

Capitolo I

La “giuria elettiva di esperti” ed il rapporto tra etica politica e diritto

SOMMARIO: 1. L'esigenza di fondazione del diritto attraverso l'esercizio politico come risposta al relativismo etico. – 2. L'eterna dialettica tra il dominio delle leggi e ciò che l'esperienza concreta detta all'uomo anche nella dimensione giuridica. – 3. Le relazioni dialettiche tra metaetica ed etica e tra metagiurisprudenza e giurisprudenza, l'osmosi tra morale e diritto nella prospettiva positiva e la tensione universalizzante – ma non il distacco – del diritto e della giurisprudenza dalla dimensione etica. – 4. La funzione di ponte verso la dimensione etica, dei principi giuridici, il doppio livello “fondativo” ed “applicativo” dei medesimi e la compresenza di componenti chiuse ed elastiche in tutte le norme – di principio e non – di un sistema. – 5. L'insuperabilità in sede di interpretazione giuridica dei limiti contenutistici tipizzati delle norme – anche di principio – e la superabilità delle cornici tipiche di contenuto dei valori in rapporto alle componenti elastiche delle norme interpretate. – 6. La non contraddizione tra i valori positivizzati nella sola dimensione etica ed i principi giuridici in relazione all'evolversi dei fenomeni sociali: la non incompatibilità di significato tra le componenti elastiche delle norme ed i paletti tipici delle leggi. – 7. Il disorientamento del giudice tradizionale nella fissazione dei significati dei profili assiologici delle norme e l'esigenza della “giuria elettiva di esperti”.

1. L'esigenza di fondazione del diritto attraverso l'esercizio politico come risposta al relativismo etico

Giustificare un esercizio di funzione politica coevo allo svolgimento del processo penale comporta l'analisi di tutte le condizioni del raggiungimento – pur solo tendenziale – di un obiettivo di giustizia.

Quest'ultima rimanda, prima ancora che ad un contesto di elaborazione giuridica, ad una radice di filosofia politica ed alla dialettica tra morale, politica e diritto che si cercherà di delineare come fondamento

dello scopo di giustizia collocantesi in una dimensione più ampia della giurisdizione classicamente intesa.

Nell'analisi si può muovere dal tema dell'oggettività in etica – alla luce degli arresti più salienti della metaetica – e dalle ragioni di formazione del diritto – attraverso l'esercizio politico – a fronte del relativismo sostenibile in riferimento all'affermazione dei valori morali ed alla motivazione dei comportamenti umani.

Una volta riaffermata la necessità del coagulo politico di criteri comportamentali e della connessa traduzione in termini giuridici dei medesimi, bisognerà dimostrare la preferibilità nelle società democratiche di un sistema che affianchi al tradizionale rapporto tra regola giuridica generale ed astratta e *ius dicere*, la rilegittimazione politica dei parametri di risoluzione dei casi concreti in tutte le situazioni in cui si riveli insufficiente l'esercizio della classica funzione giurisdizionale.

Partendo, allora, dal problema dell'oggettività in morale, si può affermare come costante nel tempo sia stata la ricerca in merito.

La prima evidenza in proposito è il pluralismo delle concezioni etiche.

In prima approssimazione si può ritenere che una linea di demarcazione circa la dimensione delle possibilità di una morale oggettiva sia quella esistente tra i cognitivisti ed i non cognitivisti¹.

La differenza tra "cognitivismo" e "non cognitivismo" in metaetica riguarda la distinzione tra le tesi per le quali in ordine agli enunciati valutativi e normativi se ne può affermare la capacità di esprimere conoscenze e di essere quindi "veri" e le teorie secondo le quali, al contrario, gli stessi enunciati non hanno alcun contenuto cognitivo specifico o valenza di verità perché manifesterebbero nient'altro che emozioni, sentimenti, prescrizioni o atteggiamenti.

Conseguentemente, per i cognitivisti si può anche descrivere il linguaggio prescrittivo, dal momento che se ne può conoscere il fondamento di verità², laddove questo non risulta possibile per i non cognitivisti e, nella stessa ottica, per i primi si possono affrontare nella dimensione etica le "questioni di fatto" senza relativizzarne l'accertamento,

¹Per una chiara sintesi delle posizioni dei cognitivisti e delle opinioni dei non cognitivisti cfr. CORRAO, *Questioni metaetiche contemporanee in filosofia analitica*, Università del Salento – Coordinamento SIBA, 2010, 1 ss.

²Sul punto, cfr. per esempio, VON KUTSCHERA, *Vernunft und Glaube*, Berlin, 1990, *passim*.

mentre per gli altri ciò non è possibile in quanto tutto si ridurrebbe a problemi di modi di porsi, preferenze, interessi, aspirazioni o sentimenti soggettivi³.

Per tutte queste ragioni, per i non cognitivisti le proposizioni morali non sono né vere né false.

Questa spiegazione di tipo logico-linguistico della natura degli enunciati morali è la dimensione minima della metodologia di approccio al problema dell'oggettività della morale, prescindendo, come si vedrà, dal fondamento metafisico o ontologico delle affermazioni in etica.

Più in particolare, si può anche asserire che le affermazioni che per i cognitivisti sono idonee ad assurgere al rango di enunciati veri o falsi, per molti teorici descrivono possibili situazioni dal cui effettivo realizzarsi si ritiene che dipenda la verità o la falsità degli enunciati. Gli stati di cose così descritti varieranno in quest'ottica quando muta il significato degli enunciati alla luce dell'interpretazione semantica che si dia delle affermazioni ipotizzate ed a seconda che si preferisca un'interpretazione riduzionista e, quindi, naturalista, o al contrario un'interpretazione non riduzionista, ovvero non naturalista, delle asserzioni morali.

Va, poi, precisato che per l'autonomia che viene ascritta all'etica ed alle valutazioni normative o valutative, non necessariamente i cognitivisti ritengono che l'etica confonda il proprio oggetto con una realtà descrittiva naturale o umana o metafisica. In questo senso, se non si accetta questa confusione il cognitivismo assume un carattere non naturalista. Affermare che il cognitivismo possa essere non naturalistico non significa peraltro che nella prospettiva dell'autonomia dalla realtà naturale delle proposizioni morali, esista necessariamente uno statuto ontologico dei "fatti morali" distinto da quello degli stati di cose naturali, umani o metafisici⁴. Se così fosse bisognerebbe – come facevano i primi

³Tra i non cognitivisti, si possono segnalare i fautori delle teorie emotivo-evocative come CARNAP (*Logistische Syntax der Sprache*, Berlin, 1934, 1 ss.), i sostenitori della teoria prescrittiva, tra i quali soprattutto HARE, *Il linguaggio della morale*, trad. it., Roma, 1978, 1 ss.), ancora gli aderenti alla teoria espressiva di atteggiamenti di approvazione o disapprovazione ed alla teoria degli impegni pratico-morali, come BLACKBURN, *Ruling Passions: A Theory of Practical Reasoning*, Oxford, 1998, *passim*, infine i fautori dell'adesione ad un sistema assiologico-normativo, come GIBBARD, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, Oxford, 1990, 1 ss.

⁴In proposito, per i cognitivisti non naturalisti che propugnano anche il realismo morale, è sufficiente affermare che "la verità è una funzione tanto del contenuto dell'enunciato quanto dello stato del mondo negli aspetti rilevanti" (WRIGHT, *Realism, Meaning and Truth*, Oxford, 1993, 1).

“intuizionisti” – ritenere che al cognitivismo etico non naturalista corrisponda sempre un “realismo morale”⁵.

Sennonché, si può immaginare diversamente che ad un cognitivismo non naturalista possa associarsi un “antirealismo morale” e per fare ciò basta slegare dalla nozione di verità qualsiasi impegno ontologico come nel caso del rapporto che si stabilisca tra la verità e non un solo mondo, bensì più mondi possibili.

Quindi, sia il realismo morale che l’antirealismo morale – come, *mutatis mutandis*, il realismo naturalistico e l’antirealismo naturalistico – possono essere o meno associati ad un carattere ontologico invece che solo semantico.

Se si ritiene che esista il profilo ontologico, per i realisti sussistono stati di cose ed oggetti (naturalistici o solo costituiti da fatti morali) che sono indipendenti dalla mente e dall’osservazione, ovvero dall’evidenza che realizziamo dei medesimi, ma si postula l’accessibilità epistemica alle suddette situazioni, anche quando si creda di conoscerne il fondamento metafisico (relativamente agli stati di cose ed agli oggetti naturalistici). Non così per i fautori del realismo semantico (non ontologico) – sia morale che naturalistico – per i quali la verità può andare oltre quanto sia verificabile ed asseribile, per cui si reputa che possa essere vero anche quanto non si riesca a conoscere in modo che ci si accontenta della dimensione semantica di quanto si conosce come vero o falso⁶.

Passando a tracciare i caratteri fondamentali dell’opinione degli anti-realisti, sia naturalistici che morali, si può accennare all’opinione di quelli per i quali la verità non esiste al di fuori di quanto sia avvicinabile epistemicamente, per cui non si reputa che sia sicura l’esistenza di stati di cose e di oggetti – morali o naturalistici – indipendenti dalle proposizioni che articoliamo sui medesimi nel nostro sforzo epistemico.

