

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

54
(2025)

GIORGIO PINO

LA DIALETTICA TRA REGOLE E PRINCIPI.
UNA APPROSSIMAZIONE
AL RAGIONAMENTO GIURIDICO

1. Di alcuni luoghi comuni su principi e regole. — 2. Regole e principi: tra teoria della norma e teoria del ragionamento giuridico. — 3. La dialettica di regole e principi nel ragionamento giuridico. — 3.1. I principi e l'interpretazione/applicazione delle regole. — 3.2. Le regole e l'interpretazione/applicazione dei principi. — 4. In conclusione. Il ragionamento giuridico: Ercole o Giano?

1. *Di alcuni luoghi comuni su principi e regole.*

Il dibattito sui principi giuridici non accenna a sopirsi, tanto tra i teorici del diritto quanto tra i giuristi positivi. A parte alcuni minimi punti fermi — specificamente, che l'argomentazione 'per principi' è una pratica ormai molto diffusa tra i giuristi — su quasi tutti gli aspetti dei principi la discussione è, da più di cinquant'anni, del tutto aperta: sulla natura dei principi, sulla possibilità di considerarli una categoria unitaria e coerente, sulla loro individuazione, sulle modalità della loro applicazione, sulle loro differenze rispetto ad altri tipi di norme, sulla possibilità stessa di considerarli come norme giuridiche.

Le ragioni di questo continuo interesse sono evidenti, e ormai ben note ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Qui di seguito mi riferirò specificamente al dibattito che si è sviluppato a partire dalla fine degli '60 del secolo scorso: sia per ragioni di economia espositiva, sia perché questo dibattito mantiene una sua compattezza tematica (ad es., adotta come principale punto di riferimento i principi *costituzionali*, e le operazioni interpretative e argomentative che tipicamente hanno luogo in un ordinamento giuridico costituzionalizzato). Ma ovviamente alla tematica dei principi del diritto sono state dedicate importanti riflessioni anche prima di questo periodo; penso in particolare a V. CRISA-

Per un verso, l'enfasi sui principi è stata spesso utilizzata da parte di alcune correnti del pensiero giuridico (spesso identificate dall'equivoca etichetta 'neocostituzionalismo') come un'arma in chiave antipositivistica: a partire dalla presenza — o addirittura onnipresenza — dei principi negli ordinamenti giuridici contemporanei, e nell'argomentazione giuridica praticata in questi contesti, si è preteso di mostrare l'inadeguatezza del positivismo giuridico; quest'ultimo infatti ignorerebbe programmaticamente i principi per concentrarsi invece esclusivamente sulle 'regole': pertanto, il positivismo giuridico risulterebbe incapace di descrivere la varietà e complessità delle attività interpretative dei giuristi. Inoltre i principi, in quanto entità 'anfibia', appartenenti contemporaneamente al diritto e alla morale, sconfesserebbero anche la tesi della separazione o separabilità tra diritto e morale — un vero e proprio caposaldo di ogni approccio giuspositivistico ⁽²⁾. Contrariamente a quanto sosterebbe il positivismo giuridico, dunque, la presenza di principi nel diritto mostra che il ragionamento giuridico è molto più complesso di una applicazione sillogistica di regole, e che — grazie appunto ai principi — tra diritto e morale non vi è una 'separazione', ma piuttosto una continua comunicazione. Critiche di questo tipo, pur se basate su una raffigurazione caricaturale del positivismo giuridico, hanno comunque prodotto alcuni effetti benefici: in particolare, hanno indotto anche molti autori giuspositivisti ad occuparsi a fondo dei principi, e ciò in definitiva ha reso i principi uno dei

FULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto* (1941), in « Lo Stato », 12 (2019), pp. 139-154; 13 (2019), pp. 183-200; 14 (2020), pp. 185-210; e N. BOBBIO, *Principi generali di diritto* (1966), in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 257-279.

⁽²⁾ Critiche di questo tipo sono apparse per la prima volta in R. DWORKIN, *The Model of Rules I* (1967), in ID., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978², pp. 14-45; v. poi anche R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), Torino, Einaudi, 1997; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* (1992), Torino, Einaudi, 2024²; ID., *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, capp. V e VI. Per una vigorosa replica a queste posizioni, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in « Giurisprudenza costituzionale », 2010, 3, pp. 2771-2816; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013, cap. III.

luoghi di dibattito teorico-giuridico più frequentati negli ultimi decenni ⁽³⁾.

Per altro verso, a causa del modo in cui sono formulate le costituzioni contemporanee, e a causa della progressiva costituzionalizzazione degli ordinamenti e della cultura giuridica ⁽⁴⁾, l'argomentazione giuridica 'per principi' si è diffusa capillarmente, non solo presso le Corti costituzionali, ma anche presso i giudici ordinari e nella dottrina: questo perché la Costituzione, nel contesto dello Stato costituzionale contemporaneo, non è vista come un corpo normativo separato dal resto dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto come il serbatoio dei principi ai quali attingere potenzialmente per qualunque tipo di controversia giuridica. Nello Stato costituzionale contemporaneo, e in una cultura giuridica costituzionalizzata (una cultura giuridica che ha preso piena consapevolezza delle risorse argomentative offerte dalle nuove costituzioni), l'argomentazione per principi diventa, dunque, una pratica pervasiva — anche se non sempre indolore, ovviamente ⁽⁵⁾. I principi affollano ormai il discorso giuridico. Espressioni come 'argomentazione per principi',

⁽³⁾ Tra i primi ad occuparsene, in Italia: M. JORI, *I principi nel diritto italiano* (1983), in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 301-332; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi* (1985), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 173-204; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in « Diritto e società », 4 (1986), pp. 601-624; ai quali va aggiunto anche L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁽⁴⁾ In breve, « una cultura giuridica è costituzionalizzata quando risulti imprugnata dall'idea di dover fare i conti — in tutte le aree del diritto positivo, secondo le rispettive competenze dei suoi esponenti — con la presenza di una costituzione che vale da documento giuridico fondamentale, tanto nei rapporti interni all'ordinamento, quanto in relazione ad altri ordinamenti. La costituzionalizzazione della cultura giuridica è fattore della costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici » (P. CHIASSONI, *Una teoria dei principi*, in « Lo Stato », 15, 2020, pp. 63-97, a p. 64, nt. 6).

⁽⁵⁾ In diritto penale, è stato spesso osservato che l'argomentazione giudiziaria basata su principi (costituzionali) produce un ampliamento in via interpretativa dell'area di punibilità, indebolendo gli effetti garantistici della riserva di legge. Per una analisi critica delle possibili storture prodotte dall'argomentazione per principi nel diritto privato, v. invece G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in « Giustizia civile », 3 (2016), pp. 443-508.

