

Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*

Al centro delle mie riflessioni si trova la tesi secondo cui il diritto ha una duplice natura¹. Esso si compone tanto di una dimensione reale o fattuale, quanto di una dimensione ideale o critica. L'aspetto fattuale si riflette negli elementi definitori della positività conforme all'ordinamento e dell'effettività sociale, quello ideale nella correttezza morale². Chi definisce il diritto solo attraverso la positività conforme all'ordinamento e l'effettività sociale ne sostiene un concetto positivistico. Non appena la correttezza morale si aggiunge quale terzo, necessario elemento, l'immagine del diritto subisce una trasformazione fondamentale: ne emerge un concetto non-positivistico. La tesi della duplice natura implica così il non-positivismo.

Questa tesi, in quanto tale, è ancora indeterminata e formale. Essa può ottenere un contenuto concreto e una struttura chiara attraverso uno sviluppo sistematico. La chiave di volta di questo sistema è l'idea dell'istituzionalizzazione della ragione³. La sua forma politica è il costituzionalismo democratico o discorsivo⁴. Il sistema può essere sviluppato in tre passi.

1. CORRETTEZZA E DISCORSO

1.1. *La pretesa di correttezza*

La tesi iniziale è quella secondo cui il diritto avanza necessariamente una pretesa di correttezza. Per precisarla occorre rispondere a tre domande: *a)* cosa

* Traduzione dal tedesco di Gaetano Carlizzi. Il testo oggetto della presente traduzione, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatür des Rechts*, è stato pubblicato in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 95, 2009, pp. 151-66. Si ringrazia sentitamente il Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy per averla autorizzata e per aver fornito alcuni utili chiarimenti al traduttore.

1. R. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, in "Ratio Juris", 21, 2008, p. 292.

2. Id., *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, Freiburg-München 2005⁴, pp. 29 ss. (trad. it. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997).

3. Id., *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, in L. J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academic, Dordrecht-Boston-London 1999, pp. 23 ss.

4. R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in S. Gosepath, G. Lohmann (hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998, pp. 258 ss.

significa che il diritto avanza una pretesa? *b)* cosa si deve intendere per necessità della pretesa? *c)* qual è il contenuto della pretesa?

a) L'avanzare

Le pretese, intese in senso stretto, possono essere avanzate solo da soggetti capaci di agire e di parlare⁵. Se il diritto viene considerato come un sistema normativo, esso, come ha giustamente rilevato Neil MacCormick⁶, non può avanzare alcuna pretesa. Che il diritto avanzi una pretesa di correttezza può perciò significare soltanto che essa viene avanzata da coloro i quali agiscono nel e in relazione al diritto, producendolo, interpretandolo, applicandolo e imponendolo. I casi paradigmatici sono quelli del legislatore e del giudice. Che essi avanzino una pretesa, significa, innanzitutto, che ai loro atti istituzionali, dunque alle statuzioni legali e alle sentenze giudiziali, si accompagna l'atto non-istituzionale consistente nell'*affermazione* che l'atto giuridico è corretto sotto il profilo contenutistico e procedurale. La pretesa di correttezza racchiude pertanto, in secondo luogo, un'*assicurazione* di motivabilità⁷. All'affermazione e all'assicurazione si aggiunge, quale terzo elemento, l'*aspettativa* che l'atto giuridico sia accettato come corretto da chiunque si pone dal punto di vista del sistema giuridico considerato ed è razionale. L'avanzare la pretesa di correttezza consiste dunque nella triade 1. affermazione di correttezza, 2. assicurazione di motivabilità e 3. aspettativa di accettazione. Questa triade non si accompagna soltanto agli atti istituzionali delle statuzioni legali e delle sentenze giudiziali. Chiunque, in qualità di partecipante di un sistema giuridico, ad esempio di avvocato dinanzi al tribunale o di cittadino in una discussione pubblica, adduce argomenti *pro* o *contra* determinati contenuti di tale sistema avanza una pretesa consistente nell'affermazione di correttezza, nell'assicurazione di motivabilità e nell'aspettativa di accettazione.

b) La necessità

La pretesa di correttezza rileva per il concetto e la natura del diritto⁸ solo se risulta necessario che quest'ultimo la avanzi. La necessità può essere mostrata ed esplicitata sulla base di due esempi.

5. R. Alexy, *Recht und Richtigkeit*, in W. Krawietz, R. Summers, O. Weinberger, G. H. von Wright (hrsg.), *The Reasonable as Rational? Festschrift für Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin 2000, p. 4.

6. N. MacCormick, *Why Law Makes no Claims*, in G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse*, Hart, Oxford 2007, p. 60.

7. R. Alexy, *Thirteen Replies*, in Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse*, cit., pp. 348 s. In precedenti lavori, invece di "assicurazione", si parlava di "garanzia". Cfr. Alexy, *Recht und Richtigkeit*, cit., p. 6.

8. Sul rapporto tra concetto e natura, cfr. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, cit., pp. 290-2.

Nel primo esempio si tratta dell'articolo iniziale di una nuova Costituzione relativa allo Stato X, nel quale la minoranza opprime la maggioranza. Alla minoranza piacerebbe godere ulteriormente dei vantaggi derivanti dall'oppressione della maggioranza, ma essa vuole anche essere onesta. L'Assemblea costituente approva pertanto il seguente enunciato quale articolo iniziale della nuova Costituzione:

(1) X è una Repubblica sovrana, federale e ingiusta.

Questo articolo della Costituzione ha qualcosa di erroneo. La questione concerne soltanto l'aspetto di tale erroneità. Senza dubbio vengono violate le convenzioni relative alla redazione dei testi costituzionali. Ma ciò non basta di per sé a spiegare l'erroneità. Un catalogo di diritti fondamentali di cento pagine, che cercasse di codificare la giurisprudenza di un Tribunale costituzionale finora maturata, sarebbe, ad esempio, alquanto inusuale o non convenzionale, eppure non sarebbe affatto dall'assoluta insensatezza della clausola di ingiustizia. Lo stesso vale per l'erroneità morale. Dal punto di vista della morale, non sussisterebbe alcuna differenza se il disconoscimento dei diritti della maggioranza oppressa, al quale mira la clausola di ingiustizia, fosse contenuto in un'appendice. Nondimeno, sotto il profilo dell'erroneità, una differenza ci sarebbe. La clausola di ingiustizia non è soltanto immorale, ma anche in qualche modo folle. Eugenio Bulygin ha osservato che la clausola di ingiustizia rappresenterebbe soltanto un'erroneità politica, dato che essa sarebbe "politicaamente inadeguata"⁹. Essa lo è di certo, ma anche ciò non spiega pienamente l'erroneità. All'interno di una Costituzione, molte cose possono essere politicamente inadeguate, e in questo senso tecnicamente erronee, senza per questo operare nella maniera peculiare del nostro articolo iniziale¹⁰. Né l'erroneità convenzionale, né quella morale, né quella tecnica spiegano l'assurdità della clausola di ingiustizia. Quest'assurdità, come spesso accade in casi simili, risulta da una contraddizione. La contraddizione dipende dal fatto che l'atto di adozione della Costituzione avanza una pretesa di correttezza (*Richtigkeit*), la quale, in questo caso, è essenzialmente una pretesa di giustizia (*Gerechtigkeit*)¹¹. Le pretese, come rilevato, racchiudono affermazioni. Nel caso della pretesa di giustizia qui avanzata, si tratta dell'affermazione secondo cui la Repubblica è giusta. La contraddizione consiste dunque nel fatto che l'atto di adozione della Costituzione (*Akt der Verfassungsgebung*) formula implicitamente un'affermazione