⁵Tra gli esponenti del cognitivismo etico non naturalista si segnalano G.E. MOORE, H.A. PRICHARD. Per il primo, il Bene – che può essere oggetto di asserzioni di fatto in cui si traducono gli enunciati morali – è una proprietà primitiva, non empirica ed indefinibile, che conviene alle cose indipendentemente dal valore che esse hanno per noi e che possiamo cogliere attraverso una specifica intuizione morale (*Principia ethica*, Cambridge, 1903, *passim*). Per il secondo, oggetto della conoscenza morale è una molteplicità di doveri particolari, non deducibili da principi generali, direttamente colti tramite intuizione nel contesto di situazioni specifiche e che, in ultima analisi, coincidono col ventaglio di obblighi dettati dalla morale comune (*Does Moral Philosophy Rest on a Mistake*, Oxford, 1912, *passim*; *Moral Obligation*, London, 12949, *passim*).

⁶In proposito, cfr. CORRAO, *Questioni metaetiche contemporanee in filosofia analitica*, cit., *passim*.

Vi sono, ulteriormente, anche gli antirealisti – morali o naturalistici – che hanno un approccio ontologico alla verità nel senso che essi pur non ritenendo, in quanto antirealisti, che l'oggetto della conoscenza sia indipendente dal momento del conoscere, ancorano siffatto movimento conoscitivo a degli stati mentali ed a degli oggetti mentali (empirici o fenomenici) che il soggetto nel conoscere individua come causa del suo sforzo epistemico⁷.

Come si vede, anche all'interno del cognitivismo, in metaetica, quel che si reputa possibile è solo il fatto che si possa accedere alla definizione delle condizioni di verità e falsità di un'asserzione ma non regna accordo sulla valutazione di verità o falsità dei contenuti dei singoli enunciati morali, dal momento che, come si è detto, può cambiare il significato delle affermazioni ed, inoltre, si può dare un'interpretazione riduzionista o non riduzionista delle stesse asserzioni.

A ciò si aggiunga che siccome ai cognitivisti si giustappongono i non cognitivisti, si deve ritenere che non esista accordo anche sulla possibilità di giungere a definire le condizioni di verità e falsità delle asserzioni morali e, quindi, non tutti credono che a determinate condizioni si possa conoscere ciò che sia vero e quanto sia falso.

Si ricordi, infatti, che per i "non cognitivisti etici" le proposizioni valutative e normative della dimensione etica, essendo riconducibili a soggettivistici atteggiamenti, prescrizioni, emozioni e sentimenti, non sono idonee, come si è già detto, ad essere definite in termini di verità o falsità; e ciò anche se per alcuni non cognitivisti esiste in morale una componente cognitiva.

A fronte del delineato pluralismo di concezioni metaetiche e, conseguentemente, anche etiche, diventa evidente come nel rapporto tra consociati risulti indispensabile rinvenire uno spazio di rifugio dell'azione quale il diritto.

È chiaro che non essendo accettata universalmente un'unica prospettiva etica, l'individuo avanza sul piano giuridico una pretesa di responsabilità dell'altro affinché sia garantito – eventualmente anche con la forza – quel comportamento che altrimenti l'altro spontaneamente in base ad una pura riflessione di natura etica non necessariamente porrebbe in essere.

La formazione del diritto, a causa del pluralismo delle sottostanti

⁷ Su queste problematiche, cfr. CORRAO, *Questioni metaetiche contemporanee in filosofia analitica*, cit., *passim*.

concezioni etiche e metaetiche, più che rispondere con sicurezza ad una necessità razionale, può, allora, trovare una giustificazione sul solo piano della "fatticità".

Il diritto è di fatto la risposta che l'umanità ha elaborato per garantire il compimento di comportamenti che altrimenti sul piano della sola giustificazione morale e della motivazione etica all'azione non avrebbero trovato sicuramente luogo.

Di qui la distinzione tra diritto e morale che nel corso dei secoli è entrata a poco a poco nella coscienza dei popoli.

Di fatto il non cognitivismo etico ha esercitato ed esercita un rilevante influsso sulla teoria della separazione tra la sfera giuridica e quella etica. Bisogna riconoscere che una delle ragioni principali della fortuna della separazione risiede nell'esigenza di liberare il diritto dalle oscillazioni e dalle incertezze della morale. Come la morale razionale del giusnaturalismo moderno aveva avuto la funzione di assicurare un terreno comune dopo il crollo dell'universalismo religioso e di quello politico, così la separazione risponde alla stessa esigenza in seguito al crollo dell'universalismo morale.

In proposito, si può ritenere che dalla "fattuale esperienza del massimo male"⁸ e dall'affinarsi delle identità attraverso il confronto con quanto si ritenga radicalmente negativo (ed in definitiva alieno dalla tutela della vita) sia sorto progressivamente e continui a legittimarsi nel tempo un accordo di specifiche comunità su una base di valori fondamentali da cui progressivamente sono emerse esperienze giuridiche. Queste, però, talvolta si sono anche semplicemente riannodate ad un esercizio di potere indipendente dal consenso sulla base etica delle imposizioni di comportamenti.

Questo processo non toglie che le proposizioni etiche basilari su cui si sia realizzato l'accordo conservino un carattere profondamente relativo nel senso che anche sulle stesse è possibile che singoli individui o comunità di consociati si sentano indotti a negare quanto ad altri appaia indiscutibile fino a contestare il fondamento stesso di ogni discorso morale condiviso ed, in ultima analisi, cioè, la vita.

⁸ Sul punto, cfr. LIMONE, *La catastrofe come orizzonte del valore*, Napoli, 2015, *passim*.

2. L'eterna dialettica tra il dominio delle leggi e ciò che l'esperienza concreta detta all'uomo anche nella dimensione giuridica

Il relativismo che spiega la separatezza tra morale e diritto non toglie, comunque, che bisogna indagare sui rapporti tra le suddette entità in quanto dal modo eventuale in cui le stesse continuano ad interagire può emergere la giustificazione non solo del diritto in sé, ma anche del modo di produrre diritto rispetto ad altre alternative tipologie di esperienze giuridiche; e ciò nel senso che se si continua a riconoscere una costante dialettica tra etica e le connesse manifestazioni della dimensione pratica – come le ideologie collettive, la politica e le varie prassi valutative –, da un lato, ed il diritto, dall'altro lato, bisogna pure controllare se la maniera più comune di fare esperienza giuridica, ovvero il tradizionale *ius dicere* risponda realmente alla sostanza di ciò che una comunità o almeno la maggioranza di quest'ultima ritenga etico e per cui sia motivata ad agire⁹.

In proposito, allora, bisogna muovere dalla circostanza secondo cui – come si è visto – esistendo un evidente pluralismo etico, sul piano della "fatticità" – anche se non a livello teorico necessariamente – chiaramente prevale il non cognitivismo ed in siffatta ottica – sebbene per taluno permanga nella dimensione non cognitiva il profilo della possibile conoscenza dell'oggetto – bisogna riconoscere che nella prassi la distinzione tra soggetto ed oggetto entra in crisi e con essa la distinzione tra giudizio e fatto e, nell'ambito dei giudizi, la differenza tra quelli di fatto e gli altri di valore.

In altri termini, è necessario partire dalla considerazione che il soggetto conoscente e l'oggetto conosciuto – anche ai fini di un'azione da compiere – non possono ritenersi appartenenti al mondo dell'essere indipendentemente l'uno dall'altro. Senza la proiezione del soggetto su ciò che si conosce e di cui si ha esperienza sensibile non sussisterebbe

⁹In questa sede si accoglie la prospettiva nella quale tra diritto e morale esiste una distinzione, ma non una separazione.

Nel dibattito giuridico-filosofico si registrano, invece, tutte e tre le prospettive ipotizzabili circa la relazione tra diritto e morale: quella della connessione, l'altra della distinzione e quella ulteriore della separazione.

In proposito, cfr., per una rassegna delle opinioni in merito, W.T. BLACKSTONE, *Law and Morality: the Hart-Dworkin Debate and an Alternative*, in *Archiv fuer Recht- und Sozialphilosophie* 1979, (65), 77-95.

l'oggetto avvicinato – indipendentemente da qualsiasi impegno ontologico circa la sostanza del dato oggetto di conoscenza – ed allo stesso modo, se non vi fosse l'impatto del soggetto con il mondo circostante e, quindi, con l'oggetto conosciuto non esisterebbe nemmeno lo sforzo conoscitivo in relazione al quale si giustifica la percezione a se medesimo dell'io conoscente. Quindi, soggetto ed oggetto sono componenti di una dimensione che sovrasta entrambi ed è rappresentata dalla coscienza del vissuto colto però nello stadio dell'"inosservabile" e, cioè, del "dentro" che precede anche la conoscenza dell'oggetto e da cui nondimeno dipende ed a cui è subordinata l'esperienza conoscitiva¹⁰. Se si deve tener conto di questo "vissuto" sempre, anche in relazione a tutti gli svolgimenti della conoscenza e delle azioni umane, si relativizza la distinzione tra soggetto ed oggetto perché si fanno dipendere in ultima analisi entrambi gli elementi da una dimensione che li precede logicamente e contemporaneamente li assorbe, dimensione data da quella situazione di cui si ha la percezione ma che è inosservabile e per questo – come si è detto – è antecedente alla differenza tra soggetto ed oggetto ed al connesso atto conoscitivo.

Questo non significa che il "vissuto" non sia in dialettica continua con l'idea della vita e con le proiezioni del soggetto sui suoi oggetti¹¹. Ma questa situazione, comportando sempre la coscienza metaconoscitiva e metaetica della situazione rappresentata come "vissuto inosservabile", conduce a relativizzare tutte le distinzioni e, quindi, non solo quelle tra soggetto e oggetto, ma anche la distinzione tra le idee ed i fatti e tra i giudizi di fatto e di valore, perché situazioni dipendenti da quella "scintilla" che ha qualcosa di "divino" in quanto indipendentemente dall'approfondimento della complessità del rapporto tra io e mondo è all'origine dello sforzo insieme conoscitivo e morale¹².

