

I valori e il sistema ordinamentale "aperto"

Pietro PERLINGIERI

RIASSUNTO: In *Segni di valore* non si accoglie una lettura rigidamente dualistica del rapporto tra valori e norme: le due entità sono in necessaria opposizione dialettica, ma in nessun modo si escludono reciprocamente. Al contrario, sono entrambe necessarie; se, e soltanto se, sussistono entrambe entro il sistema giuridico, sistema aperto, adeguato alla realtà, capace di apprendere da se stesso, di evolvere riflettendo sugli esiti dei precedenti atti di applicazione.

PAROLE-CHIAVE: 1. Valori; 2. Sistema giuridico; 3. Principi.

TÍTULO: *Os valores e o ordenamento "aberto"*

RESUMO: *Em Símbolos de valor não se acolhe uma leitura rigidamente dualística da relação entre valores e norma: as duas entidades colocam-se em necessária oposição dialética, mas de nenhum modo se excluem reciprocamente. Ao contrário, são ambas necessárias; se, e apenas se, subsistem ambas no ordenamento jurídico, sistema aberto, adequado à realidade, capaz de aprender por si mesmo, de evoluir refletindo sobre os êxitos dos precedentes atos de aplicação.*

PALAVRAS-CHAVE: 1. Valores; 2. Sistema jurídico; 3. Princípios.

ENGLISH TITLE: *Values and the "open" legal system*

ABSTRACT: *In Segni di valore one does not welcome a rigidly dualistic interpretation of the relationship between values and norms: the two entities are in a required dialectic opposition, but in no way mutually exclusive. On the contrary, they are both required; if, and only if, both exist within the legal system, an open system, adequate to reality, able to learn by itself, to evolve, reflecting on the outcomes of previous acts of application.*

KEYWORDS: 1. Values; 2. Juridical system; 3. Principles.

1. Queste pagine prendono spunto da una gustosa satira di Pasquale Femia dedicata a Carl Schmitt, dal titolo *Segni di valore* (pubblicata in *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Atti del Convegno tenutosi a Camerino nel settembre 2009, su iniziativa della Scuola di Specializzazione in diritto civile, a cura di Lucia Ruggeri, Napoli, 2012, pp. 83-156). Il suo scritto muove da una preoccupazione di fondo: criticare in modo radicale i due fronti – il nichilismo e il fanatismo assiologico – tra i quali si dibatte ogni tentativo attuale di svolgere una ricerca sui valori nel diritto. Come la cortesia dell'A. mi ha, sia pure riservatamente, assai efficacemente precisato «nichilisti e fanatici, con argomenti diversi, rifiutano ogni

confronto con il problema dei valori; essi preferiscono scomunicare l'avversario, piuttosto che discutere. Non è un caso che queste due posizioni contrapposte abbiano una segreta solidarietà nel dipingere una caricatura dell'altro: la scolastica assiologica si dichiara convinta di avere trovato una volta per tutte – e fuori dalla storia – le supreme verità, sí che per coloro che non condividano la proclamazione delle verità eterne non vi sarebbe altro da fare che dichiararsi amorali nichilisti; il nichilismo, dalla sua parte, è invece ben compiaciuto di proclamare che fuori dalla salvezza scettica, con la quale si vorrebbe consegnare il mondo alla violenza del mercato (chiamata ipocritamente 'politica'), non vi sarebbe altro che sciocco e culturalmente attardato confessionalismo».

Il motivo ispiratore del contributo dell'A. è dunque il tentativo di rovesciare completamente i termini di questo dibattito tra sordi non involontari, spostando del tutto il piano del discorso dal «*significato*» al «*segno*» di valore.

Inviterei pertanto a leggerlo sia i detrattori dei valori, nichilisti di sempre, sia quelli che riconoscono nella «legge» forza taumaturgica, sia quelli che, pienamente soddisfatti, appaiono distratti rispetto ai mutamenti culturali e continuano ad insegnare ciò che hanno a suo tempo imparato, indicandone, orgogliosamente e nostalgicamente, le fonti.