9. E. Bulygin, *Alexy und das Richtigkeitsargument*, in A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright, D. Wyduckel (hrsg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Duncker & Humblot, Berlin 1993, pp. 23 s.

10. Cfr. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 66.

11. La giustizia non è altro che un caso speciale della correttezza, ossia correttezza riferita alla distribuzione e alla compensazione. Cfr. R. Alexy, *Giustizia come correttezza*, in "Ragion pratica", 9, 1997, p. 105.

zione, cioè la clausola di ingiustizia, che contraddice il contenuto esplicito¹² dell'atto costituente (*des verfassungsgebenden Aktes*).

Il secondo esempio riguarda un giudice che pronuncia la seguente sentenza:

- (2) L'imputato, secondo un'interpretazione erronea del diritto vigente, è condannato alla pena dell'ergastolo.

Tale enunciato solleva una serie di questioni, che però non possono essere affrontate in questa sede¹³. Qui rileva soltanto il fatto che l'ipotesi di un errore convenzionale, morale o tecnico, allo stesso modo dell'ipotesi di una violazione del diritto positivo¹⁴, ancora una volta non consente di cogliere il carattere peculiare dell'erroneità. Anche in tal caso, l'assurdità dell'enunciato si spiega solo alla luce di una contraddizione. Con la sentenza giudiziale è sempre avanzata la pretesa che il diritto sia applicato correttamente, malgrado la pretesa stessa possa risultare soddisfatta a malapena. Questa pretesa di correttezza avanzata con l'adozione dell'atto istituzionale della condanna viene contraddetta dalla qualificazione di erroneità della sentenza, collegata a quest'ultima. Che una pretesa di correttezza venga avanzata significa, tra l'altro, che si afferma implicitamente la correttezza della sentenza. È questa contraddizione tra implicito ed esplicito che spiega l'assurdità.

Si potrebbe obiettare che tutto ciò non mostra ancora la necessità della pretesa di correttezza. L'assurdità sarebbe evitabile in entrambi i casi. Occorrerebbe soltanto un mutamento profondo della prassi e dell'autocomprendere del diritto finora invalse.

Se tutti interpretassero le Costituzioni come mere espressioni di potere, volontà e forza, e le sentenze come un mix di comando, decisione ed emozione, se dunque entrambe venissero intese naturalisticamente, dai nostri esempi scomparirebbe non solo la pretesa di correttezza, ma anche la contraddizione, e con ciò l'assurdità. La pretesa di correttezza verrebbe così sostituita da una sorta di pretesa di potere. Questa possibilità di sostituire il diritto con il mero potere mostra in che senso è necessaria la pretesa di correttezza. Essa è necessaria in relazione a una prassi che è essenzialmente definita dalla distinzione tra corretto e sbagliato, dunque attraverso la normatività. Certamente si tratta di

12. Più accuratamente sul punto, R. Alexy, *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, in "Ratio Juris", 13, 2000, p. 140.

13. Sul punto cfr., da un lato, U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1986, pp. 87-9, come pure Bulygin, *Alexy und das Richtigkeitsargument*, cit., p. 23, e, dall'altro, R. Alexy, *Bulygin's Kritik des Richtigkeitsargument*, in E. Garzón Valdes, W. Krawietz, G. H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlin 1997, pp. 247-9.

14. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 69.

una prassi di tipo particolare. È vero che possiamo tentare di estromettere completamente, o per lo meno dall'ambito della coordinazione e della cooperazione sociale, le categorie della correttezza, della motivabilità e dell'oggettività¹⁵. Ma se ciò dovesse avvenire, il nostro parlare e agire sarebbe qualcosa di essenzialmente diverso da ciò che è in effetti. Il relativo prezzo sarebbe alto. In un certo senso saremmo noi stessi. Sotto tale profilo, la fondazione della necessità della pretesa di correttezza, se vuole essere più che la spiegazione di una prassi di fatto invalsa, conduce in una dimensione esistenziale¹⁶.

c) Il contenuto

La tesi secondo cui viene avanzata una pretesa di correttezza non dice ancora alcunché sul contenuto di tale pretesa. Esso dipende dall'ambito istituzionale. Così, per un'Assemblea costituente, valgono criteri diversi da quelli valevoli per le sentenze giudiziali. Un duplice aspetto caratterizza tuttavia la pretesa di correttezza del diritto in tutti i contesti: essa, in primo luogo, racchiude sempre una pretesa di motivabilità, in secondo luogo, come già rilevato, si riferisce sempre, quanto meno, anche alla correttezza morale. In questo senso, con una sentenza giudiziale non viene fatta valere soltanto l'osservanza del diritto legale ed effettivo, ma anche la correttezza morale di quest'ultimo e della sua interpretazione.

1.2. Teoria del discorso

Si potrebbe obiettare che la pretesa di correttezza, nella misura in cui si riferisce alla morale, esprimerebbe soltanto un'illusione. I giudizi su ciò che è moralmente obbligatorio, vietato o permesso, buono o cattivo, giusto o ingiusto sarebbero soggettivi, relativi e fondati su mere decisioni. Le questioni pratiche, se si prescinde da quelle relative alla massimizzazione dei vantaggi, sarebbero indecidibili. Affronto questa obiezione irrazionalistica con la teoria del discorso.

15. Raz ha osservato che l'argomento della correttezza sarebbe nient'altro che una «*general thesis about intentional actions and their products*», sicché riguarderebbe anche le azioni dei banditi. In tal caso, esso assumerebbe la forma della pretesa che ciò che i banditi fanno sia «*appropriate*» riguardo ai loro scopi, il che potrebbe significare, ad esempio, che l'azione sia «*self-enriching*» (J. Raz, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in Pavlakos, ed., *Law, Rights, and Discourse*, cit., p. 27). A ciò si può opporre che la pretesa di correttezza, come rilevato, racchiude rispetto a tutti una certa assicurazione di motivabilità e un'aspettativa di accettazione. Con ciò non è compatibile lo scopo dell'autoarricchimento furtivo. La pretesa di adeguatezza cui allude Raz difetta perciò della dimensione dell'oggettività contenuta nella pretesa di correttezza. Cfr. R. Alexy, *An Answer to Joseph Raz*, in Pavlakos (ed.), *Law, Rights, and Discourse*, cit., p. 49.