‘diritto per principi’, ‘giurisprudenza per principi’, perfino ‘legislazione per principi’, sono comunissime nel modo di esprimersi dei giuristi. E questo comporta, di riflesso, il crescente interesse da parte dei teorici del diritto, che cercano di dotarsi di uno strumentario analitico adeguato a meglio comprendere, controllare, ed eventualmente criticare, questi stili di ragionamento e di argomentazione giuridica ⁽⁶⁾.

A fronte di tutto ciò, lo scopo, o uno degli scopi, di questo saggio consiste, per così dire, in un tentativo di demistificazione. Mi sembra infatti che il discorso corrente sui principi, specialmente in ambito neocostituzionalistico e antipositivistico, sia caratterizzato da alcuni tenaci luoghi comuni che non aiutano affatto la comprensione di cosa i principi siano e di come essi funzionino, e che anzi rendono più opache certe operazioni interpretative, argomentative e applicative basate su principi — e, di riflesso, tutto ciò determina una inadeguata comprensione anche del funzionamento delle regole. Si tratta di luoghi comuni che ruotano tutti, in un modo o nell’altro, attorno all’assunto di una separazione acustica tra regole e principi o, come è ormai consueto chiamarla, di una distinzione ‘forte’, o qualitativa, o categoriale, tra regole e principi: regole e principi sarebbero norme dotate di caratteristiche strutturali e operative nettamente diverse tra loro. Così, secondo un approccio di questo tipo, (solo) i principi sarebbero oggetto di ponderazione, mentre (solo) le regole sarebbero oggetto di sussunzione. Oppure, ma si tratta di un modo diverso per dire pressoché la stessa cosa, (solo) i principi seguono una logica flessibile del peso e dell’importanza (da valutare in relazione al caso concreto), mentre (solo) le regole si applicherebbero con la modalità del tutto-o-niente. Ancora, le regole sono norme ‘a fattispecie’, mentre i principi sono norme ‘prive di fattispecie’; di conseguenza, le regole indicano chiaramente le loro condizioni di applicazione, mentre il contenuto di un principio può essere apprezzato solo in relazione alle circostanze di un caso. Infine, le regole si prestano ad una applicazione universalistica, meccanica

⁽⁶⁾ Si tratta, in altre parole, della « funzione civile della metodologia » di cui parla L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico* (1983), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., pp. 89-107 (a p. 93).

e ripetitiva (una regola si applica a tutti i casi che ricadono nella sua fattispecie), mentre i principi — specialmente quando devono essere bilanciati — dettano una soluzione che vale solo ‘per il caso concreto’ (e dunque un principio, in definitiva, potrebbe anche non applicarsi a casi per i quali è rilevante).

Trovo simili rappresentazioni del rapporto tra regole e principi semplicistiche e fuorvianti. Una comprensione più adeguata dovrebbe invece, a mio parere, mettere in evidenza le numerose continuità e interazioni che si danno, inevitabilmente, tra regole e principi. In altra occasione ho già evidenziato i limiti delle teorie che postulano, *sul piano strutturale*, una distinzione ‘forte’ tra regole e principi, mostrando invece la preferibilità della distinzione ‘debole’ (7). In base alla teoria della distinzione debole, regole e principi sono tipi di norme che hanno le medesime caratteristiche, ma le esibiscono in misura diversa: segnatamente, le regole sono norme più precise e determinate, mentre i principi sono norme più generiche e indeterminate. Allo stesso tempo, i principi sono norme considerate particolarmente importanti (o dotate di importanza ‘finale’), mentre le regole sono norme meno importanti (o dotate di importanza solo ‘strumentale’) (8). Ora, tutte queste caratteristiche (genericità, indeterminatezza, importanza) non hanno natura dicotomica, del tipo tutto-o-niente; al contrario, qualunque norma può possederle in misura maggiore o minore. Questo è particolarmente evidente con riferimento alla genericità e all’indeterminatezza, caratteristiche notoriamente scalari. Ma a ben vedere anche l’importanza è una caratteristica scalare: così, in generale, in un sistema giuridico vi saranno norme — principi o regole che siano — più importanti e norme meno importanti; e questa relazione di importanza si manifesta non solo tra principi e regole, ma anche tra principi e principi: alcuni principi sono infatti una specificazione di

(7) G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2017, cap. IV.

(8) Per la precisione, ritengo che le caratteristiche rispettivamente della genericità/indeterminatezza e dell’importanza si possano anche presentare in maniera *disgiuntiva*: da questo punto di vista, il concetto di principio è dotato di ‘vaghezza combinatoria’, in quanto concetto dotato di una pluralità di caratteristiche definitorie non necessariamente tutte presenti in ogni sua instanziazione. Cfr. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., p. 86.

altri principi, o trovano fondamento in altri principi, evidentemente più importanti (ad es., il principio della certezza del diritto si fonda sul principio della tutela dell'autonomia individuale). Da tutto ciò segue che, a seconda dell'intensità con cui esibiscono le caratteristiche rilevanti, alcune norme saranno certamente qualificabili come principi, altre saranno certamente qualificabili come regole, e altre ancora si troveranno in una zona d'ombra tra gli uni e le altre.

Per chiarezza: dire che la differenza tra regole e principi è 'debole' (graduale, quantitativa, scalare) non equivale a dire che differenza non vi sia — che regole e principi siano *la stessa cosa*. Una differenza graduale o sfumata può comunque essere una differenza importante e significativa, ed essere chiaramente percepibile in molte occasioni. Più semplicemente, l'idea della distinzione debole significa che è illusorio e fuorviante cercare caratteristiche definitorie che siano possedute *esclusivamente* dalle regole e, rispettivamente, dai principi. La distinzione tra regole e principi è una questione di più o meno.

Ciò detto, non aggiungerò altro, qui, su questo aspetto strutturale della distinzione tra regole e principi. In questa occasione mi concentrerò per l'appunto sui rapporti tra regole e principi *sul piano operativo*: mi interessa mettere in luce le numerose interazioni che si danno tra regole e principi in sede di interpretazione, applicazione e argomentazione giuridica. Da questo punto di vista intendo mostrare che, nel ragionamento giuridico, regole e principi non operano né a compartimenti stagni né in modalità nettamente distinte, come invece vorrebbero certe *vulgatae* ampiamente circolanti nella cultura giuridica contemporanea (quali quelle riportate poco sopra).

