

EMMA A. IMPARATO

LA PERCEZIONE DEL DIRITTO NELLE
DEMOCRAZIE CONTEMPORANEE DAL
DIBATTITO TEDESCO E ITALIANO A
QUELLO FRANCESE



giuffrè editore - 2015

Estratto dal volume:

**SCRITTI IN ONORE
DI ANTONIO D'ATENA**

4 tomi

Emma A. Imparato

LA PERCEZIONE DEL DIRITTO NELLE DEMOCRAZIE
CONTEMPORANEE DAL DIBATTITO TEDESCO E ITALIANO
A QUELLO FRANCESE (1)

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni introduttive. L'interpretazione del diritto. — 2. La “percezione” e il metodo di approccio al diritto. — 3. Una recente pronuncia più che ‘emozionale’ della Corte costituzionale. — 4. Le correnti del diritto positivo tra metodo giuridico-scientifico e metodo ideologico. Italia e Germania a confronto. — 4.1. Lo sviluppo italiano. — 4.2. Il dibattito francese. — 5. Conclusioni. Lo stravolgimento delle ‘regole’ fuori dalle regole.

1. *Alcune considerazioni introduttive. L'interpretazione del diritto.*

Il diritto — è cosa ben nota — ha due facce, sotto l'aspetto ontologico ed epistemologico intimamente e indissolubilmente legate tra loro, quella teorica della produzione e quella connessa soprattutto alla sua funzione, ovvero, quella della pratica-applicazione.

Tralasciando, almeno nell'immediato, come punto di partenza, la questione della concezione del ‘diritto’ — sia esso inteso come idea (es. H. Kelsen) o come fatto (K. Llewellyn, J. Frank, K. Olivecrona, A. Ross, A. Hägerström) o ancora, come linguaggio (N. Bobbio, U. ScarPELLI) ma in ogni caso assumendo rilievo come ‘positivo’ (2) (*ius positum*), in contrapposizione a quello “disarmato” (3) quale è il diritto naturale (4) — in questo breve scritto il tentativo sarà

(1) Il presente scritto costituisce la rielaborazione, con numerose rettifiche e integrazioni, della relazione presentata al XXII *Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato*, svolto a Salerno, il 30 e 31 maggio 2013.

(2) Ovviamente sul tema la letteratura è sterminata ma si ritiene di dover rinviare per capacità di sintesi, pur senza togliere all'approfondimento del tema, a V. FROSINI, voce *Diritto positivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 653 e ss.

(3) Perché privo di ‘effettività’. L'espressione è di Bobbio che in una raccolta di saggi cerca di chiarire, con approfondite argomentazioni concettuali, le differenze che corrono tra diritto positivo e diritto naturale laddove di quest'ultimo nessuno può negare che “esso esprima un'esigenza, una proposta di diritto futuro, ma sino a che non ha trovato la forza per farsi valere, non è diritto nel senso corrente della parola, o per lo meno è diritto in senso

quello di sollevare il problema relativo proprio al profilo della funzione del diritto. Di qui poi anche quello della conseguente questione della “interpretazione” da parte della scienza giuridica, considerando tale quell’operazione di analisi semantica distinta, seppure a questa strettamente connessa, dall’operazione con cui l’organo giurisprudenziale applica nel concreto il diritto.

Intendendola come operazione del comprendere ⁽⁵⁾, come attività ‘mediana’ ⁽⁶⁾ del ricercare la regola cui attribuire un significato al fine di risolvere i conflitti di interesse che attanagliano la società ⁽⁷⁾, la pratica dell’interpretazione, in linea di principio, vede nel caso concreto, senza voler scomodare

equino o addirittura scorretto”. Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1965, p. 164 e ss. Sul punto si rinvia anche per un sintetico e attento studio del diritto nella sua evoluzione storica, a P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, in particolare, p. 79 e ss.

⁽⁴⁾ In opposizione al diritto posto (*ius positum*), vincolante per imposizione di un’ autorità formalmente legittimata ad esercitare poteri sovrani su un certo territorio comprensivo di un determinato popolo, tuttavia talora — secondo le tesi dei giusnaturalisti — “ingiusto”, il diritto naturale si concretizza nell’idea di un diritto superiore e immanente, vigente nello stato di natura. Teoria affermatasi con vigore nel seicento e settecento attraverso illustri pensatori (si pensi a Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), sulla “necessità del diritto naturale” insiste nel secolo scorso soprattutto il civilista francese Génny. Come Duguit — la cui dottrina si iscrive piuttosto in un’idea di ‘positivismo sociale’ e di ‘realismo giuridico’ — Génny appartiene a quella schiera di giuristi francesi che alla fine del XIX secolo cercò di reagire alla tradizionale concezione del diritto nel tentativo di rinnovare la scienza giuridica. V. F. GÉNNY, *Sciences et techniques en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de méthode juridique*, Ile Partie, Sirey, 1927. Di recente, per un’analisi del pensiero di Geny in confronto a Duguit, si rinvia a J.P. CHAZAL, *Léon duguit et Francois Geny, Controverse sur la rénovation de la science juridique*, in *R.I.E.J.*, 2010, p. 85 e ss. Sull’assunzione di tante forme diverse del giusnaturalismo che in realtà si sarebbe concluso con la “positivizzazione del diritto naturale moderno, che per la sua stessa modernità, non è stato che la preparazione, quasi l’antefatto, di quella trasformazione positiva”, v. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, ed. Laterza, Bari, 1961, p. 46 e ss.

⁽⁵⁾ Sull’interpretazione come ‘comprensione’ in particolare della Costituzione, v. L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 65 e ss. Più di recente sulla distinzione invece tra interpretazione e applicazione del diritto (“nella prima fase prevarrebbe il momento interpretativo della ricerca del significato, mentre nella seconda fase quello argomentativo della deduzione della soluzione del caso concreto. Tuttavia, questo modello è semplicistico, sia perché l’interpretazione è il risultato di argomentazioni, sia perché nell’argomentazione applicativa si prolunga l’attività interpretativa”), v. F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 99-100.

⁽⁶⁾ L’espressione è utilizzata, a proposito dell’etimologia di “interpretazione”, da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 182.

⁽⁷⁾ Sulle ragioni della teoria cognitiva dell’interpretazione che configura l’applicazione della norma come atto di conoscenza, v. M. DOGLIANI, *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, in particolare, p. 3184.

i tradizionali pensatori dell'ermeneutica ⁽⁸⁾, l'elemento che muove e indica la norma e non l'inverso, cioè la norma come mera indicazione per il caso della vita.

Come si vedrà nelle democrazie contemporanee, figlie ancora dello stato di diritto ⁽⁹⁾ il cui presupposto è dato tuttora dall'idea che l'attuazione nel concreto delle regole di diritto sia tale da risultare prevedibile sulla base delle regole medesime e non completamente imprevedibile ⁽¹⁰⁾, si vanno tuttavia affermando tentavi opposti di ragionamenti dottrinali e/o giurisdizionali che cercano in ultimo di influenzare la stessa concezione del diritto.

Limitando il nostro sguardo al secolo scorso e soprattutto a quello in corso, questo elaborato ha l'intento di esaminare alcune teorie del diritto e sollecitare riflessioni, senza alcuna pretesa di proporre tesi alternative. Con consapevolezza di avventurarsi su un terreno difficile e scivoloso per non dire capzioso, e senza voler essere esaustivo, questo scritto conterà allora di due parti.

La prima sarà diretta a 'sistematizzare' le diverse posizioni assunte rispetto al diritto dalla dogmatica nell'epoca della globalizzazione, passando per il dibattito italiano e tedesco, raggruppate essenzialmente in due filoni di pensiero, la seconda parte si concentrerà invece sul dibattito come sviluppatosi soprattutto in Francia. Per quanto ritenuto poco attento ai temi di teoria — e ancor meno a quelli di carattere epistemologico — e seppure in maniera talvolta confusa, questo Paese ben mostra di recepire attualmente entrambe le correnti di cui si dirà a breve, quali espresse in particolare nella opposizione teorica tra Troper e Pfersmann.

