

## **Normazione amministrativa e pandemia: un caso emblematico di diritto «per principi» ed alcuni spunti filosofico-giuridici**

di

Jacopo Volpi\*

**Sommario:** 1. Il diritto come 'pratica sociale': il 'punto di vista interno' e il ruolo dei principi – 2. La questione: pandemia e sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro – 3. La funzione giustificatoria dei principi – 4. Le dimensioni del 'giure' e le modalità di risposta al mutamento sociale – 5. Notazioni conclusive.

### **1. Il diritto come 'pratica sociale': il 'punto di vista interno' e il ruolo dei principi**

Nella filosofia giuridica contemporanea – soprattutto a partire dalla svolta teorica<sup>1</sup> impressa da Herbert L.A. Hart<sup>2</sup> – si è progressivamente affermata l'idea, su un certo fronte della discussione, che il diritto, lungi dal costituire una mera

---

\* Dottorando di ricerca in 'Ordine giuridico ed economico europeo', Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro

<sup>1</sup> La "svolta" a cui si allude è la nuova prospettiva di indagine del fenomeno giuridico orientata secondo un "punto di vista interno". Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it., a cura di Mario A. Cattaneo, Torino, Einaudi, 2002, pp. 106-108. Per una ricostruzione di questo criterio metodologico si veda M. LA TORRE, *Teoria del diritto e punto di vista interno. Sviluppi e ripensamenti*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2013, XXIX, pp. 141-160.

<sup>2</sup> A cui fecero seguito le feconde critiche sferrate da Ronald Dworkin nei confronti dello stesso giuspositivismo hartiano (quantunque "riformato"). Cfr. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2020, p. 10; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977. Hart, come noto, prese posizione nei confronti delle tesi di Dworkin nel famoso "Poscritto" contenuto in appendice alla edizione di *The Concept of Law* del 1994. Per una ricostruzione del positivismo giuridico "dopo Hart" si rimanda a A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004; V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, il Mulino, Bologna, 2004.

“essenza”<sup>3</sup> indipendente dalla pratica giuridica dei giudici, dei funzionari, dei giuristi o, più in generale, degli stessi operatori del diritto, risulti, piuttosto, un fenomeno, all’attività di questi, strettamente correlato. La dinamica giuridica, cioè, costituirebbe una vera e propria ‘pratica sociale’, saldamente connessa al procedere del ragionamento pratico, nonché all’insieme delle attività e dei comportamenti che una data comunità va ponendo in essere al fine di adempiere e soddisfare quegli scopi fondamentali in forza dei quali il diritto emerge e, gradualmente, viene ad esistenza.

Una lettura meramente “oggettualistica”<sup>4</sup> avrebbe il difetto di tendere ad “entificare” il dato giuridico, configurandolo come uno strumento di cui disporre liberamente senza avere alcuna cura delle sue caratteristiche essenziali, delle sue strutture normative fondanti, nonché della sua dimensione costitutiva di “senso”, tradendo, in tal guisa, quello che il diritto nella prassi quotidiana risulta essere e ciò che, di fatto, ogni cittadino e qualunque usuario o “fruitore” del diritto intuisce che esso sia<sup>5</sup>. In questa prospettiva, l’esperienza giuridica appare intimamente legata

---

<sup>3</sup> È la tesi sostenuta, ad esempio, da Joseph Raz. Cfr. J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979. Di Raz è disponibile la traduzione italiana della sua prima opera teorico-giuridica, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System*, London, Oxford University Press, 1970 (J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico* (1970), trad. it. di P. Comanducci, il Mulino, Bologna, 1977). Sul pensiero di Raz, si vedano, oltre alla *Introduzione* di P. Comanducci a *Il concetto di sistema giuridico* (pp. 7-35), anch A.E. GALEOTTI, *Joseph Raz e il perfezionismo liberale*, in AA.VV., *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di Gf. Zanetti, Raffaello Cortina, Milano, 1999, pp. 101-128; Gf. Zanetti, *Influenze aristoteliche nel dibattito contemporaneo: Joseph Raz e i valori condivisi*, in ID., *Ragion pratica e diritto: un percorso aristotelico*, Giuffrè, Milano, 2001; A. SCHIAVELLO, *Autorità legittima e diritto nel pensiero di Joseph Raz*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 2, pp. 363-384; B.H. BIX, *Raz, Authority, and Conceptual Analysis*, in *American Journal of Jurisprudence*, 2006, 50, pp. 311-316; T. CASADEI, *La filosofia pratica di Joseph Raz: valori e ragioni per agire*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2008, 8, pp. 251-260; M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, cit., pp. 115-126. Sempre di Joseph Raz è disponibile per i lettori italiani l’opera J. RAZ, *I valori fra attaccamento e rispetto*, a cura di F. Belvisi, trad. it. di M. Goldoni, Diabasis, Reggio Emilia, 2003.

<sup>4</sup> Alcune importanti critiche a tale visione “oggettualistica” si rintracciano in V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, nonché nella prospettiva dell’ermeneutica giuridica, che cerca di opporsi ad una lettura del dato ‘giuridico’ come mero «oggetto d’esperienza isolabile e descrivibile» (cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 32).

<sup>5</sup> Le succitate opposte posizioni hanno generato una vera e propria polarizzazione nel dibattito teorico-giuridico, che sembra peraltro ricalcare, in buona parte, l’analogia discussione, tutt’ora vivace nella riflessione filosofica contemporanea, tra il così detto ‘inferenzialismo’ – il cui fondamentale rappresentante è il filosofo americano Robert M. Brandom –, che presuppone

alla concettualizzazione che forniamo di questa medesima esperienza, e le qualificazioni teoriche che le attribuiamo risultano tutt'altro che 'neutrali' o meramente accessorie, ma fortemente connesse all'*utilizzo* che, di quel concetto<sup>6</sup>, o di quella serie di concetti si fa<sup>7</sup>. Dimensioni che aprono spazi di discussione, in termini generali, sul problema del diritto e sul suo *sensu*, anche (e soprattutto) per gli stessi cittadini che dovrebbero rispettarne le regole. Diritto e *lotta per il diritto* – come recita il titolo di un famosissimo volumetto<sup>8</sup> – vanno, in quest'ottica, nella medesima direzione.

Orbene, la percezione della dimensione giuridica quale prassi interna al contesto di società, connessa alla stessa definizione del diritto come vera e propria 'pratica sociale collettiva' e non già come mera 'datità' presupposta, è sentita, e segnatamente *esperita*, anche da chi, di diritto (teorico-dottrinale), non è necessariamente uso ed avvezzo, ancorché ne subisca i benefici (e i malefici) in quanto cittadino-destinatario delle norme<sup>9</sup>. Così, l'acquisizione di una visione del

---

la necessità di una collocazione 'interna' alla dinamica dei soggetti dialoganti e il bisogno di un'analisi pienamente immersa nelle 'pratiche sociali', tramite cui far emergere e cioè "esplicitare" la dimensione "implicita" al vivere quotidiano e – quale 'contraltare teoretico' – la prospettiva della «visione da nessun luogo» («The View from Nowhere»), una concezione dell'indagine filosofica più improntata ad una vocazione universalista, e ricollegabile alla riflessione di Thomas Nagel. Cfr. R.B. BRANDOM, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge, 1994. Per una più agevole introduzione alla riflessione filosofica del pensatore americano si veda R. BRANDOM, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000 (ID., *Articolare ragioni. Un'introduzione all'inferenzialismo*, trad. it. di C. Nizzo, il Saggiatore, Milano, 2002); T. NAGEL, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

<sup>6</sup> «Così come il fenomeno giuridico è determinato dalla concezione e dalla "teoria" che di questo si intrattiene, del pari esso vive dell'esercizio delle pretese che sul diritto si fondano» (M. LA TORRE, *Diritto e concetti di diritto. Modelli e tendenze evolutive*, in *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, pp. 157-211, p. 208).

