



Claudio Luzzati

(ordinario di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria")

Ancora sulla certezza¹

SOMMARIO: 1. Una volta la certezza era un dogma – 2. La prospettiva dinamica – 3. La certezza come valore ideale e la realtà del diritto – 4. L'orizzonte odierno: il tramonto dello scienziato. – 5. Regole vs. principi: una contrapposizione sviante – 6. Gli argomenti dell'interprete – 7. La necessità di dotarsi di strumenti nuovi sullo sfondo di una rappresentanza politica in crisi.

1 - Una volta la certezza era un dogma

Tornare a occuparmi di certezza del diritto suscita in me un vago senso di disagio. Il tema non è decisamente dei più nuovi e si ha l'impressione che su di esso sia già stato detto tutto e più di tutto. Chi non vuole abbandonarsi a sterili esercitazioni retoriche o a deplorazioni di stile contro il "diritto liquido", né desidera ripetere quel che gli addetti ai lavori sanno a menadito e continuano a riraccontarsi, si sente come se stesse cercando di raschiare il fondo del barile. Ma anche un argomento tanto voltato e rivoltato può forse offrire qualche tenue spiraglio per un discorso, se non originale, per lo meno legato agli interrogativi sollevati dalla vita e dalle pratiche dei giuristi d'oggi.

Ogni epoca e cultura ha elaborato modelli epistemologici, di fissazione e trasmissione della conoscenza giuridica. Andiamo dai modelli sapienziali di un remoto passato fino a giungere all'attuale modello del garantismo costituzionale. Il fatto curioso è che non solo l'uomo della strada, nei discorsi che si sentono in giro e che circolano sui mass media, ma anche il giurista più raffinato oggi parli della "certezza del diritto" con toni ottocenteschi o addirittura che risalgono all'illuminismo giuridico. L'anacronismo dovrebbe essere conclamato. Eppure si va avanti, nell'immaginario collettivo, a disegnare il ritratto di un giurista scienziato, o tecnico, che non deve valutare, ma solo constatare il diritto, salvo poi accusarlo di coltivare in segreto un'indebita obbedienza a un credo politico. Si pensi alle c.d. "toghe rosse". In precedenza c'erano stati "i pretori d'assalto" e, quando la suprema magistratura era più conservatrice, "gli

¹ Contributo sottoposto a valutazione.



ermellini”.

Per quanto la preoccupazione relativa alla stabilità del diritto e alla sua conoscibilità sia coeva a qualsiasi organizzazione giuridica, il punto è che la nozione di ‘certezza del diritto’, verrebbe quasi a dire di *Rechtssicherheit*, è un’invenzione recente dei sistemi continentali. Tutto sommato già il termine inglese *Rule of Law* evoca una costellazione d’idee differente. Il nostro concetto di certezza è infatti nato in un periodo in cui si tentava di metter in pratica una duplice razionalizzazione:

- a) la razionalizzazione della sovranità, attraverso lo strumento dello stato moderno;
- b) la razionalizzazione delle fonti del diritto, attraverso la prevalenza della legge.

Sotto il primo profilo lo stato acquista il monopolio della forza. La statualità e la coattività divengono caratteri definitivi del diritto, a scapito del diritto internazionale che è concepito quale mera moralità positiva (Austin) o al più come una proiezione esterna del diritto statale (Hegel)².

Sotto il secondo profilo il diritto diventa scritto, le consuetudini vengono pesantemente ridimensionate, dominano la legge e l’ordine sistematico del codice. Nel parlamento, pensato come onnipotente, si concentra, almeno idealmente, il potere di scelta politica e, di riflesso, il “buon giudice” viene visto come un fedele funzionario che obbedisce alla legge, rifuggendo dagli interventi creativi. La creazione del diritto resta riservata all’organo rappresentativo.

In questo quadro, lo stato di diritto era generato da un’autolimitazione dei poteri dello stato. Del positivismo giuridico ottocentesco si può dare sia una lettura liberale sia una lettura più conservatrice. Il giuspositivismo è liberale laddove ritiene che il diritto stabilisca le regole del gioco: tale cornice normativa renderebbe prevedibili le reazioni dei giudici e dei funzionari pubblici; nella misura in cui i soggetti si muovono all’interno di questo ambito, sono liberi di dare una sistemazione ai propri affari nel modo che più aggrada loro. D’altra parte, va ricordato che il paleopositivismo aveva anche una valenza efficientistica

² Vi è un ovvio nesso tra il positivismo giuridico e l’affermarsi dello stato moderno. Qualsiasi ricostruzione di storia delle idee deve tenerne conto. Hart e Bobbio - ma già Kelsen - hanno peraltro ridimensionato prospetticamente il dogma della statualità del diritto e, orchestrando una complessa operazione *forward looking* di “ciò che è vivo e ciò che è morto” del giuspositivismo, hanno privilegiato il positivismo come metodo che pretende di essere avalutativo. Si può discutere, e infatti s’è discusso molto, su tali tentativi di aggiornamento che hanno considerato caduchi gli aspetti politici e ideologici di questa concezione. Sia quel che sia, resta però chiaro che gli autori succitati argomentano dissociativamente guardando al futuro più che al passato. Il loro fare storia, per quanto impeccabile, si nutre di teoria e si mette al servizio della teoria.



rispetto a uno stato nazionale amministrato burocraticamente, che quest'ultimo era per lo più uno stato monoclasse e che la libertà tutelata era soprattutto quella economica delle classi imprenditrici. Inoltre, le istanze di certezza e di libertà dell'illuminismo, lungi dal restare un obiettivo da raggiungere, erano date per realizzate: le si ritenevano altrettanti "dogmi" dell'ordinamento. Le costituzioni rigide dei nostri giorni erano ancora di là da venire.

Spiace dirlo, ma molte delle riflessioni filosofiche sulla certezza del diritto che hanno avuto luogo in Italia fino alla metà del secolo scorso e che sono reputate dei classici, ormai risultano inutilizzabili. Non offrono un impianto concettuale adeguato per analizzare questa tematica nei contesti attuali, in cui vige il disordine delle fonti e in cui lo stato e la sovranità sono posti sempre più in discussione. A una distanza abissale dal nostro mondo si colloca il dibattito intorno al fortunato libro di Lopez de Oñate³. Così la risposta di Bobbio a Jerome Frank, dove si contestava la tesi che la certezza del diritto sarebbe un mito, ormai appare troppo assertiva⁴. E le tormentate meditazioni di Piero Calamandrei sul ragionamento del giudice come catena di sillogismi nonché sulla massima *habent sua sidera lites* ci sembrano irrimediabilmente datate⁵.