La tesi così è che la risposta alla domanda su chi attualmente fa il diritto sta cambiando rispetto alla visione tradizionale tuttavia — almeno sinora — "fuori" da regole delimitanti il quadro giuridico: nelle democrazie contem-

⁽⁸⁾ Si segnala, in proposito, un agile volume di Jung che attraverso un esame cronologico dell'ermeneutica — intesa come dottrina del comprendere — che va dall'esegesi biblica fino a Dilthey, Heidegger per in ultimo giungere all'ermeneutica contemporanea di Gadamer e Habermas, discute l'importanza dell'ermeneutica di fronte al rapido sviluppo delle scienze della natura e della tecnica. Cfr. M. JUNG, *L'ermeneutica*, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁽⁹⁾ Sullo "stato di diritto" la letteratura è sterminata tuttavia si ritiene di dover rinviare al volume *Stato di diritto* (a cura di P. Costa e D. Zolo), Feltrinelli, Milano, 2002, in part. p. 209 per l'attenta analisi storica della genesi e sviluppo del termine anche in raffronto con l'espressione che sempre più va ad esso affiancato, propria della cultura anglossassone — ovvero quella del *Rule of law* — e che si vorrebbe oggi coincidente, nonostante le profonde differenze.

⁽¹⁰⁾ Su questo aspetto e sul principio di legalità, in un'approfondita ricostruzione storica quanto al contenuto normativo e alla connessa funzione del principio, si rinvia all'interessante saggio di M. DOGLIANI, *Il principio di legalità. Dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 1 e ss.

poranee continentali, basate come sono queste ormai sul pluralismo, si vorrebbe cioè che la norma, intesa come regolazione della condotta umana, non sia più il prodotto dell'organo che emana un testo, ma soltanto di colui che, attraverso l'ermeneutica giuridica, gli attribuisce un significato, vale a dire dell'organo di applicazione nel caso concreto, a prescindere dalla norma generale.

Non si tratta nondimeno qui di voler riaffermare l'ideologia montesquieuiana per cui — come è ben noto — il potere del giudice, quale 'automa' applicatore del testo legislativo (la "bocca della legge"), è nullo, né di mettere in discussione il possibile "sconfinamento" dell'interpretazione della norma — per usare a posta le parole di un giurista ⁽¹¹⁾ che teorizzò in un sistema caratterizzato dalla tradizione di *common law* ⁽¹²⁾ — se resta appunto la norma il riferimento, ma di porre in dubbio quell'affannosa ricerca di un "equilibrio", nel "rispetto di valori o convinzioni" propri di un sistema sociale ⁽¹³⁾, che tuttavia sembra compiersi a discapito dell'ordine e prevedibilità del diritto per andare in favore dell'arbitrio: nell'era della *global governance*, si ritiene di dover guardare unicamente a qualcosa che è fuori dal diritto e che lo si vorrebbe far filtrare attraverso il 'giudizio' ritenuto ormai, come pure andava predicando da tempo Carnelutti, il 'solo' momento decisivo della vita del diritto ⁽¹⁴⁾.

Pur nell'apprezzabile tentativo di trovare nuove vie, alternative alle tradizionali del positivismo giuridico, in tal modo però l'ordine giuridico non

⁽¹¹⁾ Ovvero di Dicey che appunto sosteneva che è "talmente facile che l'interpretazione di una norma (soprattutto quando questa costituisce precedente) sconfini nell'estensione o nella fissazione *ex novo* della stessa, ossia di fatto nella legislazione, che la linea di demarcazione fra le due attività non può essere tracciata con precisione". A. V. DICEY, *Lectures on the relations between law and public opinion in england during the nineteenth century*, Macmillan, London, 1914, trad it., Il Mulino, Bologna, 1997, p. 482.

⁽¹²⁾ Sulle differenze, quanto all'interpretazione e all'organizzazione giudiziaria, tra *common law* e *civil law*, si v. P. G. MONATERI, "All this and so much more": critica all'argomentazione e non interpretivismo, in A Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Esi, Napoli, 2001, p. 163 e ss.

⁽¹³⁾ Il rimando è al lavoro di Palombella che cerca di trovare un nuovo paradigma in grado di rispondere alle attese del diritto attingendo al "rispetto delle etiche e delle culture". G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006, in particolare, p. 12.

⁽¹⁴⁾ Così, F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1953, p. 241 e ss. Pur aderendo inizialmente alla concezione Kelseniana del diritto, il giurista se ne allontana poi criticandolo per non avere adottato il "vero metodo positivo" che — secondo Carnelutti — consiste nell'esperienza giuridica e nella verifica delle ipotesi della scienza (v. anche F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno al metodo*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, Giappichelli, Padova 1961, p. 235).

sembra rivelarsi più come prevedibile, finendo col divenire, non potendosi più “contare” su esso, “un ordine giuridico apparente, che smentisce e tradisce se stesso” (15).

2. La “percezione” e il metodo di approccio al diritto.

Di qui allora la scelta di focalizzare la nostra attenzione sulla ‘percezione’ del diritto *positum* e non sulla sua definizione né concezione.

Pur la prima — la percezione — implicando ovviamente queste ultime operazioni, in questo lavoro non si intende partire né dall’attività di verifica, propria dell’operazione di ‘definizione’, delle condizioni relative ad un uso appropriato del termine diritto, né dall’elaborazione intellettuale logica, sottesa all’idea di ‘concezione’, volta ad individuare le caratteristiche differenziali del diritto medesimo rispetto agli altri fenomeni sociali dal diritto distinti, almeno di principio, come la morale. Queste operazioni saranno semmai dei punti di arrivo a cui si approderà seguendo un’impostazione che parta dalla ‘percezione’.

Utilizzando il termine percezione, atteso il suo rimando soprattutto ad uno stato psico-emotivo, si intende porre l’accento sullo ‘atteggiamento’ della dogmatica di fronte al dato normativo e, in particolare, sulla questione del suo coinvolgimento/partecipazione a tale fenomeno e sul suo, potremo dire, ‘volontarismo normativo’.

La dogmatica contemporanea sembra invero sempre più spesso orientata ad adottare, quale ‘*approach*’ (16) al diritto, ai fini della sua interpretazione e applicazione nei tribunali, non più quello ‘giuridico-scientifico’, ovvero quello della conoscenza ‘oggettiva’ del diritto — per dirla con Austin — “per come è” (17) quanto piuttosto il metodo ideologico: quest’ultimo approccio

(15) Cfr. C. SFORZA, voce *Diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 634 e ss.

(16) Sul diverso “*approach*” allo studio del diritto, come metodo per studiare il diritto stesso e sulla distinzione tra positivismo come metodo e positivismo come ideologia, laddove il “problema della validità è il problema dell’esistenza della regola in quanto tale, indipendentemente dal giudizio di valore se essa sia giusta o no”, v. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 24.