16. Sul punto, cfr. R. Alexy, *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, in «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», 52, 2004, p. 21.

a) Le idee fondamentali della teoria del discorso

La teoria del discorso è una teoria procedurale della correttezza o verità pratica¹⁷. La tesi principale di tutte le teorie procedurali della correttezza pratica è che la correttezza di un enunciato normativo dipende dal fatto che esso è o può essere il risultato di una determinata procedura. Nella teoria del discorso, tale tesi si caratterizza perché sostiene che non si tratta di una procedura negoziale o decisionale, bensì argomentativa.

La procedura del discorso si può definire attraverso un sistema di regole discorsive¹⁸, le quali esprimono le condizioni dell'argomentazione pratica razionale. Una parte di queste regole formula pretese generali di razionalità, valevoli anche indipendentemente dalla teoria del discorso. Vi rientrano l'assenza di contraddizioni, l'universabilizzabilità nel senso di uso congruente dei predicati applicati, la chiarezza linguistico-concettuale, la verità empirica, la considerazione delle conseguenze, il bilanciamento, lo scambio dei ruoli, nonché l'analisi dell'origine dei convincimenti morali. Tutte queste regole valgono anche per i monologhi. Già questo chiarisce che la teoria del discorso, a dispetto di quanto le è stato obiettato¹⁹, non sostituisce affatto la motivazione con la mera produzione di consensi. Essa racchiude tutte le regole dell'argomentare razionale applicabili alle motivazioni monologiche. La sua particolarità risiede soltanto nel fatto che essa aggiunge un secondo piano a quello appena indicato, ossia il piano delle regole della procedura del discorso. Queste regole non hanno carattere monologico. Il loro scopo è l'imparzialità del discorso. Tale scopo è perseguito assicurando la libertà e l'eguaglianza dell'argomentazione. Le più importanti di queste regole sono:

1. Può prendere parte al discorso chiunque è in grado di parlare.
2.
 - a) Ognuno può mettere in discussione qualunque affermazione.
 - b) Ognuno può introdurre nel discorso qualunque affermazione.
 - c) Ognuno può esternare i propri atteggiamenti, desideri e bisogni.
3. Nessun parlante può essere ostacolato, da una forza dominante

17. Id., *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, in Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995, pp. 94 ss. Un'ampia analisi della teoria del discorso giuridico, in confronto con i suoi critici, si trova in C. Bäcker, *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2008.

18. Per un tentativo di formulare un sistema del genere mediante 28 regole discorsive, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen juristischen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996³ (1^a ed. 1978), pp. 234-55 (trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998).

19. Cfr. O. Weinberger, *Grundlagenprobleme des Institutionalistischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeitstheorie*, in P. Koller, W. Krawietz, P. Strasser (hrsg.), *Institution und Recht ("Rechtstheorie")*, Beiheft n. 14), Duncker & Humblot, Berlin 1994, pp. 258 s.

all'interno o all'esterno del discorso, nella difesa dei diritti stabiliti in 1 e 2²⁰.

Queste regole esprimono sul piano dell'argomentazione le idee della libertà e dell'eguaglianza. Se esse valgono, dunque se ognuno è in grado di decidere liberamente ed egualmente ciò che accetta, allora vale necessariamente la seguente condizione di adesione universale:

Una norma può ricevere adesione universale in un discorso, se sono accettabili da tutti le conseguenze che la sua generale osservanza ha per il soddisfacimento degli interessi di chiunque.

Un'assunzione centrale della teoria in esame è, in primo luogo, che l'adesione nel discorso può dipendere da argomenti e, in secondo luogo, che tra l'adesione universale a condizioni ideali e i concetti di correttezza e quindi di validità morale sussiste una relazione necessaria. Questa connessione si può formulare come segue:

Corrette, e con ciò valide, sono precisamente le norme che verrebbero giudicate corrette da ognuno in un discorso ideale.

b) I limiti della teoria del discorso

La teoria del discorso solleva numerosi problemi. Tre di questi hanno un rilievo particolare. Il primo concerne la teoria del discorso come teoria della correttezza pratica. Questo problema può essere denominato anche *problema dello status*. Si tratta della questione se esiste di fatto, come afferma la teoria del discorso, una relazione necessaria tra discorsi e correttezza pratica²¹. Il secondo problema concerne la fondazione delle regole del discorso. Nel caso del *problema della fondazione* si discute se possa mostrarsi, in primo luogo, che coloro i quali partecipano alla prassi dell'affermare, del domandare e dell'argomentare presuppongono necessariamente queste regole, e in secondo luogo, che la partecipazione a tale prassi è in qualche senso necessaria per ciascuno. Ho cercato di mostrare che il problema deve essere risolto positivamente sia sotto il primo, sia sotto il secondo profilo²². In questa sede, il posto centrale spetta al terzo problema. Si tratta del *problema dell'applicazione* della teoria del discorso.

Dal punto di vista dell'applicabilità, la debolezza principale della teoria del discorso risiede nel fatto che il suo sistema di regole non offre alcun procedi-

20. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 240.

21. Sul punto, cfr. Id., *Probleme der Diskurstheorie*, in Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 118-23, come pure Id., *Thirteen Replies*, cit., pp. 347 s.

22. Id., *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 132-4.

mento per giungere a un unico risultato in un numero finito di operazioni. Ciò dipende da tre ragioni. In primo luogo, le regole del discorso non determinano affatto i punti di partenza della procedura. Punti di partenza sono le previe convinzioni e interpretazioni normative di interessi, delle quali i partecipanti sono di volta in volta portatori. In secondo luogo, le regole del discorso non determinano tutti i passi dell'argomentazione. In terzo luogo, alcune regole del discorso hanno carattere ideale, e perciò possono essere rispettate solo in maniera approssimativa.

L'ultima ragione conduce alla distinzione, fondamentale per la teoria del discorso, tra discorsi ideali e discorsi reali. Il discorso pratico integralmente ideale è definito dalla ricerca di una risposta a una questione pratica alle condizioni di un tempo illimitato, di una partecipazione illimitata nonché di una completa assenza di ostacoli alla produzione di una completa chiarezza linguistico-concettuale, di una completa informazione empirica, di una completa capacità e disponibilità allo scambio dei ruoli e di una completa assenza di pregiudizi. Il concetto di discorso ideale crea una serie di problemi²³ ed è oggetto di una critica aspra²⁴. Non è mai successo che un uomo abbia preso parte a un discorso integralmente ideale, e mai lo farà un essere mortale. Pertanto, i risultati di un discorso ideale non possono mai formare oggetto di certezze, ma solo di supposizioni. Inoltre, non è chiaro se il discorso integralmente ideale possa condurre a un consenso in ogni questione pratica, oppure se esistano diversità umane resistenti al discorso, che rendono impossibili i consensi anche a condizioni altamente ideali.

