtà che prescinde dalla conoscenza, giacché nessuno può affermare fuor di ogni dubbio quando si è in sogno e quando, invece, nella veglia.

## ABSTRACT

The form of generalization: between rules and principles

The essay analyzes how the law works, in a dialogic perspective, trying to demonstrate that the relationship between law and reality depends upon the analogy and that the law making process ends only with the interpretation and application of the same law. What the interpreter has to do, is to re-find the value carried by the fact with the one hidden in the corresponding rule, so that the first approach with the law results marked by the search for a match of values based on the  $\lambda\omicron\gamma\omicron\varsigma$ . The value, in turn, is understood in a substantive and objective sense, and results located at the same level of the need. Instead, the second (eventual) phase of the interpreter job is characterized by a syllogistic method, providing that the object of the interpretation is a rule, supplied with the present case kit which, for the same reason, can be “subsumed”. Otherwise, the interpretation of the principle (as well as the interpretation of the general clause) ends with the analogic moment, once the value taken by the case is revealed and transformed in something of legally relevant. The difference between principles and general clauses, contrariwise, cannot be found on the functional aspect: both are useful to translate the changing needs of the society in law arguments. So it must be deduced by their object. In this perspective, principles are connected with ethic values, fundamental to guide the society in a moral direction, while instead general clauses establish connections between the law reality and other different sub-systems.

---

normatività dei fatti di vita da regolare, possiamo forse ancora proporci di riportare la legge positiva – ormai resasi disponibile ad accogliere qualsiasi contenuto e come tale indifferente e anodina verso tutti i contenuti – a vero e autentico diritto quale “*ars boni et aequi*” come tale garante e custode dei supremi principi di equità e giustizia iscritti tra i caratteri costitutivi dell’Occidente del diritto». Cfr. anche A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, 2005, 361 ss.