

ALDO SCHIAVELLO
Professore ordinario di filosofia del diritto
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo
aldo.schiavello@unipa.it

IL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO AI TEMPI DEL COVID-19*

CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AT THE TIME OF COVID-19

SINTESI

L'indeterminatezza è una delle caratteristiche salienti del diritto negli stati costituzionali contemporanei. Tale caratteristica mette in crisi le concezioni "oggettualistiche" del diritto che riducono il diritto a un insieme di norme o a un insieme di fatti e corrobora quelle concezioni che considerano il diritto una pratica sociale interpretativa. La costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici accresce la flessibilità del diritto a detrimento della certezza e impone a tutti – legislatori, giudici e individui soggetti al diritto – di assumersi le proprie responsabilità e i rischi che ne conseguono. Il modo in cui il legislatore, a diversi livelli, fronteggia l'attuale pandemia da Covid-19 costituisce un interessante angolo visuale per riflettere sugli effetti – alcuni positivi, altri negativi – prodotti dall'indeterminatezza del diritto contemporaneo.

ABSTRACT

Indeterminacy is one of law's main characteristics in contemporary constitutional States. It challenges the objectualist conceptions of law which reduce law to a system of norms or a set of facts and confirms those conceptions which regard law as an interpretative social practice. Legal systems' constitutionalization increases legal flexibility at the expense of legal certainty; it imposes to legislators, judges and individuals the responsibility and the associated risks of individuating law. The ways in which the legislator, at different levels, faces the Covid-19 current pandemic offer an interesting perspective to analyze the positive and negative effects produced by the indeterminacy of contemporary law.

PAROLE CHIAVE: interpretazione giuridica; vaghezza; certezza; rule of law.

KEYWORDS: legal interpretation; vagueness; certainty; rule of law

INDICE: 1. Che cos'è il costituzionalismo contemporaneo. – 2. Alcuni problemi del costituzionalismo contemporaneo. – 3. L'insostenibile leggerezza dell'incertezza del diritto. – 4. Osservazioni conclusive.

* Questo saggio è la versione riveduta e corretta del mio intervento al seminario "Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona", organizzato dall'Universitas Mercatorum e da questa Rivista e che si è svolto online il 3 luglio 2020.

1. Che cos'è il costituzionalismo contemporaneo

Il costituzionalismo a cui si fa riferimento in queste pagine esprime il *milieu* culturale dell'età dei diritti¹. Quest'ultima è l'esito di quella che Norberto Bobbio, seguendo la lezione di Immanuel Kant, definisce una rivoluzione copernicana che consiste nel considerare il rapporto tra governanti e governati non più dalla prospettiva dei primi ma da quella dei secondi, a partire dalla consapevolezza della priorità dell'individuo rispetto al potere. Questo radicale mutamento di prospettiva avviene attraverso un processo a tre fasi.

La prima fase è rappresentata dal giusnaturalismo razionalista settecentesco e, in particolare, dal pensiero di John Locke. Per Bobbio, la centralità di Locke in questo processo di affermazione dell'età dei diritti si deve alla sua idea che gli esseri umani in quanto tali sono per natura detentori di diritti che neppure lo stato può sottrarre loro. La seconda fase consiste nella positivizzazione dei diritti a seguito della rivoluzione americana e di quella francese. In questa fase, la maggiore concretezza acquisita dai diritti umani è contro-bilanciata da una perdita in universalità. I diritti non appartengono più all'essere umano in quanto tale ma all'essere umano in quanto cittadino. La terza ed ultima fase – con cui ha inizio l'età dei diritti in senso stretto – è aperta dalla promulgazione nel 1948 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Da questo momento, l'affermazione dei diritti è, al contempo, positiva e universale. È positiva, in quanto la Dichiarazione universale dà il via a «...un processo alla fine del quale i diritti dell'uomo dovrebbero essere non più soltanto proclamati o soltanto idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti anche contro lo stesso stato che li ha violati»². È universale perché i destinatari dei diritti sono tutti gli esseri umani e non più soltanto i cittadini di questo o quello stato.

L'età dei diritti e il costituzionalismo contemporaneo segnano un mutamento di paradigma rispetto al modo di concepire lo stato e, più in particolare, la sovranità statale. Se la sovranità è il tratto distintivo dello stato moderno, la crisi della sovranità lo è dello stato contemporaneo³. Se lo stato liberale ottocentesco – lo stato di diritto – riconosce come unici o principali limiti alla sovranità statale le “procedure” che l'autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido, lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti “sostanziali”, di “contenuto”, che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. La crisi della sovranità implica anche una

¹ Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992. Per una analisi più approfondita, accompagnata da una adeguata bibliografia, mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, Modena, Mucchi, 2016, in particolare pp. 9-18. Mauro Barberis individua tre aspetti del nuovo costituzionalismo. Il primo – che è quello che più approfondisco in questa sede – è il ricorso sistematico ai diritti. Il secondo aspetto è la giudizializzazione (infelice traduzione dall'inglese *judicialization*) e cioè il passaggio di poteri politici da organi politici ad organi giudiziari. L'ultimo aspetto è la crisi della sovranità statale, avvenuta anch'essa attraverso la cessione di potere normativo a organizzazioni e giudici sovranazionali. Cfr. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012, pp. 13-24.

² N. BOBBIO, *ult. cit.*, p. 23.

³ Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

nuova ripartizione del potere normativo tra gli organi dello stato. Si può anche dire che l'età dei diritti segni il passaggio da una concezione del *rule of law* ad un'altra.

Con una certa approssimazione, tutte le concezioni del *rule of law* possono essere ricondotte a due modelli che declinano in modo diverso l'alternativa tra *rule of men* e *rule of law*⁴.

Il primo modello pone l'accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. Un celebre compendio di questo modello è proposto da Friedrich von Hayek quando difende l'ideale della sovranità della legge: «*messe da parte le questioni tecniche, ciò significa che il governo in tutte le sue azioni è vincolato da norme stabilite e annunciate in anticipo: norme che rendono possibile stabilire con ragionevole certezza in che modo l'autorità userà i suoi poteri coercitivi in determinate circostanze, e che rendono possibile agli individui programmare i propri affari sulla base di tale conoscenza*»⁵.

La versione più nota di questo modello è quella elaborata da Lon Fuller⁶. Secondo questo autore, affinché il diritto possa perseguire il suo scopo deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicano le une con le altre; 6) che non richiedano l'impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine, è necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che il diritto dichiara ed il modo in cui esso viene, di fatto, amministrato. Fuller è convinto che il soddisfacimento di questi otto *desiderata* e, in particolare, l'assenza di contraddizioni e la congruenza abbiano “maggiore affinità” con ciò che è buono piuttosto che con ciò che è malvagio. Herbert Hart, al contrario, osserva che questa concezione del *rule of law* è «*spurtroppo compatibile con una grande iniquità*»⁷.

