

Gino Scaccia

Valori e diritto giurisprudenziale

Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*

Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009

1. Come la geometria non euclidea e la teoria della relatività hanno scosso le fondamenta del formalismo nelle scienze tradizionali, così la positivizzazione di valori morali nelle Costituzioni contemporanee ha segnato la crisi del formalismo logico nella scienza giuridica. Quest'immagine icastica, che si deve a uno studioso statunitense¹, rende immediatamente percepibile quanto profondamente le teorie valoriali della Costituzione abbiano riplasmato le categorie concettuali del giuspositivismo classico che, tradizionalmente, hanno guidato la sistemazione, l'analisi e ancor prima la comunicazione dogmatica del diritto.

In effetti il costituzionalismo per valori, da un lato ha agito come istanza di delegittimazione della legalità e della forma legale, intesa questa come fonte specifica di legittimità dello Stato liberale borghese²; dall'altro ha progressivamente complicato le logiche dei processi di applicazione giuridica, rendendoli permeabili ad apprezzamenti che non sono suscettibili di un rigoroso riscontro in termini logici³, ma al più sono valutabili in termini di persuasività, plausibilità, verosimiglianza, ragionevolezza.

Se è vero, del resto, che la ragione esprime una misura di razionalità rispetto allo scopo, e la ragionevolezza una misura di razionalità rispetto al valore, non sorprende che, una volta interpretata la Costituzione come ordine materiale di valori ai quali costantemente raffrontare i contenuti della legislazione⁴, il multiforme giudizio di ragionevolezza abbia conosciuto un dominio incontrastato nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi perché la ragionevolezza è valore ordinatore di valori⁵, e anzi la sua diffusione nel diritto amministrativo, ove tende a riassorbire la tradizionale sintomatologia dell'eccesso di potere, nel diritto del commercio internazionale, nel diritto della navigazione, nel diritto dei contratti e più in generale nel diritto civile,

¹ T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 *Yale Law Journal*, 1987, 943 ss.

² C. Mezzanotte, *Le fonti tra legalità e legittimità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 51.

³ Nel senso, illustrato da C. Perelman, *Logique juridique*, Paris, 1976, trad. it. a cura di G. Crifò, *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano, 1979, 160, che non esiste una logica specifica dei giudizi di valore, ma che piuttosto esistano solo percorsi intellettuali e argomentativi attraverso i quali il giudice giunge a una soluzione che egli reputa equa e ragionevole nell'ottica di un agente razionale.

⁴ La diffusione della teoria dei valori in Italia si deve principalmente a A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto* 1991, 639 ss., 658, che ne fa la «tecnica ricostruttiva e interpretativa della Costituzione».

⁵ N. McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 178-179, contrassegna la ragionevolezza come *higher-order value*, un valore che colloca gli altri valori in un percorso intellettuale di cui costituisce il criterio-guida: perché interpretare in modo ragionevole significa riconoscere i valori, dare loro un peso relativo in considerazione di tutte le circostanze del caso, quindi, in ultima analisi, graduarli.

addirittura nel processo penale, ne faccia ormai lo stile deliberativo più caratteristico del ragionamento giuridico moderno⁶.

Uno stile, quello della ragionevolezza, che dà imparziale conto di tutti gli interessi giuridicamente qualificati che insistono su una certa materia, su un certo ambito di vita e di tutti gli elementi fattuali disponibili per collocarli in un itinerario intellettuale che non è rappresentabile come un processo lineare di rigida deduzione da premesse astratte, né come pura induzione empirica, ma che piuttosto si risolve nell'ascrizione di valore alle diverse ragioni giuridiche che sono plausibilmente invocabili per dare sostegno a una certa soluzione interpretativo-applicativa o, all'opposto, per contrastarla.

In breve, l'argomentazione ragionevole non segue il pensiero sistematico, nomologico-deduttivo, ma il pensiero problematico; è un'argomentazione non rettilinea, ma circolare.

La misura di questa ascrizione di valore, e quindi in definitiva il grado di libertà dell'apprezzamento giudiziale (o se si preferisce la risposta al quesito se la ragionevolezza sia più prossima al giudizio di fatto o al giudizio assiologico), dipende dal complessivo modo di intendere le relazioni fra i valori e il loro rapporto con la normatività.

E' noto infatti che le concezioni etiche di tipo cognitivista riconoscono ai valori una più spiccata capacità di stabile autoriproduzione, di indipendenza dalle circostanze fattuali, perché ammettono la possibilità di definire gerarchizzazioni astratte, quindi offrono alle teorie giuridiche gli strumenti concettuali per attribuire ai valori un più forte contenuto normativo-direttivo e alla loro attuazione un carattere meno erratico. Al contrario i modelli normativi ispirati al non-cognitivism etico disconoscono al valore una durevole capacità di ordinazione del reale, un contenuto normativo deducibile in astratto, e quindi sono disponibili ad attribuire al fatto il ruolo di principale fattore determinativo del significato applicativo del valore⁷.

Le teorie che configurano la Costituzione come sistema «anarchico»⁸ di valori, nel quale l'isostenia prende il posto della gerarchia assiologica, enfatizzano la creatività

⁶ A testimonianza di ciò, basti osservare che il tema della ragionevolezza, dopo aver occupato la riflessione monografica dei costituzionalisti nei primi anni 2000 (oltre al nostro *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, si vedano almeno A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2003), ha destato l'interesse scientifico di filosofi del diritto (L. D'Avack – F. Riccobono (a cura di), *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli, 2004; S. Zorretto, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano, 2008); civilisti (S. Troiano, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005); penalisti (V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005); studiosi di diritto commerciale (E. Mezzanotte, *Ragionevolezza e attività degli amministratori di società per azioni*, Roma, 2009).

⁷ Pur integralmente condividendosi la notazione di A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Jovene, Napoli, 2007, 91, secondo il quale "nelle moderne teorie del ragionamento pratico, soprattutto all'interno delle società occidentali che accolgono il modello pluralista, è difficile riscontrare una ricostruzione che sposi una delle due ottiche negando seccamente l'altra"; e limitando lo sguardo alla letteratura costituzionalistica, sembrano collocabili fra i cognitivisti A. Spadaro, *Contributo ad una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994; fra i non cognitivisti G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999.

⁸ Come le definisce J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig.disc.pubbl.*, XII, Torino, 1997, 357.

dell'interprete, il ruolo della fattualità nella ricognizione delle premesse delle decisioni giudiziarie, e quindi sono disposte a tollerare una dose non lieve di incertezza e imprevedibilità delle pronunce giurisdizionali per garantire il più rapido e flessibile adattamento della legalità alle aspettative di tutela che si levano dal caso concreto.

Sul versante opposto, le visioni costitutive di tetragoni rapporti di prevalenza fra valori costituzionali aspirano a costruire un ordine generatore di relazioni stabili, e mirano a sottrarre ai giudici il potere di riformulare continuamente le gerarchie assiologiche, ma proprio per questo mostrano minori capacità di adattamento alle dinamiche del pluralismo rispetto alle concezioni costituzionali che altrove ci è parso di poter definire «metafisicamente scettiche»⁹.

