

DIRITTO COME REGOLE E COME PRINCIPI

FRANCO BONSIGNORI

PREMESSA

Nell'affrontare questo argomento prendiamo le mosse da una sintetica definizione teorica delle nozioni di "regola giuridica" e di "principio giuridico", da sempre figure importanti della cultura giuridica. Procederemo poi all'analisi del rapporto e della funzione di tali figure nella struttura ontologica del diritto, a cui faremo seguire un tentativo sommario di descrivere il ruolo e le forme da esse assunte nel corso della sua storia. A tale proposito ci riferiremo al diritto occidentale d'ispirazione romanistica, quale grandiosa esperienza storica in cui si riflettono a nostro avviso aspetti essenziali della natura profonda del *jus*.

I. DEFINIZIONI

1. La prima definizione è quella di "regola giuridica". S'intende con il termine "regola" un'entità linguistica - o comunque sempre riducibile a dato linguistico - dotata di una configurazione logico-semanticamente, anche se non necessariamente di una forma esteriore, "imperati-

va" e derivante da una manifestazione originaria di volontà, non necessariamente umana, indirizzata a porre obblighi. E si usa il termine "giuridica" per delimitare un sottoinsieme della medesima, il cui ambito deriva dall'assunzione di una certa definizione generale del diritto e può variare in funzione di essa. Nella dottrina sono state proposte diverse tipologie e tassonomie di regole giuridiche.¹ La seconda definizione è quella di "principio giuridico". S'intende con il termine "principio" un'entità essa pure linguistica dotata di una configurazione logico-semanticamente, anche se non necessariamente di una forma esteriore, "descrittiva" e derivante non da una manifestazione originaria di volontà ma da un'elaborazione conoscitiva di dati. E si usa il termine "giuridico" per delimitare un sottoinsieme del precedente, il cui ambito deriva come sopra dall'assunzione di una certa definizione generale del diritto e può variare in funzione di essa. Alla stregua di questa nozione, un principio giuridico rappresenta una formulazione assai generale esprimente idee, valori e finalità relativi sia a un settore della realtà giuridicamente rilevante, sia ad altri principi o gruppi di principi di cui fornisce un'elaborazione e uno sviluppo, sia infine a regole o a gruppi di regole presenti in uno o più ordinamenti giuridici, nei cui confronti delinea e precisa aspetti generali e fondativi. In tutti e tre i casi il principio può essere autoevidente ove sia espresso e non autoevidente ove non sia espresso in linguaggi normativi o conoscitivi: con differenze di accentuazione in virtù della natura

¹ Cfr. ad esempio N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 145 ss.; M. Iori-A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, p. 251 ss.

del principio, nel senso che i principi rivolti alla realtà o ad altri principi tendono meno ad essere autoevidenti rispetto a quelli rivolti alle regole. Quando il principio è autoevidente si parla di *principio giuridico esplicito*; quando il principio è non autoevidente si parla di *principio giuridico implicito*. Il principio giuridico esplicito ha una qualità linguistico-semanticamente comparabile a quella delle regole, salvo maggiori ambiguità e vaghezza dovute al suo proprio carattere generale-fondativo. Esso può essere appreso attraverso una semplice descrizione, sia pur combinata a un certo intervento ermeneutico. Il principio giuridico implicito ha invece una qualità linguistico-semanticamente assai più sfumata e complessa, per cui il suo apprendimento richiede un lavoro ermeneutico-conoscitivo sulla realtà e sui linguaggi con un crescendo di difficoltà - in termini di ambiguità e di vaghezza - che va dal riferimento alle regole, ad altri principi e alla realtà. Così, può accadere che dall'analisi degli stessi contesti di dati - realtà, principi, regole - vengano tratti principi diversi o addirittura opposti, e ciò sia perché da quei contesti può emergere pluralità di principi, sia perché gli stessi ermeneuti possono essere indirizzati da differenti scelte tecniche o valutative. E' quindi difficile, o forse impossibile, sapere con sicurezza quali sono i principi impliciti inerenti ad uno o ad un altro contesto, secondo l'ordine di difficoltà prima indicato. Un'ultima connotazione importante dei principi giuridici, che li distingue nell'ambito dei linguaggi descrittivi, è il loro "impatto" normativo. Poiché appartenenti al diritto che fornisce una disciplina delle condotte, essi hanno un "effetto" normativo il quale può essere tanto *diretto* ove il principio stesso sia assunto a fonte di ob-

blighi, quanto *indiretto* ove il principio funzioni quale elemento dell'operazione attraverso le regole. Vedremo meglio più avanti queste figure.²

II. TEORIA

1. Fissate le definizioni, passiamo al secondo punto dell'analisi. E' indubbio che la cultura giuridica mostra, e ha sempre mostrato nel corso della sua storia, una costante presenza di regole e di principi. Ciò significa che essi hanno a che fare con l'ontologia stessa del diritto? Siamo di fronte ad aspetti della sua naturale struttura, oppure si tratta di figure che hanno diversi statuti e funzioni? Insomma, di cosa è fatto il diritto: di regole, di principi, di ambedue o magari di qualcos'altro? e in quale rapporto stanno i suoi componenti?

Appare evidente che la risposta a queste domande apre un problema tipico di definizione generale del diritto, e quindi richiede alcune osservazioni preliminari sull'argomento. S'intende la definizione generale del diritto come il risultato di un'operazione conoscitiva complessa che sta all'origine della formulazione di una qualsiasi visione del mondo giuridico; e poiché una visione del mondo giuridico esprime una metafisica, e cioè rappresenta un approccio ermeneutico al *jus* di natura opzionale e valutativa, la definizione generale del diritto ne condivide interamente i profili. Parlando su un piano linguistico-semantico questo vuol dire che la definizione formula sostanzialmente una "stipulazione" di signi-

² Per una sintetica analisi dei concetti di "regola giuridica" e di "principio giuridico", cfr. ancora *ibidem*, p. 239 ss.

ficato, e cioè una proposta di nuovo significato la quale incontra un limite strutturale e un limite funzionale e si sottopone a un giudizio complesso. Il limite strutturale consiste nel fatto che la definizione, per essere sensata e accettabile, deve rendere conto della realtà e rappresentarne i caratteri; va esclusa perciò ogni arbitraria stipulazione ed il processo definitorio assume anche una qualità descrittiva in ordine alla realtà e ai linguaggi. Tale connotazione è resa dal concetto di "definizione esplicativa" o "ridefinizione".³ Il limite funzionale deriva dalla circostanza che la definizione costituisce uno strumento per la ricerca, e quindi deve servire al sapere in cui è formulata; di conseguenza stipulazioni diverse possono o debbono essere offerte per differenti ricerche senza che ciò implichi contraddizione. Il giudizio complesso infine è il risultato di tutti i precedenti profili. Infatti, da un lato le esigenze di rappresentazione "realistica" e di funzionalità alla ricerca assoggettano la definizione a un giudizio "descrittivo" di tipo sia fattuale sia pragmatico-strumentale, mentre dall'altro lato la natura metafisico-valutativa dell'operazione definitoria apre la strada anche a un giudizio peculiarmente assiologico, alla cui stregua i valori assunti vengano accolti o respinti. E questo, alla fine, è il giudizio più rilevante e conclusivo.⁴

³ L'originaria formulazione di tale concetto di definizione del diritto risale alla filosofia analitica: cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, p. 9 ss.

