

Principi e argomentazione giuridica

GIORGIO PINO

Una parte notevole del dibattito teorico-giuridico degli ultimi quarant'anni ha riguardato, in un modo o nell'altro, il ruolo dei principi giuridici. Certo, il concetto di “principio di diritto” non è una novità assoluta nel pensiero giuridico: che il diritto possa contenere principi (e specialmente “principi generali”), e che il giurista possa fare ricorso a principi in determinate circostanze, sono affermazioni pacifiche nella cultura giuridica moderna, e recepite in molte codificazioni dell'Ottocento e del Novecento¹. Tuttavia l'utilizzazione di questo tipo di norme nell'argomentazione giuridica era per lungo tempo rimasta alquanto marginale², a tutto vantaggio di altre tecniche di argomentazione giuridica ritenute maggiormente in grado di assicurare al lavoro del giurista, e del giudice in particolare, un'aura di meccanicità formalistica, di mera esecuzione tecnica del precetto del legislatore – e solo di quello – a tutto vantaggio della separazione dei poteri e della certezza del diritto.

Com'è noto, le cose sono molto cambiate a partire dalla seconda metà del Novecento, specialmente con la promulgazione in molti paesi occidentali di costituzioni lunghe, rigide e garantite: costituzioni che contengono cataloghi di diritti e principi fondamentali, e che sono (o comunque sono pensate per essere) dotate di una forza normativa e assiologica superiore alla legge ordinaria. Il “nuovo” diritto costituzionale, il diritto costituzionale della seconda metà del Novecento, è diventato così un diritto “per principi”³ –

¹ Se ne veda una rassegna in N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 257-258.

² Lo riferisce G. Tarelli, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 384.

³ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPIC, Madrid, 2001; G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31, 2002, pp. 865-897.

principi che peraltro non costituiscono un *hortus conclusus*, ma sono destinati ad impregnare, a riverberarsi su tutto l'ordinamento. Nello stato costituzionale contemporaneo, e in una cultura giuridica costituzionalizzata (una cultura giuridica, cioè, che ha preso consapevolezza delle risorse argomentative offerte dalle nuove costituzioni)⁴, l'argomentazione per principi diventa, dunque, pervasiva.

Tutto ciò ha ispirato, come dicevo, un notevole dibattito nella teoria del diritto recente. La presenza e il ruolo dei principi sembra infatti sollecitare un ripensamento del rapporto tra diritto e morale (essendo i principi spesso descritti, appunto, come un ponte tra diritto e morale), e dunque la necessità di respingere radicalmente⁵, o almeno di riconfigurare⁶, il paradigma giuspositivistico che sulla distinzione tra diritto e morale era stato in gran parte edificato; la necessità di introdurre nella teoria dell'argomentazione giuridica nuovi strumenti di analisi (diversi dal paradigma logico-deduttivo del sillogismo giuridico), che possano rendere conto della diversa logica applicativa (ponderativa, particolaristica, narrativa) appropriata ai principi⁷; e così via.

Elemento cruciale in questa riflessione è, dunque, l'individuazione delle caratteristiche specifiche dei principi, che consentano di distinguerli da altri tipi di norme e in particolare dalla *species* di norme giuridiche chiamate "regole": in breve, il problema della distinzione tra regole e principi è diventato un *topos* della letteratura teorico-generale degli ultimi trent'anni.

Per il positivismo giuridico, si presenta un problema di questo tipo: se è vero che l'armamentario concettuale giuspositivista (e specialmente normativista) è idoneo a rendere conto solo dell'esistenza delle regole; e se è vero che regole e principi sono entità ontologicamente o comunque qualitativamente diverse; allora si dovrà concludere che quell'armamentario concettuale non è idoneo a rendere conto del diritto attuale: non possiede (più) strumenti analitici e descrittivi adeguati: è una teoria obsoleta. La possibile strategia di replica del positivismo giuridico è allora palese: dimostrare che

⁴ Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 337; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 238-267.

⁵ Questa è stata, sin dall'inizio, la proposta teorica di R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978², pp. 14-45; *Justice in Robes*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 2006, pp. 1-35.

⁶ Mi riferisco al c.d. positivismo giuridico inclusivo: H.L.A. Hart, *Postscript*, in *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1994²; J. Coleman, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 2006; J.J. Moreso, *In Defense of Inclusive Legal Positivism*, in P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 37-63.

⁷ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 366-375; M. Atienza, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 163-176.

regole e principi non sono affatto *cose* diverse, ma sono solo *gradazioni* diverse di una stessa realtà, di una stessa tecnica regolatoria⁸, pertanto descrivibili ed analizzabili con gli strumenti disponibili ad una riflessione teorica di stampo giuspositivista.

Personalmente, sono un sostenitore della teoria della distinzione debole tra regole e principi: ritengo cioè che tra regole e principi vi sia una differenza graduale e quantitativa, non qualitativa (la spiegazione e dimostrazione di questa posizione è affidata alle pagine che seguono). Ritengo tuttavia che sarebbe ingenuo riporre in questa distinzione molte speranze per una difesa efficace del positivismo giuridico. Probabilmente, invece, l'argomento della distinzione debole è destinato a rivelarsi un'arma a doppio taglio: se è vero che regole e principi presentano molte somiglianze, questo potrebbe sollevare perplessità sull'idoneità del paradigma giuspositivista/normativista a rendere conto dell'esistenza e del ruolo *delle regole stesse*. L'argomento della distinzione debole non evidenzia solo che i principi sono simili alle regole (che anche i principi sono soggetti a qualche test di pedigree): evidenzia che anche le regole sono simili ai principi, che la loro applicazione è suscettibile di valutazioni "ponderative", particolaristiche e gradualistiche pericolosamente vicine a forme di argomentazione morale⁹.

Non proseguirò, qui, su questa linea di riflessione¹⁰. L'oggetto di questo saggio sarà invece una analisi della distinzione tra regole e principi, e del ruolo dei principi nell'argomentazione giuridica, lasciando sullo sfondo il problema più generale della tenuta concettuale del positivismo giuridico; credo comunque che l'analisi qui svolta, se accurata, possa fornire utili elementi anche per il problema più generale, qui non affrontato, della tenuta concettuale del positivismo giuridico.

1. LA DISTINZIONE TRA REGOLE E PRINCIPI

Schematicamente, nel dibattito teorico sui principi si può individuare una famiglia di orientamenti che affermano una distinzione forte (qualitativa, onto-

⁸ Per questa strategia ad es. N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, cap. IX; Hart, *Postscript*, cit.

⁹ Per un principio di argomentazione in tal senso, B. Celano, *Principi, regole, autorità*, in "Europa e diritto privato", 2006, 3, pp. 1061-1086.

¹⁰ Ma si vedano in proposito S. Shapiro, *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge U.P., Cambridge, 2007, pp. 22-54; E. Diciotti, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 7/2007, pp. 9-42.

logica, logica, ecc.) tra regole e principi, una famiglia di orientamenti che affermano invece una distinzione debole (quantitativa, di grado), e infine alcune teorie intermedie.

Le teorie della distinzione forte¹¹ si basano sull'idea che esistano determinate caratteristiche costantemente esibite dai principi, caratteristiche necessarie e sufficienti a distinguere i principi dalle regole. Così, i principi avrebbero (una o più del)le seguenti caratteristiche distintive:

- sono norme particolarmente importanti, sono i valori fondanti e costitutivi dell'ordinamento; e pertanto ad essi "si aderisce", mentre alle regole "si ubbidisce";

- hanno un notevole grado di generalità, vaghezza, indeterminatezza (sono norme con fattispecie "apertissima", o addirittura "norme senza fattispecie"), mentre le regole sono norme che connettono conseguenze giuridiche ad una precisa fattispecie;

- proclamano, se sono espressamente formulati, o comunque incorporano un valore, mentre le regole sono opache rispetto al valore che intendono tutelare: si limitano ad associare una modalità deontica (divieto, permesso, obbligo) ad una condotta¹²;

- la loro applicazione è condizionata da considerazioni di "peso" e importanza (più principi possono essere applicabili in un medesimo caso concreto, e al fine della decisione se ne dovrà individuare il più importante); tali considerazioni invece sarebbero assenti nell'applicazione di regole (una regola si applica o non si applica – non si "pesa");

¹¹ Tra gli esponenti di questo orientamento: Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 14-45, 81-130; Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III; *On the Structure of Legal Principles*, in "Ratio Juris", 13, 2000, pp. 294-304; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, cap. VI; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Tre approcci ai principi del diritto*, in "Analisi e diritto", 1993, pp. 9-29; *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996; *Rules and Principles Revisited*, in "Associations", 4, 2000, pp. 147-156; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 115-140; D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, spec. pp. 81-84. Nella letteratura italiana meno recente cfr. inoltre E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano, 1971², pp. 310 ss.

¹² S. Perry, *Two Models of Legal Principles*, in "Iowa Law Review", 82, 1997, pp. 787-819, a p. 788: «I principi hanno un contenuto esplicitamente valutativo, mentre il contenuto delle regole riguarda la descrizione di un'azione». Ovviamente anche le regole sono funzionali alla realizzazione di qualche valore morale, obiettivo politico, ecc.; il punto è però che le regole di solito non fanno esplicitamente riferimento al valore sottostante, non lo proclamano: indicano direttamente una condotta individuata come funzionale al perseguimento del valore, obiettivo ecc. (peraltro, proprio l'opacità delle regole rispetto al valore da esse tutelato – rispetto alla loro giustificazione – è la causa di potenziali controversie rispetto all'esatta individuazione della *ratio legis*).