(17) Qui il riferimento non vuole essere alla teoria imperativistica di Austin ma alla sua tesi della separazione tra diritto e morale. Riprendendo la distinzione operata da *Bentham* tra l’indagine sul diritto com’è e l’indagine sul diritto come dovrebbe essere (precisamente tra “expository” e “censorial jurisprudence”, v. J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, in J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, J.H. BURNS e H.L.A. HART (ed.), University of London, The Athlone Press, London, 1977, p. 397), Austin ha infatti sostenuto che “l’esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un’altra. Se esso esista o meno, costituisce un certo tipo di indagine, se esso si conformi o meno a uno

è volto a definire il diritto non come è ma quale 'deve essere' per soddisfare un certo valore o dato sociale in riferimento ad una società decisamente cambiata negli ultimi decenni, caratterizzandosi per un forte pluralismo. A fronte della crisi dell'*approach* giuspositivistico al diritto, in Italia avvertita a partire dagli inizi degli anni '80 del Novecento⁽¹⁸⁾, si intende così finalmente aprire una nuova stagione della concettualizzazione giuridica volutamente non più "avalutativa" del diritto positivo⁽¹⁹⁾. In alcune visioni — soprattutto giurisprudenziali — tale approccio è però poi spinto al punto tale che 'apprezzamenti e valutazioni' — operazioni che pure e indubbiamente il giurista, insieme a quelle logiche, deve comprendere nella sua attività — su situazioni di fatto da cui poi derivano le stesse regole sembrano diventare 'diritto' per il solo fatto di essere 'sagge' o 'giuste' e non perché recepite, attraverso procedure prefissate e oggettivamente accertabili, nel sistema delle fonti, diventando così regole 'valide' (20). Il caso francese, come si vedrà, ne è in qualche modo la riprova.

Di fondo, in ogni caso, l'intento qui è quello di non voler più separare morale e diritto e diritto e fatto, al contempo finendo tuttavia col porre in dubbio il senso che ancora oggi può assumere la norma, come regola determinata/determinabile, generale e astratta di un sistema giuridico che è sempre meno prevedibile sulla base delle stesse regole normative.

Detto in altri termini, cambiando l'approccio metodologico e di conseguenza, come meglio si chiarirà, accordando preminenza all'una o all'altra dimensione, ora deontologica ora teleologica — dimensioni che nella visione giuspositivistica seppure correlate dovrebbero restare distinte tra loro — la sensazione è che oggi il giurista non voglia più limitarsi a 'contribuire' alla

standard assunto, costituisce un altro tipo d'indagine. Una legge che effettivamente esista, è tale anche quando non ci piaccia o sia difforme dal parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione". Per un approfondimento sul pensiero del giurista inglese si rinvia alla traduzione italiana a cura di M. Barberis in J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (original edition 1832; dalla edizione del 1954 a cura di H.L.A. Hart), Il Mulino, Bologna, 1995, p. 228 nonché a M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese* (Hobbes, Bentham, Austin), Giuffrè, Milano, 1962 tuttavia criticato da Bobbio (V. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 147 e ss.).

(18) Si può ricordare in merito, tra i primi studiosi, E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976.

(19) Vedi, in merito, P. RIDOLA, *I diritti fondamentali nelle democrazie pluralistiche: l'eredità del novecento*, in *Ritorno al diritto*, p. 80 e ss. L'autore effettua un'interessante ed approfondita ricostruzione teorica dei diritti pubblici a partire dalla loro elaborazione come diritti pubblici soggettivi nel liberalismo, giuridico, passando per la critica della dogmatica tardoliberalista dei diritti nella giuspubblicistica tedesco weimariana, sino ai giorni nostri.

(20) V., N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 25 e ss.

produzione del diritto ma divenire da ‘neutrale’ soggetto ‘attivo’ che crea lo stesso diritto. Attraverso un’interpretazione valutativa che al contempo si rivela ‘atto di volontà’ — e non di mera conoscenza — rispetto a ciò che non si vuole affatto determinato nel suo significato (la norma), nella sua intenzione sarebbe così possibile far muovere il diritto per tenerlo al passo costante con i tempi di una società in continua evoluzione. L’interrogativo in questo pur interessante sforzo di congiungere il diritto, riflesso di un mondo di valori divenuto ormai complesso, coi conflitti etici ultra-normativi che da questo stesso mondo derivano, riguarda però la ‘prevedibilità’ del diritto: oggi, con lo spostamento dell’asse della reale produzione normativa dal legislatore — che in un modo o in un altro resta pur sempre il ‘rappresentante’ dei cittadini in un sistema che si voglia democratico — a favore dell’attività pratica dei giudici, questo punto non sembra ancora risolversi positivamente.

Se è certo infatti che il giudice è incaricato anche della produzione normativa rispetto al suo ambito di competenza e al caso sottopostogli — visione questa per la verità ben presente anche nel normativismo kelseniano ⁽²¹⁾ — il dubbio è se questi possa altresì modificare il diritto a proprio soggettivo parere, come meglio si spiegherà, prescindendo — e magari andandovi contro — da ciò che si ritiene di applicare — e sostituendo, quasi si trattasse dell’Ercole promosso da Dworkin, principi/diritti della norma con valori o la norma stessa con la ‘determinazione’ ‘del significato normativo’, vale a dire, con un dato fattuale.

Qualora il dubbio si sciogliesse in senso positivo, il problema non sarà allora di tipo ermeneutico ma di “*governance*” ⁽²²⁾ e quindi si sposterà sulla necessità di nuove teorie e regole della *governance* del diritto da elaborare.

⁽²¹⁾ Attraverso la distinzione dell’interpretazione nomostatica — l’interpretazione scientifica che descrive la norma — da quella nomodinamica (detta anche interpretazione ‘autentica’ perché capace di intervenire nella dinamica creativa del diritto), Kelsen ammette infatti che le sentenze dei giudici hanno un carattere costitutivo, i giudici non limitandosi a dichiarare o scoprire il diritto ma potendo anche crearlo: “i tribunali applicano le norme giuridiche generali in modo da statuire norme individuali, determinate nel loro contenuto da norme generali; in tali sentenze si statuisce una sanzione concreta: l’esecuzione forzata o la pena”. V. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. di M.G. Losano, Giappichelli, Torino, 1966.

⁽²²⁾ Il riferimento è alla tesi di Monateri che ammette che qui non è un problema interpretativo di scelta tra esigenze di obiettività del testo o di soggettivizzazione dei testi normativi quanto piuttosto di “*governance*, ma poiché non abbiamo un’altra teoria, prendiamo in prestito la teoria dei filosofi o dei filologi o dei letterati e affrontiamo questi temi come se fossero temi di interpretazione dei testi”. P. G. MONATERI, “*All this and so much more*”: *critica all’argomentazione e non interpretivismo*, cit., p. 163 e ss.

3. *Una recente pronuncia più che 'emozionale' (23) della Corte costituzionale.*

A riprova di un'interpretazione che va ben oltre lo 'sconfinamento' e la risoluzione non razionale del 'conflitto di valori' (24), avendo scavalcato il dato testuale stesso, si può richiamare una recente sentenza della Corte costituzionale (25) volta a sindacare la legittimità costituzionale della legge di conversione del decreto legge *ad Ilvam* (26).

A fronte del rilievo del giudice *a quo* circa il "totale annientamento" del diritto alla salute e ad un ambiente salubre a favore di mere ragioni della produzione economica e soprattutto dell'osservazione del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale" contenu-

(23) Sulla teoria emozionale dei valori per la quale la vera giustizia, in opposizione alla sua idea formale — laddove un atto è giusto quando è conforme alla norma — consiste non nell'applicazione corretta di una norma qualsiasi ma nell'applicazione corretta di una norma giusta, fondata perciò sui valori, distinti dalla logica e dalla realtà e dunque "arbitrari e irrazionali", v. C. PERELMAN, *Justice et raison*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1963. Anche Kelsen in uno degli ultimi lavori, afferma che la giustizia esprime un ideale irrazionale che trae fondamento dalla sfera emotiva e non da quella razionale dell'uomo giacché investe il problema di conflitto dei valori che non può essere risolto coi mezzi della "ragione umana". La soluzione di tale conflitto dipendendo essa stessa da un giudizio di valore, da elementi emozionali, ha quindi carattere subbiiettivo, valido solo per il soggetto che pronuncia il giudizio così da assumere in ultimo carattere meramente relativo. V. H. KELSEN, *What is Justice?*, University of California Press, Berkeley, 1957.

