



Rivista N°: 3/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 18/09/2015

AUTORE: Francesco Rimoli*

L'INTERPRETAZIONE "MORALE" DELLA COSTITUZIONE: BREVI CONSIDERAZIONI CRITICHE**

1. Premessa - 2. Diritto e morale - 3. Il processo di positivizzazione del diritto come espressione di una funzione sistemica differenziata - 4. L'interpretazione "morale" della norma giuridica - 5. L'interpretazione "morale" della costituzione - 6. I mille volti del (neo)giusnaturalismo.

1. Premessa

Si è diffusa, negli ultimi decenni, una tendenza a promuovere, seppur in modo non sempre nitido ed esplicito, una proposta di recupero di una dimensione interpretativa della costituzione che privilegia la dimensione morale dei testi costituzionali, una "*moral reading*" che evidenzia la loro natura assiologica prima che giuridica, la loro capacità (reale o presunta) di costituire il luogo dell'aggregazione etica (più che morale) di una collettività intesa sempre più come comunità. Da questo punto di vista, la magmatica congerie di dottrine che si è ormai soliti definire sotto la capiente categoria del "neocostituzionalismo" rappresenta un motivo di dibattiti alquanto accesi tra gli studiosi, forse ben oltre la reale portata innovativa (alquanto sfuggente, per la verità) del fenomeno stesso¹. In effetti, sebbene classificata, e

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Teramo

** Saggio destinato al *Liber amicorum* Augusto Cerri, in corso di pubblicazione.

¹ Sul tema, in una letteratura ormai torrenziale, si vedano per tutti gli scritti di S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; EAD., *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n.3/2003, 51 ss.; T. MAZZARESE, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Note a margine*, in *Ragion pratica*, n.2/2003, 557 ss.; EAD. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002; A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n.3/2003, 37 ss.. Sul punto anche M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012, che distingue il "neocostituzionalismo" (trasferito poi in lingua ispanica e portoghese come *neoconstitucionalismo*), termine usato pressoché esclusivamente da giuristi, dal *new constitutionalism* di matrice statunitense, riferito nell'ultimo ven-

con notevoli riscontri, come possibile formulazione di una “terza via” di pensiero rispetto alla tradizionale dicotomia tra giusnaturalismo e giuspositivismo, l’incerta linea che si ispira ad autori tra loro comunque diversi, da Dworkin a Zagrebelsky, da Alexy a Nino, e che potrebbe coinvolgere in certa misura lo stesso Habermas, nonché molti altri studiosi di varia estrazione e appartenenza geografica, non sembra aggiungere granché alle prospettive consuete, con un percorso che, tramite la riflessione sui principi e sulla loro presunta differenza *ontologica* nei confronti delle regole, approda, pur se in modo raffinato e talora dissimulato, a una sostanziale rilettura attualizzata delle concezioni giusnaturaliste, fondate su un’etica sostanzialmente (post)cognitivista². Sicché, più che di un neocostituzionalismo, sembrerebbe opportuno parlare, semplicemente, di uno dei non rari neogiusnaturalismi presenti nella riflessione giuridica, rinvenienti almeno a partire dal secondo dopoguerra. In effetti, chi si è più a fondo occupato del tema (coniando il termine stesso) è stato sempre consapevole, pur formulando l’ipotesi della “terza via”, sia della natura antipositivistica delle tesi sostenute dagli autori in esame, sia della progressiva frammentazione semantica che il termine “neocostituzionalismo”, per la sua stessa diffusione, ha finito con il subire, sia, infine, dell’intrinseca debolezza della teoria e addirittura della difficoltà di concepirla come tale³. E tuttavia, al di là delle questioni terminologiche, tanto care allo spirito classificatorio dei giuristi ma spesso superflue (se non fuorvianti), nonché delle invenzioni lessicali di successo, alcuni punti di questa evoluzione del pensiero costituzionalistico recente meritano certo qualche riflessione.