Oltretutto, il mito secondo cui tra regole e principi vi sarebbe una distinzione netta anche sul piano operativo sembra aprire le porte ad una curiosa eterogenesi dei fini dal punto di vista della politica del diritto: dato per scontato infatti che molti autori anti-positivisti guardino con favore alla presenza dei principi nel diritto e nell'argomentazione giuridica, non si capisce perché essi poi offrano una rappresentazione del rapporto principi-regole che è destinata, sul piano operativo, a mettere i principi fuori gioco ogni volta vi sia a disposizione una regola. Questa è infatti la logica conseguenza del concepire l'applicazione delle regole come un affare 'tutto-o-niente': se una regola vi è, ed è applicabile in relazione

alle circostanze del caso, allora deve essere applicata punto e basta. O almeno questo affermano molti antipositivisti. Ma se è così, allora ne dovrebbe seguire che una regola (qualunque regola ed esclusivamente in quanto regola) ha la capacità di mettere fuori gioco qualunque principio che richieda una soluzione diversa da quella prevista dalla regola.

Per fortuna, come cercherò di mostrare qui, non è affatto necessario sposare una posizione così controintuitiva. Esistono spiegazioni più plausibili del funzionamento delle regole e dei principi nel ragionamento giuridico. Per far vedere ciò, introdurrò innanzitutto alcune precisazioni preliminari (§ 2). Quindi passerò a mostrare le diverse interazioni tra regole e principi nel ragionamento giuridico (§ 3). Infine (§ 4), trarrò da questo discorso alcune sintetiche conclusioni.

2. *Regole e principi: tra teoria della norma e teoria del ragionamento giuridico.*

Il linguaggio giuridico è spesso ostaggio di una tendenza ‘ontologizzante’: spesso i giuristi si esprimono, magari inconsapevolmente, come se parlassero di cose che semplicemente ‘sono lì’, nel mondo o in quella specifica porzione del mondo (sociale) che è il diritto. Tipico esempio di questa tendenza ontologizzante è il riferirsi all’‘ordinamento giuridico’ (o al ‘sistema giuridico’) come a qualcosa che semplicemente ‘esiste’, di cui prendere atto in maniera quasi fisica, spaziale — come testimonia la nota metafora della piramide ⁽⁹⁾. Questo modo di pensare è chiaramente percepibile anche in molte discussioni su regole e principi: spesso, i giuristi sembrano riferirsi a regole e principi come se la loro presenza nel diritto fosse una specie di dato di fatto, semplicemente osservabile — a patto che si sappia ben guardare, ovviamente; come ‘cose’ che sono lì, ciascuna con le sue specifiche caratteristiche distintive, pronte per essere utilizzate nei rispettivi contesti e modalità d’uso.

⁽⁹⁾ La lotta contro simili tendenze ontologizzanti è stata, nel secolo scorso, un tipico marchio di fabbrica del realismo giuridico, in particolare scandinavo, che vi vedeva un residuo di pensiero magico.

Ovviamente, le cose non stanno affatto così. Infatti, nel discorso che ho svolto finora ho assunto, come fanno quasi tutti, che regole e principi siano *norme*. Proprio in quanto norme, regole e principi non esistono se non in virtù di procedimenti intellettuali: procedimenti strettamente interpretativi (norme esplicite), oppure procedimenti ‘produttivi’ (o ‘integrativi’, o ‘costruttivi’: norme implicite) ⁽¹⁰⁾. Ed è in virtù di tali procedimenti intellettuali che una norma assume la fisionomia della regola, oppure quella del principio.

Dunque, in qualche misura, è l’interprete — o, in definitiva, la ‘comunità’ degli interpreti — a decidere se una certa norma debba contare come regola o come principio. Regole e principi, in quanto norme, sono frutto dell’interpretazione (ampiamente intesa): in molti casi una stessa disposizione potrebbe essere interpretata, indifferentemente, come esprimente una regola oppure un principio, e dunque la qualificazione di una norma come regola oppure come principio è rimessa alla scelta dell’interprete ⁽¹¹⁾. Ovviamente un testo normativo può essere formulato in modo da spingere l’interprete verso l’una o l’altra direzione; ma in ogni caso anche una disposizione apparentemente formulata nello stile di una regola può essere interpretata come esprimente un principio, e viceversa. Tutto ciò, ripeto, discende in maniera analitica dalla definizione stessa di

⁽¹⁰⁾ Due chiarimenti. (1) Sarebbe riduttivo, ovviamente, affermare che una norma giuridica esista *solo* in virtù di un certo procedimento intellettuale. Ciò che sto affermando, più semplicemente, è che una norma non esiste *senza* che sia svolto un certo procedimento intellettuale. (2) Nell’impiegare la distinzione tra procedimenti strettamente interpretativi e procedimenti ‘produttivi’ (e tra norme esplicite e norme implicite), non intendo suggerire che tra queste cose vi sia sempre una distinzione netta; spesso, può non essere affatto chiaro se una certa attività sia interpretativa oppure produttiva (cfr. G. PINO, *Norme inesprese*, in « Analisi e diritto », 2020, pp. 93-126). Ai fini del mio discorso, comunque, non è necessario approfondire queste due precisazioni.

⁽¹¹⁾ GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, cit., p. 178; F. SORRENTINO, *I principi generali dell’ordinamento giuridico nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto*, in « Diritto e società », 1987, pp. 181-201 (a p. 184: « le stesse disposizioni di principio stabilite dal legislatore [...] in tanto possono operare come principi generali, in quanto come tali vengano riconosciuti in sede interpretativa »); P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto* (1997), in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 81-95 (a p. 84); R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 180-182.

norma giuridica come prodotto dell'attività interpretativa (in senso ampio): essendo regole e principi due tipi di norme giuridiche, la loro individuazione in quanto norme non può che essere un prodotto dell'interpretazione ⁽¹²⁾. Fin qui peraltro ho fatto riferimento a principi testualmente desumibili da una disposizione, ad esempio da un articolo della Costituzione (principi espliciti); ma ovviamente molti principi sono 'impliciti' o 'inespressi': e per l'individuazione di questi ultimi, evidentemente, l'apporto degli interpreti è ancora più determinante — o meglio, tali principi sono individuati *esclusivamente* dagli interpreti, in assenza di qualunque vincolo testuale.