2. Le tesi di fondo – ben sintetizzate dallo stesso Pasquale Femia in un affettuoso epistolario a me indirizzato – sono le seguenti:

a) la giuridicità è data dalla dialettica di norme e valori; essa non si esaurisce nella normatività;

b) le norme sono il prodotto di *discorsi*, i valori di *comunicazioni* (i discorsi sono organizzazioni di pensieri stabili, costruite per resistere al mutamento; le comunicazioni sono azioni continue generate dall'insoddisfazione verso i discorsi; il consolidarsi delle comunicazioni in discorsi corrisponde alla transizione da valori a norme);

c) questa dialettica inesauribile tra valori e norme rende ragione della complessità e unitarietà del diritto: i valori sono continuo divenire (in quanto comunicazioni) e pertanto sono storia, le norme sono fissazioni della validità, esse non divengono ma permangono, esse «*vigono*». Soltanto il rapporto sistematico con i valori consente alle

norme di uscire dalla astoricità kelseniana della vigenza per aprirsi alla realtà dell'applicazione;

d) nella dialettica della giuridicità le norme che esprimono principi (i principi sono le norme che comandano la massima attuazione di un valore) sono esposte al pericolo del feticismo. Interpreti poco avveduti le trattano come i vecchi positivisti trattavano le norme esprimenti regole, implicitamente suggerendo che esse abbiano un contenuto fissato una volta per tutte, ancora una volta fuori dalla storia. Questo è il punto di attacco dei nichilisti. La soluzione proposta è nel «*passaggio da significati a segni*»: le norme di principio non costituiscono significati (cioè non sono valori), ma sono esclusivamente segni di valore (i principi quindi *indicano* valori che essi *non sono*). Il passaggio – che non deve essere assolutamente confuso per uno dei tanti scetticismi o relativismi assiologici – è decisivo, poiché asserisce che i valori non sono norme pur essendo giuridici. È proprio perché non sono norme che mediante i valori si produce il divenire, la storia, l'adattamento continuo del sistema giuridico alla realtà. Essere norma significa chiudersi in un discorso compiuto (che soltanto la comunicazione assiologica può riaprire); essere valore significa essere sempre pronti a rivedere qualunque interpretazione di norme (incluse le norme di principio) per garantire l'apertura ordinamentale;

e) è pertanto diversa la funzione del testo comunicativo di norme da quella del testo comunicativo di valori: i secondi non sono essere, ma divenire; il testo *significa norme*, ma non è mai significato, è soltanto «*segno di valore*»;

f) valori e principi sono entrambi necessari al funzionamento del sistema giuridico: i principi rappresentano la consolidazione in discorsi delle comunicazioni assiologiche raggiunte da una cultura civile – se questa cultura è ancora viva, essa non si cristallizza in norme (cioè in proposizioni che rappresentano contenuti vigenti potenzialmente per sempre, fin quando un potere legislativo li abroghi), ma resta dialetticamente capace di produrre ancora comunicazioni assiologiche.

In *Segni di valore*, dunque, non si accoglie una lettura rigidamente dualistica del rapporto tra valori e norme: le due entità sono in necessaria opposizione dialettica, ma in nessun modo si escludono reciprocamente. Al contrario, sono entrambe necessarie; se, e soltanto se, sussistono entrambe *entro* il sistema giuridico, sistema aperto, adeguato alla realtà, capace di apprendere da se stesso, di evolvere riflettendo sugli esiti dei precedenti atti di applicazione.

3. Concepire il sistema ordinamentale come «aperto», riconoscere ad esso la natura giuridica in quanto ha la funzione di ordinare una *societas*, significa non identificare la giuridicità con la normatività e poter dare risposta al problema se i valori sono dentro o fuori dal sistema.

Essi, in realtà, sono ora dentro il sistema, avendoli questo esplicitamente recepiti in regole o in principi, ora fuori dal sistema squisitamente normativo, ma pur sempre parti del sistema culturale ampiamente inteso e storicamente rilevabile. Così il pluralismo culturale e ideologico che si rinnova, anche a prescindere dalle trattazioni ufficiali o dal pensiero consolidato, comunica la sua forza vitale all'ordinamento, contribuendo a rinnovarlo. Quando il valore, per così dire extranormativo, convince e prevale, arricchisce il sistema e diviene principio giuridicamente rilevante, parametro di decisione. In questo senso può anche affermarsi che il valore, in origine, è fuori dalle norme ma, agendo storicamente sul sistema, assume rilevanza giuridica e si realizza, modificando, scalzando, mortificando uno o più valori del sistema normativo non più adeguati all'evolversi della *societas*. Pertanto i valori sono (sempre) *fuori* dal sistema soltanto se di questo si ha una concezione autoreferenziale chiusa rispetto alla morale, all'economia, alla religione che compongono la cultura, plurale o egemone, di una *societas*.

Né può negarsi che i valori siano *dentro* il sistema osservando che, là dove non lo fossero, «sarebbero assorbiti nelle operazioni del sistema normativo» (P. FEMIA, p. 89): essi, infatti, anche se ormai corrispondenti a principi normativi, conserverebbero comunque la natura assiologica e ad un tempo contestativa e riformatrice. Ciò illumina la categoricità dell'affermazione dell'essere i valori «*sempre altrove*» (P. FEMIA, p. 86). Certo il valore contestativo dell'esistente, del sistema ordinamentale per come è, è ineliminabile, in quanto è ineccepibile «che non ci sarà mai un essere adeguato al dover essere, poiché quale che sia la realtà, sarà sempre possibile immaginare uno stato del mondo diverso, nel quale i valori incontrino una realizzazione maggiore» (P. FEMIA, p. 86). Non si può escludere, però, che essi possano, nel bizzarro procedere della storia, ricevere realizzazioni minori di quelle garantite formalmente dal sistema ordinamentale vigente. Il riconoscimento, sia pure minoritario, di un valore «mette in moto processi» (P. FEMIA, p. 94), potenzialmente sovversivi o soltanto modificativi del sistema ordinamentale esistente, restando incerto se quel valore vi appartenga o no fin quando «il sistema non riconosce [...] i propri confini» (P. FEMIA, p. 94). Può darsi che quel valore si dissolva senza incidere più di tanto sul sistema ma può darsi che vi incida

fino a modificarlo. Finché vi sarà vita (sociale) vi saranno valori (sul punto, P. FEMIA, p. 95); paradossalmente anche la enunciata assoluta negazione di valori sarebbe già una evidente scelta assiologica (P. PERLINGIERI, “*Dittatura del relativismo*” e “*tirannia dei valori*”, in *Iustitia*, 2011, 2, p. 225 ss.). Si indichi pure che «un giorno vivremo senza valori» (P. FEMIA, p. 95), ma la vita senza valori, dall’A. temuta, ma non auspicata, non sarebbe vita sociale né sarebbe connotata dal diritto.

In ogni caso anche per Pasquale Femia i valori sono parte del sistema giuridico, escludendo che essi siano necessariamente extragiuridici: sono *giuridici* sia pure *extranormativi*. L’essere *sempre altrove* dei valori pertanto non vuole essere un’alternativa, un dualismo che contrapporrebbe sistema (chiuso o poco aperto) e universo dei valori; il *sempre altrove* dei valori esprime la loro necessaria storicità, inespriabilità, inesauribilità. Il sistema si apre alla realtà grazie all’azione dei valori che sono *nel diritto* pur non essendo necessariamente *nelle norme*. Essi, quando sono fissati in principi, diventano norme. Un “altrove dei valori”, quello indicato da Pasquale Femia, pur sempre interno al sistema giuridico, nel senso che nessuna norma potrà mai imprigionarne il senso una volta per sempre.

4. Per il giurista quel che conta è la identificazione, ai fini dell’argomentazione giuridica, tra principi giuridicamente rilevanti e valori (P. FEMIA, p. 95). L’argomentazione giuridico-normativa ha contenuto assiologico: i valori normativi sono ciò che i principi normativi indicano; i valori giuridici sono ciò che indica il sistema ordinamentale, quale articolato e complesso insieme di fonti costituenti la totalità dell’esperienza socio-culturale. Il valore non si riduce mai a norma esclusiva ma contribuisce a cogliere «nella norma un momento (necessariamente) parziale» (P. FEMIA, p. 96, nota 22) della sua potenzialità trasformatrice, consentendo di sviluppare una ragionevole argomentazione giuridica. Se può essere vero che «le norme disegnano l’ordine (persino nelle sue contraddizioni), i valori amano il caos, nutrono le proteste e le rivoluzioni» (P. FEMIA, p. 103); tuttavia anche i valori estranei all’ordinamento legale, se veramente tali, sono pur sempre parti della complessiva esperienza giuridica della quale si nutre il sistema ordinamentale. Infatti distinguere valori e norme, persino ammettere la loro irriducibile reciproca differenza, non significa degiuridicizzare i valori, ma insistere per la loro giuridicità. L’amore per il caos di Pasquale Femia – per sua stessa precisazione –, lontanissimo «da compiacimenti estetizzanti o da nichilismo anarcoide», è piuttosto «un senso francescano verso il caos come forma dell’ordine».