<sup>7</sup> Sul problema del concetto di 'diritto' e i suoi modelli si veda *ivi*, pp. 157-211.

<sup>8</sup> R. JHERING, *La lotta per il diritto* (1872), a cura di P. Piovani, trad. it. di R. Mariano, Roma-Bari, Laterza, 1960.

<sup>9</sup> Si potrebbe notare, in effetti, che il "cittadino-uomo comune" se, da una parte, spesso tende a *percepire* il diritto nella sua "brutalità", e cioè nella sua dimensione meramente coattiva, d'altro canto, nel suo vivere quotidiano, *esperisce*, esistenzialmente, una realtà di diverso tenore, dove il diritto rappresenta un insieme di ragioni finalizzate ad un efficace coordinamento dei rapporti di convivenza, e in cui, appunto, il momento coercitivo non svolge affatto un ruolo essenziale né, tanto meno, concettualmente necessario. Sottolinea, a questo scopo Massimo La Torre, con riguardo all'esempio del "pagamento delle imposte": «Per comprendere che un 'male' è una sanzione, abbiamo bisogno di una norma previa. Altrimenti ci troveremmo dinanzi alla perplessità di dover interpretare come sanzione, o pena, la disposizione che prevede una certa

‘giuridico’ che si struttura nei termini di una prassi sociale partecipata si lega intrinsecamente alla costruzione di un coerente ‘punto di vista interno’ alla medesima pratica del diritto<sup>10</sup>.

Sotto questo angolo prospettico, in letteratura è stato correttamente evidenziato come l’assunzione del così detto ‘punto di vista interno’ può ben implicare che

[...] i concetti giuridici – per esempio la nozione di ‘diritto soggettivo’ o quell’altra tanto densa di storia e valori di ‘costituzione’ – non [...] possano essere svuotati del loro contenuto simbolico-normativo, e isolati dal loro sfondo culturale e valoriale (da ciò che ne costituisce in qualche modo la ‘precomprensione’), per essere rinchiusi o ritagliati in dispositivi logico-funzionali<sup>11</sup>.

Non è infrequente allora che, nella teoria giuridica contemporanea, alla base della succitata concezione – ossia quella della assunzione di un coerente punto di vista interno – si rintracci, altresì, l’idea – assieme ad ulteriori elementi teorici – che la realtà giuridica non comprenda soltanto quelle entità che si sogliono denominare

---

tassazione su un certo reddito, laddove tale tassazione ovviamente non è intesa come misura atta a evitare la produzione di quel reddito. Le tasse non sono sanzioni, eppure fanno male, sono dei costi, un pregiudizio per chi deve pagarle. Dove sarà allora la differenza tra una pena pecuniaria, un’ammenda, una multa, e un’imposta? La differenza risiede nella loro qualificazione giuridica, che però precede la previsione della tassa o della pena pecuniaria, e dunque la qualifica a seconda del suo ‘senso’. La tassa non è la reazione critica rispetto a un ‘illecito’, la pena pecuniaria sì che lo è. L’illecito allora non si potrà definire soltanto in tanto in quanto a esso segue un pregiudizio per il soggetto. Tale pregiudizio va per l’appunto qualificato dal ‘senso’ che una disposizione precedente gli attribuisce» (cfr. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, cit., pp. 136-137). Una difesa della stretta connessione tra diritto e forza si rintraccia, nel panorama contemporaneo, in F. SCHAUER, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2015. Ad una visione coattivamente orientata vi approdano anche teorie da quella concezione apparentemente molto distanti, poiché fondate su postulati essenzialmente giusnaturalistici: si veda, ad esempio, il principio «forse scandalosamente crudo» – «perhaps scandalously stark» – di John Finnis che, quantunque mitigato dal principio di ragionevolezza che implica la prestazione d’obbedienza soltanto dinanzi ad un’autorità fondata su leggi costituzionali e sulla base di regole di prudenza strutturate secondo criteri razionali, di fatto apre le porte alla discrezionalità dell’autorità sovrana rispetto alla determinazione della prescrizione e quindi alla capacità di imporre decisioni. Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, p. 250; su cui si vedano le acute riflessioni contenute in M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, pp. 151 ss.

<sup>10</sup> M. LA TORRE, *Teoria del diritto e punto di vista interno*, cit.

<sup>11</sup> Ivi, p. 143.

‘regole’<sup>12</sup> e che risulterebbero caratterizzate da una applicabilità, seguendo Ronald Dworkin, del *tutto-o-niente*<sup>13</sup>, ma includa, altresì, delle peculiari entità normative, i *principi*, i quali si trovano a svolgere una funzione essenziale per la ‘solidità’ del sistema giuridico complessivo. Benché la formulazione del concetto di ‘regola’ quale ambito normativo che richieda un’applicazione del “tutto-o-niente” non risulti completamente accoglibile – dovendo essere mitigata con posizioni teoriche maggiormente in linea con l’esperienza concreta della giuridicità e con alcune successive acquisizioni della teoria del diritto contemporanea – si può consentire che, in termini generali, ciò che viene usualmente definito come ‘regola’, attraverso un preciso elenco di corollari definitivi<sup>14</sup>, si caratterizzi per una minore capacità di “adattamento” rispetto all’emergere dei fatti sociali e si contraddistingua, pertanto, per una più limitata attitudine adattiva di fronte alle singolarità dei casi concreti<sup>15</sup>. Non è scopo di questo breve articolo avanzare, in via definitiva, una precisa tesi concettuale relativa al rapporto tra regole e principi<sup>16</sup> (o, quantomeno, non è l’intento primario ed esplicito), ancorché le considerazioni di natura teorica che si condurranno più avanti restituiscano una visione generale del possibile legame intercorrente tra le due entità normative<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> La distinzione, nella sua accezione “forte”, la quale postula una rigida scissione tra le due realtà normative dal punto di vista ‘ontico’, come accennato, si deve a Ronald Dworkin. Cfr. R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, pp. 90 ss. A tale configurazione si oppone, come noto, un’interpretazione “debole” e gradualistica che afferma la sussistenza non già di divergenze qualitative tra le due dimensioni normative quanto, piuttosto, una mera differenza quantitativa, sulla base di elementi e caratteristiche comuni. Sul dibattito: G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>13</sup> Teorizzazione che appare, invero, parziale e suscettibile di critiche, ma che qui, a grandi linee, può essere ritenuta conforme alle esigenze del presente lavoro.

<sup>14</sup> Si veda *infra*, par. § 3.

<sup>15</sup> Per alludere a questa minore latitudine adattiva della regola, si suole far riferimento alla sua dimensione “trincerata”: cfr. F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un’analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), a cura di e trad. it. di C. Rustici, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 77 ss. Sul punto si vedano anche le riflessioni contenute in T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2021, p. 116.

<sup>16</sup> Sul ruolo dei principi giuridici si rimanda, per un quadro complessivo, a G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, pp. 131-158.

<sup>17</sup> Vedi *infra*, par. § 4.