- sono soggetti ad eccezioni implicite, non chiaramente determinate in anticipo (sono norme defettibili), e quindi sono ragioni non conclusive, applicabili solo *prima facie*, poiché la loro applicazione può essere differita una volta considerati tutti i fattori rilevanti; di contro, le regole sarebbero soggette ad applicazione categorica, tutto-o-niente, una volta verificatesi le circostanze fattuali previste nella fattispecie;

- sono “mandati di ottimizzazione”: i principi cioè prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore ecc., nella maggior misura possibile a seconda delle concrete possibilità fattuali e normative;

- sono norme categoriche, mentre le regole sono norme ipotetiche.

Le teorie della distinzione forte, che nelle versioni più radicali arrivano a negare che i principi siano norme (giuridiche)¹³, si possono prestare a supportare due, diametralmente opposte, operazioni di politica del diritto¹⁴, o metodologie normative dell’argomentazione giuridica, e anche due opposte concezioni filosofico-giuridiche.

Dal punto di vista delle operazioni di politica del diritto, infatti, la teoria della distinzione forte può essere, per un verso, funzionale ad una svalutazione del ruolo dei principi nell’argomentazione giuridica, a favore di norme di più precisa applicazione: così, le norme configurate come principi vengono qualificate come meri auspici di politica legislativa, norme programmatiche, ecc.¹⁵. Mentre per altro verso la distinzione forte tra principi e regole può invece sottendere una priorità assiologica dei primi sulle seconde: i principi sono ciò che giustifica le regole, e pertanto ne devono guidare costantemente l’applicazione, ed eventualmente la disapplicazione (quando l’applicazione della regola contrasta con il principio sottostante, o con un altro principio dell’ordinamento)¹⁶.

¹³ Cfr. ad esempio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., secondo il quale i principi sono concettualmente distinti dalle norme, anche se non sono entità del tutto extra-giuridiche: occupano piuttosto una sorta di zona d’ombra tra l’interno e l’esterno del diritto positivo (v. spec. p. 326).

¹⁴ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 272-274.

¹⁵ Si ricordi in proposito la giurisprudenza italiana sulla distinzione tra norme costituzionali (immediatamente) precettive e norme costituzionali (solo) programmatiche. Nel dibattito teorico più recente, argomentano contro il ricorso ai principi giuridici nell’argomentazione giuridica L. Alexander, K. Kress, *Against Legal Principles*, in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford U.P., Oxford 1995; L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke U.P., Durham, 2001, cap. VIII.

¹⁶ Paradigmatica in tal senso la posizione di Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.; si vedano anche M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

Dal punto di vista di più generali concezioni filosofico-giuridiche, poi, la teoria della distinzione forte può essere utilizzata sia per portare acqua al mulino di un positivismo legalista che, radicalizzando la differenza strutturale tra regole (prodotto tipico dell'attività legislativa) e principi, svaluta il ruolo di questi ultimi e anzi li considera tendenzialmente *non giuridici*¹⁷. Sia, all'opposto, per sostenere una posizione (cripto-)giusnaturalista, o antipositivista, o neocostituzionalista – posizioni queste che sfruttano la teoria della distinzione forte tra regole e principi per segnalare una falla nel dogma giuspositivistico della separazione tra diritto e morale¹⁸.

La teoria della distinzione debole¹⁹ si basa sull'osservazione che, a ben vedere, tutte le norme, siano esse regole o principi, sembrano possedere *in qualche misura* almeno alcune delle caratteristiche sopra indicate. Ciò che differenzia regole e principi, secondo questa posizione, è il grado in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi: così, i principi sarebbero norme più generiche, più aperte ad eccezioni implicite rispetto alle regole, avrebbero una maggiore dimensione di “peso”, sarebbero ragioni meno conclusive, e così via.

Infine, secondo una ulteriore posizione, per un verso i principi usati dai giuristi sono principi morali, o comunque sono utilizzati con forme di ragionamento qualificabili come ragionamento morale senza restrizioni: e ciò rende inutile distinguere tra principi giuridici e principi morali, e superfluo interrogarsi sulla giuridicità o validità dei principi (a differenza, si può ritenere, dalle regole). Per altro verso, però, al pari di quanto avviene per i principi, anche l'interpretazione e applicazione delle regole è governata da forme di

¹⁷ Questo diventa del tutto palese quando la distinzione tra regole e principi è enfatizzata fino a negare che i principi siano *norme* (cfr. ad es. la posizione di Emilio Betti, *supra* nt. 13).

¹⁸ Questa è chiaramente l'impostazione di autori come Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, e Gustavo Zagrebelsky.

¹⁹ Tra gli esponenti di questo orientamento: J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in “Yale Law Journal”, 81, 1972, pp. 823-854; MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., cap. VII; L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 173-204; W. Twining, D. Miers, *Come far cose con regole*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 180-183; Hart, *Postscript*, cit.; J.J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in “Analisi e diritto”, 1997, pp. 79-118; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 81-95; L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, cap. II; K. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in “Harvard Law Review”, 106, 1992, pp. 22-123 (spec. pp. 57-62); Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., cap. XV; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 429-435; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2008³, pp. 108-115; G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 300-312.

ragionamento (morale) di tipo particolaristico: e ciò rende la distinzione tra regole e principi, in molti casi, evanescente²⁰.

2. PRINCIPI E RAGIONAMENTO GIURIDICO

Vi sono buone ragioni per ritenere che tutti i tentativi finora esperiti di tracciare una distinzione netta, qualitativa, tra regole e principi siano falliti²¹. E tuttavia non mi sembra opportuno eliminare la categoria dei principi dal discorso giuridico, o dal discorso della teoria generale del diritto. Piuttosto, la nozione di principio, e la distinzione tra principi e regole, hanno una indubbia utilità euristica e descrittiva, ed è opportuno mantenerle – a condizione che tanto la nozione quanto la distinzione siano liberate da alcuni equivoci.

Dunque proseguirò adottando una versione della teoria della distinzione debole, graduale e quantitativa, tra regole e principi, e proverò a svilupparne alcune implicazioni per la nozione di principio.

2.1. Una distinzione graduale e relazionale

La distinzione tra regole e principi non fa riferimento a differenze di tipo ontologico (ci sono “cose” che sono regole e “cose” che sono principi), ma piuttosto di tipo relazionale e graduale: qualifichiamo una norma come principio quando ha alcune caratteristiche in misura maggiore rispetto ad altre norme. Queste caratteristiche sono: la maggior genericità e indeterminatezza della fattispecie, e soprattutto delle conseguenze giuridiche associate alla fattispecie; la maggiore apertura ad eccezioni implicite (defettibilità); la maggior considerazione del fattore del “peso” o della “importanza” in sede di dell’applicazione²². Come avremo modo di vedere nel seguito di questo paragrafo, queste tre caratteristiche si riverberano su gran parte delle problematiche relative alla definizione e applicazione dei principi.

Dire che la differenza tra regole e principi è graduale e relazionale significa che una norma può avere valore di principio rispetto ad alcune norme, e non averlo rispetto ad altre. Inoltre, poiché le caratteristiche distintive tra regole e

²⁰ Cfr. Celano, *Principi, regole, autorità*, cit.; *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*, in “Analisi e diritto”, 2005, pp. 99-114.

²¹ La puntuale confutazione degli argomenti a favore della distinzione forte è di solito contenuta negli scritti dei sostenitori della distinzione debole (cfr. i lavori citati sopra, nt. 19); per una rassegna critica v. anche Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, cit., pp. 71-86.

²² Cfr. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.

principi hanno natura graduale, non si può stabilire con certezza una soglia minima al di sopra della quale una norma è un principio: può dunque essere controverso se una norma abbia lo status di principio oppure di regola.

Ciò significa che molto spesso, rispetto alla qualificazione di una norma come regola o come principio, è decisivo il modo in cui i giuristi trattano la norma in questione: se la trattano come regola seguiranno alcune operazioni argomentative, se la trattano come principio ne seguiranno altre e diverse operazioni argomentative – e spesso la qualificazione della norma come regola o come principio è funzionale proprio alla possibilità di ricorrere, oppure ad escludere il ricorso, a certe operazioni argomentative²³.

2.2. Principi come norme generiche e indeterminate

I principi sono norme generiche. Una norma generica è una norma suscettibile di essere applicata in modi diversi²⁴; la genericità non deve essere confusa con la generalità e con la vaghezza, che non sono invece caratteristiche necessarie né sufficienti per la qualificazione di una norma come principio (contrariamente a quanto si legge in gran parte della letteratura)²⁵.

La generalità riguarda infatti l'estensione della classe di oggetti cui si riferisce un predicato: più ampia è la classe, più generale è l'enunciato. La vaghezza invece riguarda l'esistenza di casi in cui è dubbia l'applicazione di un predicato, a causa di fattori quantitativi (si pensi a “ricco”, o “calvo”: non è precisamente determinabile, se non in via di stipulazione, con quanti soldi in banca una persona diventi ricca, o con la perdita di quanti capelli diventi calva) o combinatori (perché il predicato si riferisce a cose che hanno in comune alcune caratteristiche, ma in modo che non vi sia nessuna caratteristica comune a

²³ Tornerò più avanti su questo punto; cfr. in particolare § 2.5 sull'individuazione dei principi; § 2.7 sulle tecniche argomentative appropriate all'applicazione dei principi.

²⁴ «I principi sono spesso formulate in modi che lasciano il loro contenuto indeterminato» (Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit., p. 836); «i principi prescrivono azioni estremamente indeterminate [...]. Un atto è estremamente indeterminato se può essere compiuto in circostanze differenti per mezzo di molti atti generici eterogenei in ciascuna circostanza [...] Promuovere la felicità umana, rispettare la dignità, incrementare la produttività, e comportarsi in maniera negligente o ingiusta o irragionevole sono atti estremamente indeterminati» (ivi, p. 838); sulla nozione di genericità v. anche C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 48-49.

²⁵ V. ad es. V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi del diritto*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1942, p. 239; Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 265; S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 519; Comanducci, *Asaggi di metaetica due*, cit., p. 89; Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, cit., p. 302.

tutte: si pensi a “gioco”, o a “diritto”)²⁶. È vero che di solito i principi sono molto generali, ma questa non è una caratteristica scriminante rispetto alle regole: vi possono essere regole molto generali e anche molto vaghe.

La caratteristica determinata dei principi è invece la genericità, e in particolare la genericità unita all’indeterminatezza.

Più precisamente, se formuliamo un principio come norma dotata di fattispecie (il campo di applicazione della norma) e conseguenza (gli effetti che quella norma è idonea a produrre: sanzioni, qualificazioni giuridiche, misure di attuazione, ecc.), possiamo notare che è soprattutto *nella conseguenza* che si manifesta la genericità del principio²⁷. E inoltre, le conseguenze normative di un principio sono non solo generiche, ma anche indeterminate²⁸. In altre parole, la fattispecie di un principio di solito proclama un valore, un fine (l’uguaglianza, la libertà di manifestazione del pensiero, la correttezza nelle relazioni contrattuali, ecc.), senza stabilire precisamente in che modo esso dovrà essere realizzato: quali precise conseguenze siano ad esso associate dipende da una serie di circostanze non esattamente predeterminabili (e in questo sta il nocciolo di buon senso dell’idea che i principi siano “mandati di ottimizzazione”)²⁹.

Di contro, una regola può anche avere una fattispecie generica, cui però associa una conseguenza, o anche più conseguenze alternative, indicate in maniera tendenzialmente precisa. Pensiamo ad esempio ad una norma che prescrive che chi ha commesso omicidio debba essere condannato a ventuno anni di reclusione: questa norma è 1) generale, perché si riferisce a tutti coloro che commettono un omicidio, senza distinzioni; 2) generica quanto alla fattispecie, perché non precisa in che modo debba avvenire l’omicidio per ricadere nell’ambito di applicazione della norma; 3) specifica quanto alle conseguenze, perché statuisce una conseguenza univoca (la reclusione per ventuno anni).

²⁶ Sulla vaghezza quantitativa (o di grado) e combinatoria, Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 367-376; Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 55-57.

²⁷ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 213-215, nota esattamente che i principi sono norme «a prescrizione generica».

²⁸ In tal senso Bobbio nota che i principi «sono norme *indefinite*, che comportano una serie indefinita di applicazioni»: *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 265 (corsivo nell’originale); cfr. anche G. Zaccaria, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in “Ragion pratica”, 1998, 6, p. 145 (i principi sono norme «a virtualità indefinita»).

²⁹ Questo punto mi sembra spesso sottovalutato nella letteratura sui principi: ad esempio Aienza, Ruiz Manero, *Tre approcci ai principi del diritto*, cit., p. 14, affermano che i principi sono contrassegnati dal carattere “aperto” della *fattispecie* (non della conseguenza); ma in tal modo si dovrebbe concludere che la norma del codice penale sull’omicidio è in realtà un principio.

Dunque, quanto più generica e indeterminata è la conseguenza che una norma associa ad una fattispecie, tanto più quella norma potrà essere considerata un principio – e viceversa: quanto più specifiche e determinate sono le conseguenze che una norma associa a una certa fattispecie, tanto più quella norma potrà essere considerata una regola.

Ora, genericità e indeterminatezza sono proprietà graduali: non è detto che una regola debba essere assolutamente specifica e determinata, e un principio assolutamente generico e indeterminato. Ad esempio, una regola può presentare profili di genericità e indeterminatezza se contiene clausole elastiche, come “ragionevole”, “congruo”, ecc.; e la sanzione penale (la conseguenza delle regole penali) può non essere rigidamente predeterminata, ma oscillare tra un minimo e un massimo, oppure fino a un massimo, o da un minimo in su, può avere natura diversa (pena pecuniaria o detentiva, affidamento a servizi sociali, interdizione dai pubblici uffici o dall’esercizio di una professione, ecc.), e infine essere condizionata dalla valutazione di circostanze aggravanti e attenuanti. E d’altro canto anche i principi non possono essere indefinitamente generici e indeterminati, pena la loro inapplicabilità, ma sono destinati ad essere concretizzati (cioè, essere resi più specifici) in sede di applicazione.

2.3. La questione del “peso”

Anche il peso è una caratteristica graduale, e relazionale; e ovviamente “peso” è anche una nozione metaforica, non esistendo un’unità di misura per il peso delle norme.

Il peso di una norma consiste, in generale, nel ruolo di quella norma in un’argomentazione giuridica: ruolo che può consistere, ad esempio, nell’uso di quella norma ai fini della decisione di un caso (reale o ipotetico), o nell’influenza che quella norma esercita sull’interpretazione o sull’applicazione di altre norme. (Raffigurando il ragionamento giuridico come un sillogismo, il peso di una norma va collocato nell’universo di considerazioni che portano alla costruzione della premessa maggiore normativa del sillogismo stesso.) Così, il peso di una norma è massimo quando quella norma è senz’altro applicata (= utilizzata come premessa maggiore del sillogismo), sconfiggendo qualsiasi altra considerazione che spinga in direzione diversa; è nullo quando la norma non è nemmeno presa in considerazione in un’argomentazione giuridica; in tutti gli altri casi il peso è graduale, e potrà essere valutato in base al contributo specifico fornito dalla norma nell’indirizzare l’argomentazione, e il suo prodotto (la decisione interpretativa), in un senso o in un altro; ad esempio, il

peso di un principio può emergere nell'indirizzare l'interprete verso certe opzioni interpretative anziché verso altre, o nel rendere altre norme defettibili, e così via³⁰.

Così intesa, la dimensione del peso, in rapporto alla distinzione tra principi e regole, ha una valenza bifronte. Per un verso, infatti, si può dire che i principi hanno un peso *maggiore* delle regole, perché un principio viene preso in considerazione (concorre alla decisione) in molti più casi che una regola: a causa della genericità ed indeterminatezza (anche) della fattispecie, i principi hanno un campo di applicazione molto più esteso delle regole³¹. Così, il principio di uguaglianza viene in considerazione in più casi generici rispetto alla regola che vieta il licenziamento senza giusta causa; il principio di buona fede viene in considerazione in più casi generici rispetto alla regola secondo cui le obbligazioni pecuniarie si adempiono al domicilio del creditore; e così via. Per altro verso, però, i principi hanno un peso *minore* delle regole, perché il loro contributo all'argomentazione giuridica è tendenzialmente variabile, mentre il contributo delle regole è tendenzialmente stabile: questo perché, come abbiamo visto in precedenza, i principi sono norme (più) defettibili, (più) soggette ad eccezioni implicite rispetto alle regole, mentre l'applicazione delle regole è (più) protetta contro considerazioni che spingono verso un risultato diverso rispetto a quello indicato dalla regola stessa³².

Cosa rende una norma più o meno “importante”, quali fattori contribuiscono a determinarne il peso (nel senso sopra precisato)? Essenzialmente, fattori di tre tipi: fattori attinenti alla gerarchia delle fonti, fattori attinenti alle gerarchie assiologiche accreditate nella cultura giuridica di

³⁰ Le nozioni che sto utilizzando non sono empiriche o statistiche, ma normative. Intendo dire che la nozione di “contributo specifico fornito dalla norma” non riguarda (solo) il fatto empirico dell'utilizzazione della norma a fini della soluzione di controversie, ma piuttosto il fatto che l'utilizzazione di quella norma sia ritenuta, in quella cultura giuridica, giustificata, sorretta da buone ragioni. I due profili in qualche misura interagiscono: si può pensare che, quanto più una norma venga usata, tanto più la sua applicazione sia almeno presuntivamente ritenuta giustificata; ma non si identificano, perché il solo fatto che una norma sia stata applicata non garantisce l'inferenza che la sua applicazione è giustificata.

³¹ Più precisamente, un principio viene in considerazione *in più casi generici diversi* – in questa sede non è invece rilevante quante volte uno stesso caso generico si presenti concretamente nella realtà (esemplificato in casi individuali); per la distinzione tra caso generico e caso individuale v. C. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2005, cap. II.

³² Questo modo di intendere il ruolo del “peso” nell'applicazione delle regole è analogo, mi pare, alla nozione di “trinceramento” (*entrenchment*) nella teoria delle regole di F. Schauer, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, il Mulino, Bologna, 2000, cap. V.

riferimento, e fattori attinenti alle circostanze rilevanti nel contesto di applicazione della norma.

Un primo ordine di fattori per determinare il peso di una norma consiste nella posizione di quella norma nella gerarchia delle fonti, che può essere definita come “peso astratto”³³. Così, un principio costituzionale ha un peso astratto maggiore rispetto ad un principio legislativo, un principio legislativo ha un peso astratto maggiore rispetto ad un principio consuetudinario. Tuttavia la dimensione del peso astratto spesso non è affatto determinante: questo perché di rado (forse: mai) per un dato caso è rilevante un solo principio costituzionale, il che manda “in stallo” la dimensione del peso astratto (i due pesi astratti si elidono a vicenda, per così dire), oppure perché per molti principi legislativi è ipotizzabile anche un ancoramento costituzionale, e infine perché vi sono molti principi il cui peso astratto è controverso – ad esempio può essere controverso se un certo principio (esplicito, e a maggior ragione implicito) abbia un rilievo di livello costituzionale³⁴.