Eppure tutto ciò non può svalutare il concetto di discorso ideale. Nei discorsi reali, l'idea del discorso ideale è sempre presente come idea regolativa²⁵. In quanto tale, essa porta a espressione il proprio scopo o punto finale. I discorsi pratici reali sono definiti dal fatto che in essi si cerca la risposta a una questione pratica alle condizioni di un tempo limitato, di una partecipazione limitata nonché di una assenza relativa di ostacoli, che si accompagna a una chiarezza linguistico-concettuale limitata, a un'informazione empirica limitata, a una capacità di scambio dei ruoli limitata e a un'assenza di pregiudizi limitata. Nonostante questi limiti, il discorso reale è necessariamente connesso a quello ideale. Chi tenta di convincere un avversario con certi argomenti presuppone che questi dovrebbe aderire a condizioni ideali. Il discorso ideale quale idea regolativa e la pretesa di correttezza sono così due facce di una stessa medaglia.

A ciò si potrebbe obiettare che, inteso come idea regolativa, il discorso idea-

23. Id., *Probleme der Diskurstheorie*, cit., pp. 113-23.

24. Weinberger, *Grundlagenprobleme*, cit., pp. 259-62.

25. Sul concetto di idea regolativa, cfr. I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, A, pp. 509, 644; B, pp. 537, 672 (trad. it. di G. Gentile, G. Lombardo Radice, *Critica della ragion pura*, Laterza, Roma-Bari 2005).

le sarebbe privo di senso. Ma ciò varrebbe se un'approssimazione ad esso fosse impossibile o irrilevante per la correttezza. Ora, che un'approssimazione reale al discorso ideale sia possibile è agevole da riconoscere. Così, ci sono discorsi limitati e aperti, oscuri e chiari, autoritari e critici, e tutto questo e altro ancora si presenta in diverse gradazioni. Perciò, la questione può concernere soltanto l'esistenza di un collegamento interno tra l'approssimazione al discorso ideale e la correttezza pratica. Ci sono buone ragioni a favore della risposta positiva. Nei discorsi pratici non si tratta solo di accertare gli interessi comuni, ma anche essenzialmente di risolvere in maniera corretta i conflitti di interessi. Una soluzione corretta dei conflitti di interessi è in sostanza una questione di corretta determinazione dei pesi relativi degli interessi in gioco. Prendiamo il caso che la norma N_1 , che risolve un conflitto di interessi, riceva adesione generale in un discorso dal quale non sono stati esclusi i contraddittori disposti all'adesione, e nel quale un gruppo ha dominato, una retorica emozionale ha prevalso, circostanze false sono state considerate vere fino alla fine, i vincitori hanno tutelato esclusivamente i propri interessi e non hanno voluto ascoltare gli altri. Raffrontiamo questo scenario con la soluzione del medesimo conflitto di interessi attraverso la norma N_2 , la quale riceve adesione generale in un discorso dal quale nessuno è stato escluso, e nel quale nessuno ha dominato, si è argomentato in maniera chiara e precisa, sono state prese per vere o probabili solo assunzioni sui rapporti reali, tutti si sono immedesimati fin dove era possibile nella situazione degli altri e hanno discusso con questi le loro interpretazioni degli interessi. Il secondo caso si avvicina certamente più del primo al discorso ideale, e tutto depone per l'idea che, per ciò stesso, almeno *ceteris paribus*, N_2 si approssimi alla correttezza più di N_1 . Ciò basta ai presenti fini: l'approssimazione del discorso reale a quello ideale non è irrilevante per la correttezza.

Tuttavia, il collegamento del discorso reale a quello ideale consente di eliminare solo in misura modesta l'indeterminatezza del risultato. Esistono situazioni che non possono essere il risultato di un'approssimazione sufficiente e in generale anche praticamente possibile al discorso ideale. Un esempio è la schiavitù. Essa può essere indicata come "discorsivamente impossibile"²⁶. Altre situazioni possono essere classificate con sufficiente sicurezza come risultati del discorso, e devono essere perciò qualificate come "discorsivamente necessarie". Esemplari in tal senso sono i diritti umani e la democrazia²⁷. Tuttavia, in numerosi casi, senza che siano violate le regole del discorso, alla fine si sostengono concezioni inconciliabili. Le concezioni concorrenti, data la loro compatibilità con le regole del discorso, possono essere qualificate come "discorsivamente possibili". Ma la discordanza discorsivamente possibile è discordanza

26. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 256.

27. Cfr. Id., *Diskurstheorie und Menschenrechte*, cit., pp. 148 ss., 163 s.

ragionevole. La teoria del discorso incontra qui un limite che di per sé non può superare. Esso può essere denominato “problema della conoscenza”.

2. POSITIVITÀ

Il problema della conoscenza spinge ad abbandonare il primo livello, definito soltanto dagli ideali della correttezza e del discorso, e a passare a un secondo livello, sul quale i procedimenti regolati dal diritto positivo garantiscono l'adozione di decisioni, ad esempio mediante votazioni parlamentari. Con questo passo si entra nella positività definita dall'esser posto (*die durch Gesetzheit definierte Positivität*).

Il problema della conoscenza non è l'unico che conduce dalla pura teoria del discorso al diritto positivo. Altri due vi si aggiungono: il problema dell'imposizione e il problema dell'organizzazione. Il problema dell'imposizione sorge perché la mera convinzione della correttezza di una norma non ne garantisce l'osservanza. Ma quando si può violare una norma senza correre alcun pericolo, non se ne può pretendere l'osservanza. Ciò conduce alla necessità del legame tra diritto e coazione quale elemento decisivo dell'effettività sociale²⁸. Il problema dell'organizzazione, infine, deriva dal fatto che numerose pretese morali e scopi desiderabili non possono esser soddisfatti o raggiunti solo attraverso l'agire individuale e la cooperazione spontanea. La sicurezza sociale è un esempio. La sua organizzazione presuppone il diritto. Questo vale anche per l'amministrazione del diritto stesso. Il diritto dev'essere organizzato attraverso il diritto. La tesi della duplice natura conduce così, dapprima, all'idealità configurata come correttezza e discorso, e poi, alla fattualità configurata come positività ed effettività.