⁴ Una più ampia trattazione del problema della definizione generale del diritto, che mette in evidenza tutti i precedenti aspetti, si può trovare in F. Bonsignori, *Concetto di diritto e validità giuridica*, Giuffrè, Milano 1985, p. 95 ss.

2. Alla luce di tale idea di definizione possiamo affrontare il problema della natura del *jus* e del ruolo in essa svolto da regole e principi. Appare evidente che l'ambito di ricerca a cui guardiamo è peculiarmente quello teorico-filosofico, e quindi che il concetto di diritto corrispondente deve avere una portata il più possibile generale e comprensiva, capace di render conto della globale fenomenologia giuridica e dei linguaggi pratici e conoscitivi che in essa e attorno ad essa si costruiscono. Orbene, in tale prospettiva possiamo fare una prima e fondamentale osservazione: una definizione teorico-filosofica del concetto generale di diritto non può in alcun modo evitare il riferimento alla dimensione delle regole. Per l'evidenza storica che essa rivela fin dalla più lontana antichità - pensiamo, ad esempio, agli ordinamenti politici e religiosi che si sono succeduti nella storia⁵ -, per il potente sviluppo assunto nella modernità e nei tempi attuali, per la grandiosa convergenza di concezioni e di pratiche culturali indirizzate in quel senso, per tutti questi e altri motivi la figura delle regole s'impone come un contenuto del campo referenziale del concetto di diritto dal quale non è dato prescindere, e quindi come un aspetto centrale ed essenziale della natura del *jus*. Una definizione del diritto formulata in ambito teorico-filosofico - ma probabilmente ogni possibile definizione del diritto - sarebbe perciò insensata, inutile e vuota se non prevedesse la figura delle regole! Si può affermare quindi che il diritto è fatto senz'altro di regole, ossia possiede una dimensione "normativa"

⁵ Per un sommario quadro storico dell'evoluzione mondiale dei vari sistemi giuridico-culturali, cfr. M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Einaudi, Torino 1978.

da cui è connotato peculiarmente in tutte le sue possibili forme e trasformazioni.⁶

Questo però vuol dire che il diritto è fatto "solo" di regole mentre i principi hanno diverse funzioni e collocazioni? In realtà, non è proprio così. Infatti, se ben guardiamo, gli stessi argomenti prima indicati per le regole valgono anche per i principi. Qui pure siamo di fronte alla tradizione di una costante presenza di principi, di pratiche e di concezioni ad essi ispirate che hanno fatto la storia della cultura giuridica. Cambia soltanto la direzione assunta nella modernità, ove si assiste a un arretramento dei principi in favore delle regole; questo appunto è il senso della cultura giuridica che ha dominato i due secoli passati e ancora fa la sua parte nel presente. Si potrebbe pensare, sempre alla luce di una definizione teorico-filosofica del diritto, che il passaggio dai principi alle regole sia il risultato di un'evoluzione del fenomeno giuridico nel senso di una progressiva maturazione? per cui i principi sarebbero sì una forma del diritto, ma ancora imperfetta e destinata ad essere superata in quella più evoluta e matura delle regole, ove i principi non sparirebbero ma resterebbero come una sorta di fenomeno collaterale importante, utile, magari imprescindibile per le operazioni giuridiche, però non ontologicamente qualificante? Questa è senza dubbio una concezione con cui molti giuristi potrebbero concordare. Ma, in realtà, non sembra un'idea convincente, e ciò si può dimostrare attraverso

⁶ «Il normativismo per lo più non è una specifica e autonoma concezione generale del diritto (...): esso è piuttosto un insieme di tesi comuni a molte correnti del pensiero giuridico moderno e contemporaneo, e compatibile con concezioni del diritto differenti, basate anche su differenti atteggiamenti filosofici e giuridici» (M. Jori-A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 82).

un'analisi che affronti proprio la figura delle regole e ne descriva struttura e funzionamento.

3. Come s'è detto, la regola giuridica è un linguaggio, ossia un "testo" linguistico, di tipo normativo. In quanto tale possiede un "significato" che va compreso per la gestione conoscitiva e pratico-applicativa della medesima. Ora, ogni testo normativo possiede una complessità semantica in conseguenza di vari fattori: la naturale "apertura" dei termini generali e astratti, l'interazione endosistemica delle regole che ne dilata gli effetti, i limiti della capacità umana di conoscere e di prevedere la realtà, la presenza di dimensioni assiologiche e teleologiche esse pure semanticamente aperte, l'evoluzione continua della vita, ecc. Tutto questo apre un'indeterminatezza che impone la necessità di sostanziali "precisazioni semantiche", poiché l'applicazione delle regole ai casi concreti richiede ovviamente la fissazione di sensi abbastanza precisi. E' necessario quindi un intervento ermeneutico che formuli opzioni di significato per definire l'ambito referenziale delle regole. Da ciò non è possibile in alcun modo prescindere: l'opzione interpretativa rappresenta un'attività irriducibile, strutturale, intrinsecamente connaturata al farsi e all'evolversi del diritto come regola. E siccome l'indeterminatezza semantica coinvolge non solo aspetti oggettivi - di tipo teorico o fattuale - ma anche scopi e valori, la scelta ermeneutica avrà una doppia valenza: sarà al contempo tecnico-descrittiva ed assiologico-valutativa, variando il rapporto fra i due profili secondo una linea che va da regole particolari su casi chiari a regole più generali su casi problematici fino alle grandi regole che investono gli alti principi e valori fondativi delle culture.

Con tale idea della gestione conoscitiva e pratico-applicativa delle regole non concordano varie teorie

ermeneutiche riduttivistiche, le quali si affidano generalmente a tre argomenti distinti. Il primo argomento, qualificabile come *formalistico-soggettivistico*, ritiene che il significato di una regola, a prescindere da ogni altro possibile significato, è quello voluto dal legislatore, il contenuto dell'"intenzione" di esso. Il secondo argomento, qualificabile come *formalistico-oggettivistico-teleologico*, afferma che il significato di una regola, a prescindere da ogni altro possibile significato, è quello "adeguato" agli scopi e ai valori che essa intende raggiungere, si tratti di scopi e valori naturali o storico-sociali. Il terzo argomento, qualificabile come *non formalistico-oggettivistico-pragmatico-evolutivo*, sostiene che una regola esprime, fra tutti i possibili significati, un senso adatto volta a volta alle circostanze in cui opera, e quindi una successione storica di sensi correlativa allo sviluppo dei contesti.⁷ Ma, in realtà, tutti questi argomenti prestano il fianco a critiche. Contro la prima dottrina si può obiettare che l'"intenzione" del legislatore, in quanto fatto storico, non sempre appare ben definita o definibile, per cui assai spesso essa non è altro che quella assegnata al legislatore dagli interpreti stessi. Anche i valori e gli scopi a cui guarda la seconda dottrina non sono affatto autoevidenti e lasciano adito a vari intendimenti, fra i quali gli interpreti sono costretti a orientarsi seguendo più o meno coscientemente idee soggettive. Infine, il concetto di "significato adatto alle circostanze" della terza dottrina non è meno ambiguo dei precedenti,

⁷ Un quadro generale delle problematiche e delle teorie ermeneutiche è offerto ancora in *ibidem*, p. 205 ss. Sull'argomento cfr. anche U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano 1976, p. 345 ss.

lasciando agli interpreti uno spazio ancora maggiore di discrezionalità relativo sia ai dati di fatto, sia alle loro opportune regolazioni normative, sia ai significati ad esse meglio adeguati. Nessuna di queste dottrine quindi appare in grado di contraddire la concezione ermeneutica sopra indicata, che si conferma come una visione congrua, coerente con la complessa natura delle regole e capace di rispecchiarne i profili.

4. Ora, una conclusione del genere porta con sé conseguenze importanti in ordine all'ontologia stessa delle regole, cioè alla loro natura sostanziale. Infatti, l'operazione ermeneutica così intesa svolge un effetto peculiarmente "creativo" sulla formazione delle regole giuridiche contribuendo in modo concreto alla definizione del loro contenuto. Dato che il testo normativo prodotto dalla volontà originaria - il cosiddetto "testo delle fonti" - attua il suo scopo regolativo non immediatamente ma solo attraverso una precisazione semantica, esso appare in sé un testo imperfetto e preliminare bisognoso d'integrazione: è sostanzialmente un materiale grezzo da definire, una sinopia da completare con l'affresco. L'operazione ermeneutico-assiologica - che produce a sua volta un testo, il cosiddetto "testo degli interpreti" - compie appunto tale completamento fornendo il prodotto finito e pronto all'uso. Di conseguenza, il testo delle fonti rappresenta non la regola giuridica già completa che aspetta solo di essere conosciuta e applicata, bensì solo una parte della medesima a cui si aggiunge l'altra parte formata dal testo degli interpreti. La regola giuridica risulta in tal modo costituita "ontologicamente" dall'unione e dalla combinazione dei testi delle fonti e degli interpreti, ai quali compete peso e valenza del tutto equipollenti.

Da questa figura composita della regola derivano tre importanti corollari. Il primo corollario afferma che esiste un irrimediabile rapporto di "coimplicazione" e di "consecutività" fra testo delle fonti e testo degli interpreti, nel senso che non ci può essere regola giuridica senza la compresenza di un testo delle fonti e di un testo degli interpreti tale che il primo "anticipa" sempre il secondo rappresentando la parte iniziale, logicamente e temporalmente, della regola. Ciò contraddice per un verso le dottrine che fanno dell'operazione ermeneutica un processo marginale e successivo alla formazione autonoma delle regole, e per l'altro verso le dottrine favorevoli all'idea di regole implicite non pronunciate dalle fonti. Il secondo corollario sostiene che l'operazione ermeneutica compie una creazione "condizionata" e "delimitata": poiché non può enucleare significati diversi da quelli insiti nel testo delle fonti, l'intervento creativo è un'operazione su significati dati che investe una parte soltanto della regola e non la regola intera. Questo smentisce le dottrine secondo cui gli interpreti sono una fonte globalmente creativa del diritto, come ad esempio il realismo giuridico radicale, la dottrina del diritto libero, ecc.⁸ Il terzo corollario afferma che la regola giuridica possiede una parte fissa e immutabile, il testo delle fonti, e una parte mobile e mutevole, il testo degli interpreti. La loro interazione fa sì che da un unico testo delle fonti possano uscire tante regole quanti sono i significati ad esso attribuiti nel corso della sua vita: regole tutte diverse fra loro ma aventi comune origine nel capostipite, il testo delle fonti. Ne deriva che la regola giuridica non è un ente stabile e dato una volta per tutte: essa ha una "storia" nel tempo, dispiegandosi come fenomeno evolu-

⁸ Sul realismo giuridico radicale, cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano 1962. Sulla dottrina del diritto libero, cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966, p. 82 ss.

tivo che rielabora costantemente lo stesso materiale in forme a priori indefinite e indefinibili. Rende bene questa figura l'immagine di un fiume che dalla sorgente - la formazione del testo delle fonti - giunge al mare - l'abrogazione della regola - mostrando nel suo cammino varie diramazioni - le successive interpretazioni di significato - ove scorre la stessa acqua però in forme diverse a seconda della natura dei defluenti. Una figura dunque "processuale" e "olistica" della regola giuridica, alla cui stregua essa risulta un ente complesso e collettivo, frutto del lavoro integrato di vari operatori e in specie dei legislatori e degli interpreti.⁹

5. Di fronte a una visione siffatta della regola giuridica, proprio la dimensione alternativa dei principi entra in campo in modo centrale e determinante. Infatti, appare evidente che l'operazione ermeneutica - così come delineata - risulta strutturalmente e inevitabilmente attraversata dai principi. Essa non si risolve in una mera "aneddotica descrittiva" delle regole ma rappresenta un'ampia elaborazione teorico-pragmatica ove la dimensione dei principi forma lo sfondo su cui s'impone la filigrana dei discorsi trovando unità e coerenza. E' anche, o principalmente, in base ai principi che l'interprete si orienta fra i significati, individua relazioni, compie scelte; e poiché l'operazione ermeneutica coinvolge scopi e valori, si tratta di principi tanto tecnico-descrittivi quanto assiologico-valutativi, ed ambedue sia espliciti che impliciti. L'intero arco dei principi è insomma coinvolto nel processo ermeneutico, in un'azione ad ampio raggio ove un intrico di decisioni, di va-

⁹ Per una descrizione più ampia e approfondita di tale dottrina, cfr. F. Bonsignori, *Diritto, valori, responsabilità*, Giappichelli, Torino 1997, p. 103 ss. Un'analisi simile, ma con intenzioni ed esiti diversi, si può trovare in R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1990, *Introduzione*.

lutazioni e di scelte insieme pragmatico-strumentali ed assiologiche forma e trasforma il diritto in modo incessante.

In seguito a ciò, la concezione delle regole, dei principi e del loro rapporto risulta profondamente coinvolta. Poiché il processo ermeneutico "dà sostanza" alla regola, i principi entrano dentro la regola e la costruiscono. La regola è "abitata" dai principi, intimamente unita ad essi in una commixtio che ne riduce l'"alterità" e ne determina i contenuti. Al contempo, i principi mostrano a loro volta profili inaspettati. Almeno in larga parte¹⁰ appaiono autonomi e originari anziché derivati da regole, sia ciò inteso nel senso "naturale" della visione giusnaturalistica o in quello "culturale" della visione giuspositivistica: stanno insomma sullo stesso piano delle regole e interagiscono con esse da pari a pari svolgendo un proprio ruolo. Ogni concezione riduttivistica ed ancillare dei principi viene così radicalmente smentita. Di converso, però, i principi sono anche legati alle regole e stretti entro i loro confini, trovando in ciò dei limiti sostanziali alla propria autonomia. L'operazione attraverso principi non muove liberamente dalla realtà e dai linguaggi, ma è vincolata da un tessuto di regole che l'imbriglia a guisa di tela di ragno sistematica e ben congegnata e definisce lo spazio semantico entro cui essa può muoversi. L'ermeneuta dei principi insomma opera in ampia misura come un "servo delle regole", le quali gli alzano attorno un baluardo intermediente la sua relazione col mondo. Più che un esploratore di territori liberi e imprevedibili, egli è un "giardiniere" a cui compete la cura di piante preziose - i principi - entro un hortus sostanzialmente conclusus. Un hortus conclusus che mostra però almeno due vie di fuga.

¹⁰ Infatti, resta indubbia la presenza nell'ordinamento di principi meramente tecnici ad esso interni.

La prima deriva dal fatto che l'ermeneuta contribuisce alla formazione ontologica delle regole, per cui la sua operazione incontra un muro costruito pure con le proprie mani, un limite ai principi la cui rigida alterità s'attenua poiché è dai principi stessi influenzato. La seconda, ancora più rilevante, ha a che fare con la natura assiologico-valutativa dei principi o di ampia parte di essi. Tale profilo rivela infatti notevoli complessità. Nella misura in cui l'ermeneuta tratta principi implicanti scopi e valori - in particolare le grandi finalità che danno anima e fondamento ai popoli e ai sistemi - si trova in un universo semantico fluido e indeterminato ove confluiscono ambiti vari e diversi delle culture. Pur muovendosi entro il diritto, egli ha a che fare suo malgrado col mondo esterno ad esso, con la cultura globale che lo circonda e in specie con le riserve attigue della morale e della politica. I grandi principi sono perciò, in qualche modo e irrimediabilmente, figure ibride e miste, enti "giuridico-morali-politico-culturali" che agiscono come "ponti" di connessione fra i mondi, come "porte" aperte alla loro reciproca visitazione e contaminazione. Di conseguenza, il lavoro giuridico che li utilizza, pur rivolto alle regole e mantenuto nei loro confini, non può essere "solo" giuridico: è un lavoro complesso che opera in molteplici direzioni entrando nella cultura globale e interagendo coi vari aspetti di essa. Insomma, alla fine l'*hortus* delle regole, pur se imprigiona l'operazione in base ai principi, appare tutt'altro che rigidamente conclusus. Il suo giardiniere può guardare nel vasto mondo per ricavarne intuizioni e novità, e appunto all'uopo sa modellare con abilità il muro di confine. Addirittura, ove sia un poco ardito è in grado anche di avventurarsi direttamente in quel mondo per ritornarne con linfe e nuove essenze. Ed in effetti, come potrebbe il giardino essere così rigoglioso usando solo del proprio, senza i tesori giunti da

altrove? L'ermeneuta e i suoi principi sono quindi senz'altro "servi delle regole", ma solo a metà: rappresentano sostanzialmente dei "servi-liberi", che pur accettando la sudditanza conservano un'indipendenza e non rinunciano a darle spazio. Figure strane, contraddittorie, in qualche modo paradossali; di quelle figure - un poco inquietanti, irregolari e trasgressive - che sono alla fine i "germi" preziosi della cultura e le conferiscono impulso e movimento.

6. A questo punto, siamo in grado di rispondere alla domanda iniziale sulla presenza e sul ruolo di regole e principi nella dimensione del *jus*. Si può affermare, alla luce e per le esigenze di una definizione teorico-filosofica del diritto, che tanto le regole quanto i principi si configurano come elementi del campo referenziale del concetto di *jus*, e quindi come aspetti dell'ontologia del giuridico. Il diritto è costituito sia da regole che da principi, dotati ambedue in larga misura di autonomia ma interagenti in modo profondo e irriducibile nella struttura e nella dinamica del fenomeno, al punto che i principi formano il corpo stesso delle regole e ne condizionano l'elaborazione mentre le regole imbrigliano i principi e l'operazione che li riguarda in vincoli determinanti pur se non irriducibili. Se collochiamo tali figure sullo sfondo complessivo della cultura e delle sue articolazioni, si può affermare che i principi giuridici, nel loro esprimere linguaggi sostanzialmente descrittivi-conoscitivi, sono aspetti della cultura diffusa ove si svolge la relazione comune fra gli uomini, mentre le regole giuridiche, per la forma imperativa e la presenza di volontà normative, tendono verso il potere e quindi verso il settore specifico della relazione politica: pur se esistono insieme di regole giuridiche - quelle sociali, consuetudinarie, ecc. - senz'altro operanti nella cultura diffusa. Si può affermare perciò, almeno in linea

di massima e tendenzialmente, che il diritto come principi è una dimensione della cultura diffusa e che il diritto come regole è una dimensione della cultura politica: e quindi che il fenomeno giuridico nel suo insieme esprime un arco ampio e complesso di realtà il quale investe la cultura globale a vasto raggio e diffonde i suoi contenuti in varie diramazioni.

La vita del diritto è sostanzialmente una continua interazione di queste dimensioni - regole e principi, politica e cultura - le quali s'intersecano, si rimandano e si connettono senza sosta: un vero e proprio caduceo¹¹ di linee costantemente avvolte in un viluppo inestricabile. Spesso una dimensione può prendere la prevalenza sull'altra e dominare il campo magari per lunghi periodi, ma ciò non vuol dire né che l'altra scompaia né che siamo di fronte a un'evoluzione progressiva o regressiva. Si tratta soltanto di fasi storico-culturali, soggette ad avvicinarsi e a ribaltarsi in un moto che è circolare e ritornante anziché lineare e unidirezionale. E ove una figura prevalga sull'altra cambiano anche i soggetti centrali di riferimento. In un periodo di dominio delle regole i protagonisti fondamentali del diritto sono i politici; lo *jus* s'incardina alla politica ed essa in larga misura lo forma e lo gestisce quale strumento delle sue operazioni. In un periodo di dominio dei principi invece i protagonisti fondamentali del diritto sono i

¹¹ Non a caso *Ermes*, portatore del *caduceo*, è il dio degli scambi e dei commerci e quindi ha a che fare strettamente con la dinamica del diritto: «Dio dei pastori e dei viaggiatori, inventore di mucchi di pietre che indicano il cammino, dio dell'astuzia e del ladrocinio, ma anche signore dello scambio e del contratto, astuto nelle parole e truffaldino negli atti» (L. Kahn-Lyotard, *Ermes*, in Y. Bonnefoy, *Dizionario delle mitologie e delle religioni. Le divinità l'immaginario i riti il mondo antico le civiltà orientali le società arcaiche*, a cura di I. Sordi, tr. it. di L. Bedini, V. Brugnattelli, G. Imperiali, M. S. Manca di Villahermosa, M. G. Meriggi, R. Pelà, S. Persetti, M. N. Pierini, C. Pieruccini, L. Tricarico, Rizzoli, Milano 1989, p. 596).

soggetti della cultura. Naturalmente non tutti i soggetti; per la sua peculiare complessità il diritto sta sempre in qualche misura lontano dall'uomo comune ed ha bisogno di specialisti, i competenti giuristi, che assumono vari aspetti di cui la storia è ricca: sapientes, giudici, scienziati, giudici-scienziati, ecc. Ma certo, in ogni fase storica tanto i politici quanto i giuristi sono, magari in disequilibrio e con impegni diversi, chiamati all'opera, poiché il diritto richiede, proprio in virtù delle figure che lo conformano, le operazioni degli uni e degli altri.

III. STORIA

1. Il quadro teorico prima indicato trova conferma nella storia della cultura giuridica in specie occidentale. Tutta la grande tradizione del diritto romano - dalle origini alla fioritura del diritto pretorile, alla codificazione giustiniana, alla rinascita medioevale e al poderoso sviluppo del *jus commune* - esprime una visione del diritto come fatto eminentemente da principi. Al cuore di esso sta l'opera degli scienziati, o dei giudici-scienziati, che in direzioni molteplici - guardando alla realtà, alle relazioni, ai linguaggi, ecc. - percorrono i tortuosi sentieri del *jus* e del *justum*. Sono i sapienti giuristi, dai *iurisprudentes* romani agli ermeneuti medioevali, che esplorano le misteriose logiche di una ragione giuridica immersa nella cultura globale come sua linfa profonda e ai quali spetta, proprio in virtù della loro *sapientia*, una parola finale di fronte a chiunque: al potere politico e spesso alla Chiesa medesima. Ricordiamo come il conflitto giuridico descritto ne *Il mercante di Venezia* di Shakespeare - e relativo a tempi già piuttosto avanzati -

non è risolto dalle istituzioni ma da un finto *iurisprudens* chiamato appositamente per decifrare il groviglio, la cui parola viene accolta e sancita senza discutere. Certo, anche le regole fanno parte del quadro ma con un ruolo più marginale: sono fra gli ingredienti del grande gioco la cui gestione globale e definitiva risiede nella funzione ermeneutica e propositiva della *sapientia*. Ciò che dice il diritto per bocca dei giuristi, e non il potere per bocca dei potenti, è da osservare: *Veritas, non auctoritas, facit legem*. Naturalmente, la *veritas* deve tradursi in *auctoritas* se il diritto vuole svolgere il ruolo di guida delle condotte che gli compete. Così, le pronunce dei *sapientes* divengono automaticamente modelli di comportamento per i consociati, applicati dai giudici e volti verso il futuro, compiendo con ciò un "salto logico" dal descrittivo al prescrittivo che poi una parte importante del pensiero moderno e contemporaneo riterrà inammissibile.¹² Questa visione percorre secoli e secoli della cultura giuridica occidentale avallando l'idea dell'esistenza di un'intrinseca "logica giuridica della ragione", di una specifica e alta "ragione pratico-giuridica universale", che giunge fino alle soglie del nostro mondo e trova i suoi ultimi epigoni nella grande stagione autunnale della pandettistica tedesca.¹³

¹² Questa dottrina, nota come "Divisionismo", è avvalorata specialmente dalla filosofia analitica del diritto contemporanea: cfr. M. Jori-A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 190 ss.; F. Bonsignori, *Le regole e il potere. Filosofie del diritto e della politica*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 25 ss., 45 ss.

¹³ Per una presentazione generale della pandettistica tedesca, cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 17 ss.

2. Intanto che i sapienti giuristi compiono il loro lavoro, s'afferma e si consolida in Occidente un'antica forma di pensiero giuridico che dal medioevo in poi riprende nuovo vigore: il *giusnaturalismo*. Nel suo nucleo teorico essenziale, il *giusnaturalismo* presenta una concezione "dualistica" del diritto basata sulla distinzione fra diritto naturale – *jus naturale*, indipendente dalla creazione umana, universale, uniforme e immutabile – e diritto positivo – *jus positum*, fatto dagli uomini, relativo, differenziato e storicamente mutevole. Fra i due ordini di diritto è posto un rapporto gerarchico alla cui stregua il diritto naturale "legittima" il diritto positivo nel senso che questo assume natura giuridica, e quindi obbligatorietà, solo alla luce del diritto naturale. Il diritto positivo diviene così sostanzialmente un mero strumento del diritto naturale, che serve a realizzare gli astratti dettami di esso nella realtà della vita concreta.¹⁴ Se ben guardiamo, tale dottrina riprende sostanzialmente i motivi di fondo della cultura giuridica tradizionale prima indicata. Infatti, il quadro teorico che presenta esprime una *metaetica* di tipo oggettivista e cognitivista, alla cui stregua la descrizione della realtà mostra valori in essa *ab origine* insiti e li propone quali modelli di comportamento. E' quindi la stessa idea dei sapienti giuristi tradizionali, la quale scavalca la divisione fra descrittivo e prescrittivo e basa l'obbligo giuridico – in questo caso anche morale – sulla conoscenza del mondo. Siamo così nell'ambito di una visione del *jus* come fondato sostanzialmente su principi e su operazioni ermeneutico-conoscitive ad essi