¹⁰ Su siffatto concetto del vissuto colto nello stadio dell'"inosservabile" cfr. LIMONE, *La catastrofe come orizzonte del valore*, Napoli, 2015, *passim*.

¹¹ L'affermazione di questa dialettica era operata anche da CAPOGRASSI, a proposito del cui pensiero ZACCARIA asserisce che nel suddetto filosofo "si delinea la figura della comprensione umana come una dialettica tra vita e idee che chiede di essere sempre esplicitata e mai data per scontata. Il soggetto progredisce in una dialettica 'vitale' che non deve sacrificare il particolare e il finito, come momenti insufficienti, ma li deve cogliere nella ricchezza dell'esperienza" (*Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi, contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Padova, 1976, 97-99).

¹² Questa riflessione sull'accennato elemento divino della conoscenza che è all'origi-

L'accennata esperienza fondativa del Sé nel mondo non è necessariamente idealistica perché quel "vissuto" inosservabile che è sempre intrinseco ad ogni sforzo conoscitivo e morale può essere interpretato come finito e, quindi, è sufficiente naturalizzarlo.

Queste affermazioni servono, lo si ribadisce, a concepire in termini relativi ogni esperienza conoscitiva e morale ed impongono una continua verifica "rifondativa" dei postulati iniziali di qualsiasi atto conoscitivo e comportamento morale.

Venendo al profilo etico, bisogna, allora, ammettere che le concezioni e le proposizioni basilari in merito, anche se in assoluto potessero spiegarsi e fondarsi in modo differente – secondo quanto si è già detto –, certo è che a noi appaiono condizionate biologicamente e culturalmente dal modo d'essere degli individui, per cui proprio quella natura e, quindi, quell'universo fattuale (che potrebbe essere costituito anche da fatti morali), comprensivo dell'oggetto che si vuole conoscere, diventa per certi versi presupposto dell'idea di vita, di conoscenza e di etica che si assume. Esso reagisce sulle modalità della conoscenza e di fatto – anche se, come si è detto, non sul piano ideale ed assoluto – la traduce in atteggiamenti che variano a seconda dei soggetti e delle comunità di riferimento, ovvero in ragione delle caratteristiche umane e biologiche degli individui.

I dati che i soggetti conoscenti ed agenti vogliono avvicinare, anche se in assoluto non si può dire se siano solo frutto delle nostre proiezioni intellettuali, e, quindi, se esistano o meno all'esterno del mondo dei concetti, certo è che a noi appaiono come elementi che, per un verso, rappresentano dei riscontri a quanto pensiamo, per altro verso, giustificano lo sforzo conoscitivo dal momento che senza la percezione dei medesimi non si spiegherebbe nemmeno perché l'individuo conosca i fatti naturali e/o morali.

Ed i dati del mondo che si avvicinano, a fronte della relatività delle concezioni dell'essere e della morale, sembrano capaci di far superare, in ultima analisi, – anche se solo sul piano della apparente "fatticità" – il dualismo tra soggetto ed oggetto e tra giudizio e fatto perché al di là del continuo correlarsi con quel "vissuto" inosservabile che precede ogni esperienza conoscitiva e morale, l'idea della vita che appare metaconoscitivamente alla base di ogni piano di pensiero ed azione rinvia a quel

ne anche dell'esperienza morale vedi CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, II, Milano, 1959, *passim*.

condizionamento biologico e culturale che a tutti è evidente e che sembra essere fattore costituente del nostro modo di pensare – oltre che oggetto del pensiero.

Quel che alla fine conta sul piano di quanto a noi appare quotidianamente – al di là di ciò che valga in assoluto – è l'esperienza complessiva del soggetto conoscente ed agente, ovvero non ciò che egli reputi dell'oggetto avvicinato – sia pure solo per trarne spunto per i suoi comportamenti sul piano morale – bensì quanto riesca a percepirsi – da parte sua e degli altri – circa i motivi giustificativi del movimento conoscitivo e comportamentale di cui quel soggetto è protagonista anche nell'interazione con la comunità di riferimento.

Sull'accennato piano, quel che vale alla fine è il Sé dell'uomo e, quindi, pur nel collegamento con la trama delle leggi della natura e della morale, si giustificano sul piano della "fatticità" – che non significa anche giustificazione in assoluto – anche le "ragioni *sui generis*" ovvero gli atteggiamenti eccezionali che sembrano irriducibili a quanto nel rapporto tra soggetto ed oggetto un ipotetico soggetto o un'ipotetica comunità ideale ritenga vero e giusto¹³.

Da quanto detto emerge, però, ulteriormente la distinzione tra il piano metaconoscitivo e quello ordinariamente conoscitivo che si erge a scienza quando si cerchino le condizioni di verità e falsità degli enunciati, ovvero le regole del mondo naturale e morale. Ciò vale a dire che sul primo livello metaconoscitivo, per quanto si è affermato, ciò che appare – a fronte del pluralismo delle concezioni della conoscenza e dell'etica e di ciò che precede e giustifica in ultima analisi l'esperienza conoscitiva e morale – è la confusione tra soggetto ed oggetto e tra giudizio e fatto, mentre a livello di conoscenza e morale ordinaria, il dualismo suddetto riaffiora e con esso la ricerca dell'oggettività della conoscenza e della trama delle regole che contraddistinguono la natura ed i fatti morali.

I due piani, però, e, cioè, quello metaconoscitivo e metaetico, da un lato, e l'altro conoscitivo ed etico, dall'altro lato, sono, come si è già detto, in costante dialettica tra di loro perché siccome alla fin fine l'uomo cerca sempre la giustificazione delle sue concezioni intellettuali, si assi-

¹³In relazione alla problematica della persona da considerare anche come Sé, LIMONE afferma che la stessa persona "si costituisce come il vissuto unico e concreto, capace, pur nella sua intima fragilità, di falsificare qualsiasi sistema concettualmente determinato che pretenda contenerla" (*La persona come evento ontologico e come evento filosofico*, in *Persona*, 1 (2011), vol. I, 3 ss.).

ste in ultima analisi al fatto che tutti gli individui, specie quando le ragioni *sui generis* dei loro pensieri e dei loro comportamenti non si iscrivano facilmente nella regolarità individuata *prima facie* nella natura e nell'universo morale, tendono a riannodare la giustificazione dei comportamenti e dei modi di pensare dei singoli e delle comunità a quel Sé dell'uomo che con i suoi condizionamenti biologici e culturali è l'unica verità apparente, anche se non assoluta, di cui tenere conto¹⁴.

I postulati della conoscenza pratica e teoretica e, quindi, della scienza, in ragione del fatto che le ipotetiche ragioni *sui generis*, e, cioè, le condizioni di eccezionalità dei comportamenti e dei modi di pensare riguardano tutti gli uomini, devono tener conto di siffatte situazioni. Conseguentemente, senza rinunciare ad una verifica della loro compatibilità con le leggi che si sono individuate in natura e nell'universo morale, alla fine, non si può non dare peso all'inaccessibilità della morale assoluta e della verità assoluta ed al conseguente relativismo e pluralismo della concezioni individuali. Per fare un esempio, allora, rispetto ad una concezione morale affermatasi in positivo in una determinata comunità, non si può essere indotti a reprimere un comportamento in una misura che non tenga conto del fatto che la legge a monte dell'istanza repressiva potrebbe in assoluto essere sbagliata.

Per la stessa ragione, nell'individuare un ordinamento morale – che per quello che si dirà funziona come quello giuridico – bisogna tener conto il più possibile delle condizioni particolari degli individui, dei condizionamenti biologici e culturali che possono giustificare comportamenti e concezioni conoscitive, laddove in differenti situazioni – pur collegate ed in linea generale sovrapponibili alle precedenti – lo stesso tipo di giustificazione non ha alcuna valenza.

In altri termini, per esempio, nel predisporre delle sanzioni – che di fatto nell'ordinamento morale come in quello giuridico sono sia negative che positive – bisogna tener conto del pluralismo etico e della concezione individuale della morale che si è sviluppata a livello particolare. Questo – lo si ribadisce – non significa rinunciare ad una universalizzazione e ad un'elaborazione di regole relative ai fatti morali – così come,

¹⁴In merito, si può affermare, nell'ottica di quanto asserisce LIMONE, sulla scia del personalismo di MOUNIER, che si è passati, nel corso dei secoli, "dal paradigma sostantivo al paradigma soggettivo e, da qui, lungo lo svilupparsi del paradigma fenomenologico, al paradigma esistenziale dell'esserci concreto del sé" (*La persona come evento ontologico e come evento filosofico*, cit., 3 ss.; *Il personalismo*, Roma, 1964, *passim*).

mutatis mutandis, non si può rinunciare a conoscere il mondo prescindendo dalla ricerca di costanti e leggi nella natura e nelle prassi comportamentali – perché, nel momento stesso in cui un soggetto opera uno sforzo conoscitivo su un oggetto, pone quest'ultimo come termine di riferimento distinto dall'io conoscente, e, quindi, pur tenendo conto di quei condizionamenti che impongono entro una certa misura una relativizzazione dell'approccio ai dati, bisogna relativizzare, sì, ma ricostituendo ed adeguando le norme già note ai casi concreti. Nel fare ciò, l'io conoscente ed agente fissa sempre dei postulati che in assoluto non si sa se siano o meno corrispondenti a verità, ma poi, può in modo anche deduttivo far derivare dalle proposizioni basilari sui fatti naturali e morali l'articolazione di proposizioni secondarie in etica e nell'analisi della natura.