Normatività e valore non si appiattiscono l'una nell'altro, né rappresentano «due esigenze opposte di pensare il divenire» (P. FEMIA, p. 103), peraltro, sempre incompatibili. L'interpretazione storico-evolutiva, la ragionevolezza, la cultura giuridica non imbavagliano le potenzialità del valore ma se ne avvalgono ai fini di attuare al meglio la norma. Tutto ciò senza togliere al valore la sua «potenza costituente» (P. FEMIA, p. 104), senza trasformare «la realtà in una prescrizione di conformismo» (P. FEMIA, p. 105, nota 41) e senza accettare l'insegnamento crociano secondo il quale i valori non sono giudizi e quindi «se A è, è come deve essere, non potendo essere altrimenti» (B. CROCE, p. 383 cit. da P. FEMIA, p. 105, nota 41). V'è la consapevolezza che anche l'ermeneutica, per quanto antiformalista, è pur sempre esposta al rischio di degenerare in vuoto tecnicismo, ripetizione acritica di giuristi "pigri". V'è la consapevolezza che nessuna metodologia prende per sé, tutto e tutto in una volta, il valore.

Tra fatti e valori, tra azione e pensiero, v'è, e non può che esservi dialettica, reciproca dipendenza: essi sono esperienza (P. FEMIA, p. 106 s.), sono la continuità e la discontinuità del sistema giuridico, che è, *in quanto diviene* (P. FEMIA, p. 106). Coerentemente, in questa prospettiva, non v'è spazio, secondo il riduzionismo positivista, per testi sacri, per feticismi legislativi. Assumono rilievo, invece, il segno e la sua comunicazione, il valore e la riflessione su di esso, l'argomentazione retorica in quanto rivelatrice di possibili innovazioni e mutamenti.

Al discorrere di valori nel diritto, piuttosto che reagire «col fastidio o la sufficienza di chi in essi scorge soltanto emotività irrazionali e vorrebbe segregarlo nelle scelte di un legislatore democraticamente eletto» (P. FEMIA, p. 114 s.), occorrerebbe riflettere sulla essenziale complementarità della cultura e dell'esperienza nell'attività del giurista. Ben detto che i cittadini qualora «fossero finalmente liberati dalla tirannia dei valori, liberi del liberale formalismo del discorso dominante» si aggirerebbero come «ombre senza nome tra i discorsi dei dominanti» (P. FEMIA, p. 115).

5. Tuttavia i valori non «si oppongono al reale» sempre e necessariamente (sul punto, P. FEMIA, p. 115); anche essi sono il reale. Essi si manifestano nella pratica e nell'interminabile continuativo processo ermeneutico. L'esperienza dei valori postula necessariamente la loro realtà. E se è vero che «la costruzione presuppone la distruzione» (W. BENJAMIN, p. 587, cit. da P. FEMIA, p. 116) quest'ultima nel sociale non è mai totale: è la continuità storica che vive e si adegua alla discontinuità. I valori mutano con il divenire della storia umana e sono suscettibili di assumere valenza

normativa appena trovano spazio o riscontro nel sistema ordinamentale, specie se questo si configuri come aperto: i valori ora sono impliciti, o fuori dalla normatività, ma rispondenti a ben precisi principi normativi, ora espliciti, presenti nel sistema normativo in precisi principi normativi. La comunicazione tra i valori, che sono dentro e fuori dal sistema normativo, è produttiva di giuridicità, intesa come esperienza nella sua totalità. Ciò nella corretta consapevolezza che «il diritto si costruisce ad ogni applicazione» (P. FEMIA, p. 119), che qualsiasi problema è risolvibile in un sistema, che non si esaurisce con i testi o con gli inter-testi ordinanti, ma con l'insieme delle sue possibili interpretazioni alla luce dei valori innovativi anche di quelli non ancora assunti in forme testuali di formale valenza normativa: è il caso delle decisioni che adducono, ad esempio, la Carta di Nizza o il Trattato di Lisbona prima della loro entrata in vigore, nella loro motivazione (così giustamente P. FEMIA, p. 119 s.).

In questo contesto sí è vero il testo costituzionale non contiene «le chiavi di ogni verità» (P. FEMIA, p. 125, nota 82). Tuttavia il costituzionalismo può assolvere il ruolo di «garanzia» soltanto se si riconosce che contenutisticamente i suoi principi hanno rilevanza normativa e sono idonei a rappresentare i valori che connotano la società che si vuole garantire: personalismo, pluralismo, solidarismo ecc. Valori che, provenendo dalla “sofferenza” e dalle barbarie di un disastro bellico mondiale, contengono una scelta fortemente sincera e innovativa, sulla quale “una riflessione pubblica”, una adeguata comunicazione sarebbe ancora necessaria oltre che per produrli (P. FEMIA, p. 125), per viverli e concretizzarli.