(24) "Absolute justice is an irrational ideal or, what amounts to the same, an illusion — one of the eternal illusions of mankind. From the point of view of rational cognition, there are only interests of human beings and hence conflicts of interests. The solution of these conflicts can be brought about either by satisf one interest at the expense of the other, or by a compromise between the conflicting interests". Così H. KELSEN, *What is Justice?*, cit., p. 22.

(25) Corte cost. 9 maggio, 2013, n. 85.

(26) A seguito dell'iniziativa della magistratura che aveva adottato provvedimenti cautelari riguardanti uno stabilimento siderurgico di Taranto costituente area ad elevato rischio di crisi ambientale al fine di conseguire immediate misure di risanamento ambientale, il Governo è intervenuto con un decreto-legge — sul presupposto dell'interesse strategico nazionale dello stabilimento — volto a consentire, previa adozione di alcune misure ambientali, il proseguimento dell'attività dell'impianto. V., per primi commenti in merito, L. GENINATTI SATÈ, "Caso Ilva": *la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto*, consultabile su www.forumcostituzionale.it; M. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali*, consultabile su www.forumcostituzionale.it; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, consultabile su www.AIC.it; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali?*, consultabile su www.forumcostituzionale.it; M. BONI, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, consultabile su Federalismi.it; E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, consultabile su Federalismi.it.

to nell'art. 32 Cost. sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del relativo diritto rispetto a tutti i diritti della persona, la Consulta è giunta a negare la supremazia del diritto alla salute: spostando l'attenzione sul carattere 'primario' del 'valore' relativo alla salute, pure invocato in passato dalla stessa ma niente affatto dalla norma costituzionale, è riuscita a far passare in ombra l'espressione 'fondamentale' ben presente invece nel dettato normativo costituzionale. Sostituendo il 'diritto' (alla salute) con l'aggettivo 'primario' in connubio col 'valore', ha così portato a compimento l'opera di deconcettualizzazione e manipolazione dell'art. 32, incominciata per la verità lentamente da qualche tempo.

Inizialmente il diritto alla salute era stato configurato infatti come un diritto "primario e assoluto" ⁽²⁷⁾ in considerazione della "protezione primaria accordata(gli) dalla Costituzione (...) come a tutte le altre posizioni soggettive a *contenuto essenzialmente non patrimoniale*, direttamente tutelate" (corsivo nostro, traducendosi tale asserzione, in qualche modo, nell'affermazione che rispetto alle altre posizioni a contenuto patrimoniale, come è quella connessa all'iniziativa economica, quella relativa alla salute, deve essere considerata preminente) ⁽²⁸⁾. Poco dopo si opererà però già una prima e lievissima trasformazione nell'orientamento giurisprudenziale, ancora tuttavia rispettosa del testo normativo, divenendo questo diritto un diritto "primario e fondamentale", sia pure nella sua necessaria "piena ed esaustiva tutela" ⁽²⁹⁾. Si è passati poi a decretarne per la prima volta i limiti qualora il diritto alla salute assuma rilievo come diritto a prestazione positiva — ma non anche nel caso di diritto a prestazione negativa, in questa ipotesi proclamato invece, venendo in considerazione sotto il profilo della difesa dell'integrità fisio-psichica dell'individuo di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi, compresi i privati, come "diritto *erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile" ⁽³⁰⁾ — e quindi ad ammetterlo in un "ragio-

⁽²⁷⁾ Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88.

⁽²⁸⁾ Anche per tale ragione si ritiene che nella pronuncia della Corte costituzionale qui in commento il riferimento all'art. 41 Cost. — pure invocato dal giudice remittente — finisca con lo scomparire completamente per andare in favore dell'art. 4, relativo al diritto al lavoro. Non solo non si è voluto smentire apertamente un precedente indirizzo che nel bilanciare diritti fondamentali e libertà d'iniziativa economica, riconosceva come recessiva quest'ultima ma si è anche inteso evitare di invocare un diritto, come quello di cui all'art. 41 Cost., non iscritto tra i principi fondamentali, laddove il bilanciamento può operare solo — secondo la Consulta — "tra principi e diritti fondamentali".

⁽²⁹⁾ Corte cost., 27 ottobre 1988, n. 992.

⁽³⁰⁾ Corte cost., 26 settembre 1990, n. 455.

nevole bilanciamento con altri interessi o beni” (31). Di qui il passo alla trasformazione ultima è stato breve: il “fondamentale diritto” testuale si trasfigura in un “valore primario” (32) *extra-testuale*.

Così l'unico caso di diritto espressamente definito nel testo normativo dalla Costituzione come ‘fondamentale’ — il che equivale a dire diritto ‘imprescindibile’ e presupposto indispensabile per il godimento di tutti gli altri diritti costituzionalmente garantiti (33) — deve essere oggi — richiedendolo, a parere della Consulta stessa, le istanze proprie delle “Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee” e dunque il profilo dinamico della Costituzione ma non di certo il testo — oggetto di “bilanciamento tra *principi e diritti fondamentali*” (corsivo nostro) secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, sia pure facendo salvo un loro non chiaro “nucleo essenziale”.

La Corte costituzionale sembra in tal modo dimostrare di voler assumere un ruolo di tipo politico operando, attraverso il bilanciamento, scelte discrezionali per la risoluzione di conflitti di interessi che vanno oltre il disposto costituzionale stesso, piuttosto che di garante costituzionale cui è subordinata la funzione di interpretazione diretta alla ricerca del significato da attribuire alla lettera degli enunciati normativi (34).

4. *Le correnti del diritto positivo tra metodo giuridico-scientifico e metodo ideologico. Italia e Germania a confronto*

Andando invece alla dottrina, a proposito di una diversa ‘percezione’ del

(31) Corte cost., n. 455/1990. Nella sua dimensione di diritto positivo, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, pur non comportando di “certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa”, implica comunque che “l’attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale” e in considerazione della disponibilità pubblica economica, ovvero “con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all’uso della discrezionalità legislativa”.

(32) Vedi in particolare Corte cost. 30 luglio 1993, n. 365, ma prima un accenno era già presente in Corte cost. 18 dicembre 1987, n. 559.

(33) V., in proposito, anche C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 321.

(34) Si rinvia, in merito alle differenze tra interpretazione — come individuazione di limiti ai diritti, dando un significato preciso all’enunciato legislativo — e bilanciamento — come mezzo volto non ad individuare un preciso significato normativo di una disposizione legislativa ma a conseguire una soluzione soddisfacente in presenza di un concreto conflitto tra interessi — a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 60.

diritto, è possibile individuare oggi due diverse correnti a secondo dell'atteggiamento di studio adottato rispetto al diritto.

La prima corrente ben nota come normativistica — oggi minoritaria — guarda al diritto con metodo giuridico-scientifico secondo un approccio analitico-normativistico: in questo caso, il giurista muove dalla dimensione deontica e dalla determinazione degli 'a priori' — quindi dal valore-giusto fissato dalle norme — così che il diritto come tecnica sociale ⁽³⁵⁾ — per dirla con Kelsen — è costituito da norme, ovvero, in senso lato, dal significato di un insieme di enunciati che autorizza, obbliga o permette i consociati di fare, al contempo consentendo la formulazione di giudizi sui comportamenti umani mediante la loro applicazione ⁽³⁶⁾.