Se, come si è detto, dando conto della situazione esistente di pluralismo di opinioni, esiste disaccordo su ciò che in assoluto rappresenti la proposizione basilare di ciò che sia giusto e vero, anche nell'ambito dello sviluppo delle affermazioni che si sono definite secondarie si può verificare un dissenso – e non solo in funzione della diversità dei postulati iniziali –, ma una volta fissati questi ultimi, si può dire che sia possibile fondare un sistema al cui interno sul piano logico risultino superabili tutte le contraddizioni e si aspiri all'oggettività di vedute. Per la verità, esclusivamente a livello logico ed astratto è possibile asserire ciò, perché nella realtà, in funzione di quel rigurgito che sul piano metaconoscitivo – e, quindi, anche metaetico – si è definito come confusione di soggetto ed oggetto e come condizionamento permanente operato dalle diverse condizioni biologiche e culturali sull'approccio ai fatti naturali e morali, bisogna sempre riconoscere la supremazia dell'esperienza sulla scienza e su ciò che intrasistemicamente appare vero e giusto nell'ambito delle proposizioni basilari ed all'interno di quelle secondarie.

Se questo è un dato che sembra incontestabile, diventa prioritario stabilire come senza la pretesa di fondare una morale o un mondo assolutamente vero di concetti, bensì solo ai fini della formazione delle prassi che rendano possibile la convivenza tra i diversi approcci al mondo, sia possibile superare nel modo migliore il disaccordo cui si è accennato.

Una di queste maniere è, come si è detto, la formazione e l'applicazione del diritto, ma siccome quest'ultimo è un settore della dimensione pratica, quanto più il superamento del disaccordo nel mondo giuridico si avvicini al miglior modo di venire a capo del disaccordo morale, tanto

più si potrà dire che il diritto e la scienza giuridica siano capaci di soddisfare le esigenze della vita rendendo possibile la convivenza tra i diversi Sé umani esistenti nella realtà.

Quindi, al di sopra della distinzione tra soggetto ed oggetto, tra giudizio e fatto, si deve collocare la dimensione "non duale" dell'esperienza e fare in modo che tutti gli arresti scientifici e comportamentali siano finalizzati a soddisfare le esigenze vitali dei soggetti che anche fruendo di quegli arresti sono chiamati e vogliono fare determinate esperienze, sia pure dovendo temperarle con quelle di altri che potrebbero essere in disaccordo con loro.

Siffatta concezione è valida sul piano etico, ma può essere estesa anche al livello della creazione e dell'attuazione del diritto, nel senso che i comportamenti giuridicamente rilevanti, siccome sono pur sempre riconducibili alla dimensione dell'agire umano, per un verso vanno sempre intesi in termini di distinzione tra oggetto e soggetto, tra fatto e giudizio (a sua volta differenziabile in giudizio di fatto e di diritto), tra scienza del diritto e di diritto inteso come complesso di norme e di organizzazione istituzionale, ma, per un altro verso, la loro regolamentazione e l'applicazione delle regole ai casi concreti, in funzione dell'incidenza del piano metaconoscitivo e metaetico su quello conoscitivo ed etico, devono favorire, in ultima analisi, esperienze in cui, da un lato, si rispetti il più possibile il dominio del Sé di ogni uomo con i suoi condizionamenti biologici e culturali e, dall'altro lato, si possa realizzare una convivenza tra i diversi Sé con i connessi punti di vista e le diverse esigenze vitali.

L'agire giuridico della formazione delle regole e della loro applicazione a livello comportamentale in siffatto ambito non è autonomo dal mondo delle regole, ma proprio perché condizionato culturalmente e biologicamente è capace anche di affermare ragioni *sui generis* comunque non svincolate dalla ricerca delle loro possibili condizioni di verità e falsità in un'eterna dialettica tra il dominio delle leggi e ciò che l'esperienza concreta detta all'uomo nel particolare contesto di vita in cui si trova e vuole venire a trovarsi fruendo anche – ma non solo – di quelle leggi e della loro interpretazione ed applicazione.

3. *Le relazioni dialettiche tra metaetica ed etica e tra metagiurisprudenza e giurisprudenza, l'osmosi tra morale e diritto nella prospettiva positiva e la tensione universalizzante – ma non il distacco – del diritto e della giurisprudenza dalla dimensione etica*

Se a questo punto, allora, si volesse affrontare il problema dei rapporti tra diritto e morale, ferma rimanendo la distinzione dei piani di ciò che è diritto e di quanto è morale, da un lato, e di ciò che, dall'altro lato, è scienza del diritto e scienza della morale, e, cioè, giurisprudenza ed etica¹⁵, bisogna ritenere che, più che di separazione, in proposito bisogna ragionare in termini di distinzione, ma l'osmosi tra le due dimensioni è costante¹⁶.

Proprio perché il mondo valutativo – con i condizionamenti culturali e biologici del Sé dell'uomo¹⁷ – non può essere distinto dalla conoscenza dell'oggetto e questa non può considerarsi in termini astratti, bensì va collocata nella eterna dialettica tra la realtà, da un lato, (che giustifica ed insieme è parte integrante dello sforzo conoscitivo ed è intrinsecamente condizionante il soggetto conoscente) e la dimensione dei concetti attraverso i quali l'individuo avvicina la realtà, dall'altro lato, bisogna ritenere che ciò che è fatto giuridico – nel panorama più ampio dei fatti morali – non si conosce mai solo per ciò che è ma anche per ciò che si voglia che sia o divenga¹⁸.

¹⁵ Ci si richiama, in proposito, a quanto anche KELSEN affermava, ritenendo che la "morale" è l'oggetto e l'"etica" è la scienza che studia il suindicato oggetto (*Law and Morality*, in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, 1973, *passim*).

¹⁶ In proposito, si ricorda, però, che nel dibattito filosofico contemporaneo sono presenti anche la prospettiva della separazione e l'altra della connessione tra diritto e morale, su cui – come sull'ottica della semplice distinzione – cfr. W.T. BLACKSTONE, *Law and Morality: the Hart-Dworkin Debate and an Alternative*, in *Archiv fuer Recht- und Sozialphilosophie* 1979, (65), 77-95.

¹⁷ In proposito, si ribadisce che non si vuole sostenere nell'affermare l'esistenza dei condizionamenti culturali e biologici del Sé dell'uomo che questi ultimi debbano necessariamente corrispondere a degli stati ontologicamente apprezzabili. Si vuole solo sostenere il fatto che gli accennati fattori condizionanti "sembrano" sussistere.

In merito, sul possibile approccio ontologico o meno del realismo e dell'antirealismo morale dei cognitivisti, cfr. CORRAO, *Questioni metaetiche contemporanee in filosofia analitica*, cit., *passim*.

¹⁸ Anche nella prospettiva della filosofia analitica e neoempirista, ma per certi versi vicina al realismo giuridico di BOBBIO, (secondo cui, pur dovendosi riconoscere che la conoscenza del diritto non è mai separabile dalla "pratica giuridica" e, quindi, dall'"e-

Per questa ragione il diritto come complesso di regole e di organizzazione istituzionale vive solo nell'esperienza giuridica intesa come realtà non solo di scienza astratta del diritto che riflette sull'oggetto delle norme, bensì anche di "pratica giuridica" in cui confluisce, tra l'altro, il vissuto dei soggetti – non solo operatori del diritto – che vengono a contatto – e non solo passivamente, ma anche in termini propositivi ed innovativi – con le regole, con le istituzioni e con le loro applicazioni¹⁹. La giurisprudenza, divenendo "pratica giuridica" che va intesa non esclusivamente come meramente interpretativa ed applicativa di regole, ma pure come elaboratrice delle stesse, viene integrata dalle ideologie, dalle convinzioni politiche e dagli atteggiamenti culturali in senso ampio di quanti – non solo giuristi – interagiscono con i fatti giuridici.

In tale prospettiva, per un verso, si conoscono le prassi come "fatti" (e, quindi, non nella sola ottica prescrittiva della mera spiegazione del significato delle norme e della loro applicazione, bensì intendendole pure come espressione di un fenomeno sociale in cui l'esperienza giuridica si riannoda ad un più ampio *telos* comunitario)²⁰, per altro verso,

sperienza giuridica", che comporta la dialettica con il Sé dell'io conoscente, nondimeno sul piano teorico il diritto avrebbe la sua specificità nei fatti che governano la produzione e l'applicazione delle norme, ossia nelle procedure che a tal fine si seguono, e che sarebbero conoscibili come fatti distinti da qualsiasi valutazione) non ci si può nascondere che anche le procedure sono suscettibili di svariate interpretazioni, per cui il momento valutativo e, quindi, la dimensione della volontà dell'attribuzione di un significato non disgiunta dall'approccio conoscitivo è sempre presente pure nella conoscenza delle procedure cosicché il diritto si conosce mai solo per ciò che è, bensì anche per ciò che si vorrebbe che fosse (*Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 168 ss.).

Sull'inseparabilità del momento valutativo da quello conoscitivo nell'approccio alle procedure di produzione ed applicazione del diritto (quel che inevitabilmente conduce ad un disaccordo che va composto ai fini della soluzione dei casi giuridici) cfr. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, 1990, 667 ss.).

¹⁹Tra quanti riconducono il discorso dei giuristi alla "pratica sociale" cfr. TARELLO, *Sulla teoria (generale) del diritto*, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 391 ss.