In equilibrio, fra i due estremi considerati, si colloca la posizione di quanti, seppure con significative differenze di impostazione metodologica, negano che la teoria dei valori abbia l'inevitabile effetto di sovrapporre alle scale di preferenza desumibili dalle norme costituzionali opzioni culturali liberamente forgiate dai giudici, e sostengono che le singole norme definiscono specifici rapporti di prevalenza assiologica, dunque gerarchie non universali, ma puntuali, relative a una certa materia¹⁰, o che il criterio di ordinazione dei valori risiederebbe nella forma politica dello Stato democratico¹¹.

In questo modo si introduce un limite alla manipolazione giudiziale del parametro costituzionale, si resta ancorati al testo, talora agganciandolo saldamente, come fa ad esempio Massimo Luciani nei suoi scritti, alla ricognizione della volontà originaria dei Costituenti, senza però giungere alla conclusione che l'intera Costituzione sia rappresentabile come un universo di valori definitivamente chiuso e stabilmente gerarchizzato¹².

Non è possibile in questa sede indugiare oltre sulla contrapposizione fra teorie assolutistiche e teorie relativistiche dei valori. Mi limito a dire che la concezione intermedia riportata da ultimo, che fa proprio un certo eclettismo metodologico, può essere assunta come quella che meglio corrisponde alla fattualità, al modo in cui in concreto gli operatori giuridici professionali compiono operazioni di ascrizione di significato alle norme della Costituzione e stabiliscono rapporti di prevalenza fra i contrapposti interessi che a quei valori si raccordano. E' una posizione, questa, che non

⁹ Sia consentito il rinvio a G. Scaccia, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in M. La Torre – A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 387 ss., 409.

¹⁰ E' questo il caso di A. Baldassarre, che, oltre che nel menzionato saggio del 1991 su Costituzione e teoria dei valori, in più occasioni è tornato sul tema. Si vedano Id., *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, 60 ss.; *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, in *Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 1686; *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, 2005, 201 ss.

¹¹ S. Foix, "Ragionevolezza" e "valori": interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparativistici*, Milano, 1994, 103 ss., 118.

¹² M. Luciani, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol.dir.* 1989, 605 ss.; Id., *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1991, 170 ss.; Id., *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale in Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparativistici*, Milano, 1994, 245 ss. IDEM, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 1 ss.

risolve la teoria dei valori nella legittimazione del più arbitrario volontarismo casistico delle Corti, né propugna l'irrealistico ritorno a un'applicazione rigidamente deduttiva degli enunciati costituzionali, che presupponeva un'unità sui valori ormai irrimediabilmente dispersa.

E' movendo da questa solida base che vorrei provare a verificare, *si parva licet*, se e in che misura si sia avverata la profezia schmittiana secondo la quale la fine della neutralità assiologica della Costituzione avrebbe determinato la dissoluzione dello Stato legislativo e l'approdo verso uno Stato di giurisdizione. Uno Stato, soggiungeva il grande giurista di Plettenberg, costitutivo di una superlegalità apocrifa¹³, non più semplicemente correttiva o integrativa, ma del tutto alternativa alla legalità formale generata nel processo politico-parlamentare.

La tesi che vorrei provare ad argomentare è che, sebbene l'apocalittico vaticinio schmittiano non si sia avverato, non è azzardato sostenere che il costituzionalismo per valori, innestandosi su assetti sociali fortemente pluralizzati sul piano morale e religioso, tende in prospettiva a traslare in misura crescente la funzione di innovazione normativa dal diritto di produzione politica al diritto di fonte giurisprudenziale e a ridurre sensibilmente lo scarto fra produzione e applicazione del diritto, fino a corrodere uno dei postulati degli ordinamenti di *civil law*: l'idea che la decisione collettiva pubblica esibisca una forza razionale e possieda un valore morale superiori rispetto alla scelta individuale concreta (la sentenza, in primo luogo, ma anche il contratto).

2. Occorre anzitutto muovere, al più alto livello di generalità, dalla constatazione che nella proclamazione costituzionale di valori riferibili alla persona umana è già insita una qualche svalutazione della forza direttiva e ordinatoria della legge. Il riconoscimento dei diritti inviolabili e della dignità dell'uomo come postulati eterni di ogni comunità politica, come principi primi immutabili di ogni consociazione umana muove, difatti, dalla premessa che sul fondamento inconcusso e inoppugnabile di un a-priori meta-legislativo ed extrasociale si possa erigere una sorta di "legalità cosmopolitica", una legalità "universale"¹⁴. Ma questa perenne spinta universalista, questa vocazione interna a vincere gli stessi confini della sovranità politica ha quale inevitabile effetto un certo disancoramento del diritto dalla sua dimensione storica contingente.

Il costante appello all'universalità "impolitica" del valore distacca il diritto dalla sua dimensione politica.

Inoltre, per potersi meglio integrare in ordinamenti sovranazionali, in sistemi a sovranità condivisa che presiedono alla regolazione di ambiti crescenti della vita nazionale, lo stesso diritto di fonte politica deve assumere una struttura normativa meno rigidamente prescrittiva e più duttile, deve porsi come diritto "per principi", finendo così per lasciare alle istanze giurisdizionali un margine di apprezzamento discrezionale inevitabilmente più ampio¹⁵.

¹³ C. Schmitt, *Die legale Weltrevolution*, in *Der Staat* 1978, 335: «*apokryphen Superlegalität*».

¹⁴ Utili spunti in F. Ciaramelli, *Legislazione e giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2007, 96, che parla di un'illusione universalistica.

¹⁵ Come si è altrove evidenziato (G. Scaccia, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, in *Nova juris*

Si può dire, allora, con enfasi voluta, che mentre la funzionalità dei principi di struttura dello Stato di diritto formale (legalità, riserva di legge, divisione dei poteri) era affidata prevalentemente al legislatore e agli apparati di governo; al contrario, i valori di riferimento e i moduli organizzativi dello Stato costituzionale contemporaneo “multilivello” (la proporzionalità e ragionevolezza, come generale istanza di adeguatezza concreta della norma al fatto regolato; la sussidiarietà come regola dei rapporti fra autorità e libertà e al contempo come criterio di organizzazione dinamica delle funzioni pubbliche che supera le rigidità del criterio di competenza; la dignità umana come formula riassuntiva e fondante i diritti della persona) sembrano rimettere principalmente alle istanze giurisdizionali le *chance* di una loro effettiva attuazione e ne sollecitano pertanto un coinvolgimento più diretto nell’attività di elaborazione creativa del diritto.

Nello Stato liberale classico le condizioni di efficienza dell’attività statale coincidevano con quelle della sua legittimità, poiché lo Stato realizzava il suo fine primario (la produzione di certezza giuridica) attraverso il diritto.

Diversamente, lo Stato costituzionale pluralistico, che assume quale finalità primaria la realizzazione di valori che orientano i più diversi ambiti di vita dell’individuo e sono diretti al complessivo suo benessere, non sempre accorda le sue condizioni di efficienza con quelle della propria legittimità giuridica.