Non è inoltre obiettivo di questo contributo presupporre, in modo definitivo, una connessione di natura contingente o necessaria<sup>18</sup> tra diritto e morale<sup>19</sup> (sebbene, entro un certo grado, ritenere necessaria la giustificazione di una norma giuridica può implicare anche la necessità di fornire ragioni morali a suo sostegno, facendo altresì ricorso ad una ermeneutica “per princìpi”), perorandone le ragioni, ad esempio, nel primo caso ed in una prospettiva fattuale, sulla base della irruzione dei princìpi all’interno del sistema di validità formale e materiale degli ordinamenti giuridici contemporanei, che troverebbe la scaturigine storica nell’affermazione, nel secondo dopoguerra, degli Stati costituzionali di diritto e nell’avvento delle così dette “costituzioni lunghe”<sup>20</sup>, o, piuttosto, nel secondo caso, sulla base di precise traiettorie normative e/o concettuali, cercando una fondazione esauriente della relazione sulla base di determinati assunti filosofico-morali. Tali dispute teoriche, infatti, esigerebbero ulteriori presupposizioni di senso che obbligherebbero giustificazioni filosofiche aggiuntive, conducendo molto più lontano rispetto alle limitate finalità di questo lavoro.

---

<sup>18</sup> La diversa accentuazione della centralità dei criteri morali per la identificazione del concetto di diritto ha determinato, in termini gradualistici, due diverse accezioni sia del positivismo giuridico che del giusnaturalismo (o non-positivismo). Si parlerà, così, di giuspositivismo “inclusivo” o giuspositivismo “esclusivo”, laddove, rispettivamente, si ritenga che i contenuti morali siano connessi al concetto di diritto in via meramente *contingente* o, nel secondo caso, allorché si sostenga che i contenuti morali non rientrino *mai* nella modalità di identificazione del diritto, essendo quest’ultimo riconoscibile attraverso il solo ricorso a meri “fatti sociali” avalutativamente rilevabili (a mezzo del c.d. “*pedigree test*” tematizzato, in sede critica, da Ronald Dworkin). Allo stesso modo, si sono configurate due diverse forme di non-positivismo: una più “debole”, la quale ritiene che sia diritto anche quello che si presenti parzialmente “ingiusto”, purché non varchi la soglia della *intollerabile ingiustizia*, secondo la nota “Formula di Radbruch”; un’altra, “forte”, che invece afferma una connessione necessaria fra diritto e morale, in virtù della quale ogni diritto giudicabile come anche minimamente ingiusto non possa qualificarsi come diritto in senso stretto e, dunque, deve classificarsi, per definizione, invalido ed incapace di obbligatorietà giuridica. Cfr. Sulla prima dicotomia, P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico*, in Aa.Vv., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, Torino, pp. 32-83, in particolare pp. 62-78; R. ESCUDERO ALDAY, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004; per la seconda distinzione si rimanda a M. LA TORRE, *On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: “Exclusive” Versus “Inclusive”*, in *Ratio Juris*, 2006, 19, 2, pp. 197-216.

<sup>19</sup> Sul tema M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, pp. 237-267 e pp. 291-329; M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus*, 2011, 16, pp. 55-93.

<sup>20</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria del diritto*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 525 ss.

È qui più modesto interesse mettere in luce un caso pratico, che ha coinvolto la nostra recente (e in parte tutt'ora in corso) storia pandemica e che rappresenta un esempio illuminante di come, nella dinamica degli operatori giuridici *lato sensu* intesi, il ricorso ad uno "strumento" avente le tipiche sembianze del 'principio' – denominato, nel caso di specie, "principio di massima precauzione" – abbia consentito di giustificare, *neutralizzandola*, un'iniziale contraddizione tra disposizioni normative, la quale avrebbe determinato notevoli problematiche pratiche, producendo una discrasia anche sul piano della legittimazione, della razionalità della loro accettazione nonché nel riconoscimento valoriale delle norme stesse.

Al di là della possibile constatazione che il sopracitato principio di massima precauzione possa declinarsi sia nei termini di un principio giuridico che, al contempo, di un principio morale, l'unica tesi – stavolta sì – esplicitamente presupposta in questa riflessione (e in parte anticipata nelle righe precedenti) è che la conoscenza del diritto non possa essere slegata dalla concreta operatività in cui la pratica giuridica comunemente (e quotidianamente) si struttura. Pertanto, pensare *al* diritto non può non essere un pensare *dentro* il diritto, assumendo come fondamentale principio metodologico l'assunzione di un punto di vista interno<sup>21</sup> o, secondo la terminologia di Robert Alexy<sup>22</sup>, un punto di vista proprio del 'partecipante' alla pratica (giuridica)<sup>23</sup>. In quest'ottica, è necessario constatare, ad ogni modo, che l'adozione del punto di vista del 'partecipante' *può* implicare sia una determinata *qualificazione teorica* dei principi giuridici attribuita loro di un

---

<sup>21</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 68 ss.

<sup>22</sup> R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), trad. it. di F. Fiore, Einaudi, Torino, 1997, pp. 22-23.

<sup>23</sup> Giova chiarire, quantomeno a fini teorico-general, che assumere la prospettiva del punto di vista interno, come ha ben dimostrato Neil MacCormick, non presuppone *necessariamente* l'adozione di un punto di vista *morale*. Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978. MacCormick, infatti, distingue un punto di vista interno *normativo* da un punto di vista interno *cognitivo* «che è quello di colui che pure collocandosi in una prospettiva di comprensione di senso non necessariamente fa proprio il contenuto morale di quel senso» (cfr. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, cit., p. 75). Tale distinzione ricorda anche la stessa formula di Raz come "enunciato distaccato" che, nonostante il suo carattere interno, pur tuttavia, non si carica di valenze morali. Cfr. J. RAZ, *The Authority of Law*, cit., pp. 158-159.

ruolo cruciale e decisivo, così come escluderne una funzione dirimente nell'assetto generale dell'ordinamento giuridico.

D'altro canto, la sospensione della radicalità del conflitto normativo a cui si accede tramite il procedimento giustificatorio del ragionamento per principi è solo temporanea e provvisoria, ben potendo subire ulteriori risvolti sul piano interpretativo. In tal senso, esso svolge una funzione più che "risolutiva", appunto, come sopra accennato, propriamente *neutralizzante*. Tale operazione di "pulizia", comunque, risulta in prima istanza utile, se non addirittura cruciale per garantire l'efficienza del sistema giuridico, che altrimenti si troverebbe irregimentato nella parziale immobilità delle regole che lo compongono, spesse volte refrattarie ad una qualificazione, razionalmente sensata, della fattispecie concreta.

Il ruolo di cui si fa carico il principio non è, appunto, "risolvere" in via definitiva una situazione antinomica o contraddittoria dal punto di vista normativo, ma fornire una prima *giustificazione* del conflitto che, altrimenti, apparirebbe irragionevole e, dunque, non fondabile. Il cittadino non potrebbe che percepire come estranee l'insieme delle norme di cui si troverebbe ad essere il destinatario, rilevandone l'incongruenza pratico-normativa. Tramite questa via, si agevolerebbe, altrimenti, una tendenza alla non osservanza e, in fin dei conti, alla disobbedienza al diritto, invece di cercare di legittimare – non già una ottemperanza "cieca"<sup>24</sup>, ma – una adeguazione al contenuto prescrittivo della norma giuridica su base ragionata ed argomentata nei suoi fondamenti razionali e di libera coesistenza<sup>25</sup>.