²⁰In proposito, si può richiamare la distinzione tra metagiurisprudenza prescrittiva (per la quale si chiarisce come la scienza del diritto spieghi il significato delle norme e la loro applicazione prescindendo dalla conoscenza del fenomeno della "pratica giuridica", nel cui ambito la interpretazione non può prescindere da tutti i fattori condizionanti dell'esperienza concreta di produzione ed applicazione delle norme) e metagiurisprudenza descrittiva (in cui più che a puntare alla sola spiegazione di come si atteggi la scienza sulle norme, si chiarisce come funzioni il complesso del fenomeno della "pra-

per quella simbiosi tra soggetto ed oggetto e tra giudizio e fatto di cui si è parlato, il momento valutativo – e, quindi, morale in senso ampio –, è sempre intrinseco alla conoscenza ed il condizionamento biologico e culturale di chi conosce, insieme all'oggetto conosciuto, oltre ad essere termine di riferimento della conoscenza, concorre sempre a giustificare dall'interno ed insieme a fungere da verifica del risultato conoscitivo.

Da questa duplice dimensione della prassi si evince che pur dovendo l'operatore rassegnarsi al fatto che l'esperienza di quanti a vario titolo – come, tra gli altri, elaboratori di norme, giudici o comuni cittadini – vengono a contatto con il diritto supera sempre le proposte degli operatori di creazione e di applicazione delle regole attraverso la lettura dei loro significati²¹, il rapporto con l'esperienza deve non solo essere meramente descritto come un avvenimento passato da cui desumere quei significati che vadano oltre le previsioni fatte in precedenza dalla giurisprudenza, ma deve nel contempo assurgere a finalità della scienza del diritto affinché contribuisca costantemente – attraverso la lettura del passato e mediante le indicazioni per il futuro, da parte dei protagonisti delle future esperienze – alla creazione delle regole, all'organizzazione delle istituzioni ed ai loro sviluppi applicativi²².

Di qui la costante osmosi tra diritto e morale – che non ne elide la distinzione per quanto si è detto ed ancora si dirà – per il *medium* delle scienze valutative dell'uno e dell'altra ed in costante dialettica con quanto è possibile cogliere tenendo conto del piano metagiurisprudenziale e di quello metaetico, che, come si è visto, si interrogano sulla giu-

tica giuridica") che è presente in BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, cit., 168 ss.

Su siffatta distinzione operata da Bobbio cfr. GUASTINI, *Norberto Bobbio teorico del diritto*, III (1966-1980), in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, 483 ss.

²¹ In questo senso si può convenire con chi afferma che la "pratica sociale" – di cui è parte la pratica giuridica – deve diventare oggetto a se stessa, cosicché è bene che diventi anch'essa oggetto di conoscenza al di là della ricostruzione del significato delle norme in astratto, tenendo conto, però, che per conoscere la pratica sociale non resta che interpretarla e per interpretarla bisogna praticarla (RORTY, *Rappresentazione, pratica sociale e verità*, in VATTIMO (a cura di), *Filosofia '88*, Bari, 1989, 209 ss.).

²² Tenendo conto di quanto asserito nella nota precedente va detto che l'accennato contributo nasce non solo dalla riflessione teorica sulla pratica sociale, bensì dalla pratica stessa.

Sul tema cfr anche la distinzione tra *Semantic Theories of Law* e *Interpretative Theories of Law* che si rinviene in DWORKIN, *Law's Empire*, London, 1986, 32 ss.

In proposito, vedi pure VIOLA, *Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1989, 336 ss.

stificazione dei postulati iniziali della giurisprudenza e dell'etica.

In questo senso, la giurisprudenza (ovvero la scienza che riflette in termini prescrittivi sul significato delle norme, delle istituzioni e della loro applicazione ai comportamenti, come anche sulle prospettive *de iure condendo*), affinché sia sempre più vicina alle esigenze vitali che vengono in rilievo in generale nel mondo morale, pur distinguendosi in ultima analisi dal vissuto e dall'esperienza finale dei soggetti di una comunità, deve trarre sempre maggiori lezioni dal fenomeno più ampio di quella che sia stata e/o sia chiamata ad essere la "pratica (o prassi) giuridica" di una società che è parte importante del suo vissuto morale. La ragione di ciò – lo si ribadisce – sta nella già accennata dialettica che esiste tra ciò che del Sé si avverte anche attraverso l'approfondimento metagiurisprudenziale ed il classico livello giurisprudenziale, così come, *mutatis mutandis*, tra quanto consente di capire il piano metaetico e l'altro etico. In funzione di questi ultimi, tenendo conto dei condizionamenti culturali e biologici di tutti i soggetti (non solo giuristi) che in contesti particolari incidono sulla riflessione giurisprudenziale e fungono sia da termine di verifica che da metro di giustificazione della medesima, possono apparire – come si è già detto – ed essere ritenute meritevoli di apprezzamento (all'orizzonte della scienza del diritto e della sua applicazione) talune ragioni *sui generis* che *prima facie* potrebbero non iscriversi nel tessuto normativo dei fatti regolati dal diritto.

Ma, se è così osmotico il rapporto tra morale e diritto e tra etica e giurisprudenza, rispetto alla dimensione dell'esperienza, onde poter affermare nel mondo dei comportamenti anche le ragioni *sui generis*, esiste una relazione anche astratta tra morale e diritto sul piano delle regole non *sui generis* e, quindi, prescindendo dall'esigenza giustificativa ultima dei postulati iniziali di etica e giurisprudenza?

In proposito, bisogna partire dalla considerazione secondo cui si può accedere all'idea di descrivere come "fatti" sia quelli giuridici che gli altri morali – prescindendo dall'esigenza metaetica e metagiurisprudenziale di superare, mediante il riferimento alla prassi esperienziale, la differenza tra giudizio e fatto e tra soggetto ed oggetto, in uno sforzo di recupero della regolarità e dell'oggettività della conoscenza – ma a patto che sia gli uni che gli altri siano intesi in termini positivi. Si bandisce, quindi, la nozione di una morale assoluta o ideale²³ e nell'ambito delle

²³ In proposito, va però precisato che anche se è inattuabile con gli strumenti ordinari della conoscenza, la morale è concepibile anche come luogo in cui si esercitano

morali positive rimane sullo sfondo il fatto che queste, essendo irrimediabilmente condizionate dalla soggettività dei postulati iniziali, possano essere le più varie in relazione alle varie comunità. Nondimeno, proprio perché morali positive, di cui si riconosce in assoluto la relatività, si può comunque sul piano oggettivo associarle di fatto a singole realtà di ordinamenti morali ed in siffatta dimensione intrasistemica e non metaetica è possibile descriverle ed avvicinarle con approccio descrittivo anche se non necessariamente naturalistico.

Si badi che codesta situazione è apprezzabile su un piano che deve avere un necessario coefficiente di astrattezza perché, come si è detto, e si ribadirà anche in seguito, quando si scenda sul livello concreto non si può non tener conto della dialettica con la metaetica e con le istanze differenzianti del Sé dei soggetti.

Sotto questo profilo, il modo di funzionamento dell'ordinamento morale e di quello giuridico è il medesimo, sia in ordine alla produzione che rispetto all'applicazione delle norme. Anche la motivazione ad agire rispetto alla normativa morale come quella a fronte dell'ordinamento giuridico può essere indiretta e, cioè, riconducibile non necessariamente ad un impulso interiore, bensì alla paura di sanzioni²⁴.

Peraltro, la possibilità di ragionare in termini deduttivi²⁵ e rispetto a realtà considerate nel loro nucleo fattuale, consente di escludere che nel tessuto normativo – ma si badi, su un livello di una certa astrattezza – vi possano essere contraddizioni. Queste ultime potrebbero insorgere solo sul piano della valutazione delle norme e, quindi, sul piano della scienza del diritto e della morale per cui potrebbe sussistere – sebbene solo in via di prima approssimazione – una divergenza tra due giudizi morali e due giudizi giuridici, così come anche tra un giudizio morale ed uno giuridico, rispetto ad un comportamento da tenere. Ma se si ritenga vigente l'ordinamento giuridico, si può anche giungere a ritenere che il

giudizi di valore assoluto. Sul punto Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1952, *passim*; ID., *La dottrina pura del diritto*, a cura di LOSANO, Torino, 1966, *passim*; ID., *Law and Morality*, cit., 83 ss.

²⁴ Cfr., in proposito, sul tema VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, cit., 667 ss.

²⁵ Nel presente lavoro, quando si parla di ragionamento di tipo deduttivo si vuole intendere in senso ampio il ragionamento di natura necessaria dal respiro logico-formale. Nel suo ambito possono ricomprendersi, allora, i giudizi sintetici che conducono ad un risultato conoscitivo certo in senso assoluto perché aprioristico, su cui cfr. KANT, *Critica della ragion pura*, trad. it., Bari, 2005, *passim*.

diritto in quanto valido – perché accettato da tutta una comunità – risponda ad una intrinseca esigenza morale positiva – che è appunto quella di fondare e rispettare le norme giuridiche –, per cui sul piano logico ed astratto non c'è bisogno di un'altra morale positiva da contrapporre all'ordinamento giuridico dal momento che anche rispettare le regole giuridiche rientra in una dimensione morale positiva in sé sufficiente. D'altra parte, anche all'interno dell'ordinamento giuridico, in termini logici ed astratti si può dire che esistano sempre i meccanismi per superare le divergenze di valutazione, anche se favorite da contrasti riannodabili a contraddittori significati oggettivi di norme. In termini positivi, infatti, le contraddizioni sono risolvibili elidendo l'efficacia della regola non prevalente a livello di gerarchia di fonti oppure facendo intervenire con efficacia abrogativa colui che sia deputato alla produzione del diritto. Di qui l'impossibilità – in astratto – di individuare una contraddizione anche tra la normativa morale e quella giuridica e l'insorgere di contraddizioni solo sul piano delle scelte pratiche contingenti che si richiamano alle valutazioni soggettive²⁶. Queste, però, – sempre astrattamente – dopo l'apparenza iniziale di contrasto, quando quest'ultimo esista solo sul piano soggettivo, possono essere superate attraverso gli strumenti di composizione dei disaccordi in giurisprudenza ed in etica e dei contrasti tra le valutazioni etiche e quelle giurisprudenziali.