In questo clima di sconcertante inattualità, l'unico stimolo è l'eco dello schiaffo sonoro che Kelsen, nel lontano 1934, arreca alla giurisprudenza tradizionale con l'affermazione netta e dissacrante che la certezza del diritto è un'illusione. È di lì che dobbiamo ripartire⁶.

2 - La prospettiva dinamica

A vero dire, la forza dello schiaffo del 1934 fu attutita, in parte, dalla seconda edizione del 1960 della *Reine Rechtslehre*. Nel 1934 il giurista di Praga è categorico. Egli intitola il § 39 della *Reine Rechtslehre* senza mezzi termini *Die Illusion der Rechtssicherheit* (L'illusione della certezza). Tale

³ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), edizione riveduta a cura di G. Astuti, Giuffrè, Milano, 1968.

⁴ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28 (1951), pp. 146-157, in relazione a J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), 1^a edizione inglese Stevens & Sons, London, 1949.

⁵ P. CALAMANDREI, *La genesi della sentenza civile* (1914), rist. in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I. Morano, Napoli, 1965, pp. 11-54; ID., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1935 e successive edizioni), Ponte delle Grazie, Milano, 2003, e ID., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954.

⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), traduzione italiana di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, pp. 124-25.



illusione, secondo l'autore, è frutto di una concezione statica del diritto, tipica della giurisprudenza dei concetti. Essa si ricollega a una rappresentazione del diritto come un ordinamento fisso (*als eine feste Ordnung*) che determina (*bestimmt*) i modelli di comportamento da tenere in ogni aspetto. Un siffatto ordine immaginario non può che uscirne sconvolto dalla presa d'atto del carattere dinamico degli ordinamenti positivi. Nel 1960 però la posizione di Kelsen si fa più duttile e sfumata. Continua a rifiutare la tesi tradizionale che si dia un'unica interpretazione "corretta" (*richtig*) – e qui si sente, *mutatis mutandis*, l'influsso del movimento del diritto libero –; tuttavia ora l'autore non sostiene più che la certezza è irrealizzabile. Al contrario, la certezza diviene un ideale solo approssimativamente realizzabile. D'altronde, esaminando i vantaggi del diritto legislativo, Kelsen asserisce che grazie a esso si ottiene una maggior certezza, in quanto la decisione giurisdizionale diventa più prevedibile (*bis zu einem gewissen Grad voraussehbar [...] ist*)⁷.

La lezione che si ricava è che la certezza del diritto non è incompatibile con la dinamicità. Al massimo, a essere incompatibile con la dinamicità è soltanto una determinata concezione della certezza: quella che configura la certezza come un dato assoluto, fuori del tempo. Ma altrimenti è sufficiente intendere la certezza come qualcosa di *relativo* che sia una questione *di grado*. Più che a un'immutabilità si pensa a una variabilità in qualche misura controllabile.

A tal riguardo, occorrerà distinguere fra una certezza *della singola legge* isolatamente presa e la certezza *del diritto* nel suo farsi.

L'idea di una "certezza della legge", a ben vedere, presenta aspetti problematici. È meno pacifica di quel che si potrebbe pensare. Tale idea trova la sua plausibilità nella circostanza che le fattispecie astratte possono essere delineate con maggior o minor chiarezza, in modo ambiguo e talvolta contraddittorio, o in modo relativamente univoco⁸. Tuttavia, l'interprete non è chiamato ad accertare un dato storico-documentale o un'intenzione originaria: si bada pur sempre ai contesti applicativi. Non so se si possa lo stesso parlare di "senso letterale": il termine è altamente plurivoco⁹. A ogni

⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), traduzione italiana *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, ristampa 1975, pp. 389 e 282-83.

⁸ La chiarezza e l'oscurità dipendono anche da fattori pragmatici, connessi ai contesti e agli scopi perseguiti, vedi M. DASCAL-WROBLEWSKI, *Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law*, in *Law and Philosophy*, 7 (1988), pp. 203-224.

⁹ Vedi per tutti V. Velluzzi (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000; V. ITURRALDE SESMA, *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*, Pons, Madrid, 2014, e C. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli, Torino,



modo, è innegabile che nell'esegesi giuridica vi sia immancabilmente uno sforzo di adeguamento da cui emerge una dimensione diacronica. La stessa intertestualità in campo giuridico funziona in modo diverso da come funzionerebbe in una ricerca critico-filologica: poco importa se una data legge resta immutata, perché qualora muti la costituzione o si metta mano in altre leggi a essa connesse, il senso complessivo può slittare o perfino capovolgersi. Né si pensi di porre rimedio a questo inconveniente col ricorso all'espedito ben collaudato della "volontà del legislatore". Se si tratta di attribuire a un organo collettivo la paternità di certe disposizioni sulla base del rispetto delle regole procedurali non c'è problema. Ma qui bisogna fermarsi: in quanto, come argomento per la attribuzione di un significato alle disposizioni stesse, quello della volontà del legislatore è più una metafora che un solido argomento. L'autorità delle leggi finisce coll'essere un'autorità senza autore, con buona pace del vecchio positivismo. E la situazione non migliora di sicuro ricorrendo a un legislatore ipotetico o controfattuale.

In ogni caso, la certezza della legge può restare un'idea limite che serve a guidare per gli aspetti più strettamente tecnico-semiotici il *legal drafting*, per quanto i redattori dei testi di legge, oltre a padroneggiare gli strumenti tecnico-linguistici, devono conoscere a fondo anche le norme vigenti e le interpretazioni dominanti. Ovviamente, quel che soprattutto importa è la certezza di una determinata disciplina o di determinati istituti declinata a livello dell'intero sistema giuridico in una prospettiva diacronica. In tale prospettiva, una norma non è più semplicemente il significato attribuito/attribuibile a una disposizione isolata. Le disposizioni entrano in vigore in modo istantaneo, ma i loro significati vengono elaborati gradualmente: l'attività del legislatore viene continuata dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dalle pratiche socialmente diffuse. Il mito della "datità" del diritto crolla e, come si vedrà, solo una visione partecipante e impegnata del diritto in divenire è capace di introdurre forme di controllo sulle attività creative e interpretative.

Kelsen, peraltro, è un pensatore di transizione. Nonostante la straordinaria novità costituita dalla concezione nomodinamica, nonostante la ripulsa dei cosiddetti metodi interpretativi e della tesi della soluzione corretta, nella dottrina pura vi sono alcuni elementi discutibili alla luce della nostra esperienza attuale: mi riferisco all'ordine assicurato dalla gerarchia delle fonti, che per lui non viene mai meno. In particolare, questa successione lineare per Kelsen non entra in competizione con la struttura reticolare che il diritto può assumere a causa della forte tensione



giurisprudenziale che si fa sentire in molti settori, e qui il pensiero corre subito alla giustizia costituzionale e alla costituzionalizzazione dell'ordinamento.

3 - La certezza come valore ideale e la realtà del diritto

Sotto l'etichetta della certezza del diritto sono di solito ricomprese cose diverse e talvolta incompatibili. Più specificamente, la certezza delle situazioni esaurite, a cui s'informano il giudicato e le preclusioni processuali, può collidere con la certezza incentrata sul rispetto di determinati criteri di correttezza prefissati: infatti può accadere, e spesso accade, che una decisione definitiva risulti "giuridicamente scorretta"¹⁰. Anche la certezza come prevedibilità, tipica dell'illuminismo penale, andrebbe a mio avviso disambiguata. Non si può confondere la pura previsione, realisticamente basata sulla conoscenza delle prassi effettive, ancorché antiggiuridiche, con la previsione che si fonda sulla conoscenza del diritto come deve essere applicato. Personalmente avrei difficoltà a far rientrare nella certezza *giuridica* la certezza che una pratica avrà buon esito perché qualcuno ha versato la "mazzetta" o perché v'è un rapporto d'amicizia fra l'interessato e i funzionari che devono dare il loro benessere. D'altra parte, la situazione è più intricata di quel che sembra, perché la relativa affidabilità delle previsioni non può comunque fondarsi sul mero *law in books*. La dimestichezza dell'avvocato con gli orientamenti giurisprudenziali e le prassi degli uffici ha il suo peso in tali previsioni e qui non c'è alcuna necessità d'evocare sempre una "normalità" *contra legem* o criminogena¹¹.

La certezza del diritto, innanzi tutto, si propone come un valore ideale, bilanciabile con altri valori sociali. Come tale essa è una prescrizione metagiuridica, esterna al diritto, formulabile nell'ambito di un'etica pubblica; ma può anche essere un principio interno al diritto, che fissa un obiettivo che le autorità subordinate devono realizzare. Nel gioco della costruzione a gradi, la norma giuridica superiore prescrive la sua attuazione a opera delle autorità relativamente inferiori¹².

Si badi, però, che bisogna tenersi lontani dall'abbaglio in cui incorre colui che dà l'ideale come realizzato o realizzato in una misura superiore al

¹⁰ Cfr. R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le regioni*, 14 (1986), pp. 1090-1102.

¹¹ Cfr. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹² Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.



vero. In un siffatto abbaglio ideologico cadeva regolarmente il positivismo giuridico ottocentesco. Ci vuol poco affinché la certezza si trasformi nel vestito dell'imperatore, che, come i bambini sanno bene, è nudo: la pompa serve solo a coprirne la nudità. Questo è quel che succede quando ci si dimentica che la certezza non è un dogma, ma è un compito, per giunta un compito mai del tutto espletabile.

Per quanto questo sia un discorso noto condannato alla banalità, l'importanza euristica della distinzione fra descrivere e prescrivere non sarà mai sottolineata abbastanza.

In genere, nelle teorie correnti, la certezza ha a che fare più che altro con la capacità di prevedere e controllare giuridicamente le attività dei tribunali e dei pubblici funzionari. Forse, però, potrebbe rivelarsi opportuno un ampliamento di tale sfera concettuale. Credo infatti che nella certezza, quale emergeva dall'ideale ottocentesco, rientrasse l'impianto stesso che dava – e in buona parte dà ancora – forma alle indagini del giurista: la nozione di ordinamento, la presenza strabordante della scrittura, il sistema delle fonti, la validità delle leggi concepita come un interruttore che scatta o non scatta, invece di esser considerata una questione di grado (come l'effettività) e così via. Tale certezza, per così dire, "strutturale" è stata data per scontata. Su di essa non s'è svolta un'indagine adeguata, sebbene oggi parte del fulgore della sistematica sia svanito con il crollo, peraltro tardivo, del mito ordinatore del codice. Non si ricorda mai a sufficienza che quest'ordine, vero o apparente che sia, è un'invenzione moderna culminata nella duplice razionalizzazione, dello stato e delle fonti, che costituiva il nucleo del programma politico e di ricerca del positivismo originario¹³.

D'altronde, se si guarda con la dovuta attenzione alle sue pratiche effettive, il giurista, ieri e, a maggior ragione oggi, pare indossare la giubba rattoppata di Arlecchino.

Il perché diverrà chiaro nel prossimo paragrafo.

4 - L'orizzonte odierno: il tramonto dello scienziato

I metodi e le tecniche dei giuristi ben difficilmente sono riconducibili a un quadro unitario. Anche sull'oggetto dell'indagine, il diritto oggettivo, non

¹³ Oltre a tutto va segnalato che in molti casi non è chiaro se si tratti di un ordine estrinseco, imposto dalla scienza giuridica al proprio oggetto, oppure si tratti di un ordine intrinseco, del materiale giuridico stesso, che il giurista-scienziato si limita a riconoscere. Cfr. **M.G. LOSANO**, *Sistema e struttura nel diritto, II - Il Novecento*, Giuffrè, Milano, 2002, cap. I, e **G. LAZZARO**, voce *Sistema giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Utet, Torino, 1970, pp. 459-64.



c'è accordo fra i diversi settori del diritto positivo. Questa non è certo una novità. Mentre gli studiosi di diritto privato tendono a discettare sull'ordinamento concepito come un "insieme di norme" con cui si qualificano i fatti, i giuspubblicisti fin dai tempi di Santi Romano hanno inteso l'ordinamento in un modo più vicino al giusrealismo, come un'istituzione o come un insieme di istituzioni. Da un lato si guarda ai "comandi" validamente dati e spesso ineseguiti; dall'altro si bada all'efficacia, alla esistenza effettiva di un'organizzazione funzionante. È qui superfluo indagare le ragioni degli uni e degli altri: quel che spicca in questo esempio è la pressione che le esigenze settoriali esercitano sui diversi modi in cui giuristi delineano i concetti teorici generali.

Tanto per rincarare la dose, non ci vuole molto a rendersi conto che i giuristi, sia i giudici che gli avvocati, fanno spesso uso di argomentazioni *ad hoc*, secondo le convenienze del momento¹⁴. Anche gli studiosi ricorrono spesso a concezioni sincretistiche senza avvertire il benché minimo senso di contraddizione. La dottrina a un occhio smaliziato pare il campo di Agramante. Ma c'è di più.

I paradigmi metodologici non sono ordinate teorie. Né la scoperta della loro incoerenza – da filosofo lo ammetto assai malvolentieri – basta a determinarne l'insuccesso e la revisione. I paradigmi dei giuristi, in effetti, mutano solo quando cambia il modo di funzionare del diritto positivo, potremmo dire: quando cambia il sistema delle fonti, se l'idea che vi sia un sistema delle fonti non fosse un'idea che dipende pesantemente dall'impianto teorico paleopositivista. La difficoltà, nel disordine attuale, non è connessa unicamente alla parola 'sistema'; anche il termine metaforico 'fonte' è problematico: evoca un fiume che scorre ordinatamente in una direzione sola, dalla sorgente sino alla foce¹⁵.

Per fare un solo esempio, sarebbe ingenuo meravigliarsi per il plurisecolare successo di una vacua razionalizzazione del giudizio, quale quella che lo assimila a un processo sillogistico, che, pur essendo illusoria, se non altro aveva il vantaggio di separare le questioni di fatto da quelle di diritto. La teoria del sillogismo è stata abbandonata non perché si è alzato un filosofo e ha detto che era una teoria sbagliata, visto che la discrezionalità s'annida nella costruzione delle premesse, ma perché, nel frattempo, è avvenuta la costituzionalizzazione dell'ordinamento e nei giudizi delle corti costituzionali domina il bilanciamento dei principi. Tale tecnica negli

¹⁴ Cfr. **M. JORI**, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa, 2010, pp. 77 e 122. Sul "libertinaggio argomentativo" vedi anche **A. GENTILI**, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 86-87.

¹⁵ Ci voleva Callois per immaginare un fiume che scorre all'indietro, cfr. *Roger Callois*, numero a cura di U.M. Olivieri della rivista *Riga*, 23 (2004), p. 106.



ultimi decenni ha assunto un grande prestigio e così la vetusta idea che il sillogismo fosse la via maestra che portava, con un processo “meccanico”, dritti alla soluzione corretta, è stata senza batter ciglio soppiantata dalla ponderazione, concepita come una sorta di calcolo infallibile. *Sic transit gloria mundi*.

A ogni buon conto, il programma del positivismo ottocentesco di espellere i valori e le scelte politiche dal diritto fallisce miserevolmente. La neutralizzazione del giurista si rivela essere nient'altro che un'ideologia ispirata a un'antifilosofia scientifica. Lo studio del diritto non può assurgere a scienza, perché fa difetto un “dato oggettivo”, un ordine indipendente dal punto di vista degli studiosi, che gli addetti ai lavori dovrebbero limitarsi a constatare. Non ha senso parlare di una “realtà giuridica”. Al contrario, abbiamo un ordine *in fieri*, che ogni volta deve essere ricostruito, in misura minore o maggiore, con interventi spesso anche creativi, dei giuristi interpreti. È questa una visione “partecipante” del diritto. Il massimo che si ottiene è un'intersoggettività propiziata da un relativo conformismo degli operatori.

Le scelte e i valori, scacciati dalla porta, rientrano, come suol dirsi, dalla finestra. Del resto, che succedesse qualcosa del genere era inevitabile con la duplice crisi della sovranità e del codice, ossia di entrambe le grandi razionalizzazioni ottocentesche.

A tale frammentazione del vecchio ordine si è reagito in due modi assai differenti.

Per un verso, chi professava una filosofia dei valori cognitivista, cioè chi credeva che si dessero valori obiettivi, ha insistito sulle virtù miracolose del bilanciamento tra i princìpi. Da una siffatta convinzione si è sviluppato quell'insieme complesso di tesi che si ricomprendono sotto il neocostituzionalismo.

Per l'altro verso, i noncognitivistici in campo etico hanno soprattutto messo l'accento sull'uso delle tecniche formali per stabilire un ordine giuridico. In questo secondo caso ci si muove nell'ambito di una svolta pragmatica che attribuisce grande importanza agli atteggiamenti dei soggetti i quali applicano e ricreano il diritto.

Il terreno di battaglia privilegiato fra queste due concezioni è quello dei princìpi. Il diverso trattamento che esse riservano al tema dei princìpi è il banco di prova di queste due visioni.

5 - Regole vs. princìpi: una contrapposizione sviante

Il neocostituzionalismo si propone come la filosofia del processo di costituzionalizzazione che ha luogo negli ordinamenti contemporanei



basati su costituzioni rigide.

Tale indirizzo, o complesso di tesi, non sarebbe neppure pensabile se le corti costituzionali non facessero un largo uso della ponderazione, non intervenissero con margini assai ampi di discrezionalità sulle leggi del parlamento, spesso riscrivendole, se esse non avessero attenuato nelle loro prassi la distinzione fra diritto e morale e talvolta non pensassero addirittura, come la corte federale tedesca che esiste «un ordine obiettivo di valori».

D'altra parte, è quasi inevitabile che si ricorra al bilanciamento per risolvere le frequenti antinomie tra le disposizioni di principio della costituzione. Queste disposizioni, in particolare quelle di esse che proclamano i principi fondamentali, sono coeve, di pari livello gerarchico e non tollerano facilmente i rapporti di specialità. Ciò significa che qui le tecniche normali per risolvere le antinomie non funzionano. Il bilanciamento, al contrario, è una tecnica mite che funziona: esso, più che mediare fra i valori, mette da parte provvisoriamente le norme che non si applicano al caso in esame. Tali norme non vengono espulse dall'ordinamento, ma restano a disposizione per gli ulteriori bilanciamenti che verranno effettuati in seguito, in relazione a nuove ipotesi. È curioso come per un verso vi sia una specie di deriva casistica (la soluzione "corretta", o pretesa tale, opera solamente in relazione al caso concreto nella sua irripetibile particolarità) e, per l'altro, si proclami che la ponderazione opera come una sorta di calcolo. Quest'ultima idea prende troppo sul serio la metafora della bilancia. Qui peraltro è assente una scala, anche rozza, di misura. Il che accade perché il metro di giudizio cambia a ogni pesatura, di contesto in contesto.

Tale mancanza di una stabile relazione d'ordine, almeno parziale, ha attirato le critiche di Luigi Ferrajoli nei confronti dell'inflazione del bilanciamento, da lui paragonata a una bolla speculativa nei mercati finanziari. È ovvio che questa "mitezza", intesa come mancanza di rigore, ingenera una notevole discrezionalità, specie quando si tratta di salvaguardare i diritti fondamentali¹⁶.

Una trattazione per esteso di questi argomenti non è possibile in questa sede. Mi accontento quindi di una breve incursione nel tema del più importante degli strumenti concettuali utilizzati dai neocostituzionalisti: la nozione di principio.

I neocostituzionalisti, spesso hanno fatto uso di due dicotomie fra loro correlate, quella che oppone le regole ai principi e quella che oppone la

¹⁶ Si consultino **L. FERRAJOLI**, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 55, n. 3 (2010), pp. 2771-2816, e **ID.**, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 95 ss.



sussunzione alla ponderazione.

Anche se sono intervenuti alcuni ripensamenti significativi¹⁷, spesso ancor oggi la dottrina è usa a contrapporre i princìpi e le regole come due specie diverse dello stesso *genus*, le norme. Mentre i princìpi sarebbero contraddistinti dalle caratteristiche semantiche della vaghezza, della genericità e dall'apertura della fattispecie, le regole sarebbero norme molto rigorose. Per i primi si fa una questione di peso, di "più" o "meno"; invece il mondo delle regole è netto, le situazioni considerate o sono bianche o sono nere: in mancanza di una zona grigia, il giudizio improntato alle regole è un giudizio che conosce solo due responsi, "sì" o "no". D'altronde, la logica dei princìpi sarebbe informata al bilanciamento e i princìpi, potendo esser superati da altri princìpi, sarebbero defettibili; al contrario, quella delle regole sarebbe una logica fondata sulla sussunzione: in ultima analisi bisogna vedere se il caso cade oppure no sotto una data categoria qualificatrice.

È chiaro che una contrapposizione fra standard assolutamente flessibili e assolutamente rigidi suona subito poco plausibile (tant'è che è stata oggetto di revisione da parte di chi l'ha avanzata). Forse riusciamo a pensare tra gli standard rigidi i limiti di velocità e certe regole dei giochi come il doppio fallo a tennis, ma anche qui le cose non sempre filano lisce. Il punto è che non ci sono norme precise e norme vaghe: la vaghezza e la precisione, com'è noto, è una questione di grado e riguarda, sia pure in diversa misura, tutte le norme. La genericità, poi, è anch'essa graduabile. Ci resta la defettibilità (*defeasibility*), ossia la possibilità che una norma sia fatta oggetto di un'eccezione implicita: ma tale possibilità non è un'esclusiva delle norme che sono considerate princìpi; molte regole vengono disapplicate in determinati casi richiamandosi alla loro *ratio*, com'è stata costruita dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Anche ammettendo che tutte le norme solitamente denominate 'princìpi' dai giuristi siano particolarmente vaghe e generiche, non si riuscirebbe a trovare il bandolo per sbrogliare questa arruffata matassa teorica. Infatti, vi sono molte norme generiche e/o vaghe che nessuno si sogna di considerare princìpi. Per esempio, l'ordine dato alla baby-sitter di raccontare una fiaba al bambino è rispettato in qualunque modo la tata

¹⁷ Cfr. R. DWORKIN, *Justice in Robes* (2006), traduzione italiana a cura di S.F. Magni, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 6, dove si rimangia esplicitamente le tesi di *Taking Rights Seriously* (1977), traduzione italiana a cura di N. Muffato *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010, sulla nettezza della separazione tra regole e princìpi. Evito qui di attribuire a questi autori una qualsiasi ontologia delle norme; sarebbe ingeneroso perché, al postutto, anche Dworkin considera ridicola l'idea che il diritto consti di un insieme di standard che si possono enumerare; al più per lui è una finzione scolastica.



scelga la fiaba da raccontare. Tutto va bene, però l'ordine menzionato, pur essendo generico, non è un principio. Le intuizioni dei giuristi ci dicono che per aversi un principio ci vuole *qualcosa di più*.

D'altro canto, la ponderazione sembra riguardare il rapporto di certe norme fra loro, dacché si pesano i principi, stimandone l'importanza relativa; all'opposto la sussunzione ha l'aria di riguardare tutt'altro, cioè il rapporto tra le fattispecie normative astratte e i fatti concreti.

Sussunzione e ponderazione, dunque, sembrano operare su due piani distinti, esse non sono paragonabili e quindi non possono escludersi vicendevolmente. La situazione migliora solo se accogliamo una differente definizione di principio già nota in dottrina, alla luce della quale un principio è visto come una metanorma che funge da fondamento giustificativo di altre norme.

Ne segue che, se si accoglie tale impostazione, non si può più parlare di principi in assoluto; non ci saranno più principi, comunque caratterizzati, presi isolatamente, vi saranno soltanto principi *di*: solo in relazione ad altre norme, quelle che contribuisce a fondare, un principio è un principio. Potrà trattarsi nel caso più semplice di un principio che funge da *ratio legis*, o, nelle ipotesi più complesse, si tratterà di principi molto generali, ossia che riguardano l'intero ordinamento o un suo settore¹⁸. Il concetto di principio ora diviene eminentemente *relativo*.

Seguendo questa linea di pensiero, si chiarisce il rapporto tra ponderazione e sussunzione.

La ponderazione, come si diceva, valuta la forza dei principi, creando una scala assiologica. In base a una simile valutazione sarà giustificata l'applicazione – o anche la disapplicazione – di determinate norme. In questo senso c'è una parentela fra la defettibilità e la ponderazione dei principi. La seconda potrebbe addirittura vista come una generalizzazione della prima. Sia quel che sia, l'esito di entrambe è la scelta di quali norme "è meglio" applicare. A quel punto, e solo allora, si deve procedere alla sussunzione dei fatti sotto la norma prescelta.

Tirando le somme di questa rapida rivisitazione, si può dire che la ponderazione ha luogo a un livello metanormativo, dove i fatti non vengono mai in gioco, mentre la sussunzione è la qualificazione dei fatti concreti sotto una norma, eventualmente sotto la norma che è uscita

¹⁸ Come emerge dal testo, la "generalità" di un principio non ha nulla da spartire colla generalità di un enunciato che è generale in quanto si riferisce a una classe di ipotesi *prese tutte assieme, congiuntamente* (senza eccezioni, se l'enunciato è universale). La generalità dei principi (da distinguere accuratamente anche dalla loro genericità), per questa ricostruzione, dipende dalla quantità di norme cui essi si riferiscono, che contribuiscono a giustificare.



vincitrice da un giudizio di bilanciamento. Sussunzione e bilanciamento, lungi da esser contrapponibili, coesistono senza difficoltà, ciascuno nella sfera che gli è propria.

6 - Gli argomenti dell'interprete

Il teorico che si muova sul terreno del noncognitivismo valoriale e che si faccia carico degli aspetti pragmatici – sto parlando degli avversari del neocostituzionalismo fra i quali anch'io mi riconosco – ha un'ulteriore ragione, oltre a quelle esaminate nel paragrafo precedente, che già da sole sarebbero più che sufficienti, per respingere la dicotomia fra regole e princìpi.

Tale ragione emerge analizzando la nozione di regola. Credo che, a occhio e croce, non ci si possa accontentare di una caratterizzazione sintattica della regola, quale l'essere espressa da un enunciato "generale e astratto". In effetti, tale enunciato potrebbe essere vago e oscuro, il che ci porta a prendere in considerazione anche i significati. Potremmo allora richiedere un elevato grado di tassatività e di determinatezza. Ma questo accostamento è soddisfacente?

La risposta è negativa. Bisogna prendere anche in esame, a un livello di alta pragmatica, *gli atteggiamenti dei giuristi* e le loro tecniche di giustificazione.

Orbene, gli atteggiamenti degli operatori possono essere di due tipi.

Da un lato, possono considerare la norma di stretta applicazione, trincerarla, incuranti del fatto che in alcuni casi recalcitranti si otterrebbero soluzioni subottimali, perché la norma comprende ipotesi che non dovrebbe ricomprendere e non ne comprende altre che, invece, sarebbe razionale far ricadere sotto di essa. L'importante è che vengano salvaguardate le attese dei consociati, anche al prezzo di qualche assurdità. Gli ordini sono ordini. Da questa prospettiva "militaresca" non si bada alle ragioni retrostanti, alla *ratio legis*. Né si bilanciano le ragioni fornite dalla norma con ragioni estranee. Viene a instaurarsi una regolarità che non si produrrebbe se i giuristi non assumessero un atteggiamento fortemente conformistico e non si sentissero vincolati da un impegno¹⁹.

Dall'altro lato, i giuristi possono considerare il testo come un canovaccio di partenza e fare il massimo sforzo per dare ai singoli casi la

¹⁹ Vedi fra i molti **J. RAWLS**, *Two Concepts of Rules* (1955), ora in **ID.**, *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2001, pp. 20-46; **J. RAZ**, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London 1975, 2^a ed., Princeton University Press, Princeton, 1990, e **F. SCHAUER**, *Playing by Rules*, Clarendon, Oxford, 1991.



soluzione che appare loro la migliore. Il mezzo per giungere a un simile risultato è l'appello allo "spirito della legge", alle ragioni retrostanti che l'atteggiamento precedente trascurava in modo deliberato. A questo punto l'interprete si sentirà legittimato a fare eccezioni non esplicitamente previste dal legislatore. Col risultato che quanto più si procede su questa strada e tanto meno la norma è rigorosamente applicata: cessa di essere una regola stretta com'era dipinta dal primo Dworkin.

Gli uomini di legge adottano entrambi questi atteggiamenti. Il primo si collega alle tecniche formalistiche, a partire dal giudicato per giungere alle preclusioni processuali e alla struttura a gradi dell'ordinamento. Il secondo si rifà agli appelli ai principi e al bilanciamento.

Qui giunti viene da domandarsi se sia opportuno parlare ancora di regole e di principi intesi quali due tipi di norme.

Avevamo detto che si dà un principio quando una norma viene usata come fondamento giustificativo di altre norme. Ma il principio è la *norma* che viene impiegata per giustificare o è invece *l'uso* giustificativo della norma in questione?

Possiamo impropriamente andare avanti a dire, per metonimia, che il principio è una norma, ma *ciò che fa di un principio un principio è il suo uso* (in fondo abbiamo appena notato che accade la stessa cosa per le regole: anche qui quel che conta è l'uso²⁰). D'altra parte, le stesse identiche norme ora sono applicate direttamente alle fattispecie concrete e ora sono impiegate come metanorme giustificative²¹.

L'appello ai principi, dunque, è un uso di certe norme *in relazione* ad altre, non un tratto specifico di tali norme isolatamente prese; d'altra parte, il fungere da ragione giustificatrice di altre norme, *non è una loro caratteristica stabile*. L'indagine dei principi e delle regole come se si trattasse di una tipologia normativa, alla luce di queste osservazioni, è sviante.

Anziché opporre le regole ai principi, dovremmo contrapporre due stili argomentativi che forniscono ragioni di secondo livello, cioè non

²⁰ Se proprio vogliamo insistere a chiamare "principi" le metanorme che provvisoriamente servono a giustificare altre norme, emerge un'altra asimmetria che rende impossibile la contrapposizione tra regole e principi: le regole in tal caso, a differenza dei principi, non costituirebbero una ragione di secondo ordine che ne giustifica un'altra; essi, in questo contesto, sono l'oggetto della giustificazione e non la ragione che si applica a tale oggetto.

²¹ Cfr. P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* (1997), ora in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 81-95, specialmente p. 86: "Ogni norma è contingentemente o un principio o una regola (o un *tertium quid*, se si ammette che la coppia principi/regole non esaurisca l'universo delle norme), oppure può essere un principio, in un momento dato e rispetto ad un caso, e una regola, in un altro momento e con riferimento ad un altro caso" (corsivi miei).



ragioni per agire, bensì ragioni per adottare (o per non adottare) altre ragioni. L'uno è uno *stile inclusivo*, che serve ad ampliare (ma anche a restringere) le premesse del ragionamento; l'altro è uno *stile esclusivo*, il quale costruisce una specie di paraocchi per non prendere in esame altre ragioni, che pure vi sarebbero, fissando così tali premesse.

È facilmente intuibile che non esiste un supercriterio che ci dica sempre quale stile usare.

7 - La necessità di dotarsi di strumenti nuovi sullo sfondo di una rappresentanza politica in crisi

La discussione sui principi potrebbe esser vista come un episodio del tutto secondario, come una scaramuccia fra i teorici del diritto. In realtà, essa funge da cartina di tornasole su alcuni nodi epistemici essenziali. Qui si tocca un tasto assai dolente, riassumibile in una domanda: che cosa conoscono (o credono erroneamente di conoscere) i giuristi quando interpretano?

I candidati a fungere da oggetto della conoscenza dell'interprete dichiarativo, o preteso tale, sono stati i più diversi. Si va dalla volontà del legislatore, si tratti di un corpo reale oppure di un ipotetico "legislatore razionale", fino a giungere a un sistema organico di principi razionali o di concetti giuridici nel suo dispiegarsi. L'ultima Thule, l'oggetto che ha preso il posto di questi oggetti sfuggenti, metaforici, sono stati i discorsi di cui constano le leggi. Questo mutamento concettuale ha comportato una intensa opera di trasposizione in chiave linguistica di molte delle nozioni centrali del diritto, cominciando dalla nozione di norma giuridica. Per quanto fosse evidente che il linguaggio è un oggetto *sui generis*, il tentativo è stato portato a fondo nella seconda metà del Novecento e ha comportato molti passi avanti. Tuttavia, anche questo accostamento è andato in crisi nel momento in cui ci si è resi conto che la latitudine della discrezionalità non dipende soltanto da fattori semantici, per esempio dalla estensione della zona di penombra dei concetti vaghi, come pensava Hart. Essa dipende, e in una misura non irrilevante, anche dagli atteggiamenti dei soggetti. Gli interpreti, appellandosi a principi impliciti, possono *creare* lacune considerevoli, disapplicando le norme che sarebbero *prima facie* applicabili per il loro tenore letterale, se esiste un'area di senso, per quanto aperta e plurivoca, che possa chiamarsi "lettera". Pullulano le eccezioni non scritte e il ricorso ai principi offre copertura agli usi più disinvolti delle disposizioni. A volte accade ai giuristi quel che capita ai lettori di un romanzo giallo: il geniale investigatore di turno mette assieme con la sua "ferrea logica" tutti gli indizi; ma, chissà, forse quel finale non è l'unico



possibile. E questo è vero a maggior ragione nel caso dei giuristi, i quali, palesemente, non accertano il significato che determinati documenti avevano nel momento storico in cui sono stati redatti²² e, tanto meno, una rappresentazione volitiva psicologica nella mente di qualcuno. I contesti che rilevano nella interpretazione sono sempre quelli contemporanei all'applicazione. Persino l'intertestualità nel diritto funziona in modo anacronistico, col senno di poi: una disposizione può cambiare significato se sono introdotte nuove leggi in materie contigue o la magistratura decide d'armonizzare quanto più possibile l'esegesi delle leggi ordinarie con la costituzione o viene applicato l'art. 3 Cost., letto come principio di ragionevolezza. Né si può dimenticare che la costituzione, a differenza del codice, non può esser ricondotta a un ordine normativo coerente, non solo perché manca una parte generale, non solo perché le corti utilizzano estesamente tecniche di bilanciamento che non eliminano in modo definitivo le antinomie con l'espulsione di certe norme dal sistema, ma anche, e forse soprattutto, perché i principi per lo più rappresentano programmi attuabili con le più diverse specificazioni normative. In altre parole, se proprio si vuole ritrovare un ordine, questo non lo si rinviene nei generici principi, bensì nelle norme specificanti.

L'idea di Hart della discrezionalità come apprezzamento interstiziale ne esce scossa²³.

Quel che soprattutto occorre rivedere è la vecchia concezione di ciò che sopra ho chiamato la "certezza strutturale", ossia la certezza intesa come *stabilità di un apparato concettuale* che in passato è servito a razionalizzare le fonti in una sorta di apparecchio ortopedico²⁴.

La vecchia semplificazione (poche leggi, semplici e chiare, predicavano gli illuministi), è fallita: il diritto, com'era strutturato e concettualizzato dal positivismo giuridico, non riesce più a ridurre la complessità sociale. Bisogna tenere presente la torsione giurisprudenziale che ha il suo culmine con la tesi che i principi costituzionali pervadano l'intero ordinamento e che sottopone la tradizionale gerarchia delle fonti a

²² Tutti conoscono l'opinione opposta di **A. SCALIA**, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57 (1989), pp. 849-65. Si veda anche **ID.**, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton (N. J.) 1997, dove l'A. si confronta con le tesi G.S. Wood, L.H. Tribe, M.A. Glendon e R. Dworkin.

²³ Questo sembra giustificare opinioni pesantemente scettiche come per esempio quella di **P.G. MONATERI**, «*Correct our watches by the Public Clocks*». *L'assenza di un fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. Derrida, G. Vattimo (a cura di), *Diritto giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 189-206, ma credo che tali posizioni debbano lasciare il passo a tesi che includono nell'apprezzamento della certezza la giurisprudenza consolidata e la dottrina più autorevole accanto (e non al posto dei) ai significati legislativi.

²⁴ **P. GROSSI**, *Prima lezione di diritto*, 15^a ed., Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 32.



una notevole tensione.

D'altra parte è evidente che, per aversi una valutazione equilibrata della certezza occorre includere tra le fonti anche i metodi usati dai giuristi e gli standard di successo interpretativo, che varieranno da settore a settore. Bisogna inoltre distinguere tra le scelte dei tribunali, presi isolatamente, e le scelte collettive. Molto importanti sotto tale profilo diventano le dottrine e gli impegni abbracciati dai giuristi, in primo luogo l'impegno a non riversare immediatamente nelle soluzioni che vengono date ai casi le opinioni morali o religiose che hanno quali privati cittadini. La politica, nella particolare forma della politica della legalità, non è più qualcosa di estraneo al diritto, ma fonda il diritto dall'esterno. L'ordine non è qualcosa di preesistente, un dato fotografabile nel tempo *x*, ma è una costruzione collettiva che si sviluppa man mano²⁵.