3. ISTITUZIONALIZZAZIONE DELLA RAGIONE

Si potrebbe ritenere che il passaggio dal discorso alla dimensione fattuale della positività e dell'effettività conduca al giuspositivismo²⁹. In tal modo, tuttavia, si fraintenderebbe la tesi della duplice natura. Secondo quest'ultima, il diritto ha necessariamente sia una dimensione fattuale o reale, sia una dimensione ideale o critica. La necessità di questo collegamento emerge da due principi contrapposti: quello della certezza del diritto e quello della giustizia. Poiché la pretesa di correttezza racchiude questi due principi³⁰, entrambi sono necessariamente collegati al diritto. Il principio della certezza del diritto esige il vincolo a ciò che

28. Id., *On the Concept and the Nature of Law*, cit., pp. 292 s.

29. Così C. Braun, *Diskurstheoretische Normbegründung in der Rechtswissenschaft*, in “Rechts-theorie”, 19, 1988, pp. 259 s.

30. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, cit., p. 293.

è stato posto in conformità all'ordinamento ed è socialmente effettivo, quello della giustizia richiede la correttezza morale della decisione. Nessuno dei due principi può mai sostituire completamente l'altro. La tesi della duplice natura vuole porre entrambi nel giusto rapporto. Qui si tratta della correttezza in un senso che abbraccia la fattualità e l'idealità. Al riguardo, si potrebbe anche parlare di una “correttezza di secondo livello”. Realizzare questa correttezza di secondo livello spetta al terzo passo, il quale coinvolge l'istituzionalizzazione della ragione.

3.1. *Limite estremo*

L'istituzionalizzazione della ragione è un'impresa complessa. Si possono distinguere quattro aspetti. Il primo è quello relativo al limite estremo del diritto. Qui si tratta del rifiuto della nota frase di Hans Kelsen: «Perciò diritto può essere qualsiasi contenuto arbitrario»³¹. Di conseguenza, Kelsen chiarisce che cosa può diventare diritto con la seguente osservazione: «Secondo il diritto degli Stati totalitari, il Governo è autorizzato a rinchiudere nei campi di concentramento le persone di convinzioni, religione o razza indesiderate, nonché a costringerle a lavori qualsiasi, anzi a ucciderle»³². A tale opinione si può contrapporre la formula di Radbruch³³, la quale può essere sintetizzata come segue³⁴:

L'ingiustizia estrema (*extremes Unrecht*) non è diritto.

La particolarità di questa formula risiede nel fatto che essa individua un collegamento reciproco, ma non una completa corrispondenza, tra diritto e morale. Essa lascia ferma la validità del diritto positivo anche nel caso in cui quest'ultimo risulti ingiusto (*ungerecht*)³⁵. Solo quando sia oltrepassata la soglia dell'ingiustizia estrema, le norme poste in conformità all'ordinamento e socialmente effettive perdono la loro natura o validità giuridica.

La pretesa di correttezza costituisce, sì, una base importante della formula di Radbruch, eppure, presa di per sé, non basta a fondare quest'ultima. A tal fine sono necessarie ulteriori ragioni. Tra queste un ruolo particolare è svolto

31. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1960², p. 201 (trad. it. di M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1990).

32. Ivi, p. 42.

33. G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), in Id., *Gesamtausgabe*, 3, Müller, Heidelberg 1990, p. 89 (trad. it. di E. Fittipaldi, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in P. Di Lucia, a cura di, *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, Milano 2002).

34. Cfr. R. Alexy, *A Defense of Radbruch's Formula*, in D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart, Oxford 1989, pp. 15 ss.

35. Con riguardo a questa formula, si può perciò parlare di un “non-positivismo inclusivo”. Sul punto, cfr. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, cit., pp. 286-90.

dalle ragioni normative. Ciò è stato esposto in maniera dettagliata³⁶. Qui, perciò, dev'essere discussa soltanto se ragioni normative come i principi summenzionati della certezza del diritto e della giustizia possano svolgere in generale un ruolo nella determinazione del concetto e della natura del diritto.

Joseph Raz ha osservato che la questione della natura del diritto sarebbe una questione teorica, anziché pratica o normativa, e che la teoria dovrebbe accertare esclusivamente «*how things are*»³⁷. Con riguardo alla questione se la formula di Radbruch dica qualcosa di corretto sulla natura del diritto, oppure – per dirla con Raz – sia valida una regola «*giving the courts power to set aside grossly unjust laws*», si tratterebbe pertanto di «*a matter of social fact*»³⁸. Ma, secondo Raz, avrei dovuto mostrare che un tale fatto sociale esiste necessariamente in tutti i sistemi giuridici³⁹. Replico che la formula di Radbruch non è un fatto sociale. Essa pone dei limiti alla validità giuridica basata sui fatti sociali della positività conforme all'ordinamento e dell'effettività di fatto.

Resta tuttavia la questione se essa possa farlo sulla base di ragioni morali, dunque normative. Ciò viene contestato con particolare vigore da Andrei Marmor: «*Once we admit that in order to get something like the Radbruch formula, you need a normative argument, you rely on a moral argument to tell us something about the law. It is no longer the case that the conclusion is about the nature of law. As simple as that*»⁴⁰.

Non può ammettersi che le cose siano di fatto così semplici. Ciò in quanto, oltre alla prospettiva dell'osservatore, c'è la prospettiva del partecipante⁴¹, la quale è necessaria per il diritto, e dunque appartiene alla sua natura. Senza il partecipante non c'è diritto. La differenza tra le due prospettive risiede nel fatto che l'osservatore si chiede come si decide di fatto in un dato sistema giuridico, mentre il partecipante si chiede qual è la risposta corretta a una questione giuridica nello stesso sistema. Per l'osservatore, il diritto consiste soltanto in ciò che di fatto viene posto ed è socialmente effettivo⁴². Invero, per dirla con Raz, ciò costituisce «*a matter of social fact*». Per contro, nella prospettiva del partecipante, la risposta alla domanda relativa a che cosa vale come diritto, e in questo senso è il diritto, dipende da ciò che può essere correttamente affermato

36. Id., *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., pp. 52-108.

37. J. Raz, *On the Nature of Law*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, 82, 1996, p. 7 (corsivo mio).

38. Id., *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, cit., p. 31.

39. *Ibid.*

40. A. Marmor, *Debate*, in “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, 39, 2005, p. 778.

41. Cfr. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., pp. 47 s.

42. Ciò non esclude che le riflessioni dell'osservatore comprendano riflessioni su come il diritto dev'essere secondo l'opinione del partecipante che egli osserva. Qui si può parlare di “riflessioni-indirette” o di “riflessioni-in terza persona” su come il diritto dev'essere. I partecipanti compiono invece riflessioni-dirette o riflessioni-in prima persona.

come diritto. Ma la correttezza di un'affermazione su che cos'è il diritto dipende non solo da fatti sociali, ma anche da argomenti morali. In questo senso, gli argomenti morali appartengono alle condizioni di correttezza delle affermazioni giuridiche⁴³. Ciò che il diritto dev'essere viene così ammesso in ciò che il diritto è. Per questa ragione, l'"è" del partecipante è necessariamente un "è" che racchiude un dover essere. Anche qui, come in sede di correttezza, si potrebbe parlare di un "è di secondo livello".