La più estesa realizzazione di quei valori, che sono essenzialmente riassumibili nei diritti della persona umana, può compiersi infatti a spese della legge e della certezza del diritto.

Nella prospettiva di una più efficace protezione dei diritti fondamentali può essere necessario lasciare agli organi dell’esecuzione e dell’applicazione quei margini di apprezzamento che consentano loro di distillare dalla previsione astratta regole perfettamente calibrate sulle mutevoli esigenze dei casi concreti. Nell’ottica dei valori, dunque, l’istanza di razionalità formale, assicurata dalla generalità, astrattezza, chiarezza della previsione legale, cede all’esigenza di assicurare la razionalità *materiale* della legge, cioè l’adeguatezza della previsione normativa rispetto al contesto di vita regolato, fosse anche il più straordinario e imprevedibile, e questa razionalità materiale è tanto maggiore quanto più ampia è la duttilità precettiva della legge.

La presenza di una struttura normativa “aperta” all’integrazione giudiziale, lungi dal costituire un difetto della legge, può divenirne in quest’ottica una delle più apprezzate virtù. Si spiega così come disposizioni le quali, per la loro inequivoca chiarezza o per la presenza di automatismi legali, sottraggono ogni apprezzamento alle autorità dell’applicazione, sono state sovente colpite da declaratorie di illegittimità costituzionale¹⁶.

interpretatio, 2007, 286 ss.), per poter integrare senza traumi identità culturali affatto eterogenee in sistemi politico-normativi di dimensioni sovranazionali il diritto costituzionale contemporaneo tende a dotarsi di una struttura regolativa più aperta.

¹⁶ Si prenda ad esempio la sent. n. 44 del 1990, con la quale si è autorizzato il giudice, apprezzate le circostanze del caso, ad accordare una ragionevole riduzione dell’intervallo di età di 18 anni che deve sussistere tra adottante e adottato maggiorenne, al fine di realizzare il valore costituzionale dell’unità della famiglia. E in termini ancor più evidenti la sent. n. 303 del 1996, nella quale, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale della disposizione che fissa in 40 anni la differenza massima di età fra adottante e minore adottato, la Corte dichiara espressamente di non poter porre in discussione la «regola, ragionevolmente

Si può dire, insomma, che mentre i giuspositivisti, pur con varietà di toni e di accenti, concordavano nel subordinare i diritti del soggetto al diritto oggettivo, i teorici dei valori potrebbero essere accomunati per il dato opposto: quello di subordinare il diritto oggettivo al diritto dei soggetti, talora a spese della stessa legalità.

Se già questo quadro generale si palesa tutt'altro che ostile a una valorizzazione del diritto giurisprudenziale, due specifici fattori concorrono nel rafforzare ulteriormente la tendenza ad assegnare una funzione nomo-poietica alla giurisdizione: da un lato, la crisi di razionalità procedurale della legge, ossia la sua crescente incapacità di trasmettere un principio d'ordine alla prassi politica; dall'altro, la difficoltà per il legislatore di operare le mediazioni sui valori in presenza di società fortemente pluralizzate sul piano etico e religioso.

Questi due fenomeni, lungi dal produrre il rifiuto della normazione eteronoma e l'apertura di spazi di autoproduzione spontanea del diritto, stanno finora trovando uno sbocco e direi un surrogato nella produzione giudiziaria del diritto.

Su questi punti mette ora conto soffermarsi.

a. Il diritto aspira in qualche misura a produrre un effetto mimetico: ambisce a trasmettere la sua razionalità procedurale al processo decisionale politico. Tutto l'*iter legis* è costruito, in effetti, come processo di depurazione dell'emotività, di "raffreddamento" e razionalizzazione dello scontro politico.

Nella situazione attuale, però, questa capacità di trasmettere alla prassi politica un criterio di razionalità operativa è venuta meno e anzi si è rovesciata nel suo contrario. Sono difatti evidenti i segni di un adattamento del diritto alla logica della politica, finanche nella metodologia di programmazione dei contenuti normativi¹⁷.

Le forme di comunicazione politica della modernità, con la loro eccedenza informativa, parcellizzano gli eventi in una serie di azioni spettacolarizzate e sottratte a ogni approfondita riflessione; e questa logica mediatica che produce e consuma fatti in tempi tanto fulminei da impedirne un'efficace metabolizzazione, sembra farsi dominante anche nella produzione normativa.

La legge è spesso *slogan*, "notizia" e non "avvenimento", fragore senza tuono, provvisorio e rivedibile annuncio di regolazione, non già stabile disciplina di rapporti di

stabilita dal legislatore, ma la sua assolutezza, tale da non tollerare eccezione alcuna anche quando l'adozione risponda al preminente interesse del minore e la specifica famiglia di accoglienza, giudicata idonea, sia la sola che possa soddisfare tale interesse, ma sia superato il divario di età rigidamente previsto, pur rimanendo tale divario compreso in quello che di solito intercorre tra genitori e figli, sicché l'adozione non può essere disposta ed in concreto ne deriva un danno per il minore stesso». Si veda inoltre la giurisprudenza dichiarativa dell'incostituzionalità di presunzioni legali assolute (v. ad es. sentt. nn. 144 del 2005; 41, 283 e 401 del 1999; 195 e 239 del 1998; 1 del 1997) o di automatismi sanzionatori rigidi, che non permettono una valutazione caso per caso della gravità dell'addebito e perciò impediscono al giudice di ritagliare la sanzione giusta e appropriata alla fattispecie (v. sentt. nn. 367 del 2004; 253 del 2003; 2 del 1999; 220 del 1995; 107 del 1994; 297 del 1993).

¹⁷ Le radici profonde di questo processo di adattamento sono individuate da G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili* (trad. it. di R. Prandini), Roma, Armando, 2005, 69; nonché 132, ove si legge: «(...) il diritto costituzionale ha liberato la logica intrinseca della politica "politicizzando" il diritto stesso: l'interpretazione teleologica, l'orientamento alla *policy*, l'equilibrio tra gli interessi, la valutazione dell'impatto e l'orientamento al risultato sono tutti indicatori di un adattamento del diritto alla razionalità della politica».

vita che possa generare affidamento e prevedibilità. Anche ai livelli formali più elevati (in Italia addirittura a livello costituzionale), la normazione nasce nel segno della provvisorietà, dello sperimentalismo regolativo, anche perché si moltiplicano con inesausta fantasia tecniche di aggiramento del dato costituzionale che stanno segnando la dissoluzione della nozione di articolo e di comma e l'aperta violazione del principio di discussione parlamentare¹⁸.

Lungi dall'essere anticipazione o previsione del futuro (*Vorgriff zur Zukunft*)¹⁹, la legislazione è in più di un caso un processo formativo, rispetto al quale la posizione del precetto rappresenta solo il momento attivatorio. Non esiste perciò un unitario "luogo" della legge²⁰; anzi, per rimediare a un'impotenza cognitiva sempre più evidente, il legislatore ricorre alla "delega" al giudice, apertamente riconoscendogli un potere di sistemazione e di mediazione di interessi non mediati dai circuiti della rappresentanza.