Non è tutto. Se, come abbiamo appena visto, la qualificazione di una norma come regola o come principio dipende, in ultima analisi, da una scelta interpretativa — e non da una oggettiva osservazione di una platonica realtà giuridica — allora è legittimo chiedersi quali possano essere le *ragioni* per cui l'interprete scelga in un senso o nell'altro. E la risposta è ovvia: regole e principi servono a fare cose diverse, in sede interpretativa, argomentativa e applicativa. Usare, nel ragionamento giuridico, una regola oppure un principio richiede, o comunque rende possibili, operazioni diverse. Qualificare una norma come regola oppure come principio è dunque un passo preliminare per poter poi compiere quelle operazioni — oppure, rovesciando la prospettiva, possiamo dire di essere in presenza di una regola se i giuristi compiono certe operazioni, e possiamo dire di essere in presenza di un principio se i giuristi compiono altre e diverse operazioni. In particolare, una regola è una norma destinata ad una applicazione tendenzialmente 'rigida', cioè protetta contro possibili eccezioni implicite (eccezioni diverse da quelle espressamente previste dalla regola stessa o da altre regole), e

⁽¹²⁾ Si tratta, più precisamente, di esempi di interpretazione 'metatestuale' (G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 233 e ss. e 240 e ss.). In particolare, se la norma in questione deve essere qualificata come una regola, l'interprete farà ricorso ad un'interpretazione strettamente letterale o anche restrittiva, tale da 'chiudere' le condizioni di applicazione e la conseguenza giuridica della norma. Se la norma in questione deve essere qualificata come un principio, l'interprete farà ricorso a qualche forma di interpretazione estensiva, o ad altre tecniche che consentono di ottenere una norma dalla fattispecie e dalla conseguenza generiche e indeterminate (ad esempio, considerando le caratteristiche della fattispecie come solo 'esemplificative' e non 'tassative').

con un campo di applicazione ben definito (è relativamente facile stabilire cosa sta dentro e cosa sta fuori dalla fattispecie della regola); un principio è una norma destinata ad una applicazione ‘elastica’ (in quanto entra in bilanciamento con altri principi, e può venire da questi limitato), e con un campo di applicazione non ben definito.

Ne è facile concludere che la differenza tra regole e principi — che già emerge sul piano strutturale — rileva anche, e forse soprattutto, sul piano operativo: regole e principi sono tipicamente associati a stili diversi di ragionamento giuridico. Questo vuol dire che la differenza tra regole e principi finisce per rilevare *solo* sul piano del ragionamento giuridico? E che, pertanto, regole e principi sono in realtà solo modi (forse fuorvianti e ingannevoli) di riferirsi a due modalità di ragionamento giuridico? ⁽¹³⁾ Credo di no. Infatti, se ci si concentra solo sul piano operativo, sul piano del ragionamento giuridico, non si comprende che i principi possono funzionare in certi modi tipici *proprio perché* possiedono alcune caratteristiche di tipo strutturale (genericità, indeterminatezza) e di tipo assiologico (l’importanza); e, *mutatis mutandis*, lo stesso vale anche per le regole. Sono proprio queste caratteristiche a rendere possibili certe peculiari modalità operative di regole e principi.

⁽¹³⁾ Una tesi di questo tipo è stata proposta da C. LUZZATI, *Il superamento pragmatico dell’opposizione tra regole e principi*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1 (2016), pp. 135-154. L’idea è di separare la discussione e l’analisi delle regole e dei principi dalla nozione di norma giuridica, per trasportarla invece interamente nella dimensione pragmatica degli usi, e in particolare degli stili di ragionamento (ragionamento inclusivo vs ragionamento esclusivo). Anche se sono completamente d’accordo con l’idea che una delle questioni più importanti da esaminare riguardo alla distinzione regole/principi consista proprio nella dimensione degli usi, delle pratiche interpretative, applicative e argomentative che si associano a tali tipi di norme, ritengo tuttavia che una proposta così radicale sia inopportuna e non necessaria. Infatti: (1) regole e principi sono termini e concetti estremamente radicati negli usi dei giuristi e dei teorici del diritto, e la loro soppressione rischia di creare uno scollamento troppo marcato rispetto al linguaggio giuridico corrente, specialmente se sono disponibili opzioni teoriche meno costose (ad esempio, ridefinizioni). (2) Una volta riconosciuto che, in quanto norme, regole e principi sono frutto dell’interpretazione, e che l’interprete dà ad una norma la qualifica di regola o di principio anche per poter poi porre in essere determinate operazioni (o anche, al contrario, per evitare di porre in essere certe operazioni), una volta riconosciuto tutto questo, sopprimere dal nostro discorso la categoria della norma diventa inutile.

E nuovamente, poiché queste caratteristiche di tipo strutturale e di tipo assiologico possono essere possedute da varie norme in gradi diversi, sarà del tutto possibile — come di fatto avviene, e come vedremo meglio anche nel prossimo paragrafo — che norme certamente identificabili come principi si comportino talvolta, sul piano operativo, come regole, e viceversa.

3. *La dialettica di regole e principi nel ragionamento giuridico.*

Come ho anticipato, il mio obiettivo adesso è mostrare i vari modi in cui regole e principi ‘stanno insieme’ nel ragionamento giuridico. Mentre le raffigurazioni più correnti, proprio in quanto si basano su una distinzione netta tra regole e principi, tendono fatalmente ad enfatizzare la loro diversità anche in sede interpretativa, argomentativa e applicativa (tipicamente: le regole si applicano tramite sussunzione, i principi tramite ponderazione; le regole si applicano in modalità ‘tutto-o-niente’, i principi in virtù del ‘peso e dell’importanza’; e simili) ⁽¹⁴⁾, qui io cercherò di mettere in luce le molte connessioni operative tra regole e principi.

Alcune, o forse molte, di queste connessioni sono, in realtà, ampiamente note ai giuristi. Evidenziarle in questo contesto è però utile e interessante: sia per far risaltare ancora una volta l’artificiosità della presunta distinzione netta tra regole e principi; sia, più in generale, per portare alla luce (nel paragrafo conclusivo di questo saggio) un’importante, e forse inquietante, caratteristica del ragionamento giuridico.

Nei prossimi due sottoparagrafi mostrerò dunque i vari modi in cui i principi sono presenti nell’applicazione delle regole, e le regole sono presenti nell’applicazione dei principi.

⁽¹⁴⁾ Tutte queste idee sono perfettamente compendiate nel seguente passo: « rispetto alle regole, i principi possiedono una logica propria, di tipo ponderativo, dal momento che la loro applicazione si lega a valutazioni ‘di peso’ nell’argomentazione giuridica, da riferire al singolo caso concreto » (G. ZACCARIA, *Ancora su interpretazione e principi giuridici* (2011), in Id., *Postdiritto*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 209-226, a p. 216). I loci classici sono DWORKIN, *The Model of Rules I*, cit.; R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in « Ratio Juris », 16 (2003), pp. 433-449; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

3.1. *I principi e l'interpretazione/applicazione delle regole.*

La raffigurazione tipica dell'applicazione delle regole è quella del sillogismo: la regola, dotata di una fattispecie (intesa come 'fattispecie astratta') e di una conseguenza giuridica, sta nella premessa maggiore (« Chiunque compia un furto è punito con la sanzione S »); certi fatti — una fattispecie 'concreta' — vengono sussunti nella fattispecie astratta, andando a formare la premessa minore (« La condotta di Tizio va qualificata come furto »); la conclusione consiste nell'associare la conseguenza giuridica alla fattispecie concreta (« A Tizio va applicata la sanzione S »). Da questa raffigurazione discende la consueta affermazione secondo cui le regole si applicano nelle modalità della sussunzione e del tutto-*o-niente*: se, e solo se, una certa fattispecie concreta è sussumibile nella fattispecie astratta di una regola, la regola si applica.