3.2. Costituzionalismo democratico

Il limite estremo dell'intero diritto è una condizione necessaria, ma nient'affatto sufficiente, dell'istituzionalizzazione della ragione. A tal fine occorre non soltanto ridimensionare la contrapposizione tra positività e correttezza, ma anche stabilirne per quanto è possibile il collegamento interno. Ciò può avvenire solo nella forma politica del costituzionalismo democratico o discorsivo.

a) Diritti fondamentali

La teoria del discorso conduce al costituzionalismo democratico, giacché essa esige due cose basilari circa il contenuto e la struttura del sistema giuridico: diritti fondamentali e democrazia. I diritti fondamentali sono i diritti recepiti in una Costituzione con l'intenzione di positivizzare i diritti umani⁴⁴. Questi ultimi sono diritti morali di carattere universale, basilare, astratto e prioritario⁴⁵. In quanto tentativi di positivizzazione dei diritti morali, i diritti fondamentali esprimono in maniera particolarmente significativa la duplice natura del diritto.

I diritti umani possono tuttavia porre esigenze al sistema giuridico solamente se esistono. Ed essi esistono allorché valgono. Ma la validità dei diritti umani quali diritti morali non dipende da altro che dalla possibilità della loro fondazione.

Qualche tempo fa ho cercato di elaborare una fondazione teorico-discorsiva dei diritti umani, il cui punto di partenza è costituito da un argomento trascendentale⁴⁶. Questo punto di partenza può essere chiamato anche "esplicativo"⁴⁷. L'argomento esplicativo consiste in un'analisi della prassi discorsiva quale prassi dell'affermare, del domandare e dell'addurre ragioni. Essa presuppone necessariamente regole che esprimono le idee della libertà e

43. Cfr. R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2006, p. 2, il quale parla di *truth conditions* invece che di condizioni di correttezza.

44. R. Alexy, *Grundrechte*, in H. J. Sandkühler (hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie*, Meiner, Hamburg 1999, p. 526.

45. Id., *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, cit., p. 16.

46. Id., *Diskurstheorie und Menschenrechte*, cit., pp. 132 ss.

47. Cfr. Id., *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, cit., pp. 19 s.

dell'eguaglianza dei partecipanti al discorso⁴⁸. Tuttavia, la libertà e l'eguaglianza nel discorso non implicano ancora la libertà nell'agire. A tal fine, è necessario che alle capacità discorsive si aggiunga un interesse al loro impiego nell'agire. Questo interesse può denominarsi "interesse alla correttezza". Tale collegamento di capacità e interesse implica il riconoscimento dell'altro come essere autonomo⁴⁹. Chi riconosce l'altro come essere autonomo lo riconosce come persona. Chi lo riconosce come persona gli attribuisce dignità. Chi gli attribuisce dignità riconosce i suoi diritti umani. In tal modo abbiamo raggiunto l'obiettivo della fondazione.

Si potrebbe obiettare che questa non sarebbe affatto una fondazione. Più precisamente, l'esplicazione dei presupposti necessari di una prassi potrebbe considerarsi una fondazione, solo se tale prassi debba essere ritenuta necessaria. Ora, nel caso della prassi dell'affermare, del domandare, nonché del dare e ricevere ragioni, tale condizione sarebbe integrata quanto meno per il fatto che chi non compie affermazioni, non pone domande, non adduce argomenti nell'intero corso della sua vita, non partecipa a ciò che si potrebbe chiamare «la forma più generale della vita umana»⁵⁰. Sennonché, non appena vengono in gioco gli interessi, l'argomento utilizzato per fondare i diritti umani cesserebbe di essere una fondazione.

Quest'obiezione contiene qualcosa di vero. Eppure va relativizzata. Invero, l'interesse alla correttezza, come ogni altro interesse, è legato alla decisione di imporsi o non su interessi contrastanti. Ma qui si tratta della questione basilare relativa all'accettazione delle nostre possibilità discorsive. Il punto è se ci vogliamo creature discorsive, per dirla con Brandom⁵¹. Qui si tratta di decidere chi siamo. Questo passo fondativo può esser definito "esistenziale". Sotto tale profilo, può parlarsi di "fondazione", giacché non si tratta di una preferenza qualunque assunta a partire da una situazione qualsiasi, bensì della conferma di una possibilità di cui è stata già provata in forma esplicativa la necessità⁵².

b) Democrazia

La seconda esigenza ha per oggetto la democrazia. Di quest'ultima esistono concezioni profondamente diverse. Il principio del discorso esige la democrazia deliberativa. Essa è ben più che un procedimento volto a realizzare un bilanciamento tra interessi al di sotto della soglia della dittatura o della guerra

48. Ampiamente Id., *Diskurstheorie und Menschenrechte*, cit., pp. 133-42.

49. Ivi, pp. 148-51.

50. Ivi, p. 139.

51. R. Brandom, *Articulating Reasons*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2000, p. 26 (trad. it. di C. Nizzo, *Articolare le ragioni*, il Saggiatore, Milano 2002).

52. Cfr. Alexy, *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, cit., p. 21.

civile. Qui al piano degli interessi e del potere si sovrappone un piano degli argomenti, sul quale tutti gli interessati dibattono circa la soluzione politica corretta. La democrazia deliberativa presuppone così la possibilità della razionalità discorsiva. Se la razionalità discorsiva fosse impossibile, la democrazia deliberativa sarebbe un'illusione.

Che la possibilità della democrazia deliberativa dipenda dalla possibilità del discorso pratico razionale, è solo un lato della questione. L'altro è costituito dal fatto che l'idea del discorso, nella misura in cui è realizzabile, lo è solo attraverso l'istituzionalizzazione della democrazia deliberativa. Chi vuole la correttezza non può non volere il discorso; chi vuole il discorso, non può non volere la democrazia⁵³.

c) Giustizia costituzionale

Se il processo di formazione della volontà politica funziona, alla fine la maggioranza parlamentare rispetterà e concretizzerà tanto i diritti fondamentali quanto le regole della democrazia deliberativa. Ma cosa accade quando vengono approvate leggi che ledono i diritti fondamentali o sono incompatibili con i principi della democrazia deliberativa? In tal caso si può avere fiducia nelle capacità di autoguarigione della democrazia oppure puntare su una giustizia costituzionale⁵⁴. La seconda possibilità è preferibile. In ogni giustizia costituzionale si annida tuttavia il pericolo di un paternalismo incompatibile con l'idea dell'autodeterminazione democratica⁵⁵. A esso si può reagire a condizione che la giustizia costituzionale venga concepita e funzioni come rappresentanza argomentativa dei cittadini⁵⁶. Ciò chiarisce che il costituzionalismo democratico è possibile solo come costituzionalismo discorsivo⁵⁷.