## 2. La questione: pandemia e sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro

Nei mesi di ottobre e novembre 2020 il governo italiano, per far fronte alla "seconda ondata" di contagi che stava investendo il Paese, si trovava a varare

---

<sup>24</sup> Propria del c.d. positivismo "ideologico". Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 233-244.

<sup>25</sup> Sul tema della obbedienza al diritto: A. SCHIAVELLO, *L'obbligo di obbedire al diritto*, in Aa.Vv., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 472-504.



ulteriori misure volte a cercare di arginare e limitare la diffusione del contagio da Covid-19 e, tra i vari provvedimenti, veniva emanato anche il D.p.c.m. del 3 novembre 2020, attuativo del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

Tale decreto richiamava, all'Allegato 12, il *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali*, il quale, a sua volta, richiedeva, con riguardo alla possibilità di rientro del soggetto-lavoratore nel proprio posto di lavoro, a seguito di accertata positività al virus, la certificazione di avvenuta negativizzazione del tampone molecolare<sup>26</sup>.

Tale disposizione normativa – lineare se isolatamente considerata – entrava in collisione, tuttavia, con una Circolare del Ministero della Salute del 12 ottobre 2020 (n. 32850) concernente le linee guida e le indicazioni per la durata ed il termine dell'isolamento e della quarantena per infezione da Covid-19, in cui si sanciva che i soggetti i quali risultassero “positivi a lungo termine”<sup>27</sup> (e che, dunque, pur non presentando sintomi, erano ancora persistentemente positivi al tampone molecolare), in caso di assenza di specifica sintomatologia da almeno sette giorni e

---

<sup>26</sup> «Per il reintegro progressivo di lavoratori dopo l'infezione da COVID19, il medico competente, previa presentazione di certificazione di avvenuta negativizzazione del tampone secondo le modalità previste e rilasciata dal dipartimento di prevenzione territoriale di competenza, effettua la visita medica precedente alla ripresa del lavoro, a seguito di assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni continuativi, al fine di verificare l'idoneità alla mansione (D.Lgs 81/08 e s.m.i, art. 41, c. 2 lett. E-ter), anche per valutare profili specifici di rischiosità e comunque indipendentemente dalla durata dell'assenza per malattia».

<sup>27</sup> «Le persone che, pur non presentando più sintomi, continuano a risultare positive al test molecolare per SARS-CoV-2, in caso di assenza di sintomatologia (fatta eccezione per ageusia/disgeusia e anosmia che possono perdurare per diverso tempo dopo la guarigione) da almeno una settimana, potranno interrompere l'isolamento dopo 21 giorni dalla comparsa dei sintomi. Questo criterio potrà essere modulato dalle autorità sanitarie d'intesa con esperti clinici e microbiologi/virologi, tenendo conto dello stato immunitario delle persone interessate (nei pazienti immunodepressi il periodo di contagiosità può essere prolungato)».

dopo almeno ventuno giorni dalla rilevazione della positività o dalla insorgenza dei sintomi, potevano interrompere – senza riscontro di negatività del tampone molecolare e previa, ovviamente, autorizzazione dell'autorità sanitaria – l'isolamento domiciliare e rientrare in comunità, riprendendo, così, lo svolgimento delle consuete attività quotidiane.

La situazione rivelava, da subito, una patente contraddittorietà, dal momento che, da una parte, il soggetto (ancora positivo, ma riconosciuto, secondo i vari protocolli condivisi, "scarsamente" contagioso sulla base delle rilevanze fattuali e dei rilievi empirici derivanti dalla allora letteratura medico-scientifica di settore<sup>28</sup>) poteva riprendere i normali contatti sociali ma, d'altra parte, le veniva preclusa, secondo il sopracitato D.p.c.m. del 3 novembre 2020, la possibilità di rientrare nel proprio posto di lavoro, essendo necessario, ai fini del reintegro in servizio, il certificato di compiuta negativizzazione del tampone molecolare.

Cosicché, la composizione del conflitto normativo veniva offerta da una nuova Circolare del Ministero della Salute del 12 aprile 2021 (n. 15127) la quale, richiamando il *Protocollo condiviso di aggiornamento* del 6 aprile 2021<sup>29</sup>, confermava che per i soggetti-lavoratori "positivi a lungo termine" fosse necessario il certificato di compiuta negativizzazione, giustificando ciò – ed è questo il punto decisivo che assume rilievo specifico a livello teorico-giuridico – in forza del c.d. «principio di massima precauzione»<sup>30</sup> e fornendo sulla vicenda una prima soluzione, sia sul piano decisorio che sul piano interpretativo<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Ad oggi, come noto, la disciplina ha subito una modificazione in virtù della progressiva diffusione della possibilità di vaccinazione per la quasi totalità della popolazione italiana. Ad ogni modo, nonostante il parziale senso di "antichità" che restituiscono queste disposizioni (benché si stia parlando di un lasso di tempo pari, all'incirca, a poco più di un anno), lo scopo di questo lavoro non è quello di fornire dati aggiornati sul piano della normazione amministrativo-sanitaria in tempi di pandemia (ché risulterebbe piuttosto complesso, vista la celerità e 'precarietà temporale' delle varie regolamentazioni), ma solo di riflettere su un dato teorico-giuridico che la normazione in materia pandemica, fra gli altri aspetti pratici, ha fatto emergere in modo piuttosto evidente.

<sup>29</sup> Il riferimento è al *Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro* del 6 aprile 2021, reperibile qui: [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pagineAree\\_5383\\_0\\_file.PDF](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5383_0_file.PDF)

<sup>30</sup> Così disponeva la Circolare: «Secondo le più recenti evidenze scientifiche i soggetti che continuano a risultare positivi al test molecolare per SARS-CoV-2 e che non presentano sintomi da almeno una settimana (fatta eccezione per ageusia/disgeusia e anosmia che possono perdurare per diverso

Il suddetto principio, peraltro, era, ed è, molto conosciuto sia a livello dogmatico che giurisprudenziale, nonché ampiamente diffuso nella prassi della ordinaria gestione amministrativo-sanitaria<sup>32</sup>. Esso, ad esempio, non rappresenta certo una novità nel panorama del diritto internazionale, essendosi affermato intorno alla prima metà del secolo scorso all'interno dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale europea, principalmente tedesca<sup>33</sup>, per poi trovare una compiuta "codificazione" (in materia ambientale) nel Trattato di Maastricht del 1992, ricevendo la sua «definitiva consacrazione»<sup>34</sup> nel principio n. 15<sup>35</sup> della Dichiarazione di Rio del 1992. In via tendenziale, il principio ancorché secondo taluni estensibile anche ad altri interessi giuridici rilevanti<sup>36</sup>, ha trovato il proprio ambito di operatività soprattutto nella materia del diritto ambientale, risultando

---

*tempo dopo la guarigione), possono interrompere l'isolamento dopo 21 giorni dalla comparsa dei sintomi (cfr. Circolare Ministero della salute 12 ottobre 2020). Tuttavia, in applicazione del principio di massima precauzione, ai fini della riammissione in servizio dei lavoratori si applica quanto disposto dal richiamato Protocollo condiviso del 6 aprile 2021. Pertanto, ai fini del reintegro, i lavoratori positivi oltre il ventunesimo giorno saranno riammessi al lavoro solo dopo la negativizzazione del tampone molecolare o antigenico effettuato in struttura accreditata o autorizzata dal servizio sanitario; il lavoratore avrà cura di inviare tale referto, anche in modalità telematica, al datore di lavoro, per il tramite del medico competente, ove nominato».*

<sup>31</sup> Sul ruolo delle circolari amministrative nel contesto dell'emergenza sanitaria: A. CATELANI, *Le circolari della Pubblica Amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, in *Società e diritti*, 2021, n. 6, 11, pp. 40-53.