Fin qui tutto bene: è una raffigurazione molto familiare (oltreché ampiamente adottata dai sostenitori antipositivistici della distinzione 'forte' tra regole e principi), e che ha anche una sua utilità euristica e didascalica. Il problema è che, nella prospettiva della ricostruzione del ragionamento giuridico, essa consiste nella proverbiale punta dell'iceberg. Vediamo perché.

Innanzitutto ho detto più volte, sfidando il senso dell'ovvio, che una regola è una norma, e in quanto tale è frutto di interpretazione. Dunque, la regola che viene collocata nella premessa maggiore del sillogismo rappresenta già, di per sé, la conclusione di un procedimento interpretativo ⁽¹⁵⁾. Ebbene, è molto facile che in questo procedimento interpretativo siano entrati principi: già uno degli stili interpretativi e argomentativi più diffusi — mi riferisco all'interpretazione teleologica — può essere facilmente configurato come una argomentazione per principi ⁽¹⁶⁾. E un'altra forma estre-

⁽¹⁵⁾ E pertanto, il sillogismo giuridico è in realtà un 'argomento complesso', in cui le premesse sono a loro volta conclusioni di ulteriori argomenti (nel caso della premessa maggiore, essa è la conclusione di un argomento interpretativo). Sulla nozione di 'argomento complesso', in generale, v. A. VARZI, J. NOLT, D. ROHATYN, *Logica*, Milano, McGraw-Hill, 2007², pp. 7-8; A. IACONA, *L'argomentazione*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 36-38.

⁽¹⁶⁾ Sulla identificazione tra principi e *ratio legis*, v. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 166; JORI, *I*

mamente frequente di interpretazione/argomentazione per principi è la c.d. interpretazione adeguatrice, o interpretazione conforme a costituzione (visto il pressoché generale consenso sulla caratterizzazione delle norme costituzionali in termini di principi) ⁽¹⁷⁾: in questo secondo caso, il riferimento ai principi costituzionali può operare sia considerando un certo principio come *fondamento* e *giustificazione* della regola (e qui siamo di nuovo in una forma di interpretazione teleologica), e quindi il principio in questione servirà per fornire una interpretazione della regola che sia quanto più possibile congruente con il principio; sia considerando un certo (e diverso) principio come *limite* alla regola stessa, e quindi come argomento per restringerne o modificarne l'ambito di applicazione ⁽¹⁸⁾.

In sintesi, dunque, il riferimento ai principi produce di solito vari effetti conformativi sulla regola da applicare: può incoraggiarne una interpretazione estensiva, o restrittiva, o correttiva; può anche rendere la regola defettibile (cioè, può far sì che la regola subisca eccezioni implicite: la funzione 'ablativa' dei principi ⁽¹⁹⁾). In tutti questi casi, mi pare, quella che è l'applicazione sillogistica di una regola è in realtà l'ultimo passo di un ragionamento che consiste nel

principi nel diritto italiano, cit., pp. 303, 317-318; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 638-645; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 282-283; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 155; ID., *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 175-176, 182, 186-188; B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in « Diritto privato », VII-VIII (2001-2002), pp. 65-95 (a p. 79); PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., pp. 94-95.

⁽¹⁷⁾ Un consenso generale, ma non unanime: per la tesi che le norme ricavabili dal testo costituzionale debbano essere intese come regole, anziché principi, A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 83-113; FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit. (ma per un successivo aggiornamento di questa idea v. ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 112-122). Il che mostra, ancora una volta, come la distinzione tra regole e principi dipenda da una scelta interpretativa.

⁽¹⁸⁾ Su conflitti 'verticali' e conflitti 'diagonali' tra regole e giustificazioni: cfr. F. SCHAUER, *Le regole del gioco* (1991), Bologna, il Mulino, 2000, pp. 291-292; v. anche Á. RÓDENAS, *Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial*, in « Doxa », 21 (1998), I, pp. 99-212 (spec. p. 117).

⁽¹⁹⁾ Così si esprime, efficacemente, C. LUZZATI, *Principi e princípi*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 17-20.

‘piegare’ quanto più possibile la regola, con la sua formulazione testuale, al principio che in ipotesi la giustifica (o ad un altro principio rilevante, che la può limitare). E un simile ragionamento può essere più o meno complesso: infatti, quando il ragionamento giuridico ‘sale’ al livello dei principi, è alquanto improbabile che venga in considerazione un solo principio — probabilmente i principi rilevanti per il tipo di caso o comunque di problema giuridico in questione saranno due, o tre, o quattro, che spingeranno in direzioni diverse, e dunque dovranno essere bilanciati.

Tutto ciò è perfino più evidente quando si passi dagli usi ‘interpretativi’ agli usi ‘produttivi’ dei principi, per quanto precaria questa distinzione possa essere. Si pensi al caso dell’analogia come metodo per ricavare norme inesprese. Il meccanismo è noto: si presenta una fattispecie F_1 , che non ricade chiaramente nell’ambito di applicazione di alcuna norma espressa; tuttavia, F_1 ha certi punti di contatto (una ‘somiglianza rilevante’) con la fattispecie F_2 , che è disciplinata dalla norma espressa N_2 ; per analogia, N_2 (segnatamente: la conseguenza giuridica C_2 , prevista da N_2) viene allora applicata anche a F_1 . Di conseguenza, per mezzo del procedimento analogico è stata creata una norma inespressa N_1 , che ha questa forma: $F_1 > C_2$ (« Se si verifica la fattispecie F_1 , si dovrà applicare la conseguenza giuridica C_2 »). E, come è parimenti noto, questo meccanismo è governato, quantomeno nel ‘contesto di giustificazione’, dal riferimento ad un principio: e cioè al principio che giustifica N_2 (il principio che ne costituisce la *ratio legis*), e che si assume rilevante per dettare la disciplina pure per la fattispecie F_1 . Si potrebbe anche dire che, in questi casi, il riferimento al principio sottostante consente di abbattere completamente i limiti della formulazione linguistica di N_2 , rendendola applicabile anche a casi che chiaramente non ricadono nel suo campo di applicazione: il principio ha reso la regola totalmente trasparente.

Allora, cosa mostrano gli esempi portati in questo paragrafo? Due cose, mi pare.

La prima è che non è vero che una regola si applica sempre nella modalità ‘tutto-o-niente’: la possibilità dell’interpretazione estensiva e restrittiva mostra che una regola si può, in effetti, applicare ‘più o meno’; nel caso della defettibilità, una regola non si applica — in virtù di una eccezione implicita — a casi ai quali è

applicabile; e nel caso dell'analogia, una regola si applica anche a casi ai quali non è applicabile ⁽²⁰⁾.