3.3. Argomentazione giuridica

Nessun legislatore può creare un sistema di norme così perfetto, da consentire di risolvere ogni caso con una mera sussunzione della descrizione del fatto nella fattispecie di una regola. Ciò dipende da molteplici ragioni. Di particola-

53. Id., *Grundgesetzes und Diskurstheorie*, in W. Brugger (hrsg.), *Legitimation des Grundgesetz aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden 1996, p. 354.

54. Id., *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit., pp. 262-4; Id., *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, cit., pp. 37 s.

55. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994⁴, p. 323 (trad. it. di L. Ceppa, *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano 1996).

56. R. Alexy, *Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation*, in M. Becker, R. Zimmerling (hrsg.), *Politik und Recht*, in "Politische Vierteljahresschrift", Sonderheft n. 36, 2006, pp. 255-8.

57. Ivi, p. 250.

re rilievo sono la vaghezza del linguaggio giuridico, la possibilità di antinomie e di lacune normative, nonché la possibilità di decidere in casi particolari anche in contrasto col tenore letterale di una norma⁵⁸. Sotto questi profili emerge la necessaria apertura del diritto⁵⁹. Ciò vale almeno nella stessa misura per un sistema fondato sui precedenti giudiziari.

Nella sfera di apertura del diritto, vale per definizione che non è possibile decidere in base al diritto positivo, poiché altrimenti non ci si troverebbe in tale sfera. I positivisti come Kelsen e Hart sono perciò semplicemente coerenti quando affermano che, nella sfera di apertura, il giudice è autorizzato, allo stesso modo del legislatore, a decidere in base a criteri extralegali⁶⁰. D'altro canto, la pretesa di correttezza conduce a una concezione non-positivistica. Al centro di tale concezione si trova la tesi del caso particolare (*Sonderfallthese*).

Questa tesi afferma che il discorso giuridico è un caso particolare del discorso pratico generale⁶¹. Nell'argomentazione giuridica, così come avviene nell'argomentazione pratica generale, si tratta sempre, in definitiva, di stabilire che cosa è obbligatorio, vietato e permesso, dunque di questioni pratiche. Sia nel discorso pratico generale, sia nel discorso giuridico, si avanza una pretesa di correttezza. La particolarità risiede nel fatto che, nel discorso giuridico, a differenza che nel discorso pratico generale, la pretesa di correttezza non si riferisce a ciò che è corretto a prescindere dal diritto positivo di volta in volta vigente, bensì a ciò che è corretto nell'ambito di un determinato sistema giuridico. Ciò che è corretto in un sistema giuridico dipende in sostanza da ciò che è stato stabilito autoritativamente o istituzionalmente e rientra nel sistema. Volendo sintetizzare, può dirsi che l'argomentazione giuridica è vincolata alla legge e ai precedenti e deve tener conto del sistema del diritto elaborato dalla dogmatica giuridica⁶². Se la legge, il precedente o la dogmatica stabiliscono univocamente la decisione e non sussistono seri dubbi sotto l'aspetto della correttezza contenutistica, il caso viene deciso solo attraverso l'elemento autoritativo e istituzionale. Ma se la legge, il precedente e la dogmatica non stabiliscono la risposta a una questione giuridica, il che definisce i casi difficili, allora occorrono valutazioni aggiuntive, che non possono trarsi soltanto dal materiale autoritativo predato. Per soddisfare la pretesa di correttezza, è necessario motivare queste premesse aggiuntive. E qualora l'elemento autoritativo o istituzionale non fornisca in sé alcuna risposta, tale motivazione è possibile soltanto attraverso l'argomentazione pratica.

58. Cfr. Id., *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 17 s.

59. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford 1994², p. 128 (trad. it. di M. A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002).

60. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 350; Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 126, 135, 204 s.

61. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 263-72.

62. Questi vincoli vengono espressi dalle regole e forme specifiche del discorso giuridico. Cfr. ivi, pp. 273 ss., 364-7.

Alla tesi del caso particolare, Habermas ha obiettato che il discorso giuridico non potrebbe esser concepito come caso particolare del discorso *morale*: «I discorsi giuridici [...] non rappresentano casi particolari delle argomentazioni morali»⁶³. Ciò in quanto nel diritto, accanto agli argomenti morali, dovrebbero svolgere un ruolo anche quelli etici e pragmatici⁶⁴. Come argomenti “morali” Habermas indica quelli nei quali si tratta della giustizia⁶⁵. Gli argomenti etici, qui intesi come questioni etico-politiche, hanno invece a oggetto l’“autocomprendensione collettiva”⁶⁶, la quale racchiuderebbe la discussione relativa alle tradizioni e ai valori comuni⁶⁷. Nel caso degli argomenti pragmatici, si tratta esclusivamente di un bilanciamento tra interessi concorrenti attraverso la «pattuizione di compromessi»⁶⁸. Se ci si fonda su queste distinzioni, la tesi di Habermas, secondo cui il discorso giuridico non è un caso particolare del discorso morale, è senz’altro giusta, giacché il discorso giuridico non è aperto soltanto agli argomenti morali, ma anche a quelli etici e pragmatici. Sennonché, ciò non tocca la tesi del caso particolare. Essa non afferma che il discorso giuridico è un caso particolare del discorso morale, bensì che è un caso particolare del discorso *pratico generale*. Ma il discorso pratico generale è un discorso nel quale le questioni pratiche vengono risolte con ragioni non autoritative. E queste ultime abbracciano tanto le ragioni morali, quanto le ragioni etiche e pragmatiche. Il discorso pratico generale è dunque un discorso nel quale cooperano ragioni morali, etiche e pragmatiche. Tale cooperazione costituisce un collegamento sistematicamente necessario, che esprime l’unità sostanziale della ragion pratica⁶⁹. Sotto questo profilo, la pretesa di correttezza si riferisce a tutte e tre le dimensioni, là dove la priorità spetta alle ragioni morali⁷⁰. La tesi del caso particolare esprime la connessione necessaria tra diritto e morale, poiché afferma che il discorso giuridico racchiude necessariamente il discorso pratico generale, e quest’ultimo il discorso morale.

3.4. Teoria dei principi

Il sistema del costituzionalismo democratico resterebbe incompiuto senza la teoria dei principi. La base di quest’ultima è costituita dalla distinzione di teoria delle norme tra regole e principi⁷¹. I principi sono prescrizioni di otti-

63. Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 287.