¹⁴ Sui profili teorici fondamentali della visione *giusnaturalistica*, cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1972, pp. 127 ss., 159 ss.

corrispondenti. Ancora una volta *veritas, non auctoritas, facit legem*. Ci sono però alcune importanti novità. In primo luogo, qui appare più "alta" la qualità del livello gnoseologico: entra in campo la filosofia e guida la scena dando ai giuristi i termini ultimi di riferimento, che ora diventano immagini speculative universali da cui discende la logica pratica del diritto. La pandettistica tedesca ne rende chiara testimonianza, combinando il tradizionale metodo ermeneutico-sapienziale con i principi del razionalismo filosofico – e in particolare con l'idea kantiana di libertà – nella costruzione di un sistema giuridico-concettuale di tipo gerarchico.¹⁵ In secondo luogo, assume maggiore rilievo la figura stessa delle regole. Nel giusnaturalismo medievale teocratico la regola è il modo in cui si esprimono l'obbligo prepositivo emanato direttamente da Dio e l'obbligo positivo creato storicamente dagli uomini: ad esempio, la *lex aeterna, divina, naturalis* e *humana* di San Tommaso.¹⁶ Nelle versioni "classiche" del giusnaturalismo contrattualistico moderno – ad esempio, in Locke e in Rousseau –¹⁷ la regola, quale "legge generale e astratta", è la tipica forma del diritto positivo risultante dal contratto, mentre il diritto naturale si risolve nella figura di grandi principi assiologico-speculativi. La realtà complessiva del diritto appare fatta perciò in larga misura da regole, pur se la

¹⁵ Cfr. sul punto K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 19 ss.

¹⁶ Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 206 ss.

¹⁷ Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 152 ss., 280 ss.

linfa vitale dei principi e dei valori l'attraversa e la nutre in una *commixtio* profonda e inestricabile.

3. Tale *commixtio* viene spezzata in modo esplicito con l'avvento del *positivismo giuridico*, a partire dalla seconda metà del XIX secolo. Nel suo nucleo teorico essenziale il positivismo giuridico ribalta il dualismo giusnaturalistico mediante una dottrina radicalmente "monistica" del diritto. Per esso non esiste un diritto naturale: l'unico vero diritto è quello positivo (*jus positum*), frutto dell'attività umana che si dispiega nella storia mutando e differenziandosi in ordine ai tempi, ai luoghi e alle culture. Ogni altra e diversa forma di obbligo, compreso il presunto diritto naturale dei giusnaturalisti, non appartiene al diritto bensì rientra nella morale, contigua al diritto ma distinta da questo.¹⁸ Tale rovesciamento di prospettiva coinvolge ovviamente in modo profondo le regole e i principi. Le regole assumono un ruolo del tutto predominante, con differenze però non marginali a seconda delle diverse concezioni. Infatti, il giuspositivismo s'articola in indirizzi che, sulla base della comune idea "positiva" del diritto, pongono in primo piano volta a volta la società o le istituzioni. Per le dottrine del primo tipo – i vari movimenti sociologico-realistici¹⁹ – esiste, accanto a ordinamenti di regole vere e proprie,

¹⁸ Un'analisi ormai classica dei profili generali del positivismo giuridico è offerta in N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Giappichelli, Torino 1996; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit. p. 75 ss.

¹⁹ Per una sintetica presentazione dei movimenti sociologico-realistici in generale, cfr. M. Jori-A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 68 ss.

un vasto contesto di *jus* socialmente diffuso in ordine al quale è difficile o addirittura impossibile parlare di volontà originanti, per cui siamo fuori sostanzialmente dall'ambito delle regole.²⁰ Per le dottrine del secondo tipo - il normativismo statualistico-legislativo, protagonista assoluto della fase matura del giuspositivismo - il diritto consiste invece di regole, e in particolare di regole emanate dall'autorità suprema dello Stato e organizzate in complessi unitari gerarchici: il diritto insomma coincide, come dice N. Bobbio, col "linguaggio del legislatore" strutturato in sistema.²¹ Appare evidente allora che nei due casi cambia notevolmente il ruolo di regole e di principi. Nelle prospettive sociologico-realistiche c'è ampio spazio per operazioni attraverso i principi le quali investono il lavoro sulle regole e la loro gestione applicativa, mentre nelle visioni normativistiche tali operazioni, pur non essendo escluse, incontrano limiti rilevanti. Innanzitutto, scompare l'autonomia dei principi rispetto alle regole: essi vengono intesi come "depositati di regole" frutto d'astrazione concettuale, e quindi come modi indiretti di manifestarsi delle regole stesse emananti dalla medesima volontà creativa. In secondo luogo, si tende a negare - o ad ammettere solo in casi speciali di esplicito rimando da parte dell'ordinamento - la figura dei principi impliciti, ambigualmente ermeneutica e difficile da controllare. In terzo luogo, si toglie ai principi qualunque natura ed eccedenza di tipo assiologico

²⁰ In questo senso, ad esempio, è orientato il pensiero di E. Ehrlich, fondatore della sociologia del diritto: cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 87 ss.

²¹ Cfr. N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 302 ss.

facendone degli strumenti tecnici, neutrali e funzionali alla gestione logico-pratica delle regole. Insomma, in definitiva si accetta la presenza dei principi ma se ne riduce assai la portata cercando di contenerli il più possibile e di depotenziarne l'uso normativo. Le regole, e non i principi, sono il diritto e pongono l'obbligo corrispondente: *Auctoritas, non veritas, facit legem*. La dimensione politica ha preso così il sopravvento, con i suoi poteri e le sue istituzioni di cui il diritto è parte fondamentale. I principali artefici del *jus* sono adesso gli uomini della politica che pongono regole, mentre i giuristi perdono rilevanza e arretrano in ruoli di tecnicismo formale ove è richiesta assai più l'obbedienza che la sapienza. Pensiamo al giurista della scuola francese dell'esegesi al quale compete soltanto di pronunciare, nel modo più chiaro e fedele possibile, la parola del potere espressa in *Code*.²² Questo "stile" domina larga parte dell'ottocento e del novecento portando a un grande sviluppo di ordinamenti normativi, di articolazioni e specializzazioni dei medesimi, di tecniche e di procedure per la gestione di regole e di processi.