In fondo, ciò si può affermare – sul piano dell'astrazione – proprio perché non si mettono in discussione le norme, che, infatti, si presuppongono “dedotte” in maniera oggettiva dall'idea che si ha di diritto e di dovere, sia nella dimensione giuridica che in quella morale.

Scendendo, però, dal piano astratto a quello concreto, va sottolineato che il problema – avvicinato subito anticipando quanto sarà approfondito in appresso – è la messa in discussione proprio del significato oggettivo delle norme quando dal piano dell'individuazione del senso in generale del canone si scenda ad apprezzare ed a giudicare la conformità dei comportamenti alle regole. Ciò può innescare il dubbio interpretativo sul significato che le norme – che in astratto siano lineari e conformi alla morale positiva e, cioè, astrattamente prevalente – possano assumere in sede di adattamento agli infiniti casi concreti; sul

²⁶ Su questa problematica, con riferimento, agli arresti del pensiero di Kelsen, VIO-
LA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, cit., 667 ss.

che si incentra la riflessione etica e quella giurisprudenziale²⁷.

Alla luce di siffatta concezione si può, comunque, affermare che anche sul piano scientifico della giurisprudenza e dell'etica esiste, nell'ottica dei sistemi positivi, permanendo però su un piano logico ed astratto, una evidente interazione tra morale e diritto²⁸ e quando si parla di morale si vuole intendere anche il complesso dei costumi e della cultura di una comunità.

Si è provato a stabilire pure sul livello dell'astrazione una divergenza di piani tra diritto e morale, inserendo il primo in ordinamenti di tipo dinamico, nei quali quel che cambierebbe sarebbe la norma fondamentale da cui discendano per via deduttiva tutte le altre, e la seconda in ordinamenti di tipo statico in cui non si avrebbe a che fare – dal punto di vista della validità del sistema – con una norma fondamentale mutevole come quella giuridico-costituzionale²⁹, ma la separazione tra diritto e morale – per come valutati in giurisprudenza ed in etica – in quest'ottica non tiene conto della logica delle norme morali e giuridiche³⁰. Stando a quest'ultima, come si è detto, se si ha a che fare – sia pure in astratto – con una morale positiva vigente – nel senso di prevalente pur nella varietà di concezioni morali – e con un ordinamento giuridico vigente, alla fine si supera astrattamente anche la contraddizione legata alla presunta mutevolezza della norma fondamentale giuridico-costituzionale che logicamente non può non riannodarsi ai postulati fondamentali della morale vigente con prevalenza nella stessa comunità di riferimento della normativa giuridica.

²⁷ VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, cit., 667 ss.

²⁸ In proposito, si può affermare che anche un positivista come Kelsen non può non tener conto dell'accennata osmosi, cosicché egli è stato definito da ROSS piuttosto un "quasi positivista" che non ha abbandonato l'idea secondo cui il sistema giuridico possiede una validità intesa nel senso di forza morale vincolante (*Law and Morality*, cit., *passim*; *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, in FEBBRAJO, GUASTINI (a cura di), *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, 1982, 152 ss.).

²⁹ Sulla riconduzione al problema della fondazione del sistema mediante una norma fondamentale della distinzione tra ordinamento statico (morale) ed ordinamento dinamico (giuridico) vedi Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 430 ss.; ID., *La dottrina pura del diritto*, cit., 216 ss.

³⁰ Sull'impossibilità di fare riferimento alla distinzione tra ordinamento statico ed ordinamento dinamico per giustificare la presunta separazione tra diritto e morale, cfr., VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, cit., 667 ss.

Ancora, si è provato a spezzare l'interazione esistente sul piano giurisprudenziale e su quello etico tra diritto e morale, ritenendo che il sistema giuridico avesse i suoi fondamenti solamente in fatti come quelli rappresentati dalle procedure che servirebbero per costituire le norme giuridiche³¹, mentre la morale fonderebbe in ultima analisi su giudizi di valore che non si costituirebbero attraverso procedure aventi una dimensione istituzionale e, perciò, fattuale.

Ma anche un siffatto tipo di separazione tra diritto e morale fallisce perché pure rispetto alle procedure istituzionalizzate ed alle altre norme giuridiche sorgono sempre problemi di valutazione da superare mediante giudizi di valore che rispetto alle morali vigenti in prevalenza presso determinate comunità rinviano comunque dal piano giurisprudenziale a quello etico³². Di qui, anche in un'ottica positiva, ma sempre dal punto di vista logico ed astratto, la perdurante osmosi tra giurisprudenza ed etica. Inoltre, il problema del disaccordo morale si supera utilizzando il proceduralismo razionale pure nella dimensione etica ed, allora, esiste in morale un metodo – per quanto dotato di un certo coefficiente di astrattezza – cui attingere per superare le divergenze valutative che riguardano anche i significati delle norme giuridiche procedurali.

La distinzione tra morale e diritto può, invero, – anche sul piano astratto – sicuramente rinvenirsi nelle modalità di attuazione delle regole nell'ambito dell'ordinamento morale ed in quello giuridico e, quindi, nell'uso della forza che contraddistingue il secondo rispetto al primo³³.

Per tornare, però, sul livello della concretezza, si ribadisce che, al di là della osmosi astratta tra le morali positive e gli ordinamenti giuridici positivi cui si è accennato, bisogna tener conto anche della realtà per la quale il diritto non può disgiungersi dall'esperienza e dal rapporto tra il livello

³¹ Il tentativo viene fatto, tra gli altri, da BOBBIO, che, in proposito, pur riconoscendo la complessità e la dimensione anche valutativa dell'esperienza giuridica, tenta, comunque, almeno sul piano teorico del contenuto delle norme, di salvare la specificità del diritto rispetto alla morale facendo leva sulla attualità delle procedure che potrebbe essere – almeno in astratto – avvicinata senza indulgere a valutazioni ma semplicemente analizzando gli esiti dei procedimenti di produzione ed applicazione del diritto (*Essere e dover essere nella scienza giuridica*, cit., *passim*).

³² Vedi, in proposito, sempre VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, cit., 667 ss.

³³ In proposito, KELSEN stabilisce che diritto e morale si distinguono solo per il modo in cui essi prescrivono o vietano un comportamento e, cioè, per l'uso della forza (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 15 ss.; *La dottrina pura del diritto*, cit., 78).

giurisprudenziale ed il parallelo stadio metagiurisprudenziale, che è poi quello in cui si dovrebbe assumere dall'esperienza la continua carica rifondativa che consenta di proiettare pure nel mondo giuridico il pluralismo delle concezioni etiche filtranti nelle prassi giurisprudenziali.

Si vuole dire che, per un verso, non è discutibile l'esigenza di positivizzazione che si accompagna all'affermarsi del diritto che, almeno nell'era moderna, si associa ad un'esigenza di universalizzazione e, quindi, di distinzione tra il generale ed il particolare a cui fa da sfondo il marcarsi della differenza tra prescrittivo e descrittivo³⁴, tra dover essere ed essere e nell'ambito della prima l'affermarsi di un obiettivo di giustizia che sia più condiviso a livello sociale rispetto al concetto di ciò che sia considerato bene.

Ciò nondimeno, per altro verso, va ribadito che non da ultimo per i condizionamenti culturali e biologici che anche rispetto al mondo giuridico esistono, la tensione verso l'universalizzazione delle regole e, quindi, verso la generalità ed astrattezza delle norme – da cui dipende la condivisione ed il rispetto di tutti –, come anche il protendersi verso un più marcato dualismo tra l'essere dei fatti morali ed il dover essere delle regole delle azioni da attuare, devono sempre fare i conti con quell'osmosi, a cui si è accennato, sul piano dell'esperienza e non più solo della logica astratta tra la dimensione etica – con la sua dialettica con il profilo metaetico – e l'universo giuridico, nonché – parallelamente ed in modo convergente rispetto a siffatta osmosi – con la dialettica tra la giurisprudenza e la metagiurisprudenza in ultima analisi riannodantesi sempre alla dimensione passata e futura dell'esperienza giuridica pregressa o attesa.

4. La funzione di ponte verso la dimensione etica, dei principi giuridici, il doppio livello "fondativo" ed "applicativo" dei medesimi e la compresenza di componenti chiuse ed elastiche in tutte le norme – di principio e non – di un sistema

Nell'ottica sopra delineata, vanno meglio precisate le caratteristiche dell'osmosi e quelle della distinzione tra etica e diritto.

³⁴Perciò, non potendosi fare a meno anche del dualismo tra prescrittivo e descrittivo, nel testo si conclude per la necessità che si tenga conto della dialettica tra la dimensione duale prescrittiva e la dimensione dell'"esperienza giuridica".

Nelle società contemporanee un ponte tra l’ambito morale e quello giuridico è rappresentato dai “principi” di diritto rispetto ai quali si discute della loro parentela con i valori che rappresentano gli enunciati prescrittivi o valutativi in cui si traducono i giudizi di natura etica³⁵.

A seconda che l’accennata affinità si ritenga esistente o si escluda, si verificano importanti conseguenze in relazione alle modalità dell’interpretazione giuridica, al ruolo del bilanciamento ed alle caratteristiche ed alla funzione dell’interpretazione costituzionale.