L'angolo visuale qui non è quello dei valori ma della validità ⁽³⁷⁾. Il legame tra assiologia e normatività giuridica è dato dai metodi di produzione normativa propri di ogni sistema, vale a dire dalla possibilità di trasformare preferenze soggettive in norme giuridicamente vigenti. La connessione tra processo interpretativo — come significato degli enunciati prescrittivi in quanto analizzati secondo appositi metodi — e attività del giudice è ontologica e epistemologica: un organo non può 'concretizzare' se non nell'ambito del significato della norma che regge la produzione normativa al livello più basso. L'interpretazione è intesa cioè come un'operazione di analisi semantica che consente all'organo giurisprudenziale la concretizzazione di una norma più alta nell'ordine della produzione per creare una norma più

⁽³⁵⁾ V., in particolare, un saggio del 1911 ove si sottolinea che, pur rientrando "nell'ampia sfera delle scienze sociali", la differenza tra 'sociologia' e 'scienza del diritto' è data dalla tecnica, dal metodo adottato, la prima assumendo carattere esplicativo, la seconda normativo quale "funzione della volontà, non funzione del pensiero". Cfr. H. KELSEN, *Tra metodo giuridico e sociologico (Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Mohr, 1911) trad. it. a cura di G. Calabrò, Guida, Napoli, 1974, p. 43 e ss.

⁽³⁶⁾ Laddove la funzione essenziale della norma non è quella di valutare, di attribuire un valore, la funzione della valutazione realizzandosi in un giudizio cosiddetto di valore che stabilendo "il rapporto positivo o negativo di un comportamento con una norma che stabilisce questo comportamento come dovuto, è il senso di un atto di pensiero; e questo giudizio di valore presuppone la validità della norma che si riferisce a questo comportamento (...) e anche quando deriva da un organo giuridico — per esempio un giudice — presuppone la validità dell'ordinamento". Cfr. H. KELSEN, *Una teoria fenomenologia del diritto* (a cura di G. Stella), ESI, Napoli, 1990, p. 53 e ss.

⁽³⁷⁾ In particolare nelle due diverse posizioni assunte da Hart e Kelsen. Se per entrambi la funzione di dare 'validità' alle norme dell'ordinamento giuridico è propria di un'altra norma, nel caso di Hart la 'norma di riconoscimento', in quanto 'accettata', si fonda su una questione di fatto, mentre in Kelsen la 'norma fondamentale' è un'ipotesi, un postulato la cui validità è presupposta. Specificamente, sul pensiero di Hart, v. H. HART, *Il concetto di diritto (The Concept of law*, 1961, Oxford, London), trad. it. di M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1991, p. 118 e ss.

bassa in questo ordine e applicarla appunto al caso di vita ma non può agire al di fuori della cornice del significato della norma di riferimento.

Il rischio di tirannia e abusi del potere politico sono tuttavia qui l'elemento di debolezza: la reazione è evidente nella Germania post-nazista che in opposizione a un *gesetzliches Unrecht* ("ingiustizia legale, letteralmente: non-diritto legale"), nel tentativo di coniugare validità giuridica con giudizio morale del diritto, proclama un *übergesetzliches Recht* ("diritto sovra-legale o meta-legislativo") (38).

L'altra corrente comprende due filoni — qui accomunabili quanto al metodo di approccio di tipo ideologico — ovvero quello assiologico-giuridico e quello empirico-giuridico: il primo, noto come teoria dei valori, si è sviluppato in Germania alla fine del XIX, con la diffusione delle opere di Nietzsche e sulla spinta anche della teoria oggettiva dei valori hartmanniani (39), e poi tra XX e XXI secolo. In particolare è con la pronuncia del 1958 (40), nota come sentenza "Lüth" (41), che la Corte costituzionale

(38) Tale terminologia fu adotta per la prima volta da Gustav Radbruch nel 1946 nel senso che *Unrecht* è l'opposto di un *Recht*, in particolare contro le opzioni normative ingiuste imposte con legge dal regime nazional-socialista e dunque contro il positivismo giuridico: per il filosofo tedesco infatti la convinzione dei giuspositivisti dell'inderogabilità della formula *Gesetz ist Gesetz* ("la legge è legge") avrebbe di fatto reso i giuristi inermi di fronte a leggi dal contenuto arbitrario e criminale. Sul punto v. A. MAZZEI, *Fondamento ontologico del diritto e « natura della cosa »*, in A. MAZZEI, T. OPOCHER (a cura di), Cedam, Torino, 2011, p. 1 e ss. Ripresa dall'opposizione democratica del secondo dopoguerra e dal dibattito teorico e politico, tale formula fu adottata anche dal tribunale federale tedesco (in particolare, in una sentenza del 12 luglio 1951, III ZR 168/5 0, BGHZ 3, 94, sull'esecuzione di un disertore da parte dei membri della *Volkssturms* negli ultimi giorni della seconda guerra mondiale) e dalla Corte costituzionale federale (in una sentenza del 1968 sulla perdita della nazionalità tedesca di un ebreo, BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 1968, Az. 2 BvR 557/62, BVerfGE 23, 98 — *Ausbürgerung I*). Sulla ricostruzione dell'atteggiamento dei giuristi verso la dottrina costituzionale del regime nazionalsocialista nonché sul passaggio essenziale al "nuovo stato tedesco occidentale", v., in particolare, C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Lerici, Cosenza, 1980, in particolare, p. 50 e ss.

(39) Per il quale i "valori morali sono principi contenutistici del dovere". Cfr. N. HARTMANN, *Ontologia dei valori*, (G. D'anna, a cura), Morcelliana, Brescia, 2011, p. 67 e ss.

(40) La concezione dei diritti fondamentali come espressione del sistema culturale e di valori sembra essere in verità ancor più datata, coincidendo con l'epoca weimariana. "Pre-scindendo completamente dal loro valore giuridico positivo, i diritti fondamentali proclamano un determinato sistema culturale e di valori, che deve dare significato alla vita dello stato instaurata da questa costituzione". Così R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, part. p. 164, come richiamato da E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 202.

(41) BVerfGE 7, 198, Urteil vom 15. Januar 1958 — 1 BvR 400/51 — „Lüth-Urteil”: In particolare, la *Bundesverfassungsgerichts* in questa pronuncia, dovendo giudicare su un ricorso proposto dal direttore dell'agenzia giornalistica di stato di Amburgo contro una pronuncia del

federale tedesca, individuando nei diritti fondamentali i valori sociali, inaugurò la prassi di ascrivere la “più ampia discrezionalità valutativa”⁽⁴²⁾, ricorrendo al metodo della gerarchia dei valori attraverso la c.d. valutazione degli interessi e beni. Contestualmente, in dottrina, se inizialmente fu Dürig, con il suo noto commento alla Legge Fondamentale, soprattutto all’art. 1 GG, a considerare la Costituzione come un atto radicato in un ordine “oggettivo”, vale a dire trascendente, è tuttavia a partire da Alexy⁽⁴³⁾ che si è sviluppata, traendo ispirazione dal distinguo operato da Dworkin⁽⁴⁴⁾ tra regole e principi (questi ultimi sviliti a meri valori), una teoria strutturale dei diritti fondamentali e del criterio del bilanciamento dei valori.

Il secondo filone, invece, fondato sull’idea di diritto come fatto empirico, trova oggi pieno sviluppo soprattutto in Francia declinandosi più precisamente in neorealismo giuridico ovvero in “teoria realista dell’interpretazio-

giudice civile che lo condannava a sospendere gli appelli al boicottaggio dei films nazisti di Harlan, nell’annullare la sentenza del tribunale si riservò un’ampia e discrezionale competenza a decidere sugli interessi in conflitto sostenendo che la legge fondamentale, che “non vuole essere un ordinamento neutrale rispetto ai valori, ha regolato nel settore dei diritti fondamentali anche un ordine obiettivo di valori”.

⁽⁴²⁾ Questa critica è stata mossa da molti, in particolare, tra i primi, v. H. GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1973; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, p. 1529 e ss.; E. DENNINGER, *Freiheitsordnung — Wertordnung — Pflichtordnung*, in *Juristenzeitung*, 1975, p. 545; H. RIDDER, *Das Menschenbild des Grundgesetzes — Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland*, in *Demokratie und Recht*, 1979, p. 126; U. K. PREUR, *Die Internalisierung des Subjekts*, in *Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Suhrkamp, 1979.