Ciò però non vuol dire, come è già stato osservato, che sia finalmente avvenuto un progresso e un perfezionamento del *jus*. Il diritto ha trovato soltanto un altro modo di manifestarsi, una diversa epifania corrispondente a una fase storico-politica - quella dell'affermazione dello stato borghese unitario e centralizzato - in cui meglio funziona la regola rispetto al principio, l'operazione politica rispetto a quella scientifico-culturale. Tant'è vero

²² Sulla scuola dell'esegesi, cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 55 ss.

che il nuovo stile ha inizi ancor più risalenti: i primi cenni di esso emergono con lo stesso giusnaturalismo moderno - che è il correlato filosofico-politico della vicenda borghese - il quale inizia a prospettare figure di società rette da regole positive e da strutture politiche convenzionali. E' stata proprio l'idea originaria dello *Stato di diritto*, - peculiarmente giusnaturalistica, sorta nel cuore stesso della sapiente cultura dei principi e frutto anche di essa - a lanciare sul piano storico la regola positiva generale e astratta quale strumento d'azione e di limite del potere,²³ innescando con ciò l'evoluzione inarrestabile del diritto come regola e anche il singolare ribaltamento che spesso farà della regola il mezzo, anziché del controllo, dell'arroganza del potere.

4. *E i tempi contemporanei? Qual è la fase storica che attualmente sta attraversando la cultura giuridica? Come appare il diritto nel mondo che ci circonda? Usciti dalle due guerre mondiali e dal nazi-fascismo che hanno gettato nell'incubo il sogno della ragione politico-giuridica borghese, gli uomini del novecento si sono aperti a nuove esigenze di giustizia e di civiltà cercando di realizzarle, sotto il profilo giuridico, principalmente con un recupero della dimensione dei principi. In questo senso va tutto l'ampio movimento volto allo sviluppo dei diritti umani, delle istituzioni internazionali di controllo, della giurisprudenza scientifica e giudiziale, del ruolo dei valori che ha investito l'intera cultura giuridica occidentale e che sempre più si diffonde nel mondo intero. In qualche modo, si è risposto al fallimento del diritto come regola e potere mediante*

²³ Le origini e le evoluzioni della figura dello Stato di diritto sono descritte ampiamente in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto, Storia, teoria, critica*, con la collaborazione di E. Santoro, Feltrinelli, Milano 2003.

una riedizione della sua grande alternativa storica. Ma certo, una riedizione di tipo nuovo e non un mero ritorno al passato. Il lungo predominio giuspositivistico, insieme alle forme politiche che in parallelo si sono evolute e consolidate, ha reso ormai irreversibile la realtà del diritto come regola, per cui la rinascita dei principi ha assunto un aspetto di integrazione, oltre che di contemperamento e di controllo, degli ordinamenti tradizionali. Ove il tessuto del jus mostrava sostanzialmente una trama di regole si è inserito un solido ordito di principi a rinforzarla e a sostenerla. Non a caso, gli sfondi teorici che in larga misura hanno sorretto questo processo sono stati o un'esplicita riedizione del giusnaturalismo - diverso però dal passato, più sottile e sofisticato -, o una svolta in senso "critico" del giuspositivismo che a dire il vero ha molto in comune con la precedente. Insomma, è emersa una visione nuova, integrata, composita del diritto, in cui i due profili ontologici delle regole e dei principi giocano in pieno e reciprocamente ruoli d'impulso, di arricchimento e di controllo: ove la volontà normativa assorbe la sapienza giuridica e ne riceve limitazione, mentre l'intelligenza della cultura offre profili di senso e di contenuto alle ragioni politiche che la guidano. Una figura dunque quale mai la storia l'ha conosciuta e che si proietta verso un futuro pieno di sfide e bisognoso ancora di rinnovata creatività.

Questa complessa configurazione è rappresentata perfettamente da un nuovo indirizzo dottrinale, anch'esso frutto antico della modernità ma rilanciato in modo forte nel novecento: il costituzionalismo. Nella sua accezione contemporanea, infatti, il costituzionalismo propone una visione del diritto assai peculiare. Definisce il diritto come un ordinamento di regole fortemente gerarchizzato, statualistico e legislativo al cui vertice sta la Costituzione, norma fonda-

mentale di riconoscimento e di qualificazione dei contenuti dello stesso ed espressione di un "potere costituente" frutto di volontà peculiarmente umane. Ritiene che la Costituzione possieda una struttura composita alla cui stregua, accanto a regole tecnico-formali di riconoscimento e di qualificazione dei contenuti del sistema e a regole genericamente organizzative, esiste un nucleo di principi e valori in senso ampio etico-politici fungenti essi stessi da criteri di riconoscimento e di qualificazione dei contenuti sistemici. Afferma infine che una parte della Costituzione, comprendente anche il nucleo di principi e valori di cui sopra, sia indisponibile per il potere costituito e modificabile solo attraverso una "rottura" del sistema frutto di un nuovo potere costituente; è questa un'idea forte di "rigidità" della Costituzione, legata all'idea che un settore di essa esprima il "senso" essenziale dell'ordinamento e dell'accordo politico-sociale che lo fonda.²⁴ Ne esce una figura di ordinamento giuridico la quale prevede una distinzione fra due ambiti dello stesso, gerarchicamente posti in modo tale che uno si configura rispetto all'altro come un "diritto sul diritto" operante un controllo sui contenuti del sistema e un limite e un vincolo alla produzione giuridica ordinaria. E poiché al vertice dell'ordinamento stanno pure i principi e i valori etico-politici, l'operazione di controllo è, oltre che di tipo tecnico-formale e contenutistico, di tipo peculiarmente assiologico: il "diritto sul diritto" agisce sul resto del sistema anche in forma valutativa, e cioè in termini di dover essere etico-politico. La gestione di questo compito viene affidata alle Corti, e in specie alle Alte Corti, insieme ad altre apposite istituzioni di garanzia: ma la stessa giurisprudenza scientifi-

²⁴ Una presentazione del costituzionalismo contemporaneo nei suoi aspetti prevalentemente giuridico-filosofici è offerta in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997.

ca ha molto da dire in proposito e svolge un ruolo prezioso e irrinunciabile.²⁵

Come si vede, siamo di fronte a una visione che configura una profonda e costante interazione fra regole e principi nel processo giuridico. Le regole trovano nei principi un "giudice" irridimibile che le disciplina, le elabora, le controlla, dà sensi e sviluppi, immette linfa e dinamizza la vita. Ciò non infrange però la qualità dominante delle stesse, poiché i principi sono pur sempre connessi a volontà normative precise che ne fanno entità positive dell'ordinamento. Ma certo, essi non possono essere considerati dei surrogati ancillari di regole: nei limiti in cui hanno profili assiologici vanno oltre lo stesso diritto e investono le dimensioni ulteriori della cultura facendo da ponte fra i mondi. Così, l'interazione fra regole e principi, e quindi fra politica e cultura diffusa, emerge con evidenza e definisce un intreccio inestricabile e virtuoso di reciproci arricchimenti e condizionamenti. Il che corrisponde in modo perfetto alle conclusioni teoriche tratte in precedenza sulla natura del jus e sul ruolo delle sue componenti. Alla fine, anche le trasformazioni politico-giuridiche avvenute nel mondo contemporaneo hanno avuto la loro correlativa "riflessione" teorica, e questo complesso teorico-pratico sembra in grado di confermare, più di quanto sia avvenuto in passato, la congruità della dottrina che abbiamo proposto.

5. Vorrei concludere con due brevi osservazioni le quali appaiono doverose per completare il quadro.

²⁵ Per una più ampia analisi in questi termini del costituzionalismo contemporaneo, cfr. F. Bonsignori, *Fini cogenti, norme imperanti, valori? Il diritto "giusto" fra giusnaturalismo, positivismo giuridico e costituzionalismo*, in E. Rippe (a cura di), *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Plus, Pisa 2001, p. 21 ss.

La prima osservazione ritorna sulla definizione del diritto al suo tempo proposta. Assunto che essa comprende le dimensioni linguistiche delle regole e dei principi, non si può escludere che comprenda anche altro. In realtà, non è insensato pensare che una definizione teorico-filosofica del *jus*, proprio per la sua ampia portata ermeneutica, possa essere estesa a dimensioni extralinguistiche di tipo sia fattuale, come cose e comportamenti, sia istituzionale.²⁶ Ma certo, l'aspetto linguistico resta assorbente e predominante e rappresenta la base essenziale, con la sua coppia virtuosa di protagonisti, dell'ontologia e del divenire del *jus*.

La seconda osservazione riguarda una frequente obiezione, cara ai sostenitori delle regole, circa un rischio rappresentato dai principi. Un eccessivo ruolo dei principi, si dice, può compromettere il funzionamento corretto dei meccanismi dello Stato di diritto e della democrazia poiché consente che particolari élites – appunto gli esperti gestori dei principi – impongano obblighi normativi generali la cui sede naturale, per il rispetto delle garanzie, dovrebbe essere l'assemblea elettiva e legislativa. Ad esempio, le Alte Corti che “fanno” diritto usando i principi si sostituiscono sostanzialmente al legislatore senza avere una reale legittimazione democratica. Questa preoccupazione sembra in realtà tutt'altro che irrilevante – poiché è assai meglio un eccesso di scrupoli garantistici che un semplicismo miope e superficiale –, ma non sembra alla fine molto fondata sotto un profilo teorico e pratico. Da un punto di vista teorico possiamo affermare che le figure dello Stato di diritto e della democrazia si sono evolute in modo tale che il meccanismo democratico-garantista non poggia più soltanto

²⁶ Su questo punto specifico, cfr. F. Bonsignori, *Le regole e il potere. Filosofie del diritto e della politica*, cit., p. 38 ss.

sui fondamenti classici del rapporto fra sovranità popolare e rappresentanti e della divisione dei poteri, ma implica anche una relazione complessa che attui un equilibrio fra i poteri mediante una struttura intermedia di organi di garanzia. Le élites che gestiscono i principi sono proprio elementi essenziali di questa struttura e quindi, anziché contraddire il quadro della democrazia garantista, ne rappresentano aspetti qualificanti e irrinunciabili. Da un punto di vista pratico, è ormai opinione comune che il concreto funzionamento delle democrazie moderne appare ben lungi dal loro ideale teorico e vede all'opera processi ove dietro l'immagine astratta della “volontà popolare” sono in azione gruppi di potere mutevoli e confliggenti. Un concreto e spesso esplicito élitarismo politico domina quindi il campo, ed esso non è migliore ai fini delle garanzie democratiche rispetto all'élitarismo giuridico dei principi. Anzi, è notevolmente peggiore: poiché mentre i gruppi di potere sono legati per definizione a interessi particolari e quelli mirano a realizzare, le élites dei principi possono aprirsi alla cultura diffusa e raccogliere istanze più generali e profonde. Ciò naturalmente ove esse siano formate da accorti e sapienti giuristi, consapevoli del loro ruolo e capaci d'interpretarlo in funzione di valori comuni e condivisi facendosi tramite fra la politica e la cultura. In questo caso tali figure contribuiscono a un rinnovamento giuridico e istituzionale che va davvero in direzione dell'equilibrio e dell'armonia all'interno del potere e nel rapporto fra potere e società, contribuendo a fare della politica una buona guida per le persone e del diritto ciò che naturalmente dovrebbe essere: uno strumento di giustizia. Alla fine, nella travagliata epoca contemporanea – ma probabilmente in ogni epoca, che pure ha i suoi travagli – la vera “legalità garantistica” non può corrispondere solo a un generale e accurato rispetto delle regole

ma implica una dinamica assai più complessa alla cui stregua le istituzioni giuridico-politiche siano davvero capaci di recepire le istanze della società e di regolarle in modo adeguato: il che presuppone ovviamente una cultura giuridico-politica evoluta, matura, responsabile e in grado di interpretare e guidare i bisogni sociali.²⁷ Le buone élites dei principi risiedono proprio nel fuoco di questa cultura, luoghi di confine ove la voce del popolo arriva ed è combinata con la sottile razionalità del diritto in una sintesi virtuosa che illumina gli eventi e li trasforma in progresso e in giustizia. La voce profonda di un popolo, si dice spesso, è quella dei suoi poeti, narratori, artisti, musicisti, filosofi, ecc.; perché non può essere anche quella dei suoi sapienti giuristi?

²⁷ Per una riflessione in tal senso, cfr. F. Bonsignori, *Fini cogenti, norme imperanti, valori?* cit., p. 28, n. 20.