Si rovescia in questo modo l'equazione montesquiviana: la discrezionalità giudiziale non è l'effetto collaterale dell'imperfezione tecnica della legge, ma lo strumento necessario per integrarne la difettosa capacità ordinatoria.

Lo stesso superamento della struttura individualista o soggettiva del processo, con il riconoscimento della legittimazione processuale a enti esponenziali di interessi collettivi o diffusi, in quanto tende a riprodurre nel giudizio il conflitto di interessi superindividuali che è caratteristico del procedimento legislativo, enfatizza in fondo la funzione di mediazione sociale propria della giurisdizione.

La crisi regolativa della legge e l'espansione del diritto giurisprudenziale hanno un'ulteriore più profonda ragione. Esse si legano, in particolare, al venire meno, in ambiti sempre più numerosi della vita associata, di ogni omogeneità culturale nella percezione dei valori morali.

b. Secondo il modello che ne offriva il pensiero razionalista di matrice illuminista, la legge, attraverso l'intervento dell'organo rappresentativo della società "unita per contratto sociale", come si diceva allora, positivizzava i principi razionali di giustizia.

Questa visione presupponeva, da un canto, la piena copertura da parte della rappresentanza politica di tutto lo spettro delle visioni del mondo presenti nella società; d'altro canto la capacità della legge di produrre le sintesi sui valori.

In verità, come ci ha insegnato soprattutto Emilio Betti²¹, la legislazione non è mai stata davvero capace di rappresentare fedelmente i principi etici socialmente

¹⁸ Si fa riferimento a prassi (l'esercizio rinnovato del potere di delega attraverso decreti correttivi anche per le grandi leggi di riforma, che più delle altre dovrebbero corrispondere a esigenze di stabilità e durevolezza; la modifica di decreti legge all'atto stesso della loro emanazione o l'abrogazione di decreti legge non ancora venuti alla luce; la strutturale assenza di omogeneità di articoli di legge costituiti da centinaia di commi; la congiunzione di maxi-emendamenti interamente sostitutivi dei testi da emendare con la questione di fiducia, che rende talora materialmente impossibile lo svolgimento di una documentata discussione parlamentare e vanifica il ruolo, nell'*iter legis*, delle commissioni referenti) che, seppure sono addebitabili in larga misura all'insufficiente stabilizzazione e razionalizzazione della forma di governo, rappresentano anche i sintomi di un più generale *deficit* di razionalità della produzione normativa di tipo politico.

¹⁹ G. Husserl, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1955, 55 ss.

²⁰ E. Denninger, *Il luogo della legge*, in *Nomos*, 1997, 15 ss.

²¹ E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1949; *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955.

condivisi; in misura più o meno ampia, sempre è stata confidata al processo interpretativo la funzione di adeguare la cornice dispositiva offerta dalla legge alla realtà effettuale, attraverso il riferimento del giudice e dell'interprete più in generale ai valori dominanti nella coscienza sociale.

Tuttavia anche la lettura bettiana presupponeva, in fondo, un assetto sociale sostanzialmente omogeneo nei suoi valori di riferimento, un quadro di paradigmi morali generalmente accettato. Poggiando su un sostrato pre-politico largamente condiviso, l'operazione giudiziale di "riempimento della cornice dispositiva" della legge rivestiva i caratteri della ricognizione, dell'accertamento, insomma di un'attività certo non qualificabile come libera elaborazione creativa di diritto, quanto piuttosto come correzione delle naturali e inevitabili imperfezioni della legge. Possiamo dire perciò che l'alto grado di coesione presente in società omogenee nei valori morali, società unite da un'antropologia comune, dava alla legalità un saldo fondamento su cui poggiare la propria autorità regolativa, la propria capacità di stabile ordinazione del reale²².

Oggi tutto questo non è più vero.

La condizione ordinaria che vivono le società pluralistiche è l'esistenza di un generale consenso sulle regole che definiscono i contenuti procedurali della democrazia e le garanzie formali delle libertà (legalità, proporzionalità, ragionevolezza), mentre sul terreno dei valori sostanziali, anche quelli apparentemente dotati di natura fondante, regna un ampio e lacerante disaccordo²³.

In società fortemente individualistiche, frammentate, percorse da divisioni profonde sui riferimenti etici e addirittura sulle visioni antropologiche, l'unità assiologica ha cessato di costituire un dato prepolitico²⁴. E a causa dell'atomizzazione crescente della società, la prassi collettiva non è capace di produrre le mediazioni culturali sulle quali la legislazione possa poggiare; né è in grado di elaborare autonomamente le proprie leggi.

Non di meno i valori, in quanto dotati della forza giuridica e della valenza "pedagogica" propria delle norme costituzionali, si impongono alla prassi politica come "imperativi di ottimizzazione"²⁵, che rivendicano un'attuazione sempre più estesa. I

²² Impossibile non rammentare, con C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1932, trad.it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 2006, 144, che "non esiste alcuna antropologia che non sia rilevante politicamente".

²³ Il riconoscimento dell'irriducibilità del disaccordo sui valori è la premessa dalla quale prendono l'avvio le teorie proceduraliste o discorsive della Costituzione. Nella vasta letteratura sul tema, basti il richiamo a J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980; F.I. Michelman, *Law's Republic*, in *Yale Law Journal*, XCVII, 1988, 1493 ss., nonché Id., *Bringing the Law to Life*, *Cornell Law Review*, LXXIV, 1989, 257 ss.; C. R. Sunstein, *Interests Groups in American Public Law*, in *Stanford Law Review*, XXXVIII, 1985, 59; J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992.

Che il *reasonable disagreement* debba essere assunto come direttiva di azione nel controllo di legittimità costituzionale delle leggi nelle società pluraliste è sostenuto da R.H. FALLON, *Implementing the Constitution*, in 111 *Harvard Law Review* (1997), 56 ss.

²⁴ Nota lucidamente F. Volpi, *Il nichilismo*, Laterza, Roma – Bari, I ed. 1994, 2009, 154: "La dottrina del sospetto e il disincanto del mondo, la fine insomma della ragione ingenua e sentimentale, hanno radicalmente eroso la possibilità di credere in quadri fondativi di tipo teologico, metafisico e perfino antropologico".

²⁵ Secondo la formula "*Optimierungsgebote*", con cui R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 100, descrive le norme costituzionali che proclamano diritti fondamentali.

valori sono difatti principi insaturi²⁶, il loro regno non conosce mai uno svolgimento integrale, non ha un punto di indifferenza, ma vive solo nel costante movimento verso un'attuazione mai pienamente attingibile²⁷. Ogni valore aspira dunque perennemente a superarsi, e questo alimenta una crescente domanda di legalità, di conformazione del diritto ai valori.