Una concezione del *rule of law* simile a quella di Fuller è proposta da Joseph Raz⁸. A differenza di Fuller, egli nega la coincidenza tra diritto e *rule of law*: un ordinamento giuridico può disattendere in modo radicale le caratteristiche formali individuate da Fuller ed essere, pur sempre, un ordinamento giuridico. Inoltre, la presenza di queste caratteristiche non garantisce – come già osservato da Hart – che il diritto non violi radicalmente alcuni valori morali o che tuteli adeguatamente la dignità degli individui. La funzione primaria del diritto è quella di guidare la condotta umana. Il *rule of law* garantisce che questo compito venga svolto in modo efficiente, che venga arginato l'arbitrio del potere e che,

⁴ Riprendo queste note preliminari sulla nozione di *rule of law* da A. SCHIAVELLO, *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, pp. 109-133.

⁵ F. A. HAYEK, *La via della schiavitù* (1944¹), Milano, Rusconi, 2007, p. 123.

⁶ L. L. FULLER, *La moralità del diritto* (1964; 1969²), Milano, Giuffrè, 1986, cap. 2.

⁷ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto* (1961; 1994²), Torino, Einaudi, 2002, p. 241.

⁸ J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 219-223.

come osserva Hayek, venga tutelata la libertà individuale. Così come il coltello serve a tagliare, il diritto serve a dirigere i comportamenti; un coltello affilato taglia meglio di un coltello non affilato e un diritto che rispetta l'ideale del *rule of law* guida meglio i comportamenti rispetto ad un diritto che non lo rispetti⁹. Un coltello affilato, tuttavia, può essere utilizzato per tagliare il pane o la gola di un essere umano e, allo stesso modo, un diritto che rispetti l'ideale del *rule of law* può tutelare i diritti umani e la dignità umana così come calpestarli entrambi.

Il secondo modello di *rule of law* è collegato – almeno originariamente – al *common law* e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert Dicey. In base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria “ragione giuridica” i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di *rule of law* presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica e imm modificabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti¹⁰. È questo il modello di *rule of law* incarnato dall'età dei diritti.

Il primo modello di *rule of law* (che potremmo denominare “illuminista”¹¹) tutela la libertà e l'autonomia in quanto permette agli individui di conoscere *ex ante* quali saranno le conseguenze delle loro azioni. Inoltre, un diritto con queste caratteristiche tratta coloro che sono soggetti alle regole da esseri umani adulti, nel senso che si propone di incidere sul loro comportamento in modo aperto e non surrettizio, lasciando agli individui stessi la scelta di seguire o meno le regole (conoscendo per l'appunto *ex ante* la conseguenza della loro decisione). Il *rule of law* agisce davanti agli occhi degli individui e non dietro le loro spalle (cfr. tuttavia il par. 4, *infra*) (cfr. tuttavia il par. 4, *infra*).

Il secondo modello si propone un duplice obiettivo: quello di limitare il potere normativo degli organi politici in senso stretto, trasferendolo agli organi giurisdizionali, e quello (più aleatorio e discutibile) di incorporare nel diritto alcuni valori morali fondamentali e tendenzialmente condivisi. Tutto ciò impone dei costi evidenti in relazione alla tutela dell'autonomia individuale e della certezza del diritto.

Il costituzionalismo contemporaneo esprime anche una teoria del diritto, una filosofia del diritto e una ideologia del diritto¹².

⁹ J. RAZ, ult. cit., p. 225.

¹⁰ Cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012.

¹¹ Cfr. B. CELANO, *Liberal Multiculturalism, Neutrality and the Rule of Law*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 11, 2011, 559-599.

¹² Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il c.d. neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 16/1, 2016, 82-97 e la bibliografia ivi indicata. Si veda tuttavia almeno G. PINO, *Prin-*

La teoria del diritto si propone esplicitamente come alternativa rispetto alla teoria del diritto del positivismo giuridico ottocentesco. In particolare, la teoria del diritto del costituzionalismo rifiuta i dogmi dello statalismo, del legicentrismo e del formalismo interpretativo. Inoltre, tale teoria attribuisce un ruolo di primo piano ai principi e tende a distinguere questi ultimi, più o meno nettamente, dalle regole (si pensi, ad esempio, a Ronald Dworkin) e, infine, propone una concezione “sostanzialista” della validità delle norme giuridiche (si pensi, ad esempio, a Luigi Ferrajoli).

La filosofia del diritto del costituzionalismo contemporaneo aspira ad essere una alternativa al giuspositivismo e al giusnaturalismo. I punti salienti di tale concezione del diritto sarebbero *a)* la riproposizione della tesi (giusnaturalista) della connessione necessaria tra diritto e morale; *b)* l'accoglimento della tesi (giuspositivista) secondo cui il termine ‘diritto’ e l'espressione ‘diritto positivo’ sono sinonimi; *c)* l'idea che il diritto è una pratica sociale argomentativa; *d)* la critica al giuspositivismo metodologico e, in particolare, alla netta distinzione tra diritto com'è e diritto come dovrebbe essere e a quella tra descrivere e valutare-prescrivere¹³. Pur non potendo approfondire questo aspetto in questa sede, ho sostenuto altrove che l'aspirazione della filosofia del diritto del costituzionalismo contemporaneo di rappresentare un *tertium genus* rispetto alla coppia giusnaturalismo/giuspositivismo sia destinata ad essere frustrata.

L'ideologia del costituzionalismo contemporaneo coincide con un atteggiamento ideologico e assiologico di adesione morale alla forma di stato incarnata dagli stati costituzionali contemporanei e alla cultura dei diritti. Per dirla con Paolo Comanducci, «il neocostituzionalismo ideologico non si limita a descrivere gli esiti del processo di costituzionalizzazione, ma li valuta positivamente e ne propugna la difesa e l'ampliamento»¹⁴.

Questa breve analisi della teoria, della filosofia e della ideologia del costituzionalismo contemporaneo mostra come la cultura giuridica, sia passata dal modello del giurista come “custode” del diritto al modello del giurista “creatore”¹⁵. In base al primo modello, il giurista è considerato il depositario di un sistema di norme già dato. L'attività principale del giurista custode è quella interpretativa, intesa come attività meccanica che non richiede alcun (o soltanto un minimo) esercizio di discrezionalità. Evidentemente, il giurista-custode è il distillato di scelte ideologiche e politiche relative al modo di intendere il principio

cipi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici, in Giurisprudenza costituzionale, vol. 56, 1, 2011, pp. 965-997.

¹³ Sui limiti del giuspositivismo metodologico mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *La scienza giuridica analitica dalla nascita alla crisi*, in *Ragion Pratica*, 54, 1/2020, 143-163 e ID., *Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermenutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2020, 45-66.

¹⁴ P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione meta-teorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 71-94, la citazione è a p. 82.

¹⁵ Riprendo questa modellizzazione da N. BOBBIO *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1ª ed. 1977), Roma-Bari, Laterza 2007, 34 ss.

di legalità, il rapporto tra poteri, l'autorità dello stato e così via. In base al secondo modello, il giurista è considerato a pieno titolo un partecipante alla prassi giuridica e si dà per scontato che egli contribuisca a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Bobbio sostiene che il giurista creatore distolga la sua attenzione dall'attività interpretativa per dedicarsi, appunto, alla creazione del diritto. Presentare l'interpretazione e la creazione come opzioni rigidamente alternative è tuttavia fuorviante; anche nel caso in cui il giurista si auto-rappresenti o venga rappresentato come creatore del diritto, la sua attività prevalente è sempre quella interpretativa. Ciò che cambia rispetto al primo modello è l'atteggiamento del giurista rispetto all'interpretazione. Il giurista custode adotta un atteggiamento di *self-restraint*, mentre il giurista creatore espande al massimo la propria discrezionalità attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche e all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Riassumendo, l'età dei diritti è l'esito della rivoluzione copernicana compiuta dall'illuminismo, che ha messo al centro della riflessione politica l'individuo, non considerando più quest'ultimo come la parte del tutto rappresentato dalla società e dallo stato. Dell'illuminismo, l'età dei diritti incorpora anche la fiducia nella ragione ed enfatizza il ruolo di quest'ultima nella costruzione di una cosmopoli di individui che hanno diritto a pari dignità e rispetto. Come arco temporale, l'età dei diritti designa il periodo che va dalla fine della Seconda guerra mondiale ai giorni nostri. Essa intende marcare una radicale rottura rispetto ai totalitarismi e alle atrocità che hanno caratterizzato il periodo antecedente; è espressione della fiducia dell'umanità nella possibilità di un reale progresso morale universale, che presuppone la condivisione di alcuni valori, il rispetto degli individui e dei loro diritti, il rifiuto della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie. Hannah Arendt ne *Le origini del totalitarismo*, pubblicato subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, individua il limite dei diritti umani, sino a quel momento, nel non garantire effettivamente tutti gli esseri umani ma solo i cittadini di uno stato sovrano. Scrive Arendt: «Anche i nazisti, nella loro opera di sterminio, hanno per prima cosa privato gli ebrei di ogni status giuridico, della cittadinanza di seconda classe, e li hanno isolati dal mondo dei vivi ammassandoli nei ghetti e nei Lager; e, prima di azionare le camere a gas, li hanno offerti al mondo constatando con soddisfazione che nessuno li voleva. In altre parole, è stata creata una condizione di completa assenza di diritti prima di calpestare il diritto alla vita»¹⁶.

Il medesimo punto è sottolineato anche da Primo Levi in *Se questo è un uomo*, quando racconta del suo incontro col dottor Pannwitz, responsabile del reparto di chimica ad Auschwitz. L'aspetto dell'incontro che più colpisce Levi è che non sembra un incontro tra esseri umani ma tra «... due esseri che abitano mezzi diversi» e che si scambiano sguardi «...come attraverso la parete di vetro di un acquario»¹⁷.

¹⁶ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, Einaudi, 2009, 409, corsivo aggiunto.

¹⁷ P. LEVI, *Se questo è un uomo* (1958), in ID. *Se questo è un uomo/La tregua*, Einaudi, Torino, 1992, in particolare 91-97, entrambe le citazioni riportate nel testo sono a p. 95.

L'età dei diritti è la promessa che tutto questo non si verificherà mai più: i diritti umani tutelano la dignità di tutti gli esseri umani; impediscono che alcuni esseri umani possano guardarne altri come attraverso il vetro di un acquario. Il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre più inclusive.

La fiducia e la scommessa in un futuro migliore sono, senza dubbio, la cifra dell'età dei diritti. Non si tratta tuttavia di una fiducia ingenua, né della fiducia inerte di chi attende la manna dal cielo. E neanche della fiducia impaziente di chi vuole tutto e subito. Sempre Bobbio ci mette in guardia dai facili ottimismo: *«la storia dei diritti dell'uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. Del resto, è sempre accaduto che mentre i profeti di sventure annunciano la sciagura che sta per avvenire e invitano a essere vigilanti, i profeti dei tempi felici guardano lontano»*¹⁸.

2. Alcuni problemi del costituzionalismo contemporaneo

Un tassello cruciale dell'età dei diritti è dunque la fiducia nel fatto che i diritti umani rappresentino una tappa importante del progresso morale dell'umanità¹⁹. Tale fiducia che, come si è detto, non è né ingenua né inerte, si fonda sulla convinzione che il riconoscimento dei diritti umani rappresenti uno spartiacque nella storia dell'umanità tra un "prima", caratterizzato da conflitti, atrocità e sopraffazione e un "dopo", in cui vige (deve vigere) la pace e l'armonia tra gli esseri umani.

Un presupposto della fiducia che caratterizza l'età dei diritti è l'idea che una volta che i diritti umani sono stati riconosciuti, il più fosse stato fatto. La questione più difficile da risolvere era trovare un accordo universale su quali diritti dovessero essere riconosciuti. Una volta trovato l'accordo, rimane soltanto il problema, pratico, di proteggerli.

La centralità dell'accordo universale sui diritti umani è testimoniata anche dal fatto che la letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea evita consapevolmente di andare alla ricerca di una giustificazione che sia in grado di fondare il consenso universale sui diritti umani. Il timore è che la ricerca di una fondazione filosofica per i diritti umani potrebbe condurre a divisioni radicali e, dunque, potrebbe inficiare l'accordo, faticosamente raggiunto, sui diritti.

La rimozione sistematica della questione del fondamento dei diritti dell'uomo è rivendicata da più parti come la strategia da seguire.

Jacques Maritain, nell'introduzione ad un volume sui diritti umani patrocinato dall'Unesco nell'occasione della promulgazione della Dichiarazione universale e pubblicata originariamente nel 1949, nota con ottimismo come esponenti di ideologie radicalmente contrapposte siano d'accordo sui diritti umani,

¹⁸ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 269.

¹⁹ Anche in quest'occasione mi permetto di rinviare, per una analisi più approfondita, accompagnata da un adeguato apparato bibliografico, a A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, cit., in particolare 22-32.

ma solo a condizione di non domandarsi il perché. I diritti umani sono espressione di una convergenza pratica delle più diverse ideologie e delle più svariate tradizioni spirituali. E non è possibile, e neppure opportuno, sperare in qualcosa di più di questa convergenza pratica²⁰.

Se l'osservazione di Maritain può essere considerata come una espressione di entusiasmo per la conclusione del conflitto mondiale e per l'imminente promulgazione della Dichiarazione universale, più difficile appare applicare la medesima chiave di lettura all'osservazione analoga di Bobbio – tratta da una relazione sul tema del fondamento dei diritti tenuta a un Convegno nel 1964 – che «*il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quelli di giustificarli, quanto quelli di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico*»²¹.

A trent'anni di distanza dalla riflessione di Bobbio, Richard Rorty ripercorre il medesimo sentiero. Egli riprende dal filosofo argentino Eduardo Rabossi l'espressione “cultura dei diritti umani” – espressione che ricorda da vicino la bobbiana “età dei diritti” – e afferma che questa cultura è «*un evento nuovo e positivo del mondo del dopo-olocausto*». Nel medesimo saggio, citando Rabossi, Rorty osserva che «*il mondo è cambiato, e che il fenomeno dei diritti umani rende superata e irrilevante la ricerca del loro fondamento filosofico*»²².