In una prima ottica, si può esaltare la connotazione solo “aperta” – dal punto di vista semantico – dei principi ed il fatto che nella previsione dei medesimi il legislatore non fissi in nessun caso le condizioni di applicazione³⁶. Questo significa che in sede di attuazione dei “principi” si potrebbe tener conto delle particolarità del caso concreto meglio di quanto accada per le regole cosiddette “chiuse” e che, d’altra parte, l’operatività del principio dipenderebbe sempre non solo dall’opera di calibratura del medesimo con il sistema degli altri principi e delle altre regole, ma anche di volta in volta da un giudizio di “bilanciamento” che tenesse conto appunto di quei profili valoriali specifici del fatto singolo. Quest’ultimo sarebbe più articolato rispetto a quello che – sempre tenendo conto dei sottostanti principi – si potesse talvolta determinare rispetto alle regole ordinarie³⁷.

L’attuazione del principio non comporterebbe, allora, mai una susunzione semplice di un fatto in una norma giuridica “chiusa” e dai contorni netti, ma presupporrebbe sempre la possibilità di far filtrare il riferimento ai valori del mondo etico proprio in funzione del descritto carattere aperto della previsione in questione e della sua adattabilità alle dinamiche speciali specifiche.

Sotto questo angolo visuale, il principio, se fosse riguardato solamente

³⁵Nel senso della parentela e dell’affinità tra principi e valori ALEXYS, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, 125. Per la distinzione, invece, e, cioè, per l’individuazione nei principi di norme che si pongono su un livello distinto da quello dei valori HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it., Milano, 1996, 302 ss.

³⁶Su siffatte caratteristiche dei principi cfr. VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 1999, 385.

³⁷In riferimento alle prospettive di Alexy ed Habermas, su siffatte peculiarità dei principi cfr. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in *Ars interpretandi*, 2006, 10, 177 ss.

nella sua connotazione elastica che consentisse di attingere direttamente al mondo delle regole e delle concezioni morali, assumerebbe la stessa connotazione strutturale del valore; e ciò anche quando sembrasse che nell'ambito dell'operazione di bilanciamento a cui si è accennato, si potesse sempre desumere dall'autorità che ponesse le norme giuridiche – e non dalla sola dialettica delle concezioni morali a cui facesse rinvio il principio – il contenuto della decisione da assumere per il trattamento del caso concreto. In tal senso, non ci sarebbe differenza tra principio e valore³⁸.

Peraltro, siccome, nella prospettata ottica, nel principio fissato in astratto non si rinverrebbe mai ancora il contenuto della decisione concreta da assumere nella fattispecie peculiare che andasse regolata, dipenderebbe sempre proprio dal riferimento "bilanciato" al sistema dei valori – che sono nel mondo etico e/o giuridico – l'assunzione della specificazione contenutistica del precetto da applicare al caso concreto in corrispondenza al principio che venisse in rilievo.

In siffatta prospettiva, l'astrazione e la generalizzazione tipica del momento di produzione della regola di diritto si tempererebbe in sede applicativa con la maggiore aderenza al caso specifico che l'elasticità del principio consentisse e questo meccanismo permetterebbe di aprire un ponte privilegiato tra il diritto e l'etica, tra il dover essere giuridico e le esperienze morali (con quella accentuata dialettica tra il piano etico e metaetico a cui si è accennato) – a cui si correlerebbero in senso ampio le concezioni culturali di una comunità.

Quando, poi, un principio sembrasse entrare in conflitto con altro principio, bisognerebbe tener conto della elasticità di entrambi, ed allora tra gli accennati termini del confronto bisognerebbe sempre stabilire un rapporto di prevalenza (e non di esclusione o di determinazione di non validità) di uno dei due, così come non si dovrebbe istituire tra essi una relazione – anch'essa basata sull'esclusione di uno degli elementi a confronto – tra regola ed eccezione³⁹. Tutto ciò rientrerebbe sempre in un giudizio di bilanciamento rispetto al caso concreto che sarebbe più accentuato di quello che si verificasse – anche se non in ogni caso – con le regole ordinarie "chiusure" tra confini meglio tipizzati.

³⁸In tal senso ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 125.

³⁹Sull'applicazione dei principi secondo la loro prevalenza e, quindi, senza stabilire in astratto l'invalidità di altri principi apparentemente contrapposti così come senza determinare rispetto a questi ultimi, rapporti tra regola ed eccezione ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 79.

Questo confermerebbe quanto si è detto in precedenza – sia pure, come si è visto, non solo sul piano dell'esperienza concreta, ma anche in una prospettiva privilegiata di logica delle norme sul piano positivo (che si vedrà, poi, come possa conciliarsi con la scelta di una morale solo scelta a preferenza di altre nel dibattito intersoggettivo) – circa l'inesistenza di una separazione tra diritto e morale.

Senonché, ci si potrebbe chiedere a questo punto come si concili la sottolineata elasticità dei principi ed il loro correlarsi o *recte* il loro interrelarsi con i valori morali – nell'ambito della descritta operazione di bilanciamento – con la caratteristica modalità di produzione della norma giuridica (in cui si specifica anche il principio) rappresentata dal determinarsi dell'"universale vincolatività del precetto giuridico" e della corrispondenza di quest'ultimo ad aspettative sociali generalizzate.

In altri termini, il principio, se sembra assumere contenuto solo attraverso il rinvio al mondo etico e, cioè, mediante il suo riferirsi ad una morale preferita intersoggettivamente – tra le tante che si riconoscono esistenti nell'universo morale improntato al relativismo delle concezioni etiche – e non ad una regola generalmente ritenuta vincolante come quella giuridica – ed alla connessa morale positiva fissata (ma solo in astratto) come prevalente dal legislatore –, come può nello stesso tempo rappresentare anche un precetto che vincola tutti?

Inoltre, si potrebbe ritenere che se il principio come precetto giuridico ha una connotazione universalmente vincolante, ci si debba limitare ad apprezzarne il contenuto solo per ciò che sia "valido" per tutti in opposizione ad una determinazione contenutistica alternativa che sia scartata non solo perché meno preferita, bensì perché più radicalmente esclusa dal legislatore in quanto "non valida".

Ciò equivale a dire che rispetto alla norma giuridica – di qualunque rango e configurazione (sia essa di principio o prescrizione ordinaria più tipizzata) – varrebbe solo l'alternativa tra il "sì" o il "no" alla norma nella sua globalità e non potrebbe introdursi un bilanciamento che modulasse il contenuto della norma di principio a seconda della preferibilità o meno della concezione morale da applicare nel caso concreto⁴⁰.

⁴⁰ Nella prospettiva di escludere la possibilità di bilanciamento non solo per le norme ordinarie, bensì anche per i principi in nome del loro carattere normativo, cfr. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., 302 ss.

Peraltro, questo rinvio ad un'ottica morale solo preferita rispetto ad altre, sembra sottintendere una tensione tra diverse ottiche che sia capace di introdurre un rapporto tra le differenti versioni del principio di volta in volta associate ai diversi casi concreti nell'ambito dei bilanciamenti effettuati in sede applicativa; e ciò a prescindere dallo sfociare o meno in contraddizione logica che comunque potrebbe dirsi superata attraverso l'esaltazione, rispetto ai singoli casi, dei differenti profili specifici delle fattispecie concrete.

Le aporie, nondimeno, svaniscono se si pone attenzione alla natura ancipite del principio. Quest'ultimo, per un verso, rinvia ad un valore che ha un indubbio fondamento etico, e, per altro verso, esprime una scelta di campo di tipo più specificamente giuridico che cristallizza un limite di tutela di un bene limitatamente al quale nasce la nozione di "bene giuridico", ovvero di interesse ritenuto prevalente dal legislatore.

Si vuole dire che la norma di principio ha, da un lato, un profilo di norma chiusa in relazione alla scelta di tutela prevista per il limite normativo tipizzato e, dall'altro lato, presenta il carattere di fattispecie aperta in rapporto alla forma semantica indeterminata che pure contraddistingue il contenuto della norma e che, nondimeno, in funzione proprio dell'indeterminatezza suddetta consente il rinvio al sistema di valori anche etici che è necessario per l'adeguamento "bilanciato" del precetto al caso concreto.

Se questo è vero, rispetto alla componente "tipizzata giuridicamente" del principio può affermarsi esistente la secca alternativa tra "validità" ed "invalidità" del profilo normativo, tra il "sì" ed il "no" del medesimo nell'ambito di una relazione di esclusione tra il dettato tipico ed il suo esatto contrario⁴¹.

A fronte, invece, dell'elemento "non tipizzato giuridicamente" o *recte* "elasticamente tipizzato" riemerge il bisogno di un bilanciamento attraverso il rinvio ad un sistema di valori che è anche pregiuridico, ovvero etico, ed appunto mediante la norma di principio si stabilisce il ponte con la dimensione pratica di taglio non giuridico.

Per esemplificare, a fronte di una norma di principio come quella secondo cui "la libertà personale è inviolabile e le sue compressioni posso-

⁴¹In riferimento al principio nella sua globalità, comunque, per la presenza della sua componente elastica, si può affermare che esso è sempre suscettibile di bilanciamento, ferma rimanendo la distinzione nel medesimo tra elemento tipico e rigido, da un lato, e profilo indeterminato ed aperto, dall'altro lato.

no avvenire solo per legge e per atto motivato di autorità giudiziaria", la componente tipizzata giuridicamente sta non solo nel rispetto della riserva di legge e di quella di giurisdizione, bensì anche in quella preclusione alla compressione da affermare quando manchi qualsiasi interesse opposto all'altro del mantenimento della libertà personale concepito nel suo contenuto non limitato di tutela apprestata dall'ordinamento giuridico⁴².

Il profilo, invece, "elasticamente tipizzato" che dà luogo ad un bilanciamento ed al rinvio all'universo morale – inteso anche culturalmente rispetto ad una determinata comunità di consociati – è rappresentato dal significato da attribuire al concetto di inviolabilità della libertà personale a fronte della tutela – in qualche forma – di interessi opposti a quello al mantenimento assoluto della libertà personale.