Si innesca così una spirale regolativa che sottopone la produzione politica del diritto a una tensione delegittimante: mentre in nome dei valori costituzionali si chiede al legislatore di disciplinare aspetti sempre più estesi della vita (fino a toccare l'essere e il suo mondo vitale), la politica fatica a rinvenire regole di composizione e di prevalenza fra valori che siano generalmente accettate, con l'effetto che la bulimia regolativa è utile soltanto a far crescere la frustrazione per l'incapacità delle norme di produrre un regolato ordine sociale.

La legge, come l'acqua del mare, tanto meno disseta quanta più se ne beve.

Proprio negli ambiti eticamente più "sensibili", inoltre, il legislatore, quando non rinuncia del tutto a elaborare regole che traducano il valore in stabili rapporti gerarchici fra interessi, tende per lo più a traslare il conflitto sulle istanze giurisdizionali formulando regole "aperte" all'integrazione in via interpretativa, quindi adatte a dare alla legge la forma più adeguata per farla corrispondere costantemente al mutare della percezione sociale dei principi costituzionali²⁸.

Quando però si passa dalla sfera del *dover essere* costituzionale a quella del *dover fare*²⁹ senza la neutralizzante mediazione legislativa, che disponga i valori secondo un ordine di priorità, sul giudice si scarica l'onere di prendere posizione in un confronto che non è più tra opzioni ermeneutiche, ragioni di opportunità, esigenze funzionali, ma, letteralmente, tra visioni del mondo³⁰.

I beni, le forze, gli interessi eterogenei e contrapposti che si erano mimetizzati e armonizzati in un valore astratto, tornano a manifestare prepotentemente la loro pretesa di concreta e immediata tutela proprio raccordandosi a quel valore che tutti li aveva generosamente ospitati in pacifica concordia; e il conflitto divampa in tutta la sua virulenza dinanzi al giudice chiamato a mediare direttamente fra valore e realtà.

L'assenza di gerarchie pre-date e la generale impossibilità di porre l'unità sui valori a premessa dei sillogismi giudiziari indirizza la ricerca dei fondamenti di giustificazione delle pronunce giurisdizionali prevalentemente verso il fatto.

²⁶ Così J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, citato nella trad. it. a cura di L. Ceppa *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Napoli 1996, 516 ss.

²⁷ Sull'ontologica incompiutezza del regno dei valori e sulle conseguenze che ne discendono in campo morale v. N. Hartmann, *Introduzione all'ontologia critica*, trad. it. di R. Cantoni, Guida, Napoli, 1972, 149, che raccoglie scritti comparsi nelle opere *Neue Wege der Ontologie*, Kohlhammer, Stuttgart, 1943; *Der philosophische Gedanke und seine Geschichte*, De Gruyter, Berlin, 1955; *Systematische Selbstdarstellung*, in *Deutsche systematische Philosophie nach Ihren Gestalten*, Junker & Dunnhaupt, Berlin, 1933, 283 ss.

²⁸ Secondo il lessico kelseniano, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. a cura di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, 118, si dovrebbe parlare in questi casi di "indeterminatezza intenzionale del grado inferiore".

²⁹ La coppia oppositiva dover essere/dover fare è proposta da A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.* XIV, Milano, 1965, 432 ss.

³⁰ Accurate notazioni sul rapporto fra scopi e valori e sui rispettivi conflitti in A. Longo, *I valori costituzionali*, cit., 116 ss., 128.

L'esperienza, più della dogmatica, fornisce gli assiomi del ragionamento giuridico³¹, nel senso che il fatto si fa criterio di pesatura del valore astratto, lo rende presente, circostanziandone il significato normativo, lo sottrae alla pretesa di absolutezza che in esso naturalmente alberga e lo dispone al bilanciamento con altri valori, a loro volta resi concreti e commensurabili attraverso la mediazione del fatto³². Quest'opera di "pesatura" del valore e di ascrizione ad esso di un contenuto normativo nel confronto con valori antagonisti presenta margini elevati di arbitrarietà. Ciò dipende dalla natura stessa dell'atto di cogliere i valori. Osserva al riguardo Nicolai Hartmann³³: "Non si tratta di un "conoscere" nel senso comune della parola, e neppure di un cogliere neutrale nel quale non si rimane toccati dall'oggetto colto. E' invece piuttosto un esser afferrati. Si è presi, afferrati da ciò che ad uno appare pieno di valore e appartenente al dover essere. Il rapporto non è per nulla contemplativo, è emozionale, e gli atti poi nei quali questo cogliere si attua sono atti del sentimento, prese di posizione".

In difetto di adeguate specificazioni regolative, come di stabili ordinazioni gerarchiche, i valori si prestano alla più ampia manipolazione interpretativa e l'ordine di priorità in cui sono disposti è il risultato di preferenze soggettive, di intuizioni emozionali più che di dimostrazioni cartesiane³⁴.

"La negazione di una gerarchia oggettiva porta così all'esigenza di una gerarchia soggettiva"³⁵: il giudice, sovente costretto dall'esigenza di non denegare giustizia, si fa legislatore del caso concreto.

³¹ Senza volersi interamente abbandonare alle conclusioni pessimistiche di N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 5-9, circa la radicale perdita di ogni possibilità di costituzione dogmatica della scienza giuridica, per la scomparsa di un sistema di concetti che preceda l'oggetto al quale dovrebbe applicarsi, è stato a ragione osservato da P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 459, che «la regola è creata dal fatto e dopo il fatto».

Sul ruolo della fattualità nella ricognizione delle premesse delle decisioni giudiziarie restano fondamentali le riflessioni svolte da L. Mengoni in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, nonché Id., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Scintillae juris. Scritti in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, 452 ss.; Id., *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, 95 ss.

³² Un'approfondita ricostruzione dogmatica del rapporto fatto-valore in M. Luciani, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore*, cit., 1 ss.. V. inoltre F. Modugno, *Principi e norme. La funzione imitativa dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2002, 100 ss.; A. Ruggeri, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Dir. pubbl.* 1998, 1 ss., nonché Id., *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.* 2000, 567 ss.

³³N. Hartmann, *Introduzione all'ontologia critica*, cit., 149.

³⁴ Spiegano J. Finnis - G. Grisez - J. Boyle Jr., *Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends*, in *The American Journal of Jurisprudence* (32) 1987, 99 ss., 110: poiché i valori supremi sono principi primi, "reasons with no further reasons", essi non possono essere ricondotti a qualcosa di logicamente anteriore a cui possano essere misurati. Donde la conclusione che, in assenza di un criterio sostanziale con il quale poterli commisurare, la scelta di preferire un valore a un altro è soggettiva, e non può essere definita oggettivamente razionale, anche se in concreto si può rivelare ragionevole. Per un commento critico sulla pretesa incommensurabilità e impossibilità di ordinazione gerarchica fra i valori supremi si veda, fra i molti, F. Di Blasi, *I valori fondamentali nella teoria neoclassica della legge naturale*, in *Riv.intern.fil.dir.* 1999, 209 ss. e spec. 245 ss.

³⁵ Con la frase riportata F. Di Blasi, *I valori fondamentali*, cit., 240, chiude l'illustrazione di un passaggio assai importante delle tesi di John Finnis (del quale v. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, tradotto in italiano dallo stesso Di Blasi con il titolo *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996) circa l'incommensurabilità e la conseguente assenza di gerarchia fra valori fondamentali. Mette conto riportare l'intero brano: "Il fatto che nei valori fondamentali non ci sia alcun elemento da cui trarre un ordine di priorità, unito al fatto ulteriore che è necessario che un ordine di priorità ci sia affinché il soggetto

Per questo oggi la lotta preconizzata da Carl Schmitt fra valutatori, svalutatori, valorizzatori e rivalutatori non contrappone tanto schieramenti ideologici, fazioni politiche o gruppi di interesse.

La lotta infuria essenzialmente fra legislatore e giudici.

Il problema non riguarda solo il giudice costituzionale, che a una funzione di compartecipazione all'attività di conformazione dei valori costituzionali è istituzionalmente chiamato e tecnicamente attrezzato, ma tocca anche, in misura crescente, il giudice comune. E' dal giudice, in prima battuta, che gli individui pretendono l'immediata protezione di diritti e valori costituzionali, se necessario anche contro la legge e la forma giuridica.

Il valore può diventare allora il canone-guida per un'interpretazione evolutiva della legge, il fine che giustifica l'aggiramento della formalità giuridica, il fondamento su cui poggia la pretesa a una prestazione nei confronti della pubblica amministrazione o l'imposizione di un limite all'attività conformativa di questa, la ragione giustificativa dell'apposizione di vincoli non positivamente previsti a diritti di libertà.

Basta porre mente, a titolo esemplificativo, alle controversie legate all'applicazione giuridica della nozione di dignità umana.

Sebbene le specifiche disposizioni costituzionali che alla dignità fanno testuale riferimento (artt. 3, primo comma, 41, secondo comma, 36, primo comma) sembrerebbero non offrire lo spunto per conferirle la posizione centrale che occupa in alcune Carte costituzionali (Germania³⁶, Spagna³⁷, Portogallo³⁸, Svizzera³⁹, Svezia⁴⁰, Finlandia⁴¹, Sudafrica⁴²), oltre che in importanti documenti internazionali⁴³, la dottrina

possa agire, significa che tale ordine deriva non dai valori, ma dai singoli soggetti. La negazione di una gerarchia oggettiva porta così all'*esigenza di una gerarchia soggettiva*".

³⁶ L'art. 1, comma 1, recita: "La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla".

³⁷ L'art. 10, primo comma, recita: "La dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale".

³⁸ L'art. 1 recita: "Il Portogallo è una Repubblica sovrana, basata sulla dignità della persona umana e la volontà del popolo, e impegnata nella costruzione di una società libera, giusta e solidale".

³⁹ L'art. 7 recita: "La dignità della persona va rispettata e protetta".

⁴⁰ L'art. 2 recita: "Il potere pubblico deve essere esercitato nel rispetto dell'eguale valore di tutti e della libertà e dignità dell'individuo".

⁴¹ L'art. 1, secondo comma, recita: "La Costituzione della Finlandia è stabilita in questo atto costituzionale. La Costituzione deve garantire l'invulnerabilità della dignità umana, la libertà e i diritti individuali e promuovere la giustizia sociale".

⁴² L'art. 1 recita: "La Repubblica del Sudafrica è uno Stato unitario, sovrano e democratico, fondato sui seguenti valori: a) la dignità umana, il perseguimento dell'uguaglianza e l'avanzamento dei diritti umani e delle libertà".

⁴³ Si vedano il Preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945 (nel quale si dichiara che i popoli delle Nazioni Unite sono decisi "a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel calore della persona umana"); lo Statuto dell'Unesco del 16 novembre 1945; la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948 (preambolo e artt. 1, 22, 23); il Preambolo del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, che muove dal riconoscimento della "dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana". Inoltre, per l'applicazione della nozione ad ambiti tematici più circoscritti, si vedano la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984; la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia del 18 novembre 1989; il Preambolo della Dichiarazione

largamente maggioritaria⁴⁴ e la giurisprudenza costituzionale non hanno dubbi nel considerare la dignità umana come il fondamento generale, la base assiologica del sistema delle libertà. La Corte costituzionale, in particolare, l'ha qualificata come un valore costituzionale "supremo"⁴⁵, inviolabile, "che permea di sé il diritto positivo"⁴⁶. Sennonché questo valore, che in astratto si presta ad accordare il razionalismo etico kantiano - che pone l'uomo come fine in sé - con l'umanesimo plenario cattolico - che ricava l'idea di dignità dalla filiazione divina dell'essere umano - , quando dai cieli della teoria discende sulla terra e si pone in rapporto con il diritto alla vita è in grado di fornire eguale sostegno alle ragioni di chi proclama l'indisponibilità di questo diritto, la sua assoluta non bilanciabilità, o, all'opposto, di chi, sempre in nome della dignità umana, rivendica il diritto dell'essere di sopprimersi e di farsi somministrare una dignitosa morte.

Ne abbiamo avuto una rappresentazione tragica nella vicenda tristemente nota di una donna sventurata, che in seguito al trauma riportato in un incidente stradale è rimasta oltre diciassette anni in stato vegetativo permanente e che, attraverso il tutore suo padre, ha avanzato nei confronti del servizio sanitario nazionale la richiesta di interrompere l'alimentazione naso-gastrica necessaria per la prosecuzione della propria esistenza in vita. In questa lacerante controversia si sono contrapposte due opposte visioni della dignità umana. Da un lato, la Corte di appello di Milano, nella decisione del 16 dicembre 2006, si è ispirata a una concezione assolutistica o oggettiva, alla stregua della quale la dignità è un valore che presuppone, come sua base ontologica, il diritto

delle N.U. di Vienna del 25 giugno 1993; la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997 (art. 1). Giova ricordare che la Corte di Cassazione, SS.UU. civ. con la sent. 11 marzo 2004, n. 5044, ha qualificato "le norme di diritto internazionale 'generalmente riconosciute' che tutelano la libertà e la dignità della persona umana" come norme di *ius cogens*, automaticamente immesse nel nostro ordinamento, con il rango di principi fondamentali del diritto internazionale, in forza del meccanismo di adattamento sancito nell'art. 10, primo comma, della Costituzione. I principi enunciati in questa sentenza sono stati ribaditi in Corte di Cassazione, SS. UU. civili 29 maggio 2008, n. 14199, con la quale si è stabilito che la norma consuetudinaria di diritto internazionale, che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri, non può essere invocata in presenza di comportamenti dello Stato straniero tali da configurare crimini internazionali, lesivi dei valori universali di rispetto della dignità umana, per la ragione che questi valori trascendono gli interessi delle singole comunità statali.

⁴⁴ *Ex plurimis*: C. Amirante, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1971, che deduce dal principio di dignità l'imperativo di promozione dei diritti sociali al fine di ridurre le diseguaglianze sostanziali; F. Bartolomei, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Giappichelli, Torino, 1987, 15 ss.; P. F. Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. Siclari (a cura di) *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2003, 43 ss.; F. Sacco, *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"*, in S. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005; A. Pirozzoli, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Aracne, Roma, 2007, 67 ss.; G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007;

⁴⁵ Corte costituzionale, sent. n. 414 del 1991.

⁴⁶ Corte costituzionale, sent. n. 293 del 2000. Si veda pure Consiglio di Stato, parere 9 novembre 2005, n. 3389, nel quale si afferma che il dovere di assistenza dei figli disabili "è coerente al rispetto della vita umana e al valore sacro che quest'ultima, indipendentemente dall'accettazione di credo religiosi, ma solo sulla base del diritto positivo, assume siccome intrinseca alla dignità dell'uomo", e si conclude osservando che "sulla dignità umana sono parametrati (...) tutti i valori di rilievo costituzionale".

alla vita; e in quanto attributo del diritto alla vita, non può contrapporsi ad essa per annullarla se non annichilendo se stessa.

Dal lato opposto, la Corte di Cassazione, con sentenza del 16 ottobre 2007, ha fatto propria una visione soggettiva della dignità, come percezione individuale la quale può tradursi anche nel convincimento che la mera sopravvivenza del corpo, artificialmente procurata, quando sia irreversibilmente cessata la percezione del mondo esterno, non integri più una vita degna di essere vissuta, sicché in nome della “dignità” si possa interrompere una vita “disumanata” e ridotta a puro processo biologico⁴⁷.

L’attuazione diretta in via giudiziaria del valore della dignità ha coperto tutto lo spazio giuridico che separa il diritto alla vita dal diritto a una prestazione mortifera irrogata *ex lege*.

Né ciò sorprende: l’esperienza applicativa del valore della dignità umana, non tanto nella giurisprudenza italiana quanto in quella tedesca e francese, dimostra che esso, per la sua capacità di modellare equilibri e gerarchie fra diritti e quindi di imporre, se inteso come valore comunitario e non individuale, limiti imperativi alla disponibilità delle libertà fondamentali anche contro il consenso dell’interessato⁴⁸, incide profondamente sui rapporti di forza fra giudici ordinari e giudice costituzionale, a danno del secondo, e, per altro verso, altera le relazioni fra legislatore e giudice. Come è stato ottimamente rilevato, difatti, “la clausola della dignità può costituire uno strumento estremamente incisivo nelle mani del giudice al fine di rimodellare assetti disciplinari anche consolidati e quindi di spostare a suo favore gli equilibri con il formante legale”⁴⁹.

Valga, anche qui, l’immediatezza espressiva di un esempio: una sentenza del Tar Toscana, risalente al giugno 2000⁵⁰. Oggetto della controversia era il diniego opposto da un piccolo comune alla richiesta di concessione edilizia per la realizzazione, al piano terreno di un fabbricato urbano, di un alloggio costituito da una stanza con servizio igienico e una piccola palestra di riabilitazione, finalizzato ad accogliere una persona

⁴⁷ Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748. I commenti a questa pronuncia sono giunti numerosissimi dai cultori delle più diverse discipline giuridiche. Basti qui segnalarne alcuni: F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2008, 107 ss.; G. Anzini, *Consenso ai trattamenti medici e “scelte di fine vita”*, in *Danno e Responsabilità*, 10/2008, 957 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 1039 ss.; A. Proto Pisani, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Il Foro italiano*, 2009, I, 987 ss.; F. Mazzarella, *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita*, in *Il Foro Italiano*, I, 786 ss.; P. Becchi, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv.intern.fil.dir.*2009, 379 ss. e *maxime* 390 – 391 (non sarà inutile osservare che Becchi ha curato nel 2008, per la casa editrice Morcelliana di Brescia una recente traduzione italiana della “*Tirannia dei valori*” di Schmitt, cui più volte nel testo si è fatto cenno). Si vedano inoltre, in un orizzonte di riflessione propriamente costituzionalistico: S. Spinelli, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale a margine dell'ordinanza 3334 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3/2009, 1488 ss.; G. Sorrenti, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)* e C. Salazar, *Riflessioni sul caso Englaro*, entrambi in www.forumcostituzionale.it

⁴⁸ Come è accaduto, in Germania, riguardo all’attività di esibizione del corpo femminile nei “Peep-show” (BVerwG, 15.12.1981, in *NJW*, 1982, 664); in Francia, nel caso, divenuto famoso, del “lancio dei nani”, deciso in via definitiva da Cons. État, Ass., 27.10.1995, *Ville d’Aix-en-Provence*, in *D.*, 1996, jur., 177.

⁴⁹ Così G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, 801 ss., 845 nt. 107.

⁵⁰ Tar Toscana, sezione III, 9 giugno 2000, n. 1151.

affetta da invalidità totale e permanente. Il collegio decidente prende in esame la normativa di favore recata dalla legge n. 104 del 1992, concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili, e rileva "l'assenza di una norma 'ad hoc' che 'autorizzi' il genere di intervento progettato dal ricorrente". L'intervento medesimo, continua il collegio, non sarebbe assentibile, perché non rientra tra le ipotesi espressamente previste dalla legge.

Sotto questo profilo, il Tar non fatica ad ammettere che la motivazione del provvedimento impugnato è, letteralmente, "ineccepibile", e tuttavia la ritiene non sufficiente a negare legittimamente l'assenso al manufatto progettato. A questo esito decisionale si giunge sulla base di un'interpretazione logico-sistematica della normativa in materia, che si impernia sull'art. 1 dell'anzidetta legge n. 104, là dove è solennemente sancito che "La Repubblica garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia" delle persone disabili e "previene e rimuove le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile".

Al piano della legalità formale, che conduceva a considerare "ineccepibile" il provvedimento impugnato, si contrappone apertamente il piano della razionalità materiale del provvedimento, valutata alla luce della sua capacità di corrispondere ad aspettative di adeguatezza e di giustizia rispetto all'esigenza di tutelare in concreto la dignità della persona disabile. Così è possibile concludere che, "in un caso del tutto peculiare come quello esaminato appare ragionevole e (perché no?) opportuno interpretare la normativa rilevante in materia nel senso che essa non vieta il tipo di intervento progettato dagli interessati".

Il caso appena riportato, nel quale la dignità umana sembrerebbe rivestire la funzione di un criterio interpretativo residuale, correttivo, in qualche misura assimilabile all'argomento fondato sull'equità, mostra chiaramente come l'applicazione diretta di valori costituzionali possa spingere il giudice ad accreditare interpretazioni chiaramente esterne al perimetro dei significati astrattamente riconducibili alla lettera delle previsioni normative, con un aggiramento del vincolo di soggezione alla legge e una mortificazione del significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale.

Quali le conclusioni da trarre?

In società a forte pluralizzazione etica, il diritto per valori indirizza le sue aspettative di razionalità verso il ceto professionale dei giuristi (e dei giudici in particolare) in misura maggiore che verso le istituzioni rappresentative e in prospettiva minaccia di porre in una condizione di sofferenza uno dei fondamenti di struttura degli ordinamenti di *civil law*: l'idea che la decisione collettiva generale astratta, la legge, sia assistita da una forza razionale e da un valore morale superiori rispetto alla singola *concreta decisione* (la sentenza, dunque, ma anche il contratto).

La razionalità pratica del diritto, un tempo intesa come valore ordinamentale, viene ora ricercata non a livello del sistema, ma delle singole manifestazioni normative di esso. E la giustizia, che era un ideale oggettivo, viene destituito della sua portata sistematica e pare destinato a convertirsi in un'istanza soggettiva che si dissocia dalla

legge e si contrappone ad essa per metterne in questione non già il grado di accettazione sociale, l'effettività, bensì la stessa validità e giuridica vincolatività⁵¹.

Fare giustizia secondo il diritto è la missione e al contempo il dramma del giudice; ma quando il diritto si compone a livello costituzionale di valori che sono compatibili con molteplici virtualità applicative dell'ideale di giustizia, allora la scelta se applicare norme ingiuste, in ossequio a un'idea formale della legalità costituzionale e della soggezione alla legge, oppure, in nome della giustizia, aggirare il vincolo legislativo, magari attraverso il ricorso all'interpretazione conforme alla Costituzione e al diritto comunitario⁵² o tramite un uso strategico della formalità giuridica, non è più qualificabile come un problema ermeneutico, ma diventa un problema etico.

Per il diritto costituzionale, un problema di legittimazione.

Diventa, infatti, chiaro che l'inevitabile e necessario coinvolgimento del potere giudiziario nell'attività di elaborazione creativa del diritto e con essa nella funzione di redistribuzione del prodotto sociale rischia di privare l'immagine del giudice di ogni ideologia di sostegno.

Non può valere ormai lo stanco richiamo alla pagina montesquiviana proclamante il cognitivismo interpretativo e la neutralità etica nell'applicazione giuridica, che, dopo gli studi di Kelsen⁵³, appare scientificamente inattendibile e sopravvive solo nella rappresentazione retorica che il corpo giudiziario dà della propria funzione e nello stile argomentativo-persuasivo delle sentenze. D'altro canto neppure può essere propugnata una teoria apertamente discrezionalista dell'interpretazione in funzione della massima promozione giudiziale dei diritti, idealizzando il potere giudiziario come custode delle virtù civiche e ancorando la sua legittimazione ai diritti e alla giustizia anziché alla legge. E ciò per due ragioni: in primo luogo perché riedizioni italiane del realismo giuridico di scuola americana (sia pure nella versione moderata proposta in Israele da Aharon Barak⁵⁴) postulano un'organizzazione della funzione giudiziaria profondamente diversa da quella prevista nella Costituzione repubblicana, imperniata sul giudice burocrate, e un diverso modello di controllo costituzionale.

In secondo luogo perché l'idea che il giudice sia chiamato ad ergersi a paladino della giustizia e difensore dei soggetti sociali deboli, non solo si è mostrata storicamente

⁵¹ E' banale osservare che questa tendenza, se estremizzata, si risolve nel negare la possibilità stessa di una qualificazione generale-astratta di determinati ambiti di vita e nella conversione della *regola juris* in un'autorizzazione al giudice a compiere un giudizio storicizzato teso a ricavare sempre dalla legge la norma più "giusta" per il caso di specie; un'autorizzazione a creare diritto.

⁵² Lo sforzo di somministrare una regola adeguata a soddisfare le esigenze di giustizia del caso concreto non è mai stato estraneo al ragionamento giudiziale, ma ogni tensione interpretativa sui testi era destinata a stemperarsi nella necessità per il giudice di collocare i suoi ragionamenti nel perimetro delle interpretazioni desumibili dall'ordinamento legislativo, e aveva il suo estremo baluardo nella lettera della legge. Un baluardo che l'obbligo, sancito a pena di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, di ricercare un'interpretazione conforme a Costituzione (Corte cost., sent. n. 356 del 1996) nonché al diritto comunitario (Corte cost., sent. n. 190 del 2000) potrebbe rendere non più insuperabile. Un caso illuminante nella sentenza Corte di Giustizia Ce 22 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing*.

⁵³ Basti il richiamo ai *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 117 ss. e spec. 120-121.

⁵⁴ Del quale vedi soprattutto il volume A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano 1995.

inefficace, e capace solo di accreditare l'idea antipolitica che fosse possibile una soluzione dei conflitti sociali in via giudiziaria, ma rischia nelle condizioni attuali di essere contraddittoria rispetto al suo dichiarato fine. Con il declino, nella legge, della funzione di regolazione dello scambio economico a protezione della parte più debole, un giudice lasciato libero di elaborare *regulae juris* modellate sulle variabili esigenze dei casi, per la propria provenienza sociale e per la stessa struttura del processo, che tende a depotenziare i conflitti favorendo le soluzioni compromissorie e mediane, potrebbe mostrarsi maggiormente incline a proteggere gli interessi sociali più forti.

Insomma, e conclusivamente, nell'odierno costituzionalismo per valori, l'idea che il problema della legalità sia risolubile sulla base di una presunta neutralità etica del giudice e del giurista si rivela solo un falso romanticismo, onde lo scarto consistente fra la natura reale dell'attività di giudizio e una raffigurazione di maniera del giudice burocrate impone di ripensare l'immagine e il modello teorico della funzione giudiziaria.

E' infatti alquanto dubbio, come ammoniva Ernst Forsthoff, che nei paesi a diritto codificato «si riuscirà a fare del giudice burocrate un profeta, unicamente posandogli sul capo la corona del creatore»⁵⁵.

⁵⁵ E. Forsthoff, *Rechtsstaat in Wandel* (1964), trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1973, 243.

Con riferimento alla specifica situazione italiana, ridefinire lo statuto normativo della funzione giudiziaria significa prima di tutto muovere dalla consapevolezza che è illusorio confidare nel pluralismo ideologico dei giudici come fattore di neutralizzazione della giurisdizione in senso oggettivo, fare cioè dell'imparzialità l'esito dello scontro dialettico fra soggettive parzialità. Non si può fingere di ignorare, difatti, che gli strumenti organizzativi che avrebbero dovuto assicurare la rappresentazione pluralistica dei diversi orientamenti culturali della magistratura hanno agito bensì in modo tale da garantirne un'effettiva e piena indipendenza "esterna" nei confronti degli altri poteri, ma solo a prezzo di una subordinazione e dipendenza da rappresentanze politiche organizzate (la cosiddetta "magistratura associata") che si scontrano secondo logiche non dissimili da quelle del gioco partitico e che perciò concorrono a definire attorno al giudice un clima culturale favorevole non all'elaborazione e assimilazione di valori di ruolo, ma piuttosto di valori e indirizzi politici. Di politiche del diritto anziché di politiche della giurisdizione. Non è possibile però, è bene chiarirlo ad evitare facili fraintendimenti, percorrere la strada della legittimazione popolare, tramite elezione delle cariche giudiziarie, e meno che mai caldeggiare la sottoposizione della magistratura a forme più o meno velate di controllo politico, ma semmai definire le condizioni e gli strumenti per un'effettiva e non solo declamata spolitizzazione della funzione giudiziaria.