⁽⁴³⁾ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. Per l’autore la regola, a differenza dei principi, “contiene punti fissi nel campo del fatto e del diritto possibile”, cioè, una regola “è una norma che può essere rispettata oppure no”. Più di recente, v. anche dello stesso autore, *The construction of Constitutional Right*, in *R.F.D.C.*, 2012, p. 465 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Il punto di partenza della teoria dworkiniana è la critica al positivismo giuridico con riferimento particolare alla teoria formulata da Hart. Per Dworkin il diritto è concepito come *law as interpretation* mentre i diritti fondamentali sono “political trumps held by individuals”. Cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. XI. L’autore, evidenziando l’incapacità del giuspositivismo di tenere in reale considerazione l’effettiva pratica giudiziaria — di cui pone in particolare risalto l’esistenza di *standards* giuridici, ovvero i principi, che vanno oltre il diritto prodotto dalla statuizione — esalta la libertà del giudice che nel decidere i vari casi deve tenere come punto di riferimento le esigenze della comunità: in quest’ottica i diritti degli individui possono recedere per essere trasposti, secondo una logica utilitaristica, in “necessità” politiche della comunità. Interessante in proposito anche il saggio di G. BONGIOVANNI, *La teoria “costituzionalistica” del diritto di Ronald Dworkin*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina, 1999.

ne” laddove il diritto se è inteso come fatto empirico si individua più specificamente nell’atto di attribuzione di un significato a un ‘testo’. O meglio per riprendere le parole del suo massimo esponente — Troper — questa teoria mostra la “possibilità di una scienza del diritto concepita sul modello delle scienze empiriche (...) il cui oggetto è sì la norma, (...) non però come un dover essere, bensì come un fatto, un enunciato (...) il cui oggetto è quello di determinare il significato di altri enunciati” (45). A fronte del ruolo predominante accordato perciò alla giurisprudenza costituzionale, questa concezione arriva tuttavia, come meglio si vedrà, a sostenere sostanzialmente la quasi inconsistenza giuridica della stessa Costituzione (46). Sono state peraltro formulate altre due teorie costituenti ramificazione della citata teoria realista: non si potranno tuttavia qui considerare per ragioni di economia di spazio, ma solo accennare all’esistenza della teoria dei vincoli argomentativi e della teoria giuridica dello Stato.

Come si diceva in entrambi i filoni, le teorie prendono le mosse dal diritto quale ‘deve essere’ in funzione di un certo valore o dato sociale, secondo perciò metodo ideologico.

In realtà però in tutt’e due i casi si sta partendo da una contrapposizione al diritto quale esso è, opponendovi a questo stesso ora i valori ora la cosiddetta sociologia dell’ubbidienza. Di fondo è l’annosa polemica contro il feticismo legislativo e un’adesione ai testi legislativi da parte dei giuristi ritenuta troppo rigida.

Secondo il dibattito soprattutto tedesco e le critiche più feroci mosse da più parti in particolare da Ridder (47) e Forsthoff (48), nella teoria dei valori e del loro bilanciamento — fondata come sarebbe questa su una concezione delle disposizioni sui diritti costituzionali come principi privi di “valore normativo” e sulla loro trasformazione, per dirla con Forsthoff, in un mero “archivio dei valori correnti” — i ‘valori’ andrebbero a sostituire, in definitiva, le norme giuridiche stesse e i loro prescritti diritti fondamentali per

(45) Cfr. M. TROPER, *Replique a Otto Pfersmann*, in *Analisi e diritto*, 2002, p. 297 e ss. (e anche in *RFDC*, 2002, p. 759 e ss.).

(46) V. in particolare, M. TROPER, *Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français* in C. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 29-45. Questa è peraltro la critica mossa a Troper da O. PFERSMANN, *Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique*, in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris Dalloz 2008, pp. 527-544.

(47) V. H. RIDDER, *Das Menschenbild des Grundgesetzes*, cit., p. 126.

(48) V. E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 202.

entrare in un giudizio di ‘bilanciamento’⁽⁴⁹⁾. Il punto di partenza diviene la dimensione assiologica e il connesso ragionamento teleologico dei valori *a posteriore* operante in funzione della bontà — soggettivamente valutata del giudice — delle conseguenze che si esprime nella tensione alla loro realizzazione concreta.

Il tentativo proclamato è quello di superare l’idea della descrizione del diritto positivo come avalutativa — come pure pretendeva rigidamente la criticata teoria normativistica — per giungere, attraverso la costituzionalizzazione dei valori — rispecchiando la Costituzione o meglio i suoi diritti fondamentali “la totalità del sistema di valori di diritto costituzionale”⁽⁵⁰⁾ — ad un metodo più critico: esteso al campo pratico-applicativo del diritto, questo metodo sarebbe così in grado di rispondere alle istanze pluralistiche della società grazie al ricorso, soprattutto dei giudici, ad operazioni di ponderazione fra valori costituzionali⁽⁵¹⁾. Ispirata dalla volontà di elevarli — attraverso i valori — a qualcosa di più, questa teoria nondimeno fu accusata da parte della dottrina di declassare i diritti fondamentali ad un mero ordine di valori.

Non trattandosi di proporre semplici alternative ma di “una lotta mortale senza possibilità di conciliazione”⁽⁵²⁾, laddove la realizzazione dei valori distrugge i valori stessi⁽⁵³⁾, la “tirannia dei valori”⁽⁵⁴⁾ diviene qui il

⁽⁴⁹⁾ Per uno studio approfondito delle varie tesi, favorevoli o contrarie, elaborate dai giuristi tedeschi (in particolare, Denninger, Böckenförde, Ehmke e Hesse), a proposito del bilanciamento dei diritti fondamentali v. A. VESPASIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Cedam, Torino, 2002, p. 74 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Così, P.HÄBERLE, *Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, p. 22 e ss. Vedi anche sulla necessità di una lettura valutativa, A. A. CERVATI, *In tema di interpretazione della costituzione, nuove tecniche argomentative e bilanciamento tra valori costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994.

⁽⁵¹⁾ Un esito, quello del ruolo decisivo delle valutazioni di proporzionalità, “che lascia intravedere con chiarezza il distacco (e, secondo alcuni, l’inadeguatezza) della prospettiva del positivismo giuridico, in quanto essa ha preteso dal giurista di non schierarsi sui conflitti etici di volta in volta in gioco, arrestandosi ad una descrizione avalutativa del diritto positivo”. Così P. RIDOLA, *I diritti fondamentali nelle democrazie pluralistiche*, cit., p. 80 e ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. M. WEBER, *Il senso della “avalutatività” delle scienze sociologiche ed economiche*, in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Einaudi, Torino, p. 265 e ss.

⁽⁵³⁾ Così C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Kohlhammer, Stuttgart 1967, trad. it La tirannia dei valori. *Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, (a cura di G. Giurisatti), con un saggio di M. Volpi, Adelphi, Milano, 2008, p. 58 e ss.

⁽⁵⁴⁾ Solitamente l’espressione è addotta a Schmitt ma in realtà compare per la prima volta addirittura in Hartmann, filosofo della teoria oggettiva dei valori, che afferma che “ogni valore — una volta che ha acquistato potere su di una persona ha la tendenza di ergersi a tiranno esclusivo dell’intero ethos umano (...). Una tale tirannia dei valori si mostra già

pericolo più grande. Come categoria esprime non un dover essere ma esigenze esterne da realizzare, come 'dimensione della pratica', i singoli diritti o interessi sembrano trovare soddisfazione non grazie alla mediazione delle disposizioni costituzionali ma direttamente dalla realtà ritenuta ben in grado di esprimere un giudizio sulla condotta umana. Ciò implica in qualche modo un rinvio, stante la teoria del bilanciamento, ad un grado di preferenza di tipo essenzialmente sociale che assume tuttavia natura soggettiva non essendo oggettivamente verificabile.