<sup>32</sup> Per un inquadramento generale del tema si veda M.G. STANZIONE, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità della P.A. Profili di diritto comparato*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, pp. 1-34; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2018. Per una riflessione sul problema dinanzi alla situazione pandemica determinata dal virus Covid-19, si rimanda a T. PASQUINO, *Il principio di precauzione ai tempi del CoVid-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 2020, 1, pp. 597-601, DOI: <https://doi.org/10.15168/2284-4503-617>; T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da CoVid-19*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 2020, 1, pp. 563-570, DOI: <https://doi.org/10.15168/2284-4503-610>. Su un piano più teorico-generale: S. ZORZETTO, (2012a), *Concetto di rischio e principio di precauzione (I parte)*, in *Sintesi Dialettica*, 2012; ID., *Concetto di rischio e principio di precauzione (II parte)*, in *Sintesi Dialettica*, 2012 (<https://www.sintesidialettica.it>)

<sup>33</sup> F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, 2020, 32, pp. 183-220, p. 186.

<sup>34</sup> Ivi, p. 187.

<sup>35</sup> Il quale stabiliva che «[i]n order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation».

<sup>36</sup> Ma si vedano le riflessioni critiche contenute in F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, cit., pp. 188-189.

difficilmente estensibile a settori radicalmente divergenti sul piano dell'oggetto della tutela.

È facile desumere, dunque, come la materia della salute umana e della sua protezione da rischi e fattori esterni, possa essere ricompresa nello spazio semantico della tutela giuridica dell'ambiente, come peraltro sottolineato dallo stesso Consiglio di Stato<sup>37</sup> in una pronuncia dell'11 maggio 2020 (n. 2964) in cui si afferma che il

'principio di precauzione', che è principio generale di diritto comunitario, fa obbligo alle autorità competenti di adottare tutti i provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la salute pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli altri interessi concorrenti.

In tal modo, anche nella (allora e attuale) situazione pandemica, il principio di precauzione ha rappresentato uno strumento di capitale importanza per cercare di bilanciare, attraverso un ponderato utilizzo del criterio di proporzionalità<sup>38</sup>, dimensioni e contesti di vita altrimenti difficilmente controllabili con soluzioni rigidamente preimpostate o normativamente cristallizzate in decisioni (anche amministrative) puntuali ed estemporanee.

### **3. La funzione giustificatoria dei principi**

Ora, al di là della questione squisitamente tecnico-scientifica e amministrativa<sup>39</sup>, ciò che assume interesse in questa sede è mettere in luce, in un'ottica filosofico-giuridica, il fatto che, nel caso sopracitato, il principio di massima precauzione ha

---

<sup>37</sup> Ivi, p. 189.

<sup>38</sup> Ivi, pp. 190 ss. Sul tema si rimanda alle riflessioni contenute in G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 2017, 3, pp. 1-31.

<sup>39</sup> Cfr. L. MARINO, *Note su obbligo vaccinale e principio di precauzione. A proposito di un certo indirizzo del Consiglio di Stato*, in *Ordines*, 2018, 1, pp. 200-222.

svolto, a tutti gli effetti, una fondamentale funzione di 'collante ermeneutico' al fine di rendere *congruenti*<sup>40</sup> gli enunciati prescrittivi con il sistema giuridico complessivo. Tale congruenza non allude (soltanto) ad una mera coerenza logica tra le norme, che pur vi deve essere, ma rimanda all'esigenza per cui «la decisione presa deve 'avere senso' entro il sistema, in particolare in accordo non tanto con le sue norme quanto con i suoi principi, vale a dire con i valori fondamentali che attribuiscono al sistema il suo specifico carattere normativo»<sup>41</sup>.

In tal caso, il ricorso al principio di massima precauzione riesce a svolgere una centrale funzione giustificativa, rinviando direttamente ad un valore essenziale che, appunto, l'anzidetto principio intende tutelare, e cioè la garanzia della salute quale, ad un tempo, diritto individuale e interesse della collettività ex art. 32 Cost., con riguardo ad una situazione specifica, quella del posto di lavoro, ove tali diritti e tali interessi potrebbero subire, in ragione delle concrete peculiarità situazionali, un grave pregiudizio, ed arrecare conseguenze negative sia al singolo che alla comunità.

Nelle ricostruzioni che hanno ad oggetto la complessa tematica della applicazione dei principi giuridici e costituzionali, si tende a declinare la suddetta attività interpretativa in due forme o modalità<sup>42</sup>: la prima è quella per cui, ai fini dell'impiego e della messa in atto di un principio, la tecnica ermeneutica<sup>43</sup> su cui può lavorare l'interprete è di "trasformare" il principio in una regola più dettagliata, ovviando alla 'apertura' della fattispecie, tipica del principio, nonché

---

<sup>40</sup> Il concetto di 'congruenza' richiama i lavori teorici di Neil MacCormick ed a cui è ricollegabile lo stesso concetto di "*integrity*", che si rintraccia nelle opere di Ronald Dworkin. Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit.; R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit.

<sup>41</sup> M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, cit., p. 97.

<sup>42</sup> Questa partizione è ripresa da G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 72 ss. Su questi aspetti si vedano anche gli spunti teorici contenuti in B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 125-163.

<sup>43</sup> La concretizzazione del principio, invero, non rappresenta una vera e propria attività interpretativa in senso stretto ed è costituita, sovente, da una pluralità di attività intellettuali. Nella sostanza, tuttavia, la concretizzazione di un principio si sostanzia, in termini generali, nell'usarlo come premessa in un ragionamento la cui conclusione è la formulazione di una "regola". Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 420.

alla sua 'defettibilità'<sup>44</sup> ed alla sua 'genericità'<sup>45</sup>, attraverso la conversione in un norma giuridica caratterizzata, rispettivamente, da una fattispecie 'chiusa'<sup>46</sup>, da una tendenziale 'indefettibilità'<sup>47</sup> e da una sufficiente 'specificità'<sup>48</sup>. Lo stesso processo di concretizzazione, peraltro, è spesso influenzato dalla presenza di altri principi (e da altre *regole* del sistema), talora in collisione, talvolta in concorrenza tra loro<sup>49</sup>, richiedendo, ai fini di una soluzione, il bilanciamento<sup>50</sup>, in diverse forme, dell'assetto di interessi presupposto, più o meno implicitamente, dai principi giuridici coinvolti.

Una seconda modalità – che assume rilievo specifico per il caso in esame – è quella in cui l'applicazione del principio è successiva alla «individuazione – per via di abduzione – di un principio come giustificazione di un insieme di altre norme»<sup>51</sup>. Un'operazione di tal fatta svolge una funzione non meramente "sintetico-riassuntiva" o "esplicativa", ma più propriamente *giustificatoria* poiché una volta considerato un dato insieme di norme (costituito sia da regole che da principi, o solo da regole)<sup>52</sup> relative ad una medesima materia, «il principio sarà considerato come ciò che le giustifica, il fondamento, la *ratio*»<sup>53</sup> e, pertanto, le regole o norme di

---

<sup>44</sup> Sul tema si rimanda alle acute analisi di C.E. ALCHOURRÓN, *On Law and Logic*, in *Ratio Juris* 1996, 9, 4, pp. 331-348, e di N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 240 ss. Sulla questione si rinvia altresì a C. NITSCH, *La regola e l'eccezione. Su defettibilità, ambiguità e vaghezza delle norme giuridiche*, in AA.VV., *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, a cura di R. Brighi e S. Zullo, Aracne, Ariccia, 2015, pp. 341-360.

<sup>45</sup> R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., pp. 69 ss.

<sup>46</sup> Che è tale «allorché enumera esaustivamente i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica» (cfr. *ivi*, p. 70).

<sup>47</sup> Con ciò intendendosi la tendenza a non essere soggetta ad eccezioni implicite (quelle "esplicite" sarebbero ammesse).

<sup>48</sup> Per "specificità" si allude ad una immediata suscettibilità nell'applicazione ai casi concreti.

<sup>49</sup> G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cit., p. 73.

<sup>50</sup> G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2006, 1, pp. 1-57; M. ATIENZA, J.A. GARCÍA AMADO, *Un dibattito sulla ponderazione*, trad. it. di P. Chiarella, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

<sup>51</sup> G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 73.

<sup>52</sup> Si assume qui una definizione stipulativa per cui il concetto di norma ricomprende, al suo interno, i sottoinsiemi delle 'regole' e dei 'principi'. Per la fondazione teorica di questa dicotomia, cfr. M. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 98.

<sup>53</sup> G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 73.

dettaglio dovranno essere rese «*congruenti* con il principio che le giustifica»<sup>54</sup>, instaurando una gerarchia assiologica<sup>55</sup>.

In tal guisa, il principio assiologicamente sovraordinato non svolgerà tanto un ruolo di mera chiarificazione descrittiva del materiale normativo isolatamente considerato, quanto, piuttosto, determinerà un globale *riorientamento* e una generale *reinterpretazione* di quelle stesse norme.

Nel caso oggetto di interesse, il principio di massima precauzione esplicherebbe, appunto, una vera e propria funzione di “riorientamento” interpretativo dinanzi ad una compagine di regole che dimostrerebbero una loro contraddittorietà intrinseca, offrendo uno strumento risolutivo e garantendo una effettiva congruenza con i princìpi ed i valori fondamentali che guidano, informano e strutturano la “sostanza” normativa ad essi sottostante<sup>56</sup>. In tal modo, l’anzidetto principio contribuisce ad informare gli enunciati giuridici di un criterio generico in grado di smussare gli elementi di contrasto, agevolando un’interpretazione più lineare delle disposizioni normative di riferimento.

#### 4. Le dimensioni del ‘giure’ e le modalità di risposta al mutamento sociale

Oltre a questa dimensione specificamente tecnico-interpretativa, il ricorso a tale “strumento” – l’ermeneutica per princìpi – ha altresì posto in evidenza come le due realtà talora viste in contraddizione o, comunque, tra loro in complicata opposizione<sup>57</sup>, ossia, da una parte, la dimensione della ‘certezza’ del diritto che

---

<sup>54</sup> Ivi, p. 73 (corsivo mio).

<sup>55</sup> Sul problema delle gerarchie normative, cfr. R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Revus*, 2013, 21, pp. 57-69; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, pp. 263-299, in particolare sul problema delle gerarchie assiologiche, pp. 288 ss.

<sup>56</sup> Sul processo di “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico: R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, pp. 239-267; ID., *La sintassi del diritto*, cit., pp. 189-215.

<sup>57</sup> Tema da sempre oggetto di dibattito e riflessione teorica. A testimonianza della “storicità” della discussione, si vedano, ad esempio queste parole (piuttosto pessimistiche) di Francesco Carnelutti: «Da tempo il diritto è venuto perdendo man mano, anzi sempre più, la sua duplice funzione, di *certezza* e di *giustizia*. Avevamo prima intuito, poi ci eravamo persuasi che nel

opera attraverso una regolamentazione chiara e precisa e con sufficienti garanzie di prevedibilità e, dall'altra, l'esigenza di adeguazione della norma alle peculiarità del caso concreto<sup>58</sup> che si sviluppa sulla base di fondate argomentazioni giustificative attraverso l'ausilio dei principi (in sostanza, il manifestarsi concreto di forme di 'giustizia' nella positività del diritto), non si situano su due diversi fronti capaci di determinare opposte "fazioni" ma, piuttosto, sembrano costituire l'*humus* inestinguibile della giuridicità che, secondo un certo angolo prospettico, può essere visto come un delicato equilibrio, sempre precario ma cionondimeno necessario, tra ragione, potere ed argomentazione<sup>59</sup> attraversato dalla ricerca, costante, di un punto focale fra determinazione normativa astratta e concretezza del fatto storico. A seconda di dove venga posto l'accento<sup>60</sup> o in base al punto in cui si cerchi di inquadrare il momento di equilibrio – facendo giocare i vari elementi – si avranno diverse concezioni del concetto<sup>61</sup> di diritto. I molteplici gradienti saranno così

---

diritto si potesse raggiungere la sintesi di tali due opposti. Questo pareva un miracolo; e noi in questo miracolo abbiamo creduto. Ora, giorno per giorno, la nostra fede se ne va» (Cfr. F. CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Padova, Cedam, 1953, pp. 177-190, in particolare p. 177, corsivo nel testo).

<sup>58</sup> Concezione della giustizia che trova una delle sue prime formulazioni in un celebre passo di Aristotele, in cui lo Stagirita esprime la centralità dell'esigenza di un "correttivo" (*epanórhoma*) di giustizia volto a mitigare, nei casi di specie, la rigidità delle norme generali. Correttivo che corrisponde alla nostra 'equità', e che gli denomina *epiēikeia* ("convenienza", "adattamento") (Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, edizione aggiornata a cura di C. Faralli, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 66). Sul problema della 'giustizia' in Aristotele nella vasta letteratura, si rinvia a scopo introduttivo, a GF. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele*, il Mulino, Bologna, 1993. Il riferimento alla dimensione della c.d. 'equità' è contenuto in ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 10, 1137 b. Sul tema dell'equità nell'Antica Grecia, cfr. F. D'Agostino, *Epieikeia, Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milano, 1973.

<sup>59</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 25-40, in particolare, p. 35.

<sup>60</sup> Affermava, infatti, Letizia Gianformaggio, ponendo l'accento su una delle tre dimensioni costitutive del 'giuridico', che «del fenomeno giuridico [si possono] [...] meglio individuare le caratteristiche salienti, considerandolo una combinazione, sempre imperfetta e sperequata, di quattro elementi fondamentali: la libertà, il vincolo, la ragione, il potere», e che – proseguiva Gianformaggio – «al quarto elemento, cioè al potere, vada riconosciuta una preminenza sugli altri tre; infatti l'assenza di potere, cioè di autorizzazioni e competenze differenziate, essendo più facilmente accertabile mediante l'impiego di criteri intersoggettivi, merita [...] d'essere considerata quella che significa *prima facie* l'assenza di diritto» (cfr. *ivi*, p. 35).