Seguendo, per comodità espositiva, la schematica ricostruzione di Barberis, questi individua anzitutto un *new constitutionalism* che si concretizza nei caratteri seguenti: un “ricorso sistematico ai *diritti* che gremiscono costituzioni statali e documenti internazionali”; una “giudizializzazione”, realizzata in forma intenzionale (come delegazione dal costituente o dal legislatore al potere giudiziario), ovvero in forma non intenzionale (come dislocazione conseguente ad atti di questi soggetti che di fatto lasciano ai giudici il potere decisorio); infine, una diffusione sovranazionale, anch’essa svolta per delegazione o dislocazione, e realizzata affidando a giudici e organizzazioni sovranazionali poteri crescenti, anche oltre i margini della delegazione. Di qui procede, pur distinguendosene, il “neocostituzionalismo”, che ha come oggetto di studio il “diritto costituzionalizzato”, inteso come “adeguamento del diritto infracostituzionale ai principi costituzionali” (peraltro perseguito ma mai realizzato), e ha come fonti da un lato i numi tutelari di Hart e Dworkin (autori che hanno peraltro formulato teorie sovente tra loro in contrasto) sul piano dottrinale, e dall’altro “la riflessione sul *new constitutionalism*” sul piano istituzionale. Da tali ispirazioni il “neocostituzionalismo” trae poi alcune interessanti conseguenze, in ordine – ed è questo il tratto che qui più ci interessa – ai rapporti tra diritto e morale, alla prospettazione teorica della norma e del ragionamento giuridico, non-

tennio soprattutto “agli sviluppi europei e globali del *constitutionalism* nordamericano”, e usato anche da non giuristi per indicare le costituzioni del secondo dopoguerra (ivi, 18 ss.).

² Sul punto anche M.DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un’altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, n.2/2010.

³ S.POZZOLO *Metacritica*, cit., 56 ss.

ché, e questo qui ci interessa maggiormente, alla funzione degli interpreti⁴. In ordine al primo aspetto, che strettamente si connette al terzo ed è quello più delicato, e tralasciando il secondo, il “neocostituzionalismo” pone dunque le basi non solo per una “interpretazione morale” della costituzione, ma anzitutto per un recupero della connessione interna tra diritto e morale, ovvero per una potenziale de-differenziazione sistemica del diritto nei confronti degli altri sottosistemi su questa fondati (ivi incluso quello, affatto peculiare ma con essa inscindibilmente legato, della religione). E ciò merita attenzione.

2. Diritto e morale.

Non è qui possibile, ovviamente, affrontare adeguatamente l’arduo e vastissimo tema dei rapporti tra diritto e morale: e tuttavia, qualche richiamo a tesi recenti, entro una prospettiva di tipo sistemico, affatto diversa da quelle citate, dev’essere svolto. In una nota conferenza-lezione del 1988, Habermas, alla luce delle sue teorie etiche postcognitiviste⁵, contesta a Luhmann la tesi dell’autopoieticità del diritto (interpretata da Habermas, invero, con una certa forzatura), per poi giungere a sostenere la persistenza, in questo, di un “interno legame con politica e morale”, che non può mai essere sciolto dall’auto-differenziazione del diritto stesso⁶: l’abbandono del diritto naturale moderno, riaffermato da Kant come *Vernunftrecht* in sostituzione di quello classico, religioso-metafisico, si giustifica perché “esso appariva inadeguato agli sviluppi della realtà sociale che avrebbe dovuto interpretare”. Lo sviluppo della scienza giuridica tedesca del secolo XIX, da Savigny a Puchta, si basa ancora sulla dimensione del diritto soggettivo come espressione massima di una libertà del volere kantianamente intesa, ma lascia di fatto spazio, dopo la creazione del *Reich*, alle costruzioni teoriche di Gerber e Laband, ovvero alla “dottrina della legge come imperio di una istanza legislativa sovrana, cioè svincolata da ogni contenuto”⁷. Di qui, almeno nell’area tedesca (diversamente che in quella anglosassone, dove l’assetto del *rule of law* di fatto connette più strettamente legislazione e giurisdizione), si procede verso una “erosione del concetto kantiano di legge”, ossia a un suo “sganciamento dai contenuti morali del giusnaturalismo”, secondo un processo che può essere osservato da una doppia prospettiva: della giurisprudenza (giurisdizione) da un lato, e, dall’altro, di una legislazione affidata alle competenze parlamentari. Qui Habermas pone correttamente il problema: a questo punto del processo evolutivo, “i fondamenti morali del diritto positivo non sono più spiegabili nei termini di un soprastante diritto naturale”; d’altronde, “essi non sono neppure liquidabili *sic et simpliciter* – rinunciando a qualsiasi

⁴ M.BARBERIS, *op.cit.*, 24 ss.; un’indagine sul tema, di recente, anche in S.PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell’interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, Torino, 2013.

⁵ Sul punto, e per la ragione di questa definizione, sia consentito il rinvio a F.RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell’integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999, spec.93 ss..

⁶ J.HABERMAS, *Diritto e morale (Tanner Lectures, 1988)*, tr.it.in Id., *Morale Diritto Politica* (raccolta di saggi 1988-91), Einaudi, Torino, 1992, 5 ss., ma spec. 45 ss. e 54 ss..