Un secondo ordine di fattori per determinare il peso di una norma è relativo alle gerarchie assiologiche accreditate nell’ordinamento e/o nelle pratiche degli interpreti: in questo senso, il peso di una norma sarà funzione della sua relativa prossimità (strumentalità, implicazione, ecc.) rispetto agli ideali etico-politici che gli interpreti ritengono accolti nell’ordinamento giuridico di riferimento, o nel sotto-sistema rilevante (ad es., il diritto privato, il diritto penale, oppure il diritto dei contratti, ecc.). Questo punto ha una diretta rilevanza per la questione della distinzione tra regole e principi, perché è frequente l’affermazione che una caratteristica qualificante dei principi consiste nell’essere norme importanti, espressione di valori etico-politici cui l’ordinamento o la cultura giuridica attribuisce particolare rilevanza – caratteristica che, *a contrario*, si dovrebbe invece ritenere assente nelle regole.

Così posta, però, la questione è certamente fuorviante, perché è palese che molte *regole* hanno, nell’ordinamento o nella cultura giuridica, notevole importanza: il divieto di omicidio, la procedura costituzionale per la dichiarazione dello stato di guerra, la disciplina dell’interruzione volontaria della gravidanza sono solo alcuni possibili esempi di regole nient’affatto prive di importanza morale. Piuttosto, sarebbe più corretto dire che spesso un

³³ Cfr. R. Alexy, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in «Ars Interpretandi», 10, 2005, pp. 97-123 (spec. p. 106).

³⁴ Peraltro non è priva di difensori la tesi secondo cui è opportuno bilanciare principi costituzionali anche con principi non costituzionali, il che equivale a negare la rilevanza del peso astratto: così ad es. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, spec. pp. 72-81, 93.

principio consiste nella positivizzazione, nella diretta proclamazione, di un valore o di un diritto morale³⁵, e ciò gli conferisce un immediato rilievo assiologico. Di contro, è possibile immaginare più regole che, dato un principio, un ideale etico-politico ecc., risultino *funzionalmente equivalenti* (e, talvolta, perfettamente sostituibili³⁶) ai fini della realizzazione di quel principio o ideale etico-politico. Così, dato il principio della tutela della salute e incolumità (ad esempio di chi circola nelle strade), la regola finalizzata a realizzare tale principio che impone di guidare sul lato destro della strada è perfettamente equivalente a (e sostituibile con) la regola che impone di guidare sul lato sinistro. Tuttavia, l'importanza di quella regola diventa palese non appena si immagini di sostituirla *con nessuna regola*. Quindi, il punto è che mentre l'importanza di un principio è percepita, in una cultura giuridica, in modo pressoché auto-evidente, l'importanza di una regola è rivelata dal suo rapporto di strumentalità rispetto alla realizzazione del principio o ideale etico-politico sottostante.

Ancora una volta, questa caratteristica non è assoluta, ma graduale e relazionale. Così, vi possono essere principi che hanno peso maggiore di altri principi, e regole che hanno peso maggiore di altre regole (così come anche più regole che hanno esattamente la stessa importanza, perché funzionalmente equivalenti rispetto alla realizzazione di un valore, principio ecc.); nonché principi più importanti di regole e regole più importanti di principi³⁷. Ciò produce conseguenze interessanti nei casi in cui più regole e principi concorrono alla soluzione dello stesso caso – come vedremo subito.

Un terzo ordine di fattori per determinare il peso di una norma è relativo alle circostanze rilevanti nel contesto di applicazione della norma stessa, circostanze fattuali (la possibilità concreta di attuazione della norma in base alle

³⁵ MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., p. 183; M. Jori, *Saggi di meta-giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 301-332 (p. 302: «i principi [...] evidenziano, o 'portano scritto in faccia', il valore o i valori che possono giustificare l'accettazione dei principi stessi»); Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 432-433.

³⁶ In particolare, ad essere perfettamente sostituibili sono le regole che rappresentano soluzioni di problemi di coordinazione puri, nei quali ciò che è importante è, essenzialmente, che una regola vi sia (il caso della guida sul lato sinistro o destro della strada esemplifica esattamente una situazione del genere). In altri casi, sostituire una regola con un'altra può indubbiamente fare differenza – il che rende ancora più evidente la dimensione dell'importanza delle regole.

³⁷ Si può ragionevolmente ipotizzare che, nell'ordinamento italiano attuale, la regola che punisce l'omicidio sia considerata più importante del principio di conservazione degli atti normativi.

risorse disponibili) e normative (l'esistenza di altre norme concorrenti o confliggenti)³⁸.

Tra le circostanze normative che influiscono sulla determinazione del peso di una norma occorre considerare anche il ruolo di alcuni “meta-principi”, o meglio di principi che non hanno un contenuto sostanziale ma che riguardano piuttosto, in senso lato, il funzionamento della “macchina del diritto”, per usare una metafora cara al realismo giuridico³⁹: mi riferisco a principi come la certezza del diritto, la separazione dei poteri, il principio di legalità, il divieto di *non liquet*, l'ossequio a precedenti decisioni dello stesso organo giurisdizionale o di organi gerarchicamente più elevati, ecc.; tutti questi possono essere chiamati principi istituzionali o più genericamente fattori istituzionali⁴⁰.

Ora, se torniamo alla distinzione tra regole e principi, e se teniamo presente che la dimensione del peso è graduale (il peso può essere maggiore o minore), relazionale (alcune norme “pesano” più di altre), e contestuale (il peso dipende dalle circostanze di applicazione della norma), possiamo trarre alcune conseguenze interessanti.

In primo luogo, in relazione a certe circostanze di fatto un principio può essere considerato meno importante di un altro – può contribuire meno di un altro alla decisione di un caso. In altre parole, un principio può essere reso defettibile dal concorso di principi più importanti. In relazione alle circostanze, un principio può anche essere considerato meno importante di una regola: ciò accade quando l'applicazione della regola contrasta con un principio e tuttavia vi sono buone ragioni per applicare comunque la regola⁴¹.

In secondo luogo, un principio P₁, in date circostanze può essere “sconfitto” da un altro principio P₂, mentre in circostanze diverse lo stesso principio P₁ può risultare prevalente sul (più importante del) principio P₂ (sul punto v. anche § 2.3).

In terzo luogo, dato un insieme di norme relative ad una stessa materia, è possibile che alcune vengano considerate più importanti di altre, e in particolare che le prime vengano considerate come ciò che giustifica le seconde – ne sono il fondamento, la *ratio*. Tipicamente, le norme cui è riconosciuto un

³⁸ Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit.; Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86; Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 32.

³⁹ V. S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 11-219.

⁴⁰ Sul ruolo di fattori di questo tipo nell'applicazione dei principi, v. Perry, *Two Models of Legal Principles*, cit.

⁴¹ Si veda Schauer, *Le regole del gioco*, cit., pp. 291-293, sul ruolo della “priorità locale” nei casi di concorso tra regole, e tra le regole e le loro giustificazioni (= principi).

valore giustificativo di altre norme saranno chiamate principi⁴², mentre le regole saranno considerate una specificazione, una concretizzazione dei principi. Questo è un rapporto assiologico, non cronologico: è del tutto indifferente, ad esempio, che le regole siano state promulgate prima del principio (se di principio espresso si tratta). Ciò comporta che quelle regole dovranno essere rese (dagli interpreti, o dal legislatore) congruenti con il principio che le giustifica⁴³. In altre parole, qualificare una norma come principio e altre norme come regole è un modo per instaurare, tra quelle norme, una gerarchia assiologica⁴⁴.

In quarto luogo, non solo i principi ma anche le regole funzionano secondo la logica del peso: detto più precisamente, anche l'applicazione di regole può essere variamente influenzata da questioni relative al peso o alla "importanza" della regola da applicare rispetto ad altre norme rilevanti. Che anche alle regole si addica la dimensione del "peso", in realtà, è implicato anche dalla teoria della distinzione forte tra regole e principi, secondo cui le regole si applicherebbero con la logica categorica del tutto-o-niente⁴⁵: infatti, se davvero fosse questa la "logica" dell'applicazione delle regole, allora si dovrebbe dire che le regole, in presenza delle proprie condizioni di applicazione, hanno un peso assoluto, o infinito⁴⁶, mentre i principi hanno un peso graduale. Tuttavia, poiché il peso è una caratteristica graduale e relazionale, è falso che le regole abbiano un peso assoluto – vedremo tra breve le conseguenze di ciò in sede di applicazione (§ 2.7).

2.4. Relazioni tra principi

Dalla genericità e indeterminatezza dei principi deriva *a*) che molto probabilmente, in singoli contesti di applicazione, più principi sono destinati ad entrare in rotta di collisione tra loro (a causa dell'ampiezza della fattispecie e della genericità delle conseguenze dei principi), e *b*) che le ipotesi di collisione non

⁴² Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 262-263; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 282-283; Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 429; Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 376-377; B. Pastore, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in "Diritto privato", 2001-2002, p. 79.

⁴³ Sul concetto di coerenza, o congruenza, normativa, cfr. G. Pino, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1, 1998, pp. 84-126.

⁴⁴ Sulla nozione di gerarchia assiologica, e i suoi effetti sul piano dell'argomentazione giuridica, Pino, *Norme e gerarchie normative*, in "Analisi e diritto", 2008 (in corso di stampa).

⁴⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 22-28; Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 213-218.

⁴⁶ Sul punto, Alexander, Sherwin, *The Rule of Rules*, cit., p. 159.

siano esattamente predeterminabili (a causa dell'indeterminatezza delle conseguenze dei principi).

Questa idea viene intesa talvolta nel senso che il conflitto tra principi può essere apprezzato solo al momento dell'applicazione a casi concreti⁴⁷. Ma questa non mi sembra una formulazione corretta del problema: infatti è senz'altro possibile raffigurarsi in astratto ipotesi di conflitto tra principi (il che peraltro rende possibile l'istituto del controllo preventivo di costituzionalità esistente in alcuni ordinamenti); il punto piuttosto è che, a causa della loro genericità e indeterminatezza, in molti casi non sarà possibile *prevedere in anticipo* tutte le possibili ipotesi in cui i principi entrano in conflitto tra loro: le aree di conflitto sono indeterminate (il che rende il controllo preventivo di costituzionalità, in molti casi, insoddisfacente).

Le potenziali interferenze (collisioni, sovrapposizioni) tra principi rendono necessario ricorrere ad operazioni di bilanciamento, armonizzazione, specificazione, concretizzazione dei principi rilevanti⁴⁸. Di solito, l'esito di queste operazioni assume la forma di una regola, legislativa o giurisprudenziale a seconda del soggetto che ha svolto quelle operazioni⁴⁹. Così, le regole del codice della strada sono un bilanciamento (legislativo) tra principi quali: la libertà di circolazione (degli automobilisti, dei pedoni), la tutela della salute, la libertà di iniziativa economica (di chi fa circolare merci), l'ordine pubblico, ecc.

⁴⁷ L'affermazione è molto ricorrente nella letteratura sui principi; cfr. ad es. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 35-37; Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 149, 171; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 219, 228-229.

⁴⁸ Di diversa opinione L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1: *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 585, secondo cui «nella maggior parte dei casi [...] i principi si applicano alle loro violazioni senza che intervengano bilanciamenti e neppure, più che in altri giudizi, opzioni soggettive di valore». Concordo con l'affermazione che le opzioni *soggettive* di valore non necessariamente intervengono, qui, in maniera qualitativamente diversa rispetto all'interpretazione e applicazione di regole. Non trovo invece convincente, per le ragioni indicate nel testo, l'affermazione che l'applicazione dei principi non richieda, nella maggior parte dei casi, bilanciamenti – al contrario, si potrebbe piuttosto affermare che le ipotesi di applicazione categorica di un principio sono le più rare, e che spesso il principio applicato categoricamente è stato previamente oggetto di una opportuna delimitazione (anche alla luce di altri principi). In ogni caso, l'esempio che Ferrajoli adduce come applicazione meramente sussuntiva di un principio (le discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza) sembra infelice, perché l'applicazione del principio di uguaglianza comporta *necessariamente*, e non contingentemente, valutazioni sostanziali sulla ammissibilità, ragionevolezza, ecc., di una certa discriminazione legislativa (fare distinzioni è, in un certo senso, parte del lavoro quotidiano del legislatore).

⁴⁹ Sulla «funzione normogenetica» dei principi cfr. Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., pp. 515, 531; F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pp. 4, 8-9; Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 219.

Ora: poiché non sono esattamente predeterminabili tutte le occasioni di collisione tra principi (cioè non sono esattamente predeterminabili tutte le circostanze fattuali in cui due principi possono interferire), e poiché il peso dei principi interessati può variare a seconda delle circostanze, allora anche l'esito ottimale di quelle operazioni di bilanciamento, armonizzazione ecc., non è del tutto predeterminabile. Detto in termini forse più chiari, nulla assicura che una regola, individuata come bilanciamento, concretizzazione e sintesi di più principi, sarà considerata ottimale in tutte le circostanze in cui è destinata ad applicarsi: vi potranno essere circostanze in cui il bilanciamento tra (quegli stessi) principi richiederebbe una regola diversa, così come è possibile che in circostanze non previste quella regola (e indirettamente i principi che la giustificano) entri in conflitto con altri principi⁵⁰. La misura in cui la regola, o più probabilmente il *corpus* di regole, prodotta come bilanciamento di più principi sarà tendenzialmente aperta a successive revisioni, oppure tendenzialmente impermeabile ad esse, dipenderà da vari fattori – principalmente sintetizzabili nel “peso” che in quella cultura giuridica è attribuito per un verso alla “fedeltà” al tipo di autorità che ha prodotto quelle regole⁵¹, e per altro verso alle esigenze sostanziali di giustizia e di adattamento delle regole ai casi concreti, nonché ovviamente ai singoli principi sostanziali rilevanti nel caso.

L'interazione tra principi, infine, non assume solo la forma del conflitto e della reciproca limitazione, ma anche quella della interdipendenza: il significato e la realizzazione di un principio sono spesso condizionati da altri principi. Mentre nel caso della collisione i principi si limitano reciprocamente, nel caso della interdipendenza i principi si rafforzano e si sostengono reciprocamente⁵². Questo diventa particolarmente evidente quando più principi sono espressamente codificati, ad esempio in un testo costituzionale, perché in questo caso vi è una forte presunzione che i singoli principi siano parte di un tutto, che contribuiscano e concorrano alla realizzazione di un complessivo progetto etico-politico.

⁵⁰ Sui conflitti “verticali” e “diagonali” tra regole e giustificazioni: cfr. Schauer, *Le regole del gioco*, cit., pp. 291-292; v. anche Á. Rodenas, *Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial*, in “Doxa”, 1998, 21-I, pp. 99-212 (spec. p. 117).

⁵¹ Così, a seconda della cultura giuridica rilevante, può essere diverso il grado di deferenza che singole categorie di interpreti riconoscono all'autorità legislativa, a quella giurisdizionale, a quella sapienziale, o a quella amministrativa, con la conseguenza che diversa sarà la “rigidità” delle regole prodotte dal legislatore, dalla giurisprudenza, dai giuristi, dall'amministrazione, ecc.

⁵² V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 275-276; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123.

2.5. L'individuazione dei principi

Negli ordinamenti giuridici contemporanei costituzionalizzati, dotati di costituzione lunga, rigida e garantita, accade che molti principi siano espressamente proclamati in disposizioni costituzionali (la Costituzione italiana contiene una sezione testualmente intitolata ai “principi fondamentali”). In tali contesti, la nozione di principio fondamentale è dunque coestensiva con quella di principio costituzionale e, almeno presuntivamente, i principi non costituzionali non potranno essere considerati fondamentali, ma tutt'al più “general”, o settoriali; inoltre, l'esistenza di questi ultimi sarà giustificata nella misura in cui potranno essere resi compatibili con i principi costituzionali⁵³.

Tuttavia, questa affermazione necessita di tre precisazioni:

a) non sempre è chiaro se una disposizione costituzionale esprima una regola o un principio;

b) è generalmente ammessa la possibilità di individuare principi impliciti, ai quali peraltro si può riconoscere anche valore costituzionale (ce ne occuperemo nel paragrafo seguente);

c) principi possono essere tratti anche da ulteriori fonti cui venga riconosciuto carattere di supremazia materiale o assiologica, come ad esempio, nell'esperienza giuridica attuale, l'ordinamento comunitario, o vari strumenti internazionali come la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza). Da un punto di vista strettamente teorico, l'individuazione di questi principi non suscita problemi qualitativamente differenti rispetto ai problemi sub a) e b), in quanto si tratterà o di principi esplicitamente formulati (con la necessità in tal caso di argomentare che effettivamente di principio si tratta), o di principi impliciti. Vi è però, in alcuni dei casi menzionati, l'onere aggiuntivo per l'interprete di dimostrare l'importanza e applicabilità nell'ordinamento italiano dei principi così individuati.

Per quanto riguarda il problema sub a), esso deriva chiaramente dalla natura graduale e relazionale delle caratteristiche che rendono una norma principio o regola. Se le caratteristiche distintive tra regole e principi sono di tipo quantitativo e graduale, allora è possibile collocare *tutte* le norme lungo uno spettro, che vede ad una estremità le norme molto specifiche e determinate (regole), e all'altra estremità le norme molto generiche e indeterminate (principi). Nel situare singole norme in

⁵³ Ad esempio, sono note alcune riletture del principio (codicistico) della buona fede alla luce del principio (costituzionale, ex art. 2) di solidarietà; cfr. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1965.

qualche punto tra queste due estremità, si potrà certamente tenere conto di alcuni indicatori linguistici: le disposizioni che esprimono regole conterranno termini precisi, termini tecnici (che delimitano esattamente la fattispecie), mentre le disposizioni che esprimono principi saranno formulate in maniera molto ampia, e la loro formulazione conterrà di solito termini dotati di connotazione valutativa (eguaglianza, libertà, ragionevolezza, correttezza, ecc.). E all'interno di questo spettro avremo numerosi casi di confine, in cui non disponiamo di argomenti conclusivi a favore dell'affermazione che una certa norma sia una regola o un principio.

Specialmente in questi ultimi casi, la qualificazione di una norma come regola o come principio dipende dalle opzioni e dalle pratiche interpretative e argomentative degli interpreti (i “servizi della dottrina”)⁵⁴, e dal modo in cui gli interpreti intendono poi “usare” quella norma. Così, una norma frutto di interpretazione estensiva potrà tendenzialmente assomigliare ad un principio, mentre una norma frutto di interpretazione restrittiva o *a contrario* potrà tendenzialmente assomigliare a una regola. E, una volta qualificata la norma come regola o come principio, sarà poi utilizzata nell'argomentazione come regola (ad esempio, “proteggendola” contro eccezioni non previste), o come principio (ad esempio, bilanciandola con altri principi).

2.6. L'elaborazione di principi impliciti

Mentre molti principi sono espressamente formulati nella Costituzione o in altri documenti normativi (principi espliciti), altri principi utilizzati dai giuristi non sono direttamente riconducibili ad una specifica disposizione: si tratta dunque di principi impliciti, ricavati in via argomentativa a partire da altre norme costituzionali, tra cui altri principi a loro volta.

Schematicamente, l'elaborazione dei principi impliciti può procedere in due direzioni: “dal basso verso l'alto” e “dall'alto verso il basso”. Nel primo caso, si

⁵⁴ Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., p. 178; J.C. Bayón, *Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas*, in “Doxa”, 1996, 19, pp. 143-162 (p. 158); Comanducci, *Assaggi di metateoria due*, cit., p. 87; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford U.P., Oxford, 1996, p. 20. La locuzione “servizi della dottrina” è mutuata da G. Tarello, *Diritto enunciati usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1974, pp. 329-361.

Come esempio di controversia sulla qualificazione di norme come regole o principi, cfr. A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 83-113 (che insiste nel qualificare le norme costituzionali come regole); e Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 881 («anche norme costituzionali formulate come regole sono spesso intese, nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali, come principi»).

assumono come punto di partenza alcune norme, e si cerca il principio (implicito) che le giustifica; nel secondo caso, si parte da alcuni principi (espliciti o impliciti) più generici, da cui si traggono altri principi (impliciti) più specifici.

Prima di analizzare questi due metodi di elaborazione di principi impliciti, è interessante notare che la posizione di un principio implicito in relazione alle gerarchie normative accreditate nell'ordinamento è solitamente fatta dipendere, per transitività, dalla posizione delle norme da cui esso viene derivato; e questo è vero sia nella costruzione di principi "dal basso" che "dall'alto". Così, ad un principio implicito ricavato da norme costituzionali sarà riconosciuta a sua volta una valenza costituzionale, con la conseguenza che sarà idoneo a determinare l'invalidazione delle norme inferiori incompatibili⁵⁵.

La prima modalità di elaborazione di principi impliciti consiste dunque nell'individuare un principio (implicito) che costituisce la giustificazione di altre norme.

Questo procedimento è spesso ricondotto allo schema logico dell'induzione o generalizzazione: un ragionamento che a partire da norme particolari perviene alla costruzione di una norma più generale o generica – il principio⁵⁶. Tuttavia si può dubitare che il concetto di induzione sia idoneo a rendere conto del procedimento di elaborazione dei principi impliciti. Infatti, la generalizzazione induttiva è un procedimento logico che, a partire dall'osservazione di *alcuni* oggetti appartenenti ad una data classe, perviene a generalizzazioni probabilistiche sulle caratteristiche di *tutti* gli oggetti appartenenti a quella classe; una importante variante del procedimento induttivo è poi l'induzione per analogia, in base alla quale a partire dall'osservazione di *alcuni* oggetti appartenenti ad una data classe (o anche di uno solo), si perviene a generalizzazioni probabilistiche sulle caratteristiche di *un altro oggetto* appartenente a quella classe⁵⁷. Dunque, se applicato al diritto, un

⁵⁵ Cfr. ad es. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 114: «sul versante dei principi inespressi, occorre anzitutto rilevare che molti fra di essi sono ormai di rango costituzionale: il che rende illegittime le leggi ordinarie incompatibili, a prescindere dalla circostanza che l'identificazione di tali parametri sia stata operata della Costituzione formalmente intesa».

⁵⁶ Cfr. ad es. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, cit., p. 320; R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 173-201 (spec. p. 191); *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 209; L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in "Diritto del lavoro", 1992, 1, pp. 3-12 (spec. p. 4); M. Van Hoecke, *The Use of Unwritten Legal Principles by Courts*, in "Ratio Juris", vol. 8, 1995, pp. 248-260 (spec. p. 258).

⁵⁷ Sull'induzione generalizzante e l'induzione per analogia, cfr. A. Varzi, J. Nolt, D. Rohatyn, *Logica*, McGraw-Hill, Milano, 2007², cap. IX.

ragionamento induttivo potrebbe funzionare più o meno così: a partire dalle norme N_1 , N_2 , N_3 , che disciplinano una certa materia ed esibiscono la caratteristica X, si giunge alla conclusione che tutte le norme relative a quella materia hanno (o meglio, devono avere) la caratteristica X (induzione per generalizzazione); oppure, a partire dalle norme N_1 , N_2 , N_3 , che disciplinano una certa materia ed esibiscono la caratteristica X, si giunge alla conclusione anche la norma (implicita) N_4 , relativa a quella stessa materia, deve avere la caratteristica X (induzione per analogia).

Se tutto questo è corretto, ne deriva che il ragionamento induttivo non è in grado di spiegare il procedimento di elaborazione dei principi impliciti. Infatti, diversamente dalla generalizzazione, l'elaborazione di un principio implicito non equivale all'affermazione che *tutte le norme* che disciplinano una certa materia hanno certe caratteristiche (consiste invece nell'elaborazione di *una ulteriore norma*, rispetto a quelle di partenza); e, diversamente dall'analogia, l'elaborazione del principio implicito non consiste nell'individuazione di una norma, ulteriore a quelle di partenza, *che abbia in comune con esse alcune caratteristiche*, ma piuttosto nell'elaborazione di una norma *che giustifica* le norme di partenza, e spiega perché esse hanno quella caratteristica.

È allora più utile ricorrere al diverso concetto di abduzione, o “inferenza alla spiegazione migliore”⁵⁸: una inferenza di questo tipo è infatti una inferenza che, a partire dall'osservazione di un fenomeno (nel nostro caso, una o più norme) che esibisce certe caratteristiche, formula un'ipotesi che spieghi la presenza di quelle caratteristiche; questa inferenza è resa più o meno plausibile dal concorrere di una serie di circostanze, tra cui: la quantità e qualità (in un senso che sarà chiarito tra breve) dei dati di partenza del ragionamento; le altre conoscenze di cui si dispone; la circostanza che, in assenza di quella spiegazione, il fenomeno da analizzare non esibirebbe quelle caratteristiche; e in generale l'assenza di spiegazioni migliori⁵⁹.

Se applichiamo lo schema dell'inferenza abduttiva all'argomentazione giuridica, abbiamo un'argomentazione di questo tipo:

a) nell'ordinamento esistono le norme N_1 , N_2 , N_3 , che esibiscono la caratteristica X;

⁵⁸ Sull'inferenza alla spiegazione migliore (*inference to the best explanation*), v. A. Iacona, *L'argomentazione*, Einaudi, Torino, 2005, pp. 68-70.

⁵⁹ Sulla scarsa idoneità del modello induttivo per rendere conto della costruzione di principi impliciti, v. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 440 ss.; G. Carcaterra, *Indizi di norme*, in “Sociologia del diritto”, 2002, 3, pp. 123-139 (che avvicina esplicitamente la costruzione di principi al ragionamento abduttivo); Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 294.

b) è plausibile che le norme N_1, N_2, N_3 , esibiscano la caratteristica X perché sono la concretizzazione, specificazione, sviluppo di uno stesso principio P ;

c) il principio P spiega meglio di altri possibili principi l'esistenza della caratteristica X nelle norme esaminate;

d) e d'altronde, se non esistesse il principio P , non si spiegherebbe perché quelle norme hanno la caratteristica X ;

e) dunque, nell'ordinamento esiste il principio (implicito) P .

Questo schema esemplificativo può essere complicato a piacimento: così, i dati di partenza (posti sopra in *a*) possono essere tanto regole che principi, o anche un'unica regola o principio; tanto norme espresse che norme implicite; può trattarsi di norme legislative o di precedenti giudiziari, di atti dotati di efficacia solo persuasiva o programmatica (atti di indirizzo, raccomandazioni, pareri, ecc.), o addirittura di disegni di legge in attesa di conversione; di norme positive o orientamenti giurisprudenziali provenienti da altri ordinamenti o dal diritto internazionale (Patti, Trattati, sentenze di corti di giustizia internazionali, ecc.), e così via: il limite al tipo di fattori che possono essere presi in considerazione è contingente alla cultura giuridica di riferimento – all'ideologia delle fonti del diritto e ai criteri di accettabilità degli argomenti giuridici ivi accreditati. A costituire l'ipotesi esplicativa (posta in *b* e in *e*) può essere un unico principio, oppure un bilanciamento di più principi contrapposti, oppure ancora l'interpretazione di un principio alla luce di altri principi (sulle varie interazioni tra principi v. § 2.4).

L'abduzione non è, come è noto, un procedimento dotato di cogenza logica: la conclusione di cui al punto *e*) è solo probabile o plausibile, e il grado di plausibilità dell'inferenza abduttiva dipenderà da fattori quali: la qualità (il "peso") dei dati normativi di partenza, come esemplificati poco sopra, e l'ampiezza del campo di applicazione del principio così ricavato⁶⁰; una valutazione di adeguatezza morale del principio implicito individuato, nel senso che quel principio è considerato non solo idoneo a giustificare i dati normativi

⁶⁰ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 40 («quanto maggiore è il supporto [istituzionale] di un principio, tanto maggiore è il suo peso»); Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., p. 520. Nulla, nel concetto di abduzione, vieta che un principio giustifichi una sola (altra) norma. Tuttavia, un tratto ricorrente nella cultura giuridica è la ricerca della coerenza: cercare principi che si applicano a vari settori dell'ordinamento giuridico, e che in tal modo fanno assomigliare l'ordinamento giuridico ad un tutto armonico. Di conseguenza, un principio dal campo di applicazione molto limitato non è spesso considerato un "buon" principio giuridico, e può essere sconfitto da (considerato meno importante di) principi dal campo di applicazione più ampio.

esistenti, ma anche desiderabile in sé⁶¹. Tra questi ordini di fattori si danno complessi rapporti, ed è lecito pensare che essi si influenzino a vicenda in una sorta di mutuo aggiustamento e di equilibrio riflessivo. Così, in definitiva, sia l'individuazione dei dati normativi rilevanti, che il peso specifico di tali dati, dipendono dalla cultura giuridica o ideologia delle fonti del diritto di riferimento⁶².

Ho detto che tra i fattori che rendono più o meno plausibile l'inferenza abduttiva con cui si ricava un principio implicito vi è anche una valutazione di adeguatezza morale del principio così ricavato. Questo non significa tuttavia che i principi giuridici siano del tutto equivalenti a (e coestensivi con) i principi morali. Piuttosto, un principio che appare in sé moralmente meritevole sarà variamente rielaborato e “filtrato” alla luce dei dati normativi esistenti e della cultura giuridica condivisa⁶³.

Si noti che quanto più si sale a maggiori livelli di genericità e “fondamentalità” del principio o comunque della norma da giustificare, tanto più si entrerà nella sfera dei principi “totalmente inespressi”: principi privi di qualsivoglia formulazione, talvolta anche la più indiretta, nelle fonti del diritto, e che però si ritiene informino lo spirito dell'ordinamento giuridico o della cultura giuridica di riferimento⁶⁴ – come il principio della separazione dei

⁶¹ Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 324-328; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 40, 340-341; Perry, *Two Models of Legal Principles*, cit., pp. 800-801 e *passim*.

⁶² Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, cit., pp. 322-324; Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 441-443.

⁶³ Questo rimanda ad un problema spinoso: se sia possibile che un principio giuridico sia moralmente ingiusto (cfr. in proposito Alexander, Sherwin, *The Rule of Rules*, cit., cap. 8; J. Waldron, *The Need for Legal Principles*, in “Iowa Law Review”, 82, 1997, pp. 857-865). Come si evince dal testo, ritengo che la risposta sia negativa: è del tutto implausibile che tutti o la maggior parte dei partecipanti ad una pratica giuridica considerino moralmente aberranti i principi che informano quella pratica; se un principio che un tempo sembrava moralmente adeguato ed opportuno viene gradualmente screditato nella cultura giuridica, esso verrà abbandonato (non sarà più usato come principio). Se invece adottiamo il punto di vista di un singolo giudice che, ai fini della decisione, deve prendere in considerazione un principio giuridico che ritiene moralmente scorretto, possono verificarsi le ipotesi seguenti: *a*) potrà considerare quel principio talmente radicato nella pratica giuridica da non poterne prescindere (lo considera alla stregua di una regola); *b*) potrà mitigarne e limitarne l'applicazione facendolo interagire con altri principi concorrenti o concomitanti.

In tutti questi casi, dunque, i principi giuridici non sono mai perfettamente trasparenti ed equivalenti rispetto ai principi morali della comunità di riferimento o del singolo giurista, perché l'individuazione e l'applicazione dei principi giuridici è comunque condizionata dal supporto istituzionale fornito dalla pratica giuridica.

⁶⁴ Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 428; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 278.

poteri⁶⁵, il principio della certezza del diritto, il principio dell'obbligatorietà della legge⁶⁶, o il principio *jura novit curia*⁶⁷.

Un'altra modalità di creazione di principi impliciti, abbastanza affine all'elaborazione "dal basso", consiste poi nella derivazione di principi impliciti a partire dalla "natura delle cose" – da una supposta struttura necessaria intrinseca in certi rapporti o istituti ecc.⁶⁸. Così, ad esempio, partendo dall'osservazione che l'istituto "famiglia" ha certe caratteristiche costanti e legate ad una presunta "funzione antropologica", tali da essere considerate sostanzialmente "naturali" (ad es., una famiglia nascerebbe dall'unione di due persone di sesso diverso a fini procreativi), si elevano tali caratteristiche allo status di principio (implicito) fondamentale per quell'istituto, destinato ad influire sulle regole esistenti, o anche su eventuali ipotesi di riforma di quelle esistenti⁶⁹ (proseguendo nel nostro esempio: restrizioni o divieti sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, o sull'adozione o sulla fecondazione assistita da parte di individui non coniugati, ecc.).

L'argomento naturalistico ha molteplici usi nel diritto, alcuni dei quali del tutto ovvi: la regolamentazione giuridica di una certa materia deve presupporre una adeguata conoscenza e comprensione delle caratteristiche di quella materia stessa; così, ci aspetteremmo che una regolamentazione giuridica ad es. dei rifiuti tossici presupponga adeguate valutazioni di tipo chimico e tossicologico; che una regolamentazione giuridica del consenso informato ai trattamenti sanitari e terapeutici presupponga una adeguata definizione di cosa è e cosa non è un trattamento terapeutico; che una regolamentazione giuridica delle pratiche *antitrust* presupponga una adeguata conoscenza del funzionamento del mercato. È quindi del tutto ovvio che il diritto (il legislatore, l'interprete) debba o possa prestare

⁶⁵ Per una recente applicazione del principio della separazione dei poteri, cfr. Corte costituzionale n. 334/2008 (inammissibilità di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, promosso dai due rami del Parlamento avverso una sentenza della Corte di Cassazione con la quale era stato individuato un principio di diritto a valere per un caso non regolato dalla legge).

⁶⁶ Cfr. Corte costituzionale n. 74/1975: «L'esigenza che ogni norma emanata nei modi di legge sia applicabile a tutti coloro che ne siano destinatari, costituisce principio fondamentale di ogni ordinamento giuridico». V. però Corte costituzionale n. 364/1988, per una successiva precisazione e delimitazione della portata di questo principio, con riferimento alla conoscibilità delle leggi penali.

⁶⁷ Il principio *jura novit curia* si ritiene recentemente codificato, ma con riferimento al solo diritto internazionale privato, dall'art. 14, l. n. 218/1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato).

⁶⁸ Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 277; Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 380 (sulle possibili sovrapposizioni tra argomento naturalistico e argomento dei principi); Van Hoecke, *The Use of Unwritten Legal Principles by Courts*, cit., pp. 251-252.

⁶⁹ Ragion per cui l'argomento naturalistico è anche denominato "argomento del legislatore impotente": Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 378.

attenzione alla “natura” di un certo fenomeno, eventualmente facendo ricorso ad indagini scientifiche di vario tipo, e che una regolamentazione giuridica possa essere valutata in base ai parametri provenienti dalle discipline scientifiche o comunque extra-giuridiche che si occupano “professionalmente” di quel fenomeno.

Spesso però l'uso giuridico dell'argomento naturalistico si rivela alquanto rozzo dal punto di vista epistemologico, a causa del modo disinvolto e apodittico con cui vengono individuate le presunte strutture essenziali e fondamentali di certi rapporti sociali o di certi istituti, da cui trarre precetti o principi di condotta – che non di rado coincidono del tutto con le preferenze etiche di chi individua tali strutture fondamentali⁷⁰. Questo è particolarmente ricorrente quando il fenomeno osservato non è in alcun modo valutabile in termini di una indagine puramente scientifico-naturalistica, ma si tratta invece di fenomeni o istituti puramente sociali e culturali, o di fenomeni naturali dotati di particolare rilevanza etica (ad es. relativi alla salute, o alla riproduzione della vita umana e animale).

Non sto dicendo che l'argomentazione etico-normativa non ha spazio nel diritto, o che il diritto non possa o debba farsi carico di istanze di tipo etico – un'affermazione simile sarebbe semplicemente assurda. Sto dicendo esattamente il contrario: che in questi casi ciò di cui c'è bisogno è proprio un'argomentazione etica sostanziale, che dovrebbe essere presentata e difesa come tale, senza farsi scudo di una supposta e non dimostrata realtà “naturale” oggettivamente valida e immutabile.

Ad ogni modo, non devono essere sottovalutate le notevoli potenzialità retoriche di simili strategie argomentative, a causa della forza persuasiva che sortisce qualsiasi appello a rispettare una supposta necessità “naturale”, l'ordine naturale delle cose, o a scongiurare di imboccare percorsi “contro natura”⁷¹. Per rendersene conto, basterebbe riformulare l'argomento naturalistico nel più neutro argomento della funzione tipica o “normale”, o anche della *ratio*, di un certo istituto: mentre suona aberrante distorcere la struttura naturale di un istituto, non sembra altrettanto drammatico applicare un istituto al di fuori della sua funzione tipica, almeno se ciò appare sorretto da adeguate ragioni.

La seconda modalità di creazione di principi impliciti è pressoché simmetrica alla prima, e consiste nel derivare principi più specifici a partire da principi più generici. In questo caso cioè il percorso giustificatorio è inverso:

⁷⁰ Sul punto cfr. anche P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 96.

⁷¹ S. Pollo, *La morale della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2008, spec. capp. 3-6

dato il principio di partenza P_1 , l'interprete si chiede quali altri possibili principi P_2 , P_3 ecc. siano da esso giustificati, richiesti o implicati.

La già menzionata funzione normogenetica dei principi si esprime dunque non solo nella possibilità che un principio sia attuato tramite regole (cfr. *supra*, § 2.4), ma anche nella possibilità che un principio generi ulteriori principi, impliciti, che ne rappresentano una concretizzazione e specificazione. Così, ad esempio, il principio del pluralismo informativo viene desunto dal principio della libertà di manifestazione del pensiero⁷²; e il principio di ragionevolezza è ricavato dal principio di uguaglianza (art. 3 cost.). Anche in questo caso non si tratta di un'operazione di carattere logico-deduttivo, ma di tipo retorico-persuasivo, il cui grado di persuasività dipende nuovamente dai dati normativi di partenza (i principi da concretizzare, la loro eventuale formulazione, eventuali precedenti, ecc.), da fattori culturali, e da valutazioni sostanziali – in particolare, da un giudizio di adeguatezza “strumentale” del principio implicito così elaborato, a servire come adeguata concretizzazione e sviluppo del principio di partenza.

2.7. *L'applicazione dei principi*

Tutto quanto detto fin qui sulla struttura, il peso e l'individuazione dei principi ha immediate ripercussioni sul profilo dell'applicazione dei principi.

Come abbiamo già visto (§ 1), un'idea piuttosto diffusa nella letteratura teorica sui principi è che essi non si applicano con una logica conclusiva o del tutto-o-niente o “categorica” (come invece le regole), ma piuttosto con una logica “ponderativa” e particolaristica, la logica del peso e dell'importanza valutata in base a tutte le circostanze rilevanti, al soppesamento di più principi contrapposti, e così via.