La seconda è che, in casi come quelli visti qui, viene applicata *direttamente* una regola, e *indirettamente* un principio ⁽²¹⁾. In altre parole: non appena si allarghi anche solo leggermente lo sguardo al di là della punta dell'iceberg del sillogismo giuridico, si vede che, spesso, regole e principi lavorano insieme nel ragionamento giuridico, e che l'applicazione delle regole risente in vari modi della presenza dei principi.

3.2. *Le regole e l'interpretazione/applicazione dei principi.*

Rovesciamo la prospettiva: si può dire che l'interpretazione e l'applicazione dei principi evidenzia una interazione con le regole? Anche in questo caso, la risposta è affermativa.

Innanzitutto, vi è un livello di interazione tra regole e principi che emerge nella fase stessa dell'individuazione di un principio in quanto principio: spesso, un principio è desunto, per via di un ragionamento abduttivo, a partire da una o più regole (ma potrebbe essere desunto anche a partire da altri principi, di livello intermedio) ⁽²²⁾. Quantomeno alcuni principi impliciti, dunque, derivano da regole: a partire da un gruppo di regole, o in ipotesi anche da una sola regola, si individua un principio che ne rappresenta unitariamente la *ratio*, la giustificazione sottostante; e, evidentemente, al-

⁽²⁰⁾ Secondo MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 155, « the whole point of argument by analogy in law is that a rule can contribute to a decision on facts to which it is not directly applicable ».

⁽²¹⁾ E nel caso dell'analogia, ad essere applicata *direttamente* è una norma implicita, e *indirettamente* la norma esplicita a partire dalla quale viene individuata la norma implicita (con procedimento analogico), così come anche il principio che giustifica l'inferenza analogica.

⁽²²⁾ Sull'abduzione come metodo di individuazione dei principi, G. TUZET, *L'abduzione dei principi* (2009), in ID., *Dover decidere*, Roma, Carocci, 2010, pp. 69-89; G. CARCATERRA, *Sulla logica della costruzione dei principi generali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, a cura di M. Ruotolo, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 499 e ss. Non tutti i principi impliciti sono necessariamente individuati in questo modo; alcuni principi sono specificazioni di altri principi (G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in « Ars Interpretandi », 2009, pp. 131-158); altri principi sembrano avere un fondamento puramente 'ideologico', espressioni di una ideologia politica che si assume incorporata nell'ordinamento — si pensi al principio della separazione dei poteri.

meno in questi casi il contenuto del principio sarà condizionato dal contenuto delle regole di partenza. Ma la stessa cosa accade anche con i principi espressamente statuiti in un testo normativo (ad es. i principi costituzionali): così, il contenuto del ‘principio democratico’ (espressamente statuito dalla nostra Costituzione) risente inevitabilmente delle varie regole e istituti di dettaglio rilevanti in materia — ad esempio, è (anche) in virtù di tali regole e istituti che possiamo affermare che, nell’ordinamento italiano, il principio democratico assegna un ruolo molto più importante agli istituti della democrazia rappresentativa che a quelli della democrazia diretta, la formulazione testuale di questo principio nell’art. 1 cost. non sembra dire nulla al riguardo.

Passiamo all’applicazione dei principi. Si suol dire che i principi non sono suscettibili di una applicazione diretta ai ‘casi’⁽²³⁾: questo perché i principi sono norme altamente generiche e indeterminate e pertanto, per essere applicati, hanno bisogno di una previa attività di specificazione. Questa attività di specificazione altro non è che la ‘traduzione’ del principio di partenza in una o più regole (o in un principio meno generico e indeterminato di quello di partenza, ma a sua volta bisognoso di ulteriori specificazioni). I principi, in altre parole, hanno una dimensione ‘nomogenetica’: quantomeno al momento della loro applicazione, producono inevitabilmente altre norme⁽²⁴⁾. Questo, si noti, è un rapporto assiologico, non cronolo-

(23) R. GUASTINI, *Applicare principi costituzionali*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2017, pp. 127-137. Ma cfr., per la tesi contraria, E. DICIOTTI, *L’interpretazione e l’applicazione dei principi costituzionali*, in *L’arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, a cura di P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 103-128.

(24) Sulla funzione ‘nomogenetica’ o nomopoietica dei principi cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Milano, Giuffrè, 1971, p. 317 (i principi hanno «una funzione genetica rispetto alle singole norme»); J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in «Yale Law Journal», 81 (1972), pp. 823-854 (a p. 841: «principles as grounds for making new rules»); S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, pp. 494-533 (a pp. 515, 531); F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, pp. 4, 8-9; U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti naturali: un’analisi semiotica*, in *Diritti umani e civiltà giuridica*, a cura di S. Caprioli, F. Treggiari, Perugia, Stabilimento Tipografico Pliniana, 1992, pp. 31-44 (a p. 39: principi come «matrici e generatori di norme»); G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna,

gico: per considerare un principio come giustificazione di alcune regole è del tutto irrilevante la circostanza che, di fatto, quelle regole siano state promulgate prima del principio (se di principio espresso si tratta).

Per meglio dire, la specificazione dei principi — come di qualunque altra norma dotata di un livello rilevante di genericità (norme che contengono clausole generali, concetti indeterminati ecc.) — può essere effettuata per via di ‘concretizzazione’, oppure per via di ‘tassativizzazione’.

Concretizzare un principio significa trasformare il principio di partenza in una norma più specifica, o più precisamente in una serie *non tassativa* di norme più specifiche (regole). In altre parole, per via di concretizzazione dal principio P si potrà trarre la regola R_1 , ma ciò non esclude che (ovvero: rimane del tutto aperta la possibilità che) da quello stesso principio P possano derivare *anche* le ulteriori regole R_2 , R_3 , R_4 ... R_n , rilevanti per circostanze diverse da quelle che hanno fatto emergere R_1 . (Tra R_1 , R_2 , R_3 , R_4 ... R_n , si dà un rapporto di ‘*vel-vel*’, non di ‘*aut-aut*’). E inoltre, l’elenco delle regole derivabili dal principio non è mai esaustivo: sempre nuove regole potrebbero derivare dal principio di partenza, a seconda delle circostanze. Così, il principio di cui all’art. 21 cost. (« tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione ») — ove si sia deciso di qualificarlo come principio — potrà di volta in volta essere concretizzato in varie regole più dettagliate che si riferiscono ad attività come: tenere comizi politici, scrivere romanzi, scrivere saggi scientifici, produrre film, scrivere articoli giornalistici (di cronaca, di opinione, ecc.), rilasciare interviste (sulla carta stampata, in televisione, alla radio, su siti web...), pubblicare post sui social media, tenere podcast, e così via.

Tassativizzare un principio significa trasformare il principio di partenza in una *singola* norma più specifica. Mentre con la concretizzazione il principio funziona da continuo generatore di nuove regole, non soggette ad elencazione esaustiva, con la tassativizzazione il principio (o comunque quello che a prima vista sembrerebbe un principio) viene reinterpreto in modo da funzionare come una

il Mulino, 2008, pp. 219, 225; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, il Mulino, 2010, cap. III; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 205-206.

regola. Così, proseguendo con l'esempio dell'art. 21 cost., si potrebbe affermare che esso contenga esclusivamente il divieto di censura da parte dello Stato ⁽²⁵⁾.

In questo processo di specificazione (concretizzazione o tassativizzazione), il principio di partenza verrà anche messo a confronto con considerazioni concorrenti, con altri principi, con considerazioni sistematiche, ecc., che verosimilmente finiranno per limitare o comunque conformare il contenuto del principio di partenza: la concretizzazione di un principio, di solito, richiede un bilanciamento tra quel principio e altri principi o considerazioni concorrenti ⁽²⁶⁾.

Tiriamo le somme. Se il quadro qui ricostruito è corretto, allora l'applicazione dei principi passa anche attraverso una fase 'per regole'. Nuovamente, nel ragionamento giuridico regole e principi interagiscono anziché trovarsi collocati in compartimenti stagni.

E quanto detto aiuta anche a fare giustizia di una affermazione estremamente ricorrente nella letteratura giuridica, e cioè che i principi richiedono una interpretazione/applicazione particolaristica, legata alle circostanze del caso concreto ⁽²⁷⁾. Ora, è certamente vero che i principi comportano una apertura e una flessibilizzazione del diritto (anche delle regole, come abbiamo visto) per consentire all'interprete/applicatore di prendere in considerazione circostanze, emergenti dalle « incognite del divenire » ⁽²⁸⁾, e non precedentemente previste dalle regole stesse. Ed è anche vero che un bilanciamento tra principi tiene necessariamente conto delle circostanze del

⁽²⁵⁾ Un suggerimento di questo tipo, relativamente agli artt. 32, 21, e 16 cost., in FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., p. 2800.

⁽²⁶⁾ Che il bilanciamento, in queste situazioni, diventi una modalità di interpretazione delle disposizioni di principio, o comunque un modo per ricostruire il contenuto dei principi costituzionali, è sottolineato da R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, vol. I, Napoli, Jovene, 2009, pp. 35-60 (a pp. 49-50); Id., *La Costituzione fra testo e applicazione*, in « *Ars interpretandi* », 1 (2009), pp. 111-129 (a pp. 124, 128).

⁽²⁷⁾ BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit.; R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 35-41; GUASTINI, *Applicare principi costituzionali*, cit. (e si veda anche il brano di Zaccaria citato sopra, nt. 14).

⁽²⁸⁾ L'efficace espressione è di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981, p. 38.

caso che ha provocato il bilanciamento stesso. Tuttavia, a ben vedere ciò che accade è che la decisione è normalmente destinata ad essere replicata per ogni altro caso simile al caso deciso: il 'caso' che ha provocato il bilanciamento o comunque l'applicazione di un principio rileva non solo come caso 'individuale', ma anche e soprattutto come caso 'generico', cioè come la classe dei casi che condividono le stesse caratteristiche (beninteso: le caratteristiche *rilevanti*) del caso individuale che ha rappresentato l'occasione del bilanciamento (29). Una applicazione di un principio che venga considerata valevole *solo per uno specifico caso individuale*, e non anche per gli altri casi individuali che hanno le medesime caratteristiche, sembra sfidare sia l'ideale della giustizia formale, sia la nostra stessa nozione di razionalità.

4. *In conclusione. Il ragionamento giuridico: Ercole o Giano?*

Gli esempi passati in rassegna nei due sottoparagrafi precedenti evocano scenari del tutto familiari ai giuristi. Ovviamente si deve evitare di cadere in una facile e ingenua generalizzazione: non ogni occasione del ragionamento giuridico è necessariamente tale da mettere in moto un movimento dialettico tra regole e principi sulla falsariga di ciò che si è visto nei paragrafi precedenti. In molti casi il ragionamento giuridico non ha bisogno di fare la spola tra regole e principi; in molti casi, l'applicazione e l'interpretazione delle regole non ha nulla di problematico, e procede *as a matter of course*. Ma, non appena si presenta un caso con una anche piccola anomalia, un caso anche leggermente deviante rispetto ai casi paradigmatici (familiari e aproblematici) di applicazione di una regola, ecco che si mette in moto la dimensione dialettica (dalle regole ai principi, dai principi alle regole, ecc.) del ragionamento giuridico. D'altronde, per sostenere il punto che mi interessa non ho bisogno di dimostrare che l'interazione tra regole e principi si dia *sempre*; ai miei scopi, è più che sufficiente aver mostrato che questa connessione si dà in molti casi, e comunque in casi (qualitativamente) significativi.

(29) Su bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio, PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 187-193.

Ciò detto, credo che l'analisi svolta fin qui mostri chiaramente due cose.

In primo luogo, la distinzione tra regole e principi — che già è difficile da raffigurare in termini categoriali, dicotomici, sul piano 'strutturale' — non può essere 'essenzializzata' nemmeno sul piano operativo. Infatti, come abbiamo visto, non solo l'applicazione dei principi ma anche l'applicazione di una regola può essere soggetta a considerazioni di peso: questo è esattamente ciò che accade quando si rende una regola defettibile, cioè quando una regola viene disapplicata a causa del verificarsi di eccezioni implicite. In casi come questi, in altre parole, la regola (e il valore o principio che essa persegue) è soppesata contro un valore o principio contrapposto, che in ipotesi ne giustifica la disapplicazione in un certo tipo di caso; e dunque non è vero che le regole si applicano secondo la modalità del tutto-o-niente ⁽³⁰⁾. D'altro canto, non è affatto una verità analitica che tutti i principi siano soggetti a bilanciamento: alcuni principi possono essere sottratti a bilanciamento ovvero, il che è lo stesso, possono essere considerati invariabilmente vincenti se bilanciati con altri principi ⁽³¹⁾.

In secondo luogo, regole e principi interagiscono in vari modi nel ragionamento giuridico. A seconda dei casi, il ragionamento giuridico può assumere modalità tendenti maggiormente verso il modello delle regole, oppure maggiormente verso il modello dei principi.

Nel primo caso, verranno enfatizzati gli elementi di rigidità della norma da interpretare/applicare (resistenza ad eccezioni im-

⁽³⁰⁾ MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 232; H.L.A. HART, *Postscript* (1994), in Id., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1994²; J.J. MORESO, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in «Analisi e diritto», 1997, pp. 79-118; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 204, nt. 9; LUZZATI, *Principi e principi*, cit., pp. 38-39.

