

Il Libro del Mese

Della mitezza e delle leggi

di Norberto Bobbio

Non vorrei sbagliare, ma attribuire al diritto il carattere della mitezza non ha molti precedenti o forse non ne ha nessuno. Non già che "mite" non abbia cittadinanza nel linguaggio giuridico, ma non è mai riferito a "diritto" in quanto tale, bensì ai due momenti della creazione del diritto, in espressioni come "governo mite",

che di principi, che, sulla scia della ben nota teoria di Ronald Dworkin, non sono norme di condotta, ma "criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate" e come tali "non possono essere osservati e applicati meccanicamente e passivamente"; secondariamente, in una costituzione demo-

zione non diventano per ciò stesso caratteri del diritto, ma continuano ad essere essenzialmente caratteri dell'applicazione del diritto. In un ordinamento complesso, in cui al di sopra delle regole ci sono i principi, iscritti nella costituzione, mitezza e moderazione sono ancora una volta una virtù dell'interprete, giurista o

ratte del diritto la mitezza compare come virtù dell'interprete in uno dei paragrafi introduttivi, *La mitezza della costituzione*, dove si parla del pluralismo dei valori come caratteristica delle costituzioni odierne e si ritiene, affinché i diversi valori possano coesistere, il loro temperamento attraverso un'opera di equilibrio e di compromesso e il bando d'ogni atteggiamento intransigente. Anche l'intransigenza è una virtù, tanto che sarebbe sorprendente parlare di diritto intransigente come ci è parso sorprendente parlare di diritto mite. Si osservi d'altra parte che in questo stesso paragrafo l'aggettivo "mite" non è unito a diritto ma a "convivenza", dove si auspica per l'Europa una "convivenza mite" costruita, appunto, sul pluralismo e sull'interdipendenza dei valori, e "mite" sta per "pacifico" o simili.

Riconosco che trovare un solo aggettivo per qualificare una concezione del diritto che si contrapponga alla concezione del *Gesetz ist Gesetz*, propria del positivismo giuridico che io ho chiamato "ideologico" per contrapporlo al positivismo come metodo e al positivismo come teoria, non è facile. Viene in mente "equo", che però fa pensare ai giudizi di equità, almeno in una delle più note accezioni di "equità", e i giudizi di equità sono quelli dati liberamente dal giudice secondo la propria valutazione personale (la cosiddetta "giustizia del kad"). "Flessibile" è ormai diventato un termine troppo tecnico nella distinzione tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili, per essere usato con diverso significato, specie in un'opera di diritto costituzionale. Né ho alcuna intenzione di suggerire una nuova, non solo perché non ne ho nessuna in mente, ma per una ragione ancora più forte: un aggettivo per definire una concezione del diritto che abbia i connotati che Zagrebelsky attribuisce a un ordinamento che corrisponda alla concezione costituzionalistica, e non più soltanto legislativa, del diritto, non c'è. Ma siccome l'importante è intendersi, e si sa che il significato di una parola dipende non solo dall'uso ma anche dal contesto in cui è inserita, alla fine che cosa si intenda per "mite" finisce per essere chiaro, anche se lessicamente non del tutto soddisfacente.

In realtà, poi, nonostante il titolo, i riferimenti alla mitezza del diritto lungo tutto il libro sono molto scarsi. Ricorrono soprattutto nel primo capitolo che è una sorta d'introduzione. Poi scompaiono. La ricca sostanza dell'opera, cui il titolo non rende giustizia, sta nella contrapposizione tra il vecchio stato legislativo e il nuovo stato costituzionale e nel mostrare le conseguenze che da questa contrapposizione derivano rispetto a due grandi temi della filosofia del diritto, giusnaturalismo contro positivismo giuridico, *jurisprudencia* contro scienza del diritto, e nella separazione, da un lato, dei diritti dalla legge e, nell'ambito della teoria dei diritti, nella netta distinzione fra diritti di libertà e diritti sociali (qui chiamati "diritti di giustizia"), dall'altro, nella separazione della giustizia dalla legge.

Tutti grandi temi, che danno al libro un'impronta di novità e un carattere di rottura rispetto alla vulgata positivista e in particolare modo al kelsenismo, e meritano una discussione ai vertici, che va ben al di là di questa premessa essenzialmente terminologica. Una discussione con cui un positivista "inquieto" può tranquillamente confrontarsi, esprimendo quasi sempre il proprio assenso, senza trovarsi a disagio, se mai mettendo qua e là qualche punto interrogativo.



titi che ad esso si richiamavano, in un quadro teorico segnato piuttosto dalla permanente carica sociale del cristianesimo e da una forte capacità di dar spazio ai temi del pluralismo da parte del pensiero laico. Vero è che il pensiero socialista è stato pesantemente segnato da una forte subordinazione della logica dei diritti alle esigenze della politica e da una troppo lunga persuasione di una irredimibilità dei diritti borghesi che, ad esempio, spingeva uno studioso come Gustav Radbruch a rifiutare come una "konventionelle Lüge", una menzogna convenzionale, il tentativo delle "lunghe" costituzioni del primo dopoguerra di parlare di una "funzione sociale" della proprietà. Ma proprio la nettezza con la quale Zagrebelsky mette a fuoco opposizioni e trasformazioni induce a tornare analiticamente non tanto sull'aspetto "sociale" dei diritti, quanto piuttosto sulla trama generale che li accompagna, ad esempio, sui versanti della riformulazione del concetto di solidarietà e della loro dimensione collettiva, riprendendo in considerazione proprio la vicenda del pensiero socialista.

Questo può essere tanto più utile in quanto è proprio l'apparire dello stato sociale a dare evidenza e forza pratica a quei principi materiali di giustizia sui quali Zagrebelsky richiama l'attenzione come connotati del diritto contemporaneo. E qui si coglie una convincente replica ai tentativi di ripresentare la distinzione weberiana tra diritto formale e diritto materiale come via teorica di nuovo percorribile, tra l'altro per una definitiva ripulsa dello stato sociale e delle sue tecniche. Affrontando la questione generale, dice bene Zagrebelsky quando afferma con decisione che "la restaurazione di un modo logico-formale di trattazione del diritto attuale sarebbe... un ritorno all'indietro, poiché un 'formalismo' o un 'positivismo dei principi' sarebbe oggi impossibile. Sono di ostacolo insuperabile il loro carattere aperto e il loro pluralismo" (p. 169).

L'intricato rapporto tra presente e passato trova un momento di particolare rilevanza nell'attenzione che Zagrebelsky dedica alla componente giusnaturalista della sua prospettiva della categoria dei diritti fondamentali. E non nega, anzi rileva, "la rinascita, negli ordinamenti contemporanei, di aspetti del diritto premoderno" (p. 169). Ma questo, se da una parte gli serve per richiamare opportunamente il carattere ideologico delle concezioni di uno sviluppo lineare del diritto, dall'altra gli consente di ribadire la novità della fondazione moderna di principi e diritti nelle Costituzioni, così liberando i cittadini dai "padroni del diritto".

Imboccata, e largamente percorsa, questa via, ci si può congedare da questo libro con un interrogativo. La vicenda, che Zagrebelsky narra, è stata resa possibile dalle "lunghe costituzioni", che hanno potuto così portare nel loro interno una capacità regolativa prima affidata ad altre fonti. Mi sono già chiesto se la forza di questa prospettiva non ci spingerà verso costituzioni "lunghe". E vedo che questa domanda si ripete. Come rispondere?

"legislatore mite" (dove "leggi miti"), oppure al momento dell'applicazione, in espressioni come "giudice mite", "pena mite". Tempo fa, in una conferenza sulla "mitezza", una delle virtù che prediliggo, l'avevo collocata tra le virtù deboli, come la modestia, la moderazione, la temperanza, contrapposte alle virtù forti, come il coraggio, l'ardimento, la prodezza. Tutte qualità che si addicono, per un verso o per l'altro, ai detentori di un qualche potere. Non mi era accaduto di trovare, fra i termini di riferimento, il diritto. Sinonimo di "mite" è, in qualche passo del libro, "moderato". A p. 17 si dice che gli elementi costitutivi del diritto costituzionale debbono essere relativizzati, per diventare "miti o moderati". Ma "moderato" non è un requisito storico di un tipo di governo? Come non pensare ai governi moderati che Montesquieu contrapponeva ai governi dispotici?

Le tesi centrali del libro sono due: anzitutto il diritto nel suo insieme è composto non solo di regole ma an-

cratica i principi sono più d'uno, ora in connessione ora in conflitto tra loro. Ne viene che l'interprete non solo deve tenerne conto ma deve temperare gli uni con gli altri, contrariamente alla massima tradizionale del positivismo giuridico "dura lex sed lex". Si potrebbe obiettare, ma il discorso sarebbe troppo lungo, primo, che anche le regole, e non solo i principi, consentono, anzi richiedono, diverse interpretazioni, secondo, che nessun positivista oggi, e tanto meno il Kelsen, propone l'interpretazione meccanica della legge, terzo, che tanto i principi quanto le regole appartengono allo stesso *genus*, che è quello delle proposizioni prescrittive e si distinguono all'interno del discorso prescrittivo per la maggiore o minor forza direttiva e per la maggiore o minore genericità del contenuto, onde derivano diversi gradi di libertà dell'interprete, ma in nessun grado l'interpretazione è meccanica. Mi preme osservare subito, invece, che pur riconoscendo la validità di entrambe le tesi, la mitezza o la modera-

giudice che sia, non sono caratteri del diritto.

Del resto, ben più che come un ca-

I libri consigliati

Quali libri vale sicuramente la pena di leggere fra le migliaia di titoli che sfornano ogni mese le case editrici italiane? "L'Indice" ha chiesto a una giuria di lettori autorevoli e appassionati di indicare fra le novità arrivate in libreria nei mesi scorsi dieci titoli. Non è uno scaffale ideale, né una classifica o una graduatoria. I dieci titoli sottoelencati in ordine alfabetico per autore rappresentano soltanto consigli per favorire le buone letture.

Jean Clair - **Critica della modernità** - Allemandi

Honoré de Balzac - **I giornalisti** - Abramo

Roberta De Monticelli - **La preghiera di Arile** - Garzanti

Pavel A. Florenskij - **Il sale della terra** - Ed. Qiqajon

Gianandrea Gavazzeni - **Il sipario rosso** - Einaudi

Antonio Giolitti - **Lettere a Marta** - Il Mulino

Henry James - **Carteggio Aspern** - Marsilio

Robert Pirsig - **Lila** - Adelphi

Arthur Schnitzler - **Il ritorno di Casanova** - Adelphi

La giuria che consiglia i libri per il mese di marzo 1993 è composta da:
Giacomo Agosti, Laura Balbo,



Gianni Carchia, Mario Isnenghi, Igor Man, Diego Marconi, Roberto Micheli, Valentino Parlato, Elisabetta Rasy.