<sup>61</sup> La distinzione *concept/conceptions* si trova, con riguardo alla teoria politica e alla teoria della giustizia, in J. RAWLS, *A Theory of Justice: Revised Edition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 9. Per quanto attiene alla distinzione fra 'concetto' e



destinati a svolgere un ruolo definitorio più o meno decisivo, e capaci di dirottare la visione complessiva del *ius* verso differenti traiettorie interpretative. Pur tuttavia, sembra che tali elementi debbano essere considerati congiuntamente (a prescindere dalle possibili variazioni concettuali), sia laddove si voglia adempiere una adeguata funzione descrittiva, sia allorché si intenda svolgere una ancora più necessaria funzione pratico-orientativa. Se i concetti, infatti, non sono neutrali e svolgono un ruolo 'plasmante' della realtà sociale<sup>62</sup>, decisivo anche sul piano prescrittivo-comportamentale<sup>63</sup> (e in un certo senso, ideologico)<sup>64</sup> – vieppiù laddove il diritto venga concepito come vera e propria 'pratica sociale' –, il confine netto tra ciò che è descrivibile oggettivamente attraverso forme concettuali e l'utilizzo di tali forme concettuali non mai definitivamente tracciabile, ma sempre *in fieri* e in continua rimodulazione.

Il diritto sembra dunque connotarsi, laddove concepito in questa dinamica di tensione tra astrattezza e concretezza, di una forte componente esistenziale<sup>65</sup>, talvolta sminuita giacché spesso connessa ad una configurazione del 'giuridico' propria delle tradizionali modalità e categorie interpretative, fortemente verticistiche, del giuspositivismo classico<sup>66</sup>. Nel momento in cui invece, il diritto venga restituito alla sfera più concretamente vitale della persona e del suo agire pratico, esso perde il carattere di un «arsenale di formine giuridiche [...] da schiacciare sulla realtà»<sup>67</sup> per assumere la plasticità di un'impresa comune (talora composita, se non "tragica", per le implicazioni morali che essa riserba), in grado di

---

'concezioni' nell'ambito della teoria del diritto, si veda M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 43 ss.

<sup>62</sup> Cfr. *supra*, par. 1.

<sup>63</sup> *Ivi*, p. 43.

<sup>64</sup> Sui diversi significati di 'ideologia' sul piano teorico-giuridico e nei rapporti tra diritto e potere si veda M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori*, cit., pp. 72-75.

<sup>65</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991.

<sup>66</sup> Per una rivalutazione di una dimensione "orizzontale" della giuridicità si rimanda alle riflessioni di T. GRECO, *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità nel diritto*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2014, 8, pp. 9-26, nonché, più recentemente, ID., *La legge della fiducia*, cit. Per una ripresa dei temi della discussione sul problema storico del positivismo giuridico, si veda la recente riedizione di un ormai (può ben dirsi) "classico" della cultura giuridica italiana del Novecento: N. Matteucci, N. Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, a cura e con introduzione di T. Greco, Morcelliana, Brescia, 2021.

<sup>67</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 179.

investire il soggetto nella sua interezza e nella sua (anche drammatica) complessità, di cui le decisioni nei casi specifici rappresentano un episodio emblematico in cui l'eticità si immerge nelle forme giuridiche e quest'ultime, a loro volta, si lasciano guidare dai criteri orientativi dei controvertibili (ma pur sempre *razionalmente argomentabili*) giudizi morali.

Questa componente 'plastica' del diritto appare talvolta preclusa dalla propensione teorica che si sostanzia nella chiusura all'interno del recinto dogmatico-formalistico, veicolando l'idea che ciò che appare una dimensione visibile *prima facie* si dimostri essere la caratteristica primigenia e dunque essenziale del fenomeno giuridico. Ma limare tale "impressione" è compito della riflessione teorica e filosofica, che deve cercare di svelare la sostanza corposa del 'giuridico' anche attraverso la messa in luce di casi "emblematici", come quello a cui si è fatto sopra riferimento, al fine di sottolineare la pervasività della dimensione valoriale – di cui i principi si presentano come filtro necessario per un "morbido" ingresso nel sistema giuridico –, a tutti i livelli e in tutti i rami del sistema normativo, anche in quegli ambiti – quali il procedere amministrativo – che, per forma e struttura, sembrano maggiormente rimessi alla esecutività delle procedure<sup>68</sup> (e meno dipendenti dalle fluttuanti componenti decisorie). Come già accennato, infatti, se tale fatto viene obliterato, favorendo la 'forma' e nobilitando la 'tecnica', la sopracitata componente creativo-decisoria prenderà il sopravvento, assumendo, facilmente, i contorni del puro *arbitrio* ed aprendo le porte alle ingiustizie e alle sperequazioni.

Quanto detto fa altresì emergere la potente capacità dei principi di fornire una "arma" essenziale all'ordinamento giuridico per rispondere alle "aggressioni" della realtà sociale e del suo continuo mutamento<sup>69</sup>, proprio grazie alla loro

---

<sup>68</sup> Per una analisi critica della configurazione del diritto quale stretta filiazione della dimensione 'tecnica', tra i vari lavori di Natalino Irti, si rimanda in particolare a N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

<sup>69</sup> Per una ricostruzione, in una prospettiva filosofico-giuridica e sociologica, dei rapporti tra diritto e società si veda T. GRECO, *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino, 2012. Per quanto concerne la questione generale dei rapporti sistema giuridico e realtà sociale, in via di prima approssimazione si rinvia a: G. BOMBELLI, *Società. Il rapporto problematico tra modelli relazionali e*

conformazione strutturale che genera, per forza logica, la necessità di attribuire maggiori responsabilità all'interprete incaricato dell'applicazione della norma<sup>70</sup> aprendo, sì, maggiori spazi e ambiti di discrezionalità (che possono sfociare, rischiosamente, in sacche di arbitrio), ma consentendo, allo stesso modo, al soggetto-applicatore di ponderare e valutare, attraverso un'accorta valutazione delle peculiarità del caso concreto, quale sia la migliore modalità con cui 'mettere in forma', ovvero sia *concretizzare*, la genericità<sup>71</sup> del principio giuridico stesso.

Si ripresenta, dunque, sotto diverse forme, l'elemento generale già precedentemente richiamato: il ruolo e la funzione dell'*interprete*. Quest'ultimo, infatti, dovrebbe portare con sé la piena consapevolezza dell'intrinseca capacità *modulatoria* del diritto, la sua sostanziale 'malleabilità', e non la sua rigida dimensione puramente ordinatoria delle condotte individuali. Modulabilità che apre, in tal guisa, il viatico verso la piena contezza della necessità di informare il dato giuridico, attraverso un'accorta sensibilità ermeneutica<sup>72</sup>, delle profondità organiche che plasmano il caso singolare<sup>73</sup>, oltrepassando la superficie delle sue escrescenze "anatomiche", talvolta rivelative di qualcosa di più intenso all'interno del nucleo della fattispecie concreta, ma, altre volte, refrattarie a suggerimenti specifici ed espositive di caratteristiche empiriche che possono far cadere in errore l'interprete.

---

*diritto*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco e F. Macioce, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 85-113; V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004. Sul tema delle relazioni tra diritto e società, in connessione all'istituzionalismo giuridico si vedano almeno N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, trad. it. ed a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1990; F. PALLANTE, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008; M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione*, Carocci, Roma, 2010; M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori*, cit., pp. 97-134.

<sup>70</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 118.

<sup>71</sup> Da distinguere, analiticamente, dalla differente caratteristica della 'vaghezza': cfr. C. LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2012, 12, pp. 344-395.

<sup>72</sup> F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit.