In tempi più recenti peraltro, proprio in Germania, una voce minoritaria va contrapponendo all'antipositivismo il ricorso all'impostazione kelseniana. Criticando quel "positivismo giurisprudenziale" che, attaccando il positivismo teorico per la sua rigidità, a sua volta giunge a ritenere che il diritto vigente sia solo quello definito dalla giurisprudenza costituzionale e non anche dalle Carte costituzionali ⁽⁵⁵⁾, si va riaffermando e auspicando il ritorno a una 'strategia positivista'.

4.1. *Lo sviluppo italiano.*

Un'importante corrente che ha affermato la prevalenza di 'valori' nell'ambito di un nuovo diritto costituzionale diversi anni dopo l'adozione della Costituzione del '48 del secolo scorso esiste anche in Italia. Se infatti nell'immediato *post*-Costituzione la "triade" Mortati, Crisafulli ed Esposito in alternativa al 'principio', fanno riferimento al valore ma specificandolo come 'normativo' della Costituzione e insistono così sul valore normativo degli stessi principi costituzionali ⁽⁵⁶⁾, la riflessione giuridica successiva sembra sposare la tesi dei principi come 'valori' *tout court*.

Questa concezione è stata ampiamente articolata e sviluppata infatti da Zagrebelsky che considera i principi costituzionali come un 'mondo di valori' ⁽⁵⁷⁾ cui si aderisce e non si ubbidisce, giacché considerabili come

esplicitamente nei tipi unilaterali delle morali vigenti, nella ben nota intolleranza (anche di quello altrimenti indulgente) di fronte alla morale estranea (...)" . Cfr. N. HARTMANN, *Ethik*, Gruyter, Berlin 1926, tr. it. *Etica*, vol. III (Metafisica dei costumi), Guida, Napoli 1972, p. 408

⁽⁵⁵⁾ In particolare, v. M. JESTAEDT, *Die doppelte Verfassung. Eine positivistische Strategie*, in <http://www.juspoliticum.com/Die-doppelte-Verfassung-Eine,443.html>

⁽⁵⁶⁾ In uno scritto reso poco dopo l'adozione della Costituzione si legge che "in altre parole: una costituzione deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati". Così, V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 11.

⁽⁵⁷⁾ Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 149.

norme “senza fattispecie”⁽⁵⁸⁾, ovvero come “criteri per prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate”. Questa visione finisce così per superare quella della ‘triade’ per disconoscere la portata prescrittiva⁽⁵⁹⁾ del principio costituzionale che in tal modo diventa, nella concezione accolta da diversi giuristi italiani, un equivalente del valore.

Non sono mancate tuttavia voci minoritarie che hanno evidenziato come in questa similitudine operi una certa confusione concettuale⁽⁶⁰⁾ e hanno in tal modo riportato l’attenzione sul valore “normativo” della Costituzione: la legittimazione del risultato interpretativo della giurisprudenza costituzionale si ritiene debba essere legata “alla riconducibilità al testo”⁽⁶¹⁾ e non a qualcosa che è fuori — i valori — distinto, anzi “distante” dai principi costituzionali. Accusata di trasformarsi da giudice in “arbitro della costituzionalità”⁽⁶²⁾, si contesta così l’orientamento della Corte costituzionale volto a scegliere una concezione “debole”⁽⁶³⁾ del diritto che vede sostanzialmente perdere di carica prescrittiva le norme potendosi queste attualizzare solo sulla base del ‘senso’ determinato dal caso della vita.

Una declinazione di questa concezione può essere rinvenuto nel giuspositivismo detto “temperato”: nello sforzo di mediare tra rifiuto dell’ideologia-teoria positivista e utilizzo del metodo positivista, si vuol qui ricorrere al

⁽⁵⁸⁾ Richiamandosi alla teoria di Alexy, l’a. contesta così la carica prescrittiva dei principi, G. ZAGREBELSKY, *Ronald Dworkin’s Principle based Constitutionalism: an italian point of view*, in *International journal of constitutional law*, vol I, 2003, p. 630.

⁽⁵⁹⁾ Vedi anche A. BALDASSARE, *L’interpretazione della Costituzione*, in *L’interpretazione della legge*, cit., p. 205 e ss. che indica come ‘supremo’ solo il “principio democratico”.

⁽⁶⁰⁾ Laddove se i principi sono espressione della dimensione deontologica, i valori rinviano a quella assiologica. Sul punto, v. A. D’ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappicheli, Torino, 2007, p. 23 e ss.

⁽⁶¹⁾ In tal senso G. AZZARITI, *interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in *L’interpretazione della legge*, cit., p. 248, che dissente da un utilizzo del termine “valore” volto ad introdurre un discorso sull’interpretazione. V. anche, F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. Cost.* 1993, p. 3027, in particolare laddove osserva che “le norme costituzionali contengono le scelte di fondo dell’ordinamento democratico vigente ed i valori da esse espressi non necessitano né di supervalutazioni né di occasionali bilanciamenti ma soltanto di interpretazioni attuali attraverso l’individuazione del loro significato sostanziale”.

⁽⁶²⁾ Così F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 3777 e ss.

⁽⁶³⁾ “Secondo la quale le norme potrebbero assicurare solo un *minimum* di coesione sociale, in cui, non potendosi superare (con una disciplina positiva) i conflitti di valore, non si giunge a forme degenerative nella competizione tra valori”. Cfr. S. MANGIAMELI, *Il giuramento decisivo tra riduzione assiologica e ideologizzazione dell’ordinamento*, in *Gius. Cost.*, p. 2929 e ss.

metodo giuspositivista tuttavia non neutrale e indifferente rispetto al diritto non intendendo accettare in maniera 'acritica' qualsiasi sistema vigente ⁽⁶⁴⁾.

4.2. *Il dibattito francese.*

Peraltro anche in Francia, di recente, si parla di diritti fondamentali come "sistemi di valori" propri della società cui la Costituzione si riferisce ⁽⁶⁵⁾ oppure, più generalmente, della "Costituzione come ordini di valori" ⁽⁶⁶⁾, mentre pure non è mancato qualche autore che va propugnando un ritorno al positivismo giuridico di Kelsen, o meglio al suo 'quasi-positivismo' (come anche lo apostrofò criticamente Ross) ⁽⁶⁷⁾.

A proposito della Francia, sulla teoria sviluppata da Troper e da numerosi altri studiosi si può invece dire qualcosa in più ⁽⁶⁸⁾: se è qui chiaro l'intento di opporsi alla Teoria pura del diritto e al dogmatismo dottrinale e se è apprezzabile il tentativo di utilizzare in maniera più decisa l'analisi del linguaggio soprattutto degli atti resi dagli organi giurisdizionali contestualmente esaltando il momento di risoluzione definitivo dei conflitti, è anche evidente d'altra parte come nella sua visione di empirismo semantico la norma — ci sembra — finisca col perdere la propria essenza. O meglio, la norma come testo — sia esso anche il testo costituzionale — considerato com'è questo indeterminato e privo quindi di qualunque significato, sembra venga liquidata, senza lasciar alcuna traccia: al suo posto entra in gioco un'operazione, intesa come atto di volontà — e non ovviamente di conoscenza ⁽⁶⁹⁾ — denominata di 'determinazione', attuata attraverso l'interpretazione da parte dei cosiddetti 'organi di applicazione' e diretta a scegliere il

⁽⁶⁴⁾ Vedi, in particolare, in merito nonché a proposito della teoria dei valori, attentamente ricostruita e contestata, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 35 e ss.