64. Ivi, pp. 283 s.

65. Ivi, pp. 191 s.

66. Ivi, p. 139.

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*

69. R. Alexy, *The Special Case Thesis*, in “Ratio Juris”, 12, 1999, p. 379.

70. Id., *Thirteen Replies*, cit., p. 355.

71. Cfr. Id., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1996³, pp. 75 s.

mizzazione. Essi esigono che qualcosa venga realizzato nella misura più elevata possibile, tenuto conto delle possibilità di fatto e di diritto. La loro forma applicativa è il bilanciamento. Le regole, invece, sono norme che impongono, vietano o permettono definitivamente qualcosa. In questo senso, esse sono prescrizioni definitive. La loro forma applicativa è la sussunzione.

La teoria dei principi è il sistema delle implicazioni di questa distinzione. Tali implicazioni concernono tutti gli ambiti del diritto. Come rilevato, ciò vale anche per il concetto di diritto. In quest'ultimo ambito, il corretto bilanciamento tra i principi della certezza del diritto e della giustizia esige che l'ingiustizia estrema non sia diritto, eppure che, al di sotto di tale soglia, l'ingiustizia non escluda la natura o validità giuridica. La teoria dei principi svolge il proprio ruolo principale nell'ambito dei diritti fondamentali. La ragione principale di questa funzione è il rapporto di reciproca implicazione tra la natura dei principi e il principio di proporzionalità. Quest'ultimo, con le sue tre articolazioni fondamentali dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto, deriva logicamente dalla natura dei principi, così come questa deriva da quello⁷². Ciò significa che, quando i diritti fondamentali hanno la natura dei principi, vale il principio di proporzionalità, così come, quando vale il principio di proporzionalità, i diritti fondamentali hanno la natura dei principi.

Le articolazioni dell'idoneità e della necessità esigono un'ottimizzazione relativa alle possibilità di fatto. Sotto tale profilo, non si tratta di bilanciare, bensì di evitare di intervenire sui diritti fondamentali quando tale astensione sia priva di costi per gli altri principi, si tratta dunque dell'ottimalità di Pareto⁷³. Nel caso del principio di proporzionalità in senso stretto, si tratta invece dell'ottimizzazione relativa alle possibilità di diritto. Le possibilità di diritto, oltre che da regole, vengono essenzialmente determinate da principi contrapposti. Questo è il campo del bilanciamento, giacché esso non è altro che ottimizzazione relativa a principi contrapposti. La teoria dei principi è perciò soprattutto una teoria del bilanciamento.

Nella *Theorie der Grundrechte* ho cercato di cogliere la struttura del bilanciamento con l'ausilio di due leggi: la legge di collisione e la legge di bilanciamento. In questa sede interessa solo la legge di bilanciamento⁷⁴. Essa stabilisce che:

Quanto più elevato è il grado di inattuazione o di vanificazione di uno dei principi, tanto maggiore dev'essere l'importanza dell'attuazione dell'altro⁷⁵.

72. Ivi, pp. 100-4.

73. Ivi, p. 149.

74. Sulla legge di collisione, cfr. ivi, pp. 83 s.

75. Ivi, p. 146.

La legge di bilanciamento esprime il nucleo di una struttura che può esser colta in maniera completa ed esatta con l'ausilio di una formula, da me definita “formula ponderale”⁷⁶:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

$G_{i,j}$ indica il peso concreto che un principio P_i ha in relazione al principio collidente P_j . Se $G_{i,j}$ è maggiore di 1, prevale P_i ; se $G_{i,j}$ è minore di 1, prevale P_j . Se $G_{i,j}$ ha come valore 1, sussiste uno stallo o pareggio, per la cui soluzione occorrono ulteriori riflessioni. La formula ponderale definisce $G_{i,j}$ come il quoziente del prodotto dei tre fattori di turno. Dal lato di P_i , essi sono l'intensità (*Intensität*) dell'intervento su P_i (I_i), il peso (*Gewicht*) astratto di P_i (G_i) e la certezza (*Sicherheit*) delle assunzioni empiriche circa l'incidenza che l'imposizione del provvedimento richiesto ha sulla mancata realizzazione di P_i (S_i). Per contro, dal lato di P_j , compaiono l'intensità dell'intervento su P_j , che deriverebbe dal mancato intervento su P_i (I_j), il peso astratto di P_j (G_j) e la certezza delle assunzioni empiriche circa l'incidenza che l'omissione del provvedimento richiesto avrebbe sulla realizzazione di P_j (S_j).

Questi sei fattori possono essere valutati con l'ausilio di scale come “lieve” (*l*), “medio” (*m*) e “grave (*schwer*)” (*s*), che sono certamente raffinabili, ma che, a causa della natura del diritto costituzionale, incontrano presto dei limiti⁷⁷. Per calcolare il valore di $G_{i,j}$ occorre associare dei numeri a *l*, *m* e *s*. In questa sede si propone la successione $2^0, 2^1$ e 2^2 , dunque 1, 2 e 4⁷⁸.

Potrebbe ritenersi che l'argomentazione venga così sostituita da un calcolo, e che quest'ultimo sia impossibile nel diritto. Si può replicare che i numeri non sostituiscono giudizi o enunciati, bensì li rappresentano. Prendiamo che P_i stia per il diritto fondamentale di libertà di manifestazione del pensiero. Se si inserisce il valore 1 per I_i , allora 1 rappresenta il giudizio “L'intervento sulla libertà di manifestazione del pensiero è lieve”. Questo giudizio, come ogni altro giudizio, ha bisogno di esser giustificato mediante argomenti. Qui vale lo stesso discorso valevole per le premesse della formula della sussunzione⁷⁹. Ciò chiarisce che la formula ponderale non è altro che una forma di argomento⁸⁰ del

76. Id., *Die Gewichtsformel*, in J. Jickeli, P. Kreutz, D. Reuter (hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, de Gruyter, Berlin 2003, p. 790.

77. Id., *On Balancing and Subsumption*, in “Ratio Juris”, 16, 2003, p. 445.

78. Id., *Die Gewichtsformel*, cit., p. 785.

79. Ivi, *On Balancing and Subsumption*, cit., p. 448.

80. Id., *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 123.

discorso pratico. In quanto forma di argomento, essa non è un concorrente, bensì un elemento del discorso pratico razionale⁸¹.

La teoria dei principi raccoglie così in un'unità necessaria la teoria dei diritti fondamentali e la teoria dell'argomentazione. Assumendo, inoltre, che su questa base è possibile una teoria degli spazi di gioco legislativi, con cui delimitare razionalmente le competenze del Tribunale costituzionale da quelle del Parlamento⁸², ne deriva la coesistenza dei principali elementi del sistema del costituzionalismo democratico. Se c'è una possibilità di riconciliare l'ideale con il reale, essa si dà nel presente tentativo di istituzionalizzazione della ragione.

81. Tracce di essa si trovano già nel canone della regola della mia *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 249: (4.5.), (4.6).

82. Id., *Verfassung und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in “Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, 61, 2002, pp. 15-30.