Il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento filosofico dei diritti è comprensibile; soddisfare questo desiderio, tuttavia, è illusorio. Jeanne Hersch osserva in modo acuto che «*il rispetto e la violazione delle esigenze poste dai diritti umani ha implicazioni così dirette e concrete sulla vita degli esseri umani che una digressione filosofica in proposito può risultare inutile o persino inaccettabile, quasi indecente [...]. Tuttavia la 'digressione filosofica' s'impone se vogliamo cercare di comprendere perché, nonostante il riconoscimento quasi universale, i diritti umani continuano ad essere violati in mille modi, sotto gli occhi di tutti, un po' ovunque nel nostro pianeta*»²³. Vari argomenti possono essere addotti a sostegno di questa conclusione. Senza alcuna pretesa di esaustività, mi limito ad elencare alcuni tra gli argomenti che considero preminenti.

Innanzitutto, il linguaggio dei diritti è indeterminato; di conseguenza, l'attività interpretativa volta a individuare il significato o il contenuto dei diritti è caratterizzata da una discrezionalità molto ampia. Decidere di attribuire a una disposizione che esprime un diritto un significato piuttosto che un altro richiede che ci si impegni in un'attività di tipo argomentativo-giustificativa che difficilmente può eludere la questione filosofica del fondamento.

In secondo luogo, i diritti sono molti e, nel corso degli anni, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, sono divenuti sempre di più. Ciò implica la

²⁰ Cfr. J. MARITAIN, *Introduction*, in Aa.Vv., *Human Rights. Comments and Interpretations* (1949), Westport, Greenwood Press, 1973, 9-17.

²¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 16, corsivi dell'autore.

²² R. RORTY, *Diritti umani, razionalità e sentimento* (1993), in S. SHUTE e S. HURLEY (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures*, Milano, Garzanti, 1994, 128-151, la citazione è a p. 132.

²³ J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, Bruno Mondadori, 2008, 59-60. Riprendo questa citazione da B. PASTORE, *La concretezza dei diritti umani*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. 2, n. 1, 2014, 59-71 (la citazione è a p. 59).

possibilità di antinomie (se non in astratto, almeno in concreto) tra i diritti rivendicati da individui diversi. La molteplicità dei diritti produce dei problemi: quale diritto deve prevalere (a seguito di un bilanciamento)? Qual è il corretto contemperamento (ove possibile) dei diritti in conflitto? Anche in questo caso, il problema del fondamento è ineludibile. La proliferazione dei diritti contribuisce anche a esplicitare quella che, seguendo l'analisi recente di Gustavo Zagrebelsky, potremmo chiamare l'ambivalenza dei diritti²⁴. I diritti, mettendo al centro l'individuo e la sua superiorità assiologica rispetto al potere, sono strumenti di cambiamento della società. Il potere, al contrario, gradisce lo *status quo*. Rivendicare un diritto significa dunque proporre un cambiamento sociale (si pensi ad esempio a Rosa Parks). L'ambivalenza dei diritti dipende proprio dal tipo di cambiamento che, attraverso di essi, si vuole produrre. Se vengono branditi dagli oppressi, i diritti saranno strumenti di emancipazione e di giustizia; al contrario, se sono rivendicati dagli oppressori si risolvono in pretesti della prepotenza dei forti e contribuiranno ad acuire la diseguaglianza sociale. La connotazione emotiva favorevole correlata al linguaggio dei diritti²⁵ ci fa illudere che essi non possano che essere strumenti di emancipazione; questa è, tuttavia, solo un'illusione e questo inizio di terzo millennio non perde occasione per rammentarcelo.

In terzo luogo, un altro aspetto al quale non sempre si tributa l'attenzione che merita è che tutelare i diritti – tutti i diritti, sia quelli di libertà sia quelli sociali – costa. Per usare le parole di un fortunato libro dal significativo titolo *Il costo dei diritti*: «I diritti [...] non sono un regalo del cielo, né un frutto della natura; non si impongono da sé e non si possono garantire in modo affidabile se lo stato è senza soldi o troppo debole; non necessariamente producono egoismo e irresponsabilità; non implicano affatto che ciascuno possa tutelare la propria libertà senza la collaborazione altrui, e non danno luogo a pretese irrefutabili»²⁶. Dworkin sostiene che i diritti siano carte vincenti nelle mani dei cittadini i quali possono servirsene anche contro il benessere collettivo, lo stato ed il governo. Questo è vero solo molto parzialmente. L'esercizio di ogni diritto da parte dei cittadini presuppone che lo stato abbia previsto delle politiche di spesa che garantiscano la loro tutela.

Il fatto che i diritti costino impone di compiere delle scelte e queste ultime richiedono di essere giustificate. La giustificazione di scelte politiche inerenti alla tutela dei diritti (o, meglio, alla tutela di un diritto a discapito di un altro) è, almeno in una certa misura, interna al “linguaggio dei diritti” e, dunque, presuppone un'attività interpretativa volta alla determinazione del contenuto dei diritti, una qualche forma di bilanciamento o contemperamento e così via. Per le ragioni viste in precedenza, ciò chiama in causa la questione del fondamento.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 93-97.

²⁵ F. POGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 365-373.

²⁶ S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna, Il Mulino, 2000, 231. Più in generale sulla questione delle garanzie dei diritti cfr. T. GRECO, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. 2, n. 1, 2014, 135-150.

In quarto luogo, una questione collegata indirettamente al problema del fondamento filosofico dei diritti riguarda la complessa relazione tra diritti e democrazia. Innanzitutto va presa sul serio la tesi non priva di una sua plausibilità che il proliferare delle carte di diritti, il conseguente aumento del numero e dell'importanza dei diritti e il ruolo di custode di tali diritti attribuito prevalentemente alla giurisdizione, siano, in ultima analisi, anti-democratici (ovviamente intendendo 'democrazia' come 'democrazia procedurale' e non come 'democrazia dialogica o deliberativa') perché riducono, al limite anche fino a farlo scomparire, l'ambito delle materie oggetto di una scelta discrezionale da parte della maggioranza. Anna Pintore, ad esempio, critica proprio la tendenza "oggi molto diffusa" «...a fare dei diritti uno strumento insaziabile, divoratore della democrazia, dello spazio politico e, alla fin dei conti, della stessa autonomia morale da cui li facciamo scaturire»²⁷. Questo tuttavia è solo un aspetto del problema e, peraltro, non è l'aspetto più grave. Se a ciò si aggiunge che il disaccordo etico sui diritti è strutturale (così come, più in generale, il disaccordo sulla giustizia, sulla politica e sul diritto)²⁸, allora la convinzione che i diritti delimitino un ambito sottratto alla decisione si presenta come una finzione pericolosa nella misura in cui decisioni prese a maggioranza (o da una "aristocrazia" giurisdizionale) vengono "travestite" da mero riconoscimento di diritti preesistenti.

Infine, una sfida particolarmente impegnativa all'idea rassicurante che esiste un consenso universale sui diritti umani è quella che proviene dal pluralismo e dal multiculturalismo. Il pluralismo evoca l'idea di incommensurabilità. Il fatto che vi siano opinioni divergenti sul bene, di per sé, non produce incomunicabilità né, *a fortiori*, una incomunicabilità assoluta. In molti casi, le diverse posizioni sono tra loro comparabili – ad esempio, sulla base di un linguaggio comune, come potrebbe essere il linguaggio dei diritti – e, talvolta, l'esito di questa comparazione consente di stabilire che una tra le due posizioni è corretta, mentre l'altra è scorretta perché, ad esempio, si tratta di una posizione incoerente o fondata su presupposti di fatto falsi. Tuttavia, a me sembra che una società genuinamente pluralista è, direi concettualmente, una società in cui si danno istanze di divergenze genuine, divergenze cioè non componibili razionalmente. Per dirla con Amy Gutmann, il pluralismo implica che «...su molte [...] questioni di giustizia sociale, la nostra migliore buona volontà nel riflettere sulle conside-

²⁷ Cfr. A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, Laterza, 2001, 179-200, la citazione è a p. 179, corsivo dell'autrice. L'espressione 'diritti insaziabili' è ripresa da A. J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, in *Southern California Law Review*, 70, 1996-1997, 417-471. Cfr. anche L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014, 19-26. Sui complessi rapporti tra diritti fondamentali e democrazia – in una prospettiva parzialmente diversa da quella presentata qui – si veda anche M. BOVERO, *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, in *Diritto & questioni pubbliche*, XVI-2016, 11-21.

²⁸ Questa tesi è argomentata in modo convincente da Jeremy Waldron. Cfr. J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), trad. it. a cura di A. PINTORE, Milano, Giuffrè, 2001; ID., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; ID., *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in R. P. GEORGE (edited by), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, 158-187.

razioni più rilevanti non ci porta che a riconoscere l'esistenza di dissensi morali non conciliabili. Un dissenso morale fondamentale è un conflitto fra due posizioni morali ponderate che al momento non è componibile ragionando sulle considerazioni rilevanti²⁹. Questa conclusione vale, a maggior ragione, in relazione alle società multiculturali, che sono caratterizzate dalla presenza di più entità culturali (vale a dire di più universi simbolici che conferiscono significato ai piani di vita di ciascuno di noi) che aspirano a conservare la loro identità di origine e a partecipare alla vita politica comune. È proprio la natura originaria delle culture a rendere il problema dell'incommensurabilità ancora più centrale di quanto esso non sia in relazione al pluralismo.

Prendere il pluralismo sul serio richiede la disponibilità ad affrontare i conflitti in un certo modo. In breve, è possibile distinguere due diversi modi di gestire il conflitto: l'argomentazione e la negoziazione. Argomentare significa impegnarsi in una discussione in cui l'unica cosa che conta è la forza degli argomenti. In un contesto argomentativo, la soluzione che prevale è quella sostenuta dall'argomento migliore, dalla ragione più forte.

In un contesto negoziale si rinuncia (per ragioni diverse) a ricercare *la* soluzione giusta e si procede per concessioni reciproche sino a pervenire ad un accomodamento che soddisfi, sia pure non completamente, tutte le parti in causa. La negoziazione non è una strada facile, né è possibile stabilire confini certi e *a priori* tra ciò che si può negoziare e ciò che non è negoziabile. Per alcuni, un determinato compromesso rappresenterà una intollerabile violazione di qualche diritto fondamentale e/o di qualche principio inderogabile di uno stato democratico. Per altri sarà invece ammissibile e opportuno. Se è certamente vero che non è affatto facile stabilire cosa si possa negoziare e sino a che punto sia lecito derogare dalle proprie convinzioni personali per andare incontro a quelle altrui (anche a quelle di chi è intollerante), tuttavia, prendere sul serio pluralismo e multiculturalismo impone di non rifiutare *a priori* il modello della negoziazione. Il pluralismo impone talvolta di accontentarsi di un accomodamento tollerabile, di un mero *modus vivendi*, che è qualcosa di molto diverso dalla concordanza universale su alcuni valori fondamentali promessa dalla cultura dei diritti. A conclusioni simili perviene Massimo Luciani quando scrive che: «occorre rifuggire [...] i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere»³⁰. Anche in questo caso tuttavia si mette di fatto in questione la cultura dei diritti che ambisce ad addomesticare e a limitare il potere piuttosto che ad attribuire a quest'ultimo il compito di ponderare e bilanciare e, in definitiva, di accomodare le cose, come sempre, a proprio piacimento.

Le questioni e i problemi ai quali si è accennato in questo paragrafo minano la fiducia che caratterizza l'età dei diritti. Si deve ricordare, tuttavia, ri-

²⁹ A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica*, 3, 1993, 3-40, la citazione è alle pp. 25-26.

³⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643-1668, la citazione è a p. 1668, corsivi dell'autore.

prendendo le parole di Bobbio, che «*la storia dei diritti umani è quella dei tempi lunghi*». Il monito di Bobbio ci aiuta a non cedere alla tentazione di decretare con troppa fretta e superficialità la fine dell'età dei diritti. Piuttosto, è il caso di domandarsi se il discorso dei diritti posseda o meno le risorse per superare gli ostacoli che incontra sul suo cammino recuperando così il proprio ruolo di *signum prognosticum* del progresso morale dell'umanità.

Pur non ambendo ad essere annoverato tra i “profeti di sventura”, temo che la forza propulsiva della cultura dei diritti sia agli sgoccioli; ormai, infatti, il linguaggio dei diritti è l'idioletto attraverso il quale avanzare pretese e rivendicazioni nell'arena pubblica se si desidera che le une e le altre abbiano delle *chance* di essere accolte. Non è forse troppo azzardato sostenere che l'uso retorico e spregiudicato del linguaggio dei diritti al fine di incrementare la forza delle proprie rivendicazioni politiche sia uno degli esiti pressoché inevitabili della costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici. È indicativo al riguardo che John Rawls, autore la cui influenza sul dibattito filosofico-politico contemporaneo difficilmente può essere sovrastimata, consideri la ragione pubblica – che non è altro che il “distillato” della cultura dei diritti – non come uno “sbarramento” ma, piuttosto, come un “linguaggio comune” o come un “traduttore” degli argomenti e delle ragioni che vengono presentati nel dibattito pubblico. La ragione pubblica richiede cioè che la discussione pubblica sugli elementi costituzionali essenziali e sulle questioni di giustizia fondamentale venga condotta entro i limiti della concezione politica della giustizia, ma non presuppone che vi sia un'unica concezione politica della giustizia condivisa da tutti.

La costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici contemporanei nonché la cultura giuridica e l'ideologia che caratterizzano il costituzionalismo contemporaneo sono un presupposto che non può essere rimosso da una riflessione sugli strumenti giuridici che vengono adottati per fare fronte all'emergenza prodotta dalla pandemia da Covid-19. Nei paragrafi che seguono presento qualche argomento a sostegno di questa affermazione.

3. L'insostenibile leggerezza dell'incertezza del diritto³¹

A costo di apparire cinici, si deve ammettere che la pandemia in corso ha assicurato anche ai giuristi il loro quarto d'ora di celebrità. Dopo rappresentanti delle istituzioni, virologi e epidemiologi, i giuristi sono i più rappresentati sui giornali e nei *talk show* televisivi. Legittimità o meno delle limitazioni delle libertà costituzionali, idoneità degli strumenti normativi adottati, conflitti di competenza tra stato, regioni e enti locali, distinzione tra stato di emergenza e stato di eccezione, per citare solo le principali questioni su cui gli esperti di diritto hanno incrociato le lame.

³¹ Riprendo le osservazioni contenute in questo paragrafo da A. SCHIAVELLO, “*La grida canta chiaro*”...o forse no. *Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica*, in *Lo Stato*, VIII, 14, 2020, 367-384.

Non dovrebbe stupire che rispetto a ognuna di queste questioni le opinioni siano divergenti e, talvolta, radicalmente contrastanti. Se anche virologi ed epidemiologi si dividono pressoché su tutto, non si vede perché i giuristi dovrebbero fare eccezione. Eppure, non v'è dubbio che l'incertezza della scienza giuridica destabilizzi l'opinione pubblica quanto, e forse più, delle divisioni interne alla scienza medica. I non addetti ai lavori si aspettano che il diritto sia certo e non tollerano che i suoi sacerdoti si accapiglino intorno a esso. Rispetto al turbamento causato dalla babele delle opinioni giuridiche, l'atteggiamento più frequente è quello di tentare di riacquistare un certo grado di serenità attraverso l'elezione di un autorevole giurista a propria ed esclusiva *bouche de la loi*. È una tecnica che funziona abbastanza bene: ciascuno troverà facilmente un qualificato sostegno alle proprie personali convinzioni e preferenze.

In linea con questo anelito alla certezza del diritto è anche l'insofferenza verso prescrizioni normative ritenute poco chiare e indeterminate. Tra queste, l'art. 1, co. 1, l. f del DPCM del 10 aprile 2020, da tempo non più in vigore, recita: «[...] è consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona» (enfasi aggiunta). Evidentemente, ciò che in questa disposizione ha destabilizzato corridori, camminatori, ciclisti, associazioni sportive, cacciatori di untori e così via è l'uso dell'espressione 'in prossimità'.

Eppure, il fatto che le disposizioni giuridiche ammettano sovente più di una interpretazione non è certo una novità. Il linguaggio giuridico, come tutti i linguaggi naturali, contiene termini e sintagmi generali e questi ultimi producono dubbi interpretativi di varia natura. Come osserva Hart³², non soltanto il linguaggio giuridico presenta una "struttura aperta" – non è sempre univoco e certo – ma è anche opportuno che sia così per due ragioni. La prima ragione è collegata alla nostra relativa non conoscenza dei fatti: il legislatore non è in grado di prevedere con precisione quello che avverrà in futuro. La seconda ragione dipende dalla relativa indeterminatezza dei nostri scopi: la *ratio legis* è spesso di difficile individuazione, vaga e composita e il compito di precisarla ed esplicitarla non può che essere affidato all'interprete. Solo attraverso la parziale apertura e indeterminatezza del linguaggio giuridico è possibile contemperare l'esigenza di certezza del diritto da un lato e quella della flessibilità dall'altro.

È opportuno a questo punto almeno accennare a una questione che complica il quadro sin qui prospettato. È senz'altro vero che il diritto, per incidere sui comportamenti umani in un modo che sia, al tempo stesso, efficiente e accettabile, debba coniugare certezza e flessibilità. Peraltro, un certo grado di incertezza è connaturato al diritto in quanto pratica interpretativa conflittuale – i diversi attori nell'agone interpretativo in ambito giuridico sono spesso portatori di interessi conflittuali e confliggenti – e non cooperativa: l'obiettivo non è tanto arrivare alla verità quanto difendere la propria posizione. Tuttavia, in una certa misura, questa caratteristica del diritto, vale a dire la sua incertezza, è al-

³² H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 124-154.

meno in parte indipendente dal linguaggio giuridico. Un esempio di Fuller è al riguardo emblematico. Se una norma vieta di dormire alla stazione, è probabile che venga multato il vagabondo che sta sdraiato con un cuscino sotto la testa su una panchina della stazione pur essendo sveglio piuttosto che il distinto signore con bombetta che dorme da seduto in attesa dell'arrivo del treno. E questo esito prescinde, evidentemente, dal significato del verbo 'dormire'. Anche se questo è vero, non si può negare che la parziale apertura del linguaggio giuridico è almeno uno dei modi in cui il diritto contempera le esigenze legate alla certezza e quelle legate alla flessibilità, il caso di cui mi occupo in questo paragrafo è al riguardo emblematico.

Nel nostro caso, dunque, l'indeterminatezza è prodotta dalla vaghezza dell'espressione 'in prossimità'³³. Si ha vaghezza di grado o vaghezza *tout court* quando è complicato stabilire se un significato di un termine si riferisca o meno ad alcuni casi. In altre parole, tale vaghezza consiste nell'impossibilità di delimitare in modo netto il riferimento di un termine o di un sintagma. Quando una persona può definirsi alta? Una persona che raggiunga i due metri e senz'altro alta, così come una persona che arrivi a stento a un metro e sessanta non lo è. Che dire di una persona di un metro e settantacinque? È alta o no? Questi sono i dilemmi prodotti dalla presenza di termini o sintagmi vaghi in questa accezione. Per dirla con Neil MacCormick: «c'è uno spettro che va dal manifestamente semplice all'estremamente complicato, e, scorrendo tale spettro, non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di "rilevanza", di "interpretazione" e di "classificazione" in modo da aprire la strada alla possibilità di utilizzare argomenti consequenzialisti e argomenti di principio o analogici»³⁴.

Se qualcuno corre costeggiando i muri della propria abitazione, rispetta senz'altro i parametri della disposizione contenuta nel DPCM. Tuttavia: di quanto ci si può allontanare dalla propria abitazione senza violare la disposizione in questione? Rispondere a queste domande impone di cimentarsi in una attività interpretativa. Con una certa dose di approssimazione si può affermare che gli argomenti che i giuristi avanzano a sostegno delle loro proposte interpretative sono riconducibili a tre gruppi: 1) l'argomento letterale e quello *a contrario*; 2) gli argomenti sistematici; 3) gli argomenti teleologici. Due considerazioni contribuiscono a spiegare perché le questioni di interpretazione del diritto presentino dei tratti affatto peculiari. La prima è che ciascuno dei tre gruppi di argomenti interpretativi è molto popolato. Nel caso del significato letterale ciò dipende essenzialmente dal fatto che il significato di 'significato letterale' è a sua volta controverso. Il proliferare di argomenti sistematici dipende invece principalmente dalla molteplicità dei potenziali sistemi di riferimento. Infine, l'interpretazione teleologica può essere intesa in senso soggettivo o in senso oggettivo, vale a dire tenendo conto dell'intenzione del legislatore ovvero «...guardando al testo di legge come provvisto di proprie finalità sganciate dal soggetto che ha

³³ T. A. O. ENDICOTT, *Vagueness and Legal Theory*, in *Legal Theory*, 3, 1997, 37-63.

³⁴ N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978; 1994²), Torino, Giappichelli, 2001, 230.