⁽⁶⁵⁾ Richiamandosi espressamente alla teoria tedesca, Mathieu si interroga sui cambiamenti in atto che investono senza dubbio l'essenza della Costituzione stessa per cercare di ritrovare un nuovo senso e nuovi modi di pensare e definire. Cfr. B. MATHIEU, *Constitution: rien ne bouge et tout change*, Lextenso, Paris, 2013, in particolare, p. 9.

⁽⁶⁶⁾ V., in particolare, S. PIERRÉ-CAPS, *La Constitution comme ordre de valeurs*, in *La Constitution et les valeurs*, Mélanges Dimitri Lavroff, Paris, Dalloz, 2005.

⁽⁶⁷⁾ Sul punto, v. A. VIALA, *Le positivisme uridique: Kelsen et l'héritage kantien*, in *R.I.E.J.*, 2011, p. 65 laddove si conviene che "la pensée juridique n'atteint peut-être les sommets du positivisme qu'avec l'empirisme logique et la démarche analytique du Cercle de Vienne".

⁽⁶⁸⁾ Queste tesi sono argomentate ampiamente in M. TROPER, *Le droit, la théorie du droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 69 ss.

⁽⁶⁹⁾ Per una critica all'idea di interpretazione della teoria realista di interpretazione come atto non di conoscenza, v. anche, O. JOUANJAN, *La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes*, in *Droits*, 2011, p. 27 e ss.

significato di un enunciato al fine di produrre effetti più o meno definitivi — a seconda dello statuto dello stesso organo — nell'ordinamento ⁽⁷⁰⁾.

A questa visione che pure parte da una ricostruzione critica di Kelsen allo scopo di introdurre una propria concezione empirista, Pfersmann muove diverse critiche. Contraddittoria sotto più aspetti, questa teoria se infatti nega ad ogni "testo" la capacità di avere un significato, tuttavia finisce per conferire ai testi dei giudici proprio tale capacità a dispetto dell'incapacità di quel testo costituzionale o legislativo o regolamentare.

Con lo svilimento poi della norma a mera determinazione del significato di un enunciato, in definitiva a 'un fatto tra gli altri' ⁽⁷¹⁾ — come dato linguistico osservabile — quali 'atti di volontà' — atti tuttavia di natura non chiarita — al contempo, si da luogo anche ad una certa confusione semantica. L'operazione denominata dalla teoria 'determinazione' implica già infatti l'esistenza di un significato da determinare mentre qui, rinnegandosi del testo qualunque significato, è evidente un altro intento: quello cioè di vera e propria produzione normativa, trovandosi l'operazione del determinare priva di alcun rapporto semantico con l'oggetto già dato ma considerato come indeterminato e potendosi accordare quindi, attraverso un atto di scelta, giuridicamente libero, qualunque significato. Tutto ciò agendo senza che alcuna norma legittimi — e non potrebbe essere altrimenti rifiutando tale teoria l'esistenza della norma oggetto e quindi anche della norma che gli attribuirebbe tale competenza — coloro che con l'atto di volontà interpretativa arrivano ad esercitare una forza normativa che va di gran lunga oltre il caso concreto da risolvere ⁽⁷²⁾.

Il punto messo in evidenza già in apertura è appunto proprio quest'ultimo: in particolare in questa concezione realista, l'opposizione alla tradizionale concezione del diritto come oggetto normativo porta in ultimo alla surrogazione del momento normativo del legislatore con il momento applicativo/interpretativo del testo, inteso come reale e unico momento di produzione della norma. Questo però fuori da procedure stabilite e oggettivamente verificabili che finiscono col consegnare ai giudici (soprattutto costituzionali) poteri pieni e non controllabili in maniera oggettiva e col

⁽⁷⁰⁾ V. M. TROPER, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 293-315 e anche dello stesso autore, *Argumentation et explication*, in *Droits*, 2011, p. 3 e ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr. O. PFERSMANN, *Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation*, in *R.F.D.C.*, 2002, p. 279-334.

⁽⁷²⁾ Queste in estrema sintesi sono le critiche mosse alla teoria realista di interpretazione da Pfersmann. V. O. PFERSMANN, *Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. Réponse à Michel Troper*, in *RFDC*, 2002, p. 759 e ss.

creare una loro *governance* grazie al rimando a elementi distaccati dalla norma, ovvero ad una mera 'sociologia dell'ubbidienza', come la stessa teoria realista infine rivendica (oppure, si potrebbe ritenere, ai valori, nella teoria dei valori). Ciò che infatti fa di una norma una norma giuridica è, secondo questa teoria, il suo effettivo esercizio di un potere sociale o meglio che essa "sia giudicata adatta in una certa società" e non — come critica Pfersmann invocando la teoria pura — che un'altra norma (già giuridica) le attribuisca certe proprietà.

5. *Conclusioni. Lo stravolgimento delle 'regole' fuori dalle regole.*

Si pone allora in tutti questi casi un altro problema, quello cioè legato al giudizio sul fatto se la 'norma sia giustificata' oppure 'sul grado di non soddisfazione di un principio rispetto all'importanza della soddisfazione dell'altro' — per esprimersi con Alexy — con conseguenti implicazioni quanto all'attore competente a 'considerare qualcosa come giustificata' o 'più o meno apprezzabile' e ai dati e parametri per stabilire in modo empiricamente incontestabile il carattere giustificato di un atto normativo o il grado di apprezzamento di un diritto.

Le norme — inclusi i principi costituzionali — in queste visioni, non sarebbero infatti più considerabili come regole generali e astratte in applicazione delle quali devono essere rese le decisioni nel caso concreto ma intese alla stregua di disposizioni internazionali di *'soft law'*, come cioè mere 'direttive' e orientamenti utilizzabili *a posteriori* secondo loro modalità. Gli enunciati normativi, a prescindere da chi li può produrre, avranno insomma solo 'soggettivamente' lo statuto di norma.

Per quanto discutibile sia l'eccessiva rigidità del sistema giuridico soprattutto negli ordinamenti di *civil law* e la scarsa libertà dei giuristi nello scoprire regole, in tutte queste teorie con approccio ideologico, ritenendosi che ormai l'interpretazione, mediante l'invocazione della 'giustificazione sociale' o anche del *telos* dei valori, sostituisca definitivamente le norme generali e astratte, pure ancora adottate dagli organi pubblici a ciò legittimati, si finisce però coll'accordare alla giurisprudenza un potere 'fuori controllo'. Questa, operando infatti aldilà del quadro giuridico, utilizza talora dati non esistenti in norme di riferimento, così modificando o comunque influenzando il diritto in modo contingente e soggettivo, in maniera niente affatto verificabile neanche sul piano empirico: in definitiva qualunque siano le innovazioni introdotte nei procedimenti interpretativi, appellandosi non alla volontà del legislatore nella norma — qui anzi tagliata fuori — ma implicitamente al principio di autorità della 'coscienza sociale', non si stabilisce ciò che è ma ciò che deve essere, il che presuppone un giudizio di

valore con la conseguenza che tale giudizio di valore, essendo pur sempre un giudizio, non può essere — contrariamente a quanto affermato espressamente dalla stessa teoria realista che si autodefinisce come scienza empirica — empiricamente verificato.

Il metodo ideologico che ha come presupposto un 'giudizio di valore' può infatti al più essere 'giustificato' ricorrendo ad argomenti che si reggono sulla persuasione — in tal senso operando quegli argomenti diretti a dimostrare la condivisione di quel dato giudizio di valore da parte di soggetti personificati, siano esse i giudici, i giuristi, il popolo o le comuni tradizioni — non potendo di certo rivendicare la corrispondenza a ciò che è considerato 'valido' (come pure invalido) da una fonte specificamente accreditata di regole, sia questa individuata nel legislatore, nel popolo o nel giudice.

Ritorna allora, come in un circolo vizioso, il problema sotteso al diritto come percezione e non come oggetto normativo: chi e sulla base di quali criteri può confermare la giustezza della percezione — soggettiva — del diritto dei giuristi?