Rispetto a questa ultima componente del principio – ma lo stesso varrebbe per qualsiasi clausola elastica di norma non di principio di cui verificare l'operatività a fronte di una pluralità di interessi contrastanti tutelati dall'ordinamento – nasce un'esigenza di applicazione del parametro che non è soddisfatta dagli argomenti della classica interpretazione istituzionale delle norme giuridiche, quali quelli riconducibili all'interpretazione letterale, o gli altri fondati sui lavori preparatori o quelli ulteriori di taglio sistematico o gli altri riferibili all'applicazione in via analogica. Un esempio di insufficienza di siffatti moduli interpretativi si riferisce ai casi di "*distinguishing*" o di "*overruling*", come pure ai casi di incertezza sulla scelta delle forme argomentative⁴³.

E così, in altri termini, se il caso presenta delle particolarità irriducibili a quelle di altre fattispecie prima trattate, non si trova nel sistema la regola che copra quella situazione. Allo stesso modo, un mutamento repentino della giurisprudenza su un tema non consente una deduzione intrasistemica della norma applicabile. Ulteriormente, se per la soluzione di una questione ci si può riferire a metodi argomentativi differenti (come a volte accade quando non si sappia se utilizzare l'argomento

⁴² Si coglie implicitamente la distinzione tra i profili rigidi e tipici, da un lato, e le componenti elastiche, dall'altro lato, nell'art. 13 Cost. in MENNA, *Giurie elettive di esperti per un dialogo "non creativo" tra le Corti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 4 ss.

⁴³ Sulla accennata tipologia degli argomenti istituzionali da utilizzare nell'interpretazione e sulla loro insufficienza per trattare i casi di *overruling* o di *distinguishing*, o ancora la scelta tra forme argomentative diverse o, ulteriormente, talvolta la giustificazione degli enunciati dogmatici, cfr. ALEXY, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, 1996, V, 64 ss.

"*ubi lex non voluit tacuit*" o l'argomento diverso "*lex minus dixit quam voluit*"), le forme istituzionali dell'interpretazione non sono sufficienti a rinvenire il criterio da adottare nel caso concreto.

In siffatte situazioni diventa necessario in modo proporzionale attingere al serbatoio dei valori etici e, quindi, culturali di una comunità di consociati per creare in modo "bilanciato" la regola del caso concreto.

E l'operazione si può ritenere che sfrutti quell'esigenza di giustificazione della concezione etica che viene attuata anche mediante la dialettica tra il livello morale e quello metaetico, in funzione del quale si rinvia continuamente ai postulati iniziali di un ordine di valori da adeguare al caso concreto sulla base delle cosiddette "regole normative della pramatica"⁴⁴.

In altri termini, tenendo conto delle particolarità del caso concreto in maniera più accentuata di quanto accada per la formazione delle componenti tipiche delle regole giuridiche, e, quindi, non smarrendo le ragioni *sui generis* come anche i profili peculiari dell'esperienza che si legga e si voglia leggere nel processo di creazione del precetto insieme etico e giuridico, il valore si crea abbracciando la concezione procedurale della fondazione di un sistema etico. Ciò presuppone un rapporto più stretto tra universale e particolare e contemporaneamente, nel procedimento di universalizzazione in un sistema democratico, si ha bisogno della condizione dell'eguaglianza dei partecipanti all'operazione di legittimazione delle proposizioni etiche, come anche si necessita della loro universalità, del loro trovarsi in condizioni ideali di libertà dalla costrizione e della loro intersoggettività⁴⁵.

In siffatta ottica, nell'ansia di fissare la prescrizione da applicare al caso concreto, si assiste ad un'opera di universalizzazione del criterio da applicare al caso concreto che si differenzia dal parallelo processo di

⁴⁴ Perciò, ALEXY accenna alla necessità di utilizzare anche "argomenti pratici" nell'interpretazione giuridica e nella stessa ottica SEARLE ed AUSTIN ritengono che in ogni tipo di discorso [quindi, anche quello giuridico] bisogna sempre rispettare le cosiddette regole normative della pragmatica al fine di soddisfare la pretesa di correttezza dell'argomentazione o, in altri termini, l'esigenza di giustificazione di ogni enunciato (*Discourse Theory and Human Rights*, in *Ratio Juris*, 9, 1996, n. 3, 209 ss., 215 ss.; *Atti linguistici*, trad. it., Torino, 1976, *passim*; *Come fare cose con le parole*, trad. it., Genova, 1987, *passim*).

⁴⁵ Su siffatte condizioni di fondazione del discorso etico e giuridico (uguaglianza dei partecipanti, universalità, intersoggettività e libertà da costrizione) cfr. ALEXY, *Discourse Theory and Human Rights*, cit., 215 ss.

generalizzazione delle componenti non elastiche delle norme giuridiche perché a differenza di quest'ultimo procedimento avviene in condizioni insieme più ideali – perché più lontane dalle strumentalizzazioni istituzionali – e più bilanciate rispetto alle particolarità dell'esperienza concreta.

In siffatta maniera, per le componenti elastiche del principio si opera una giustificazione esterna che secondo taluno affonda direttamente nel mondo etico senza essere condizionato dall'ottica teleologica ed in parte strumentale del legislatore – in un certo senso assolutizzando nella norma di principio il carattere elastico dell'accennata norma – e per talaltro non può far a meno di un processo di legittimazione argomentativa che faccia affiorare anche le finalizzazioni istituzionali e, quindi, strumentali del sistema giuridico di riferimento⁴⁶.

A questo proposito, sembra che non si possa prescindere dal riferimento alla dimensione istituzionale e, quindi, a quel complesso di limiti tipici che possano strettamente essere associati talvolta alle stesse componenti elastiche – pur rimanendone concettualmente autonomi ed, in un certo senso, esterni agli aspetti indeterminati del principio –, come nel caso esemplificato in cui assuma una portata operativa tipica la prescrizione dell'invulnerabilità della libertà personale per l'ipotesi – pur irrealistica ma in astratto possibile – di inesistenza nell'ordinamento di tutele anche minime di interessi opposti a quello della libertà personale.

Nondimeno, per i profili non chiusi dei precetti si sviluppa pure il già accennato confronto tra il livello giurisprudenziale e quello metagiurisprudenziale che, come si è detto, va oltre il condizionamento interno alle valutazioni giuridiche ed alla fine dà spazio alla relazione con l'etica e con la metaetica.

Di ciò deve tenersi conto sia per quanto riguarda il discorso "fondativo" dei principi, sia per ciò che concerne il discorso "applicativo" dei medesimi. La distinzione dei due livelli di formazione delle regole⁴⁷ è

⁴⁶La divergenza di posizioni in proposito è riconducibile al contrasto di vedute di ALEXYS ed HABERMAS, *Theorie der Grundrechte*, cit., *passim*; *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., 261 ss.

⁴⁷Sulla necessità di distinguere "fondazione" ed "applicazione" dei principi e delle norme: GUENTHER, *Der Sinn fuer Angemessenheit. Anwendung Diskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main, 1988, *passim*; ID., *Ein normativer Begriff der Kohärenz. Fuer eine Theorie der juristischen Argumentation*, in *Rechtstheorie*, 20, 1989, n. 2, 163 ss.; ID., *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral*, in *Archiv fuer Recht- und Sozialphilosophie*, Beiheft 45, 1992, 36 ss.

importante perché consente di affermare che si possa conciliare un'attività deduttiva intrasistemica con un'attività di giustificazione esterna alle evidenze ed ai limiti tipici del sistema, anche se non in contrasto con i medesimi.

In particolare, quando si tratta di dare voce ad un valore e ad un interesse tutelabile a livello di principio in modo del tutto nuovo, si sviluppa in maniera più tangibile un conflitto tra principi rispetto al quale si dovrà sviluppare una vera e propria "fondazione" dell'enunciato prescrittivo di massima, dalla valenza di principio.

La "fondazione" di un nuovo principio in opposizione ad altri, nondimeno, avendo valenza più generale rispetto al momento applicativo, non avrà un effetto destabilizzante del sistema, in quanto non è capace di escludere il fatto che a livello "applicativo" vada ad operare nel caso concreto proprio il principio scartato – ma solo "*prima facie*" – a livello teorico⁴⁸.

Di qui la salvezza del sistema distinguendo il livello "fondativo" e l'altro "applicativo" nel cui ambito possono essere recuperati anche i principi "*prima facie*" superati; e ciò perché quello che poi rileverà sarà appunto il livello "applicativo" con il quale può convivere uno stadio teorico di principi che in astratto – ma solo in astratto – siano in opposizione tra loro e siano in contrasto anche con i principi che di volta in volta saranno applicati alle fattispecie concrete.

Quindi, passando a definire il livello "applicativo" delle componenti elastiche dei principi, bisogna precisare che quando si tratta di operare un bilanciamento di interessi rispetto a bisogni di tutela non nuovi, – perché in ipotesi già "fondati" in maniera logicamente, sebbene non temporalmente, antecedente rispetto al problema della loro attuazione – è possibile che, in ragione della valenza elastica del principio da attuare, gli elementi aperti della fattispecie si atteggiino in modo nuovo rispetto alle particolarità di un caso concreto, ma ciò nondimeno il discorso giustificativo sarà solo di natura "applicativa" ed allora la coerenza di tutto il sistema si salva facendo leva su un'attività che rimanga deduttiva rispetto ai limiti tipici ed istituzionali dell'enunciato prescrit-

In merito, poi, nella stessa direzione, HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., 258 ss.

⁴⁸ Sulla distinzione tra conflitto di principi a livello teorico ed una compatibilità dei medesimi in sede applicativa cfr. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., 260 ss.