<sup>73</sup> È in tal senso che suscitano molte perplessità tutti quei tentativi di ridurre la discrezionalità applicativa dell'organo giudiziario a criteri algoritmici: sulla questione si veda A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà* (2018), trad. it., il Mulino, Bologna, 2021.

Si fa strada, così, l'idea della presa d'atto di una incapacità dell'ordine giuridico di *assimilare*, fagocitandolo, l'intero mondo sociale che comprende al suo interno una molteplicità di sfaccettature, registrando l'andamento inevitabilmente 'puntiforme' del sistema legale, sebbene orientato a precisi criteri valoriali che forniscono di tale tendenza normativa 'segmentata' una possibilità di giustificazione razionale. D'altro canto, l'esistenza di lacune – problema che ha generato, nell'ambito della storia della filosofia del diritto, variegata risposte più o meno risolutive<sup>74</sup> o il ricorso a tecniche interpretative raffinate<sup>75</sup> – è un ulteriore sintomo della strutturale difficoltà logica di *catturare* ogni momento sociale all'interno di esaustive formule giuridiche.

La consapevolezza, pertanto, di tali "falle", della impossibilità di una regolamentazione totale dei casi della vita e della riscontrabile contraddittorietà dei prodotti normativi (sia di rango legislativo che, come nel caso in parola, di natura amministrativa), invece, agevola la necessità di un imbrigliamento attraverso argomentazioni razionali che sostengano le forme del potere ed il suo esercizio, non solo nelle posizioni apicali dell'ordinamento ma ad ogni livello della struttura normativa, anche laddove vi sia l'apparenza che regni la mera *esecuzione* di regole già predisposte, pronte per essere adeguate alle esigenze ed agli interessi individuali.

## 5. Notazioni conclusive

Da quanto rilevato sul piano teorico ed in relazione alla prassi amministrativa sopra brevemente descritta, si può notare, in primo luogo, come la dimensione dei principi sia, in un certo qual modo, un elemento plausibilmente connaturato non solo all'operare del giurista ma, altresì, alla concreta prassi giuridico-

---

<sup>74</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 247 ss. Si vedano anche le riflessioni contenute in N. Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto. Corso dell'anno accademico 1940-1941*, a cura di M. La Torre, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2022, pp. 132 ss.

<sup>75</sup> Ivi, pp. 260 ss.

amministrativa. Dal punto di vista della implementazione ed attuazione dell'ordinamento giuridico essa coinvolge tutti i livelli della gerarchia formale: coinvolge i giudici ma, oltremodo, chiama in causa i funzionari amministrativi e, più in generale, gli stessi operatori del diritto che si trovano a dover "usare" il materiale normativo, tentando, quotidianamente, di renderlo congruente con il generale assetto di valori che lo innerva al suo interno, cercando di rispondere alle esigenze dei destinatari delle norme giuridiche che, in quanto tali, devono percepirne non solo la obbligatorietà ma, altresì, la più generale giustificabilità e, dunque, la piena fondabilità giuridica<sup>76</sup>.

La primaria incidenza dei principi negli ordinamenti costituzionali contemporanei sembrerebbe configurarsi come un requisito di natura "formale" o, si potrebbe dire, ontologico-strutturale che, astrattamente, prescinderebbe, *prima facie*, da specifiche questioni teoriche, quali la necessaria caratterizzazione "morale" dei principi stessi e ponendosi, rispetto a quest'ultimo tema, su un piano per così dire prodromico<sup>77</sup>. D'altronde, i principi giuridici, come canoni ermeneutici e criteri prescrittivi dell'ordinamento, abitano da sempre la scienza giuridica europea<sup>78</sup>, svolgendo un ruolo benefico soprattutto, come già ripetuto in precedenza, per la adattabilità e la sopravvivenza del sistema giuridico dinanzi al mutare degli eventi e al cangiare della realtà sociale<sup>79</sup> (ben prima, ad esempio, della fondazione di teorie morali 'costituzionalmente orientate').

---

<sup>76</sup> Su questo tema è d'obbligo il richiamo a Robert Alexy, cfr.; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; ID., *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), a cura e trad. it. di M. La Torre, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>77</sup> Sul punto si vedano le recenti riflessioni contenute in M. LA TORRE, *Bioetica in tempi di pandemia. Morale, diritto e libertà*, DeriveApprodi, Roma, 2022, pp. 86-87.

<sup>78</sup> Si pensi, a titolo di esempio, all'operare dei principi nell'ambito della tradizione civilistica. Il principio di buona fede (art. 1375 c.c. italiano) o quello di correttezza (art. 1175 c.c. italiano) hanno da sempre costituito uno strumento ermeneutico fondamentale per una interpretazione il più possibile adeguatamente orientata ai fini della ricostruzione delle dinamiche effettive della relazione contrattuale e della volontà originaria dei contraenti. Sul problema del principio di buona fede, si vedano le riflessioni di F. POGGI, *La buona fede e il principio di cooperazione. Una proposta interpretativa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2012, 30, 2, pp. 241-268.

<sup>79</sup> Richiami a questa dimensione si hanno nel così detto «contenuto minimo del diritto naturale», presentato da Hart nella sua opera più celebre. Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 225-232.

In quest'ottica, una visione gradualistica che non ponga una cesura netta tra la sfera delle 'regole' e l'ambito dei 'principi', risulta dunque più auspicabile<sup>80</sup>, agevolando, così, anche una maggiore valorizzazione del ruolo "formale" dei principi come collante ermeneutico e assicuratore di flessibilità adattiva dinanzi all'evoluzione dei fenomeni sociali, mantenendo comunque ferma la consapevolezza dell'intrinseco connotato valoriale che alimenta l'ordinamento giuridico nella sua struttura sistematica.

Orbene, al di là di una migliore o peggiore – ovvero più o meno conforme – fenomenologia dei principi costituzionali (e/o fondamentali) correlata, in particolare, alla tematica dei diritti<sup>81</sup> – obiettivo ambizioso che esula comunque da questo breve articolo – l'aspetto su cui si voleva fermare l'attenzione era la presenza nel complessivo assetto dell'ordinamento giuridico e ad ogni grado dello stesso – e per opera dei singoli componenti a cui è attribuita la funzione essenziale di garantirne l'operatività e il suo pieno sviluppo rispetto alle esigenze dei "fruitori" dei prodotti normativi – dei principi giuridici che, a prescindere dalle diverse configurazioni teoriche le quali pongano l'accento, per un verso, su una concezione dei principi quali norme *sui generis*, ovvero, per altro verso, quali prescrizioni "molto astratte" (secondo una nota lettura 'gradualistica')<sup>82</sup>, rappresentano uno strumento imprescindibile per rispondere al mutamento sociale nonché – come l'esperienza della normazione amministrativa in tempi di pandemia globale sembra dimostrare – per reagire a situazioni di eccezionalità in cui il dato normativo specifico sembra baluginare dimostrando intrinseche difficoltà applicative, ed a cui non già il richiamo alla mera discrezionalità (che può anche sfociare in puro arbitrio) dell'*extra-giuridico* costituisce la soluzione, ma bensì l'ancoraggio alla duttilità e alla flessibilità dei principi fondati su ben argomentate istanze valoriali.

---

<sup>80</sup> M. LA TORRE, *Bioetica in tempi di pandemia*, cit., pp. 86-87.

<sup>81</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001; J.J. MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2002, 2, pp. 19-34.

<sup>82</sup> J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of the Law* (1972), in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, 1984, pp. 73-87.