6. Norme e valori non appaiono incompatibili: non già perché i valori non sono giuridici ma proprio perché la giuridicità non si esaurisce nella normatività testuale (P. FEMIA, p. 129). L'irriducibilità di valori e norme non implica alcuna incompatibilità, implica però la loro assoluta necessaria coesistenza. Il testo è soltanto segno di valore. Invocare i valori allora non si riduce ad una nostalgia del giusnaturalismo, ma assume il significato di una consapevolezza che il giurista non può più affrontare i problemi con una arida dimensione logico-deduttiva ma coniugando la “logica del caso” con la “logica del sistema”, in quanto entrambi hanno una forte carica assiologica.

Nessuna incompatibilità dunque tra normatività e valore: il sistema dei valori non è riducibile ad una dimensione spirituale, estranea all'interpretazione normativa (v. invece E. FORSTHOFF, p. 40, cit. da P. FEMIA, p. 128 s., nota 90). La forza del valore è tale che, se contrastante con una regola vigente, ne introduce una «diversa e incompatibile», assumendo in tal modo valenza normativa (P. FEMIA, p. 150). Ma allora

si può scrivere che «i valori non costruiscono né fondano regole» e che «le regole e i principi emergono dalla comunicazione assiologica, non sono da essa fondati» (P. FEMIA, p. 150 e, *ivi*, nota 141)? La risposta positiva postula che i valori, in quanto divenire, non avendo fondazione, siano opposizioni al preesistente. La fondazione del valore si configura nel suo consolidarsi in norma del sistema. Un sistema ordinamentale si caratterizza in quanto «la politica è una qualità interna ad ogni sistema» (P. FEMIA, p. 153).

Si può anche dire che il valore se si trasforma in norma non è più se stesso (P. FEMIA, p. 154): più semplicemente è un valore che è anche norma; altri valori attenderanno di divenire norme e potranno anche non divenirlo mai. Ciò non significa che questi restano esclusi da qualsiasi rilevanza giuridica.

Il processo di transizione dal valore alla norma è pur sempre produttivo sul piano normativo e incide sull'ermeneutica. Ciò non toglie nulla alla capacità della norma di essere attuazione di un valore; ciò che toglie – precisa Pasquale Femia nell'epistolario a me riservato – è «la pretesa egemonica che il valore si esaurisca una volta per sempre nella norma che proprio mediante il valore è stata prodotta». È l'affermazione del diritto come cultura, che non può non essere condivisa.

7. Di certo non può non apprezzarsi la libertà di comunicare valori e riconoscere in essi una vitalità contestativa e sovversiva. Esercitare una tale libertà, anzi poterlo fare, è già un usufruire di un valore acquisito qual è la libertà di opinione che non obbliga a genufletterci rispetto all'opinione imperante.

La genuflessione al potere dominante no; tuttavia comunicazione e riflessione non bastano. Femia ne è ampiamente consapevole. Occorre favorire l'evoluzione del sistema. I giuristi sono sul “campo di battaglia” e devono sforzarsi di comunicare non convincendo ma persuadendo, sí che la riflessione non sia soltanto autoriflessione, ma riflessione collettiva e quindi feconda di mutamenti effettivi del reale: studiare per comunicare. Il diritto è comunque scienza pratica. Studiare i casi concreti, quelli della vita reale, e indicarne ragionevolmente le soluzioni congrue, motivando e non ripetendo, senza farsi irretire dalle categorie concettuali e dalle speculazioni erudite, con la dovuta attenzione agli interessi e ai valori, ai loro conflitti e alla necessità di bilanciarli secondo il sistema ordinamentale.

L'epoca contemporanea, dopo la sbornia del positivismo legislativo, esige giuristi colti capaci di argomentare e soprattutto di comprendere la complessità dei rapporti umani valutandoli per quello che sono senza infingimenti formali. Il contributo di Pasquale Femia è una salutare colta provocazione e, ad un tempo, una risposta a chi è succube di una falsa tirannia, quella dei valori, nella storia del diritto, eterna compagna dell'uomo.

civilistica.com

Recebido em: 24.5.2014,
mediante convite.

Como citar: PERLINGIERI, Pietro. I valori e il sistema ordinamentale "aperto". **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/i-valori-e-il-sistema-ordinamentale-aperto/>>. Data de acesso.