Con tali pur sommari rilievi si va a toccare un punto delicato: quello dei rapporti fra diritto e politica. Nel passato, tali rapporti venivano configurati dalla teoria della divisione dei poteri che prevedeva un giudice soggetto solo alla legge²⁶ e la centralità degli organi rappresentativi eletti dal popolo per ciò che concerne la c. d. "discrezionalità politica"²⁷.

²⁵ Dice bene **L. GIANFORMAGGIO**, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 3-23, ora nel volume postumo **EAD.**, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 25-40, p. 32: "Condizioni di incertezza non saranno [...] ritenute solamente la incerta tecnica legislativa, la molteplicità e il disordine delle fonti normative; ma pure la mancanza di rigore delle regole dell'argomentazione giuridica, la discutibile accettabilità razionale dei contenuti normativi, la assenza di coerenza interna del sistema del diritto, e *last but not least* la carenza di un effettivo controllo sia da parte dell'istituzione che della pubblica opinione sulla attività degli organi con competenza normativa e/o decisionale".

²⁶ Cfr. **F. GALLO**, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Giappichelli, Torino, 2014, che si pone in controtendenza rispetto a questa dottrina.

²⁷ Se ne trova traccia anche nell'art. 28 della L. 11 marzo 1953, n. 87: "Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge *esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*". Dietro questa disposizione si barrica spesso la Corte quando non vuole decidere. Un solo esempio, la sentenza n. 138 del 2010, dopo aver riconosciuto che anche alle unioni stabili tra persone dello stesso sesso si applica il parametro dell'art. 2 Cost., si è affrettata ad aggiungere che dovrà comunque sopravvenire una tutela "nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge". La patata bollente passa dunque al legislatore, che potrebbe benissimo dilazionare all'infinito le sue decisioni. **S. CASSESE**, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 54, è assai drastico: "Come ha scritto Cheli, la norma della legge n. 87 del 1953 sul potere discrezionale del parlamento è un errore e va considerata come non scritta". Vedi anche p. 82, dove dice si che "parlare di discrezionalità del legislatore è un ossimoro, perché è il legislatore che pone vincoli alla discrezionalità di altri soggetti".



Un simile assetto non veniva attuato nemmeno dalla costituzione inglese cui Montesquieu si era ispirato, data l'indubbia creatività dei giudici. D'altro canto si è passati da un problema di "supplenza" giudiziaria di un parlamento inerte al problema di come porre limiti alla politica a opera delle corti costituzionali²⁸. Sicuramente la divisione dei poteri è una dottrina declinabile in varie maniere differenti e che va profondamente ripensata. Si può suggerire l'opposizione tra poteri che operano in nome del popolo e poteri di garanzia; si possono valorizzare i giudici quali esponenti di un'aristocrazia basata sul merito²⁹; o, in alternativa, c'è la mossa, assai più rischiosa e a mio avviso da evitare, di dare una legittimazione popolare ai giudici (compresi quelli della Consulta) rendendoli elettivi.

Dubito che si possa pretendere di ricondurre alla ragione, attraverso i diritti fondamentali di una costituzione, la "volontà" arbitraria del potere legislativo³⁰. Questo perché:

- 1) la nozione di "ragione" è altamente controversa;
- 2) anche per i giudici costituzionali si ripropone il classico interrogativo di *quis custodiet ipsos custodes*³¹?
- 3) in ogni caso, i principi costituzionali non sono criteri univoci ed efficienti di controllo a causa della loro genericità e vaghezza: la loro implementazione può ben giustificare opzioni contrastanti.

D'altronde, nonostante l'attivismo giudiziario, la divisione dei poteri rischia di essere un tavolo zoppo per la crisi della rappresentatività. Il mito della "volontà generale" s'è dissolto e qualcuno, in modo del tutto

²⁸ M. TROPER, *Lo stato di diritto oggi*, in M. Bovero (a cura di), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 106-117, ha teorizzato una sostanziale condivisione del potere legislativo fra il parlamento e le corti costituzionali.

²⁹ Vedi U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Rivista di filosofia*, 80, n. 3 (1989), pp. 461-475, e A. PINTORE, *Scarpelli e l'aristocrazia giuridica*, in *Politeia*, 73 (2004), pp. 125-136.

³⁰ Ci si potrebbe ispirare alla massima di Salvio Giuliano secondo la quale *quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris* (D.1. 3. 15). Vedi A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005, p. 325. Il testo è richiamato a proposito da S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., p. 40. A tale cronaca istruttiva fa da pendant - e da contrappunto - G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005.

³¹ Giovenale, *Satira VI*, v. 347-8, in relazione alla morigeratezza delle donne. Ma esisteva già Platone, *Rep.*, cap. VI, 403 E, il quale formulava una questione simile per i *fulakoi*, in un contesto politico: "Certo - osservò - sarebbe ben buffo un guardiano che a sua volta ha bisogno di una guardia!" (traduzione da Platone, *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Rusconi, Milano, 1991, p. 1147; cfr. l'edizione col greco a fronte nella Loeb Classical Library, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-Heinemann, London 1978, vol. I, pp. 264-65). S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., p. 58, si chiede anch'egli: "Chi garantirà la costituzionalità delle sentenze costituzionali?"



conseguente, sta già mettendo in discussione i sistemi elettorali come meccanismi a salvaguardia della democrazia³². Va anche considerato l'accentuarsi della marginalizzazione del parlamento. Non sono in grado di fare proposte. So soltanto che questi saranno i temi del futuro. L'unica chiosa che posso avanzare a colpo sicuro per concludere è la seguente: che ancora una volta è del tutto chiaro come i problemi di certezza del diritto non abbiano un'esistenza indipendente dalla politica e dai contesti culturali e sociali in cui le istituzioni svolgono la loro azione. Ciò, però, era ovvio fin dall'inizio.

³² Cfr. **A. SCHIAVONE**, *Non ti delego. Perché abbiamo smesso di credere nella loro politica*, Rizzoli, Milano, 2013, e **D. van REYBROUCK**, *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*, Feltrinelli, Milano, 2015 (edizione originale 2013). Si tratta di *pamphlet*, ma mettono comunque il dito nella piaga.