⁽³¹⁾ Questo è sostenuto, in maniera del tutto condivisibile, anche da un sostenitore della teoria della distinzione forte come Robert Alexy: «Ci sono, perciò, condizioni presso le quali, con grande certezza, si può dire che nessun principio concorrente abbia la prevalenza [sul diritto alla vita privata, ndr]. [...] L'assolutezza della sua protezione rimane, però, una questione di relazione tra principi. Non si può escludere una combinazione in cui, al contrario, prevalgano principi concorrenti. La certezza della tutela, tuttavia, è così elevata che, in relazione a circostanze normali, si può parlare di protezione assoluta» (cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, il Mulino, 2012, pp. 325-326).

plicite, rigidità dei contorni della fattispecie, ecc.) al punto che anche una norma che potrebbe plausibilmente essere intesa come un principio verrà fatta funzionare come una regola (tassativizzazione).

Nel secondo caso, la norma da interpretare/applicare verrà resa maggiormente flessibile, aggiustabile a fronte di situazioni di sovra- e sotto-inclusività⁽³²⁾, secondo una logica del ‘ragionevole’ e dell’attenzione alle particolarità delle circostanze del caso, fino a rendere la norma del tutto trasparente rispetto alla ragione (al principio) sottostante, applicando direttamente quest’ultima indipendentemente dai limiti che risultano dalla formulazione testuale della regola (ad esempio ricorrendo al ragionamento per analogia).

E nel mezzo tra queste polarità opposte ed estreme, ovviamente, vi è tutta una serie di possibilità intermedie, in cui le regole vengono avvicinate ai principi (l’interpretazione estensiva, restrittiva e correttiva delle regole), e i principi alle regole (la concretizzazione dei principi in regole, o in principi di medio livello...).

Ebbene, a causa dell’infinita varietà del reale (la varietà delle circostanze di fatto, e delle combinazioni tra gli interessi giuridicamente rilevanti che possono venire di volta in volta in gioco), non si può stabilire una formula magica, né tantomeno alcuna formalizzazione logica, che stabilisca in anticipo quando è preferibile che il ragionamento giuridico punti verso la modalità delle regole oppure verso quella dei principi⁽³³⁾. Assodato che una regola non sarà mai perfettamente ottimale — darà sempre adito a situazioni di sovra- o sotto-inclusività — il problema sarà sempre quanta sub-ottimalità si è disposti a tollerare. Il problema, cioè, sarà decidere di volta in volta se continuare a seguire la regola, o se ‘salire’ al livello dei principi.

Ovviamente, i giuristi potranno avere sensibilità diverse sull’atteggiamento da tenere in queste occasioni. Da questo punto di vista, potremmo distinguere due grandi famiglie di atteggiamenti: il

(32) Una regola è sovra-inclusiva quando include nella sua fattispecie anche casi che, alla luce della sua giustificazione (il principio che ne costituisce la *ratio*), non dovrebbe includere. Una regola è sotto-inclusiva quando non include nella sua fattispecie casi che, alla luce della sua giustificazione (il principio che ne costituisce la *ratio*), invece dovrebbe includere. Su queste nozioni, SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit.

(33) Su questo problema (il problema della riconsiderazione), v. B. CELANO, *Rule of Law e particolarismo etico*, in *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 235-285.

‘formalismo’ e il ‘sostanzialismo’⁽³⁴⁾. I giuristi formalisti privilegeranno la modalità ‘regole’, rendendo quanto più marginale possibile il ricorso ai principi. I giuristi sostanzialisti privilegeranno la modalità ‘principi’, sfruttando ogni opportunità culturalmente tollerabile per flessibilizzare le regole. Ma né il formalismo né il sostanzialismo, ritengo, possono presentarsi allo stato puro, per così dire: rappresentano diverse gradazioni di intensità all’interno di uno spettro, anziché un’alternativa dicotomica.

In conclusione, si può ipotizzare che il ragionamento per regole rappresenti la modalità di default del ragionamento giuridico: il diritto persegue la certezza, e la certezza richiede regole. Tuttavia, a causa della multiformità e dell’incessante mutevolezza del reale, è di fatto impossibile, o quantomeno altamente improbabile, che un interprete/applicatore del diritto riesca a mantenersi *esclusivamente* all’interno delle regole: una attività di interpretazione e applicazione del diritto esclusivamente per regole sarebbe, in molti casi, assurda: irragionevole se non addirittura irrazionale. In tali casi, il diritto deve guardare al livello dei principi, che introducono elementi di flessibilizzazione e di ‘ragionevolezza’ nell’applicazione delle regole. E spesso anche per individuare il contenuto e la portata della regola è necessario guardare ai principi (interpretazione teleologica, interpretazione adeguatrice).

Il problema, ineliminabile, è che non esiste una formula per stabilire quando mantenere ferma la modalità di default (le regole: che portano certezza, ma al costo di una possibile sub-ottimalità), e quando invece passare alla modalità correttiva (i principi: che portano flessibilità, ma al costo di indebolire le regole). La pressione dei casi può produrre uno strappo nel cielo di carta delle regole, e il giurista dovrà di volta in volta decidere se ricucirlo o se guardarvi attraverso. La valutazione è necessariamente contestuale, e comunque la scelta per l’una o per l’altra modalità comporta inevitabilmente il sacrificio di un valore giuridico: la certezza del diritto da una parte, la realizzazione di un principio (la *ratio* della regola, o un altro principio rilevante) dall’altra.

⁽³⁴⁾ Per una presentazione di queste due categorie, PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., pp. 157-161; ID., *L’interpretazione nel diritto*, cit., p. 318 e ss.

È come se ogni regola giuridica, al momento della sua applicazione, fosse seguita da un'ombra (benevola oppure sinistra, a seconda dei punti di vista) che recita formule come « a meno che non seguano conseguenze assurde », « a meno che non si presenti un caso anomalo », o simili. E non si può mai sapere in anticipo quando questa ombra continuerà a restare sullo sfondo, e quando, invece, oscurerà del tutto la regola.

GIORGIO PINO, *The dialectic between rules and principles. An approximation to legal reasoning*

The debate on legal principles shows no sign of abating, among legal theorists and legal scholars alike. Apart from a few milestones — specifically, that principle-based argumentation is now a widespread practice among jurists — on almost all fronts the discussion has, for more than fifty years, been completely open: on the nature of principles, on the possibility of considering them a unitary and coherent category, on their identification, on the manner of their application, on their differences from other types of norms, on the very possibility of considering them as legal norms. In this essay, I intend to focus on the relations between rules and principles at the *operational level*: I am interested in showing that, in legal reasoning, rules and principles operate neither in watertight compartments nor in distinctly different modes, as certain *vulgatae* widely circulating in contemporary legal culture would have it.