*prodotto il testo stesso*³⁵. La seconda considerazione è che i giuristi non esplicitano quali argomenti interpretativi seguono, né la gerarchia in cui, a loro parere, questi dovrebbero essere disposti³⁶. Le argomentazioni dei giuristi si presentano più o meno così:

Argomentazione A

Secondo le dichiarazioni contenute nei lavori preparatori, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S¹.

ii) Dunque, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S¹.

Argomentazione B

Secondo le regole della lingua italiana, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S².

ii) Dunque, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S².

Queste argomentazioni si presentano come non logicamente cogenti – sono dunque degli entimemi – perché privi di una premessa. Per essere logicamente cogenti, dovrebbe aggiungersi una premessa:

Argomentazione A

Le parole contenute nei testi di legge sono da intendere conformemente al contenuto dei lavori preparatori.

ii) Secondo le dichiarazioni contenute nei lavori preparatori, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S¹.

iii) Dunque, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S¹.

Argomentazione B

Le parole contenute nei testi di legge sono da intendere conformemente alle regole della lingua italiana.

ii) Secondo le regole della lingua italiana, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S².

iii) Dunque, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S².

È opportuno precisare che nelle argomentazioni interpretative effettivamente avanzate da giuristi e giudici, la mancanza di una premessa, pur necessaria da un punto di vista logico, non è un accidente ma una necessità, data la

³⁵ V. VELLUZZI, *Argomenti interpretativi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, 352-373, la citazione è a p. 362.

³⁶ Seguo qui E. DICCIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 7, 2007, 9-42.

funzione di queste argomentazioni, che è quella – retorica, appunto – di far accettare una tesi, o almeno di mostrarne l'accettabilità. Per dirla ancora una volta con MacCormick: «(...) nei contesti pratici gli argomenti vengono usati per persuadere; essi sono rivolti ad un uditorio determinato con l'intento di convincere quell'uditorio a fare qualche cosa. Gli argomenti quindi sono in una certa misura relativi sia all'uditorio sia alla materia trattata ...»³⁷. Stando così le cose, l'interpretazione in ambito giuridico si presenta come una prassi essenzialmente retorica e persuasiva.

Applicando queste considerazioni alla nostra disposizione, le interpretazioni possibili coprono l'ampio spettro che va da quella più restrittiva che può ricavarsi dall'applicazione (di una tra le possibili accezioni) dell'argomento letterale a quella più estensiva che può essere giustificata attraverso l'uso dell'argomento teleologico.

'In prossimità' esprime un significato chiaro che coincide con il perimetro esterno dell'edificio in cui si abita. I giuristi che hanno sposato questa interpretazione hanno proceduto, il più delle volte, traducendo l'espressione vaga 'in prossimità' con una espressione certa in termini di distanza dalla propria abitazione. Quindi, 'in prossimità' coinciderebbe, di volta in volta, con 'non oltre 150 m', 'non oltre 400 m' o 'non oltre 1 km' e così via. Chi predilige questa interpretazione di solito ritiene anche che sarebbe stato opportuno – in ossequio al valore della certezza del diritto – che il legislatore avesse emanato una direttiva chiara piuttosto che trincerarsi dietro una formula vaga. Anche in questo caso, tuttavia, come i filosofi del linguaggio sanno bene, il paradosso del sorriso può trasformarsi un'arma potente nelle mani degli avvocati dei corridori disattenti.

Attraverso una interpretazione teleologica si potrebbe agevolmente individuare la *ratio* della disposizione nella tutela della salute pubblica e, dunque, sostenere che il suo obiettivo sia di evitare che l'attività motoria comprometta il distanziamento sociale. Su queste basi si può argomentare a sostegno di una interpretazione lasca dell'espressione 'in prossimità' che includa qualsiasi distanza che possa essere raggiunta a piedi dagli individui. Questa interpretazione è ad esempio accolta dall'"Ordinanza presidenziale contingibile ed urgente" della Provincia autonoma di Bolzano n. 20/2020 del 13-04-2020, che all'art. 8 recita: «[...] Il requisito della prossimità alla propria abitazione è comunque assolto quando le persone si muovono a piedi».

L'interpretazione restrittiva tutela gli individui dal rischio di incorrere in una sanzione. Di contro, essa potrebbe confliggere con l'obiettivo di garantire il distanziamento sociale. Si immagini, ad esempio, che un edificio sia abitato da una quantità ingente di sportivi; se tutti corressero intorno al palazzo, sarebbe difficile mantenere le distanze e ciò potrebbe favorire il contagio.

L'interpretazione estensiva si affida al senso di responsabilità delle persone e, così facendo, favorisce la presa di coscienza, da parte di tutti, che l'obiettivo che si intende ottenere è quello di garantire il distanziamento sociale. Il perseguimento di tale obiettivo è affidato, in parte, alle autonome valutazioni

³⁷ N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., 30.

di ciascuno. Propendere per una interpretazione estensiva, tuttavia, espone al rischio di essere sanzionati.

Che fare, dunque? Non c'è un'unica risposta giusta a questa domanda. La preferenza per l'una o l'altra opzione non ci dice soltanto qualcosa sulla nostra propensione al rischio di incorrere in una sanzione ma ci consente di riflettere su modelli di diritto e ideologie giuridiche alternativi.

Prima di tentare di trarre qualche conclusione, è opportuno evitare di fare di tutta l'erba un fascio e riconoscere che vi sono casi di indeterminatezza senz'altro "molesta" e patologica. Ad esempio nella ordinanza del Presidente della Regione siciliana del 27 settembre 2020 si legge che «*nei luoghi aperti al pubblico la mascherina deve essere indossata se si è nel contesto di presenze di più soggetti*». Cosa significa? Perché non scrivere, più semplicemente, che la mascherina va indossata quando non si può mantenere il distanziamento interpersonale (come peraltro è scritto qualche comma più avanti con riguardo all'attività sportiva)? Ancora più esoterica è l'ordinanza del 23 settembre 2020 del Presidente della Liguria; qui si prescrive l'uso della mascherina (*rectius* di "protezioni delle vie respiratorie") nei luoghi pubblici «*ove per le caratteristiche fisiche sia più agevole il formarsi di assembramenti anche di natura spontanea e/o occasionali*». Si badi, non si chiede agli individui di usare le mascherine in caso di assembramento – prescrizione ragionevole e condivisibile – ma di usarle ogniqualvolta ci si trovi in luoghi in cui è possibile ipotizzare che sia *più agevole* che si formino assembramenti.

Perché complicare quello che potrebbe essere semplice? Una prima risposta impone di generalizzare e rilevare che da molti decenni si assiste a uno scadimento del *drafting* normativo a tutti i livelli. È sufficiente leggere una legge promulgata dal parlamento nel secolo scorso (fino agli anni '90, diciamo) e paragonarla a una attuale: anche un occhio non esperto noterà facilmente le differenze. Le ordinanze citate non sarebbero altro che fulgidi esempi di questo decadimento.

Una risposta ulteriore è che l'emergenza, per definizione, impone tempi stretti e la fretta, si sa, è una cattiva consigliera. Parafrasando la massima, cara ai giuristi americani, secondo cui "*hard cases make bad law*", si potrebbe dire che l'emergenza produce diritto scadente. In questo modo sarebbero giustificabili anche gli errori, elementari e fastidiosi, come quello contenuto nella citata ordinanza del Presidente della regione siciliana, dove si legge di "erogazione delle sanzioni" anziché di "irrogazione delle sanzioni". Forse la sostanza non cambia ma, come si insegna sin dal primo anno agli studenti di giurisprudenza, nel caso del diritto la forma è sostanza. Leonardo Sciascia direbbe che "l'italiano non è l'italiano: è il ragionare".

Se l'obiettivo è quello di fronteggiare l'emergenza sarebbe forse meglio prendersi qualche ora per rileggere un testo normativo piuttosto che confondere le persone più del necessario. E sarebbe forse utile anche chiedersi se quel determinato intervento normativo sia effettivamente necessario. Molte ordinanze contengono misure ridondanti rispetto a norme già esistenti e, a dispetto

della massima *repetita iuvant*, la ridondanza in ambito giuridico è un difetto che apre le maglie a dispute interpretative del tutto evitabili.

Ma l'obiettivo è effettivamente quello di fronteggiare l'emergenza? Il sospetto è che l'obiettivo reale sia quello, duplice, di rinvigorire e puntellare l'autorità – il potere carismatico, direbbe Weber – in questo caso del presidente della regione e, al contempo e come corollario, diffondere una sensazione di efficienza e prontezza nell'affrontare e risolvere i problemi. Se questo è vero, l'oscurità e le contorsioni linguistiche che caratterizzano queste ordinanze (ma anche molti DPCM) non sono solo difetti di poco conto ma addirittura favoriscono il raggiungimento degli obiettivi indicati. Le discussioni che si sviluppano intorno ad ogni DPCM e a ogni ordinanza dei presidenti di regione contribuiscono ad accrescere l'importanza di tali atti normativi ed è proprio questo, in ipotesi, il risultato voluto (anche se, certo, perseguito inconsapevolmente). Nel racconto *La questione delle leggi* Kafka immagina un popolo governato da un gruppo di nobili attraverso leggi note soltanto al ristretto manipolo dei nobili che detengono il potere. Ad un certo punto, nel racconto si adombra la possibilità che le leggi non siano soltanto sconosciute al popolo ma addirittura che esse non esistano o, se esistono, coincidono con le decisioni arbitrarie della nobiltà: «*legge è ciò che fa la nobiltà*». Questa constatazione non mina il potere dei nobili ma lo rafforza: «*se l'unica legge visibile e indubitabile che ci è imposta è la nobiltà... noi dovremmo forse privarci di quest'unica legge?*». La questione della indeterminazione molesta o patologica, di cui ho appena fornito qualche esempio è, in sedicesimi, la questione delle leggi narrata da Kafka.

4. Osservazioni conclusive

Come fronteggiare un diritto indeterminato? Questa è la domanda rimasta in sospeso. Due sono le possibilità: affrontare questa caratteristica del diritto contemporaneo con lo sguardo rivolto al passato e utilizzando gli strumenti del passato ovvero rassegnarsi al cambiamento, accogliendo la proposta di Dworkin di considerare il diritto una pratica sociale in cui ciascuno è chiamato a contribuire a una impresa interpretativa finalizzata a ridurre la distanza tra diritto reale e diritto ideale.

Il modello illuminista di *rule of law* – che elegge la certezza del diritto a valore preminente – per un verso tratta gli individui da adulti perché non agisce dietro le loro spalle e attribuisce a ciascuno la libertà di decidere se seguire o meno il diritto conoscendo in anticipo le conseguenze delle proprie azioni. Per altro verso, tuttavia, esso rischia di indurre un atteggiamento legalistico, acquiescente e accomodante nei confronti del diritto; tale atteggiamento, erodendo l'autonomia individuale, potrebbe in taluni casi produrre una regressione all'età infantile. Se il diritto è considerato una autorità pratica, allora bisogna fare ciò che esso ci chiede di fare solo per il fatto che ce lo chieda. Indicativa, al riguardo, è la teoria secondo la quale l'obbligo politico sarebbe un obbligo che si fonda su una valutazione comprensiva della giustizia di un ordinamento giuri-

dico. Qualora questa valutazione abbia esito positivo, ciascuno è tenuto a sospendere il giudizio morale sulle singole norme e a obbedire a esse sempre e comunque.

Questo atteggiamento evoca alcune osservazioni di Jerome Frank sul diritto. Nel 1930 Jerome Frank, uno tra i più illustri giuristi statunitensi dell'epoca, pubblica il suo libro più importante, *Law and the Modern Mind*⁶⁸. Nel primo capitolo, dall'emblematico titolo *The Basic Myth*, egli offre una spiegazione del mito della certezza del diritto in chiave psicoanalitica (i riferimenti a Jean Piaget sono espliciti). Dopo la primissima infanzia, l'illusione di avere un pieno controllo del mondo esterno viene meno. È a questo punto che il bambino considera i propri genitori, e il padre in particolare, come una sorta di scudo in grado di fraporsi fra sé e il caos del mondo esterno. L'onnipotenza che nella prima infanzia il bambino attribuiva a sé stesso adesso è proiettata sui genitori i quali la esercitano in sua vece. Le regole di comportamento stabilite dal padre sono considerate infallibili dal bambino e degne di essere seguite alla lettera. Come ben sanno tutti coloro che sono genitori, anche questa fase ha un termine. I genitori vengono deposti dal loro piedistallo, ma il bambino, poi ragazzo e infine uomo maturo, tranne in rari casi, piuttosto che rinunciare alla rasserenante sensazione di onnipotenza, va alla perenne ricerca di sostituti del padre. Il modo in cui il bambino si relaziona con il padre costituisce il paradigma, il prototipo, dei rapporti successivi. Così il diritto (insieme ad altri fenomeni sociali come la religione) diviene un succedaneo parziale del "padre-giudice infallibile". Evidentemente, per assolvere a questo difficile compito, il diritto deve essere ammantato della stessa perfezione di cui veniva ammantato il padre biologico. Questa, secondo Frank, la spiegazione del mito originario della certezza del diritto.

Noi ci affideremmo al diritto perché questo modo di comportarci ci rassicura e ci mette al riparo dal caos del mondo esterno. Raggiungere l'età adulta significa però decidere con la propria testa e confrontarsi senza paura con la nostra radicale e irriducibile contingenza.

Il diritto contemporaneo e l'ideologia giuridica oggi prevalente sfidano apertamente il mito originario della certezza del diritto. La costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici accresce la flessibilità del diritto a detrimento della certezza e impone a tutti – legislatori, giudici e individui soggetti al diritto – di assumersi le proprie responsabilità e i rischi che ne conseguono.

Pretendere che il diritto ci indichi al millimetro di quanto possiamo allontanarci dalla nostra abitazione non significa soltanto prescindere dalle caratteristiche del diritto contemporaneo ma, a voler dar retta a Frank, è anche indizio di una potenziale regressione all'età infantile.

⁶⁸ J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), Garden City, New York, Anchor Books Doubleday & C., Inc., 1963.