Inoltre, poiché la qualificazione stessa di una norma come regola o come principio dipende da operazioni interpretative, è possibile che tale qualificazione sia, almeno a volte, funzionale alla possibilità di assoggettare, o di non assoggettare, la norma in questione alle operazioni argomentative tipiche dell'applicazione di regole o di principi. Così, visto che un principio si presta ad alcune operazioni argomentative (il bilanciamento, il soppesamento con altri principi, l'introduzione di eccezioni implicite), operazioni che invece sono tendenzialmente precluse per le regole, allora una norma sarà qualificata

⁷² Cfr. ad es. Corte costituzionale nn. 105/1972 e 94/1977.

come principio *proprio perché* la si vuole assoggettare a quelle operazioni argomentative⁷³.

Un primo contesto di applicazione di un principio è conseguente all'individuazione – per via di abduzione (§ 2.6) – di un principio come giustificazione di un insieme di altre norme (regole, o anche principi a loro volta). Infatti, una simile operazione raramente si limita ad essere solo “riassuntiva” o “esplicativa”: una volta individuato, il principio giustificativo retroagisce sulle norme giustificate, richiedendo che esse siano interpretate in maniera conforme al principio stesso, eventualmente rendendole defettibili, integrando alla luce del principio eventuali lacune di disciplina, e così via. In altre parole, il principio individuato a partire da una serie di norme non si limita a fornire una spiegazione più elegante, coerente e chiara del complesso di norme di partenza, ma ne ri-orienta l'interpretazione e l'integrazione.

Un secondo contesto di applicazione di un principio consiste nella sua “trasformazione” in regola. Questo solitamente accade in esito ad una operazione di bilanciamento con altri principi, attraverso un'opera di concretizzazione che è di solito condizionata anche dall'esistenza di altri principi, nella duplice direzione della concorrenza o della collisione tra principi diversi (v. § 2.4)⁷⁴. Questa attività di concretizzazione di un principio non è condizionata solo da altri principi, ma anche da altre *regole* presenti nel sistema; in molti contesti può infatti accadere che una regola sia considerata sufficientemente “pesante” da resistere alla spinta opposta proveniente da un principio.

A questo proposito è interessante notare che spesso il principio soccombente condiziona comunque l'applicazione del principio (o regola) prevalente: in altri termini, potendo un principio (norma generica) essere applicato e concretizzato in modi diversi, è possibile individuare modalità diverse di applicazione di un principio, che determinano gradi diversi di interferenza con i principi concorrenti. Nella letteratura teorica sui principi questo concetto, difficilmente formalizzabile, è spesso reso ricorrendo a nozioni metaforiche come quella di «elasticità» o «flessibilità» o «gradualità» dei principi⁷⁵.

⁷³ Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., p. 89; Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, cit., p. 302.

⁷⁴ Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., p. 516; Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 367; Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 296-301; Pastore, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, cit., p. 79.

⁷⁵ Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., p. 522 (sull'«elasticità» dei principi); J. Stone, *From Principles to Principles*, in “Law Quarterly Review”, 97, 1981, pp. 224-252, p. 233 (i principi

Dunque, se per applicazione di un principio intendiamo qualsiasi contesto argomentativo in cui un principio è influente, possiamo notare che in alcuni contesti l'influenza di un principio è più immediata e in altri è più indiretta; tuttavia tale influenza non è mai *del tutto immediata*, perché un principio, implicito o esplicito, non può essere applicato direttamente ad un caso: ciò a causa della genericità e indeterminatezza dei principi. Ed è possibile che, in questo processo di applicazione di un principio, una regola sia resa defettibile da parte di un principio⁷⁶, o che regole e principi “interagiscano” in vario modo⁷⁷: ad esempio, la formulazione e l'interpretazione di una regola spesso sono influenzate dai principi rilevanti, come tipicamente accade nel caso dell'interpretazione adeguatrice.

Se è così, allora diventa evidente che anche l'applicazione di regole ha un carattere gradualistico anziché tutto-o-niente, nel senso che anche una regola può essere disapplicata pur in presenza dei fatti indicati dalla fattispecie della regola, ed è soggetta a considerazioni di “peso”.

Questa è comunque, ancora una volta, una caratteristica graduale, che regole e principi esibiscono in misura diversa. Così, una regola sarà una norma la cui applicazione è tendenzialmente più conclusiva, più insulata rispetto a considerazioni estrinseche (valutazioni morali, principi concorrenti, considerazioni relative al “contesto”, ecc.), mentre un principio è una norma la cui applicazione è tendenzialmente più suscettibile di essere influenzata da considerazioni di quel tipo. E di conseguenza, una volta qualificata una norma come regola o come principio, se ne faranno discendere (ovvero, *non* se ne faranno discendere) determinate conseguenze relative alla logica operativa della norma stessa: la più o meno ampia possibilità di ammettere eccezioni implicite, di applicare la norma secondo una logica gradualistica o di sottoporla

esibiscono «vari gradi di elasticità nel determinare i propri risultati»); Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 295 (i principi possono essere «realizzati in varia misura»); Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 879 (i principi hanno una «flessibile capacità di interagire tra loro»).

⁷⁶ Hart, *Postscript*, cit.; Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, cit.; Celano, *Principi, regole, autorità*, cit. Ironicamente, come è stato osservato da più parti (v. ad es. Hart, *Postscript*, cit., p. 262), questo è esattamente ciò che è accaduto nel caso *Riggs vs. Palmer*, utilizzato da Dworkin a supporto della sua teoria della distinzione forte tra regole e principi.

⁷⁷ Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, cit.; MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cap. IX; Schauer, *Le regole del gioco*, cit., p. 187; Hart, *Postscript*, cit., p. 262.

ad ulteriore interpretazione estensiva⁷⁸, a bilanciamento, a controlli di proporzionalità e ragionevolezza, ecc⁷⁹.

Per converso, in molti casi la convergenza tra regole e principi opera anche nella direzione opposta: anche i principi tendono a volte a dettare risultati precisi⁸⁰.

Intendo dire che, in molti casi, principi e altri standard normativi vaghi e connotati valutativamente sono sottoposti dai giuristi a rimaneggiamenti e tecnicizzazioni di vario tipo, al fine di renderli più facilmente “amministrabili” in sede giurisdizionale, e trasformare in sede applicativa quella che potrebbe essere una valutazione quasi sapienziale in una decisione proceduralizzata⁸¹ e quantomeno all’apparenza “tecnica”⁸². In questo modo, sebbene un principio è una norma la cui applicazione può avvenire in molti modi diversi, e richiede apprezzamenti valutativi e anche morali, nonché valutazioni legate al contesto di applicazione, ciò non vuol dire che tutte queste attività debbano essere ripetute *ex novo* ogni volta che sorge l’esigenza di applicare un principio: piuttosto, la pratica giuridica tenderà a “stabilizzare” il principio in casi paradigmatici, nel ricorso a definizioni, nel rispetto del precedente, e così via⁸³. Tutte queste tecniche sono un riflesso della peculiare natura del linguaggio giuridico come linguaggio amministrato⁸⁴, in cui il significato dei termini è condizionato dalla dimensione pragmatica rappresentata dalle procedure e dai contesti istituzionali in cui i termini devono essere usati.

⁷⁸ Cfr. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme*, cit., p. 192: «è sempre considerata giustificata l’interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale».

⁷⁹ Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, cit., p. 61: la “categorizzazione” (il modo tipico di operare delle regole) e il bilanciamento (il modo tipico di operare dei principi) non sono nettamente distinguibili: occupano piuttosto punti variabili lungo uno spettro continuo.

⁸⁰ F. Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, in “New Zealand Law Review”, 2003, pp. 304-328.

⁸¹ B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 101-142.

⁸² Per un esempio parzialmente affine, si veda Corte costituzionale n. 206/2004, sull’esigenza che il giudizio di equità rispetti i principi (giuridici) informativi della materia rilevante.

⁸³ Cfr. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, cit., p. 40 (il principio dello *stare decisis* «evita che si debba rifare tutto daccapo, ogni volta che insorge una disputa»).

⁸⁴ M. Jori, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in “Analisi e diritto”, 1995, pp. 109 ss.

3. IN CONCLUSIONE

In questo lavoro ho cercato di mostrare: *a)* che principi e regole sono due tipi di norme; *b)* che sono norme che esibiscono caratteristiche diverse, o meglio che esibiscono *in misura diversa* certe caratteristiche; *c)* che la qualificazione di una norma come regola o come principio dipende da operazioni interpretative, operazioni che comunque non si svolgono *in vacuo*, ma che hanno vari filtri di accettabilità; *d)* che, una volta qualificata una norma come regola o come principio, ne seguiranno determinate conseguenze sul piano dell'argomentazione – in altre parole, si faranno certe cose con regole, e certe altre con principi; *e)* che sia l'individuazione sia l'applicazione dei principi richiedono giudizi di valore e forme di argomentazione morale. Se le precisazioni che ho cercato di fare in questo saggio sono corrette, allora la categoria dei principi non può essere considerata una scatola vuota, una superfetazione foriera di confusioni concettuali: si tratta invece di una categoria utile alla comprensione e all'analisi del linguaggio giuridico.

Quali implicazioni seguono da tutto ciò per il positivismo giuridico? La presenza e il ruolo dei principi nel diritto sono davvero in grado di scardinare l'impianto giuspositivista? Di sicuro, la conseguenza più immediata è che, per mantenere la propria capacità esplicativa, il positivismo giuridico deve riconoscere il ruolo dell'argomentazione morale nel ragionamento giuridico. Personalmente credo che il positivismo giuridico possa rendere conto dell'argomentazione morale nel diritto senza dover rinunciare ai propri capisaldi teorici, e senza dover necessariamente ricorrere alle contorsioni teoriche prodotte dagli esponenti del positivismo inclusivo – ovviamente tutto dipende da come si intende definire il concetto di positivismo giuridico: come si intende articolare la tesi fondamentale della separazione tra diritto e morale, ad esempio. Ma la dimostrazione di questa tesi deve aspettare un'altra occasione.