⁷ Ivi, 67-69; su von Savigny e Puchta, W.WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), tr.it. Giuffrè, Milano, 1974, 17 ss. e 75 ss.; secondo K.LARENZ, *Storia del metodo giuridico*

equivalente – pena la sottrazione del diritto del suo intrinseco, sostanziale momento di indisponibilità”. Dunque, è necessario mostrare “come il punto di vista morale di un’imparziale formazione del giudizio e della volontà possa venire stabilizzato *all’interno* dello stesso diritto positivo”: ma per questo “non basta mostrare che taluni principi morali del diritto naturale moderno sono stati positivizzati come *contenuti materiali* del diritto costituzionale”, giacché è “proprio la contingenza caratterizzante i contenuti di un diritto arbitrariamente modificabile ciò che fa problema”⁸. Condivisibile qui è la posizione del problema; meno la soluzione, che Habermas propone non solo nella possibile complementarità di un “diritto convenzionalmente esteriorizzato” e di una “morale interiorizzata”, ma in un loro “intreccio strutturale”, in cui la morale, non più “sospesa in aria, al di sopra del diritto”, si introduce “nel cuore stesso del diritto positivo, senza tuttavia annullarvisi”. Si tratta però, in questo ambito, di una morale “di natura puramente procedurale”, che si è cioè “spogliata di tutti i contenuti determinati, sublimandosi in un procedimento di giustificazione valido per possibili contenuti normativi”. Qui la stessa argomentazione è istituzionalizzata come procedimento aperto, “che, ubbidendo a una *sua* logica, diventa in grado di controllare la propria razionalità”; e tale argomentazione, in virtù del “quadro giuridico-costituzionale”, si blocca quando raggiunge il diritto positivo (che è frutto, assai prima che delle procedure giurisdizionali, di quelle parlamentari); ma è il diritto stesso che “autorizza e stimola una dinamica giustificativa, che è anche capace di trascendere secondo modalità imprevedibili la lettera del diritto vigente”⁹. Ma questa *Begründungsdynamik*, operante (già secondo Puchta) entro un metodo “scientifico” di giustificazione applicato dai giudici, tende a spostare quelle che Habermas definisce le “ragioni legittimanti della legalità” verso una “razionalità procedurale” tutta intrinseca al “discorso giudiziario”: il problema sta invece nel cogliere ragioni di legittimità (*rectius*, nel lessico giuridico italiano, di *legittimazione*) anzitutto nel “discorso legislativo” posto in essere dai parlamenti democratici. Ed è infine in un “intreccio di procedure giuridiche con argomentazioni che si autoregolano alla luce dei principi di universalizzazione e di pertinenza” che Habermas ritiene sostenibile la pretesa di validità del diritto positivo, basato insieme su un canone di statuizione e di giustificazione: giacché il primo aspetto (tradotto in imperatività e coercibilità della norma) non basta, per sé, a sostenerne la legittimità (legittimazione). Così intesi, i “percorsi giuridicamente istituzionalizzati della giustificazione si dischiudono all’argomentazione morale”; il sistema giuridico è dunque autonomo, per Habermas, solo “nella misura in cui le procedure istituzionalizzate della legislazione e della giurisdizione garantiscono un’imparziale formazione del giudizio e della volontà, facendo così penetrare nella politica non meno che nel diritto una razionalità procedurale di tipo morale”¹⁰.

Ora, secondo Habermas, tale razionalità procedurale tende a superare l’*impasse* di una universalità procedurale della legge indebitamente trasformata da Kant in mera universalità semantica, e a riaffermare la prima tramite un principio di universalizzazione mutuato

⁸ J.HABERMAS, *op.cit.*, 70-71.

⁹ *Ivi*, 36-37.

¹⁰ *Ivi*, 75-76.

dall'imperativo categorico dello stesso Kant, secondo un paradigma comunicativo adombrato dallo stesso Habermas, perfezionato da Alexy alla fine degli anni Settanta (in un quadro nel quale il discorso giuridico è inteso come "caso particolare" [*Sonderfall*] del discorso pratico generale)¹¹, e infine posto, ancora da Habermas, tra i fondamenti dell'intera etica del discorso e della democrazia discorsiva¹². Non è qui possibile ripercorrere i passaggi più problematici e i più evidenti limiti operativi della pur suggestiva concezione habermasiana¹³: basti però rilevare, sul piano più strettamente teoretico, che anche la presunta universalità procedurale non rappresenta, in sé, fattore di legittimazione se non poggia su un presupposto assiologicamente condiviso, ossia su quei caratteri di apertura, inclusività, integratività che sono il tratto saliente della prospettiva pluralista. Ma proprio questi, nondimeno, possono *non* essere (proprio in virtù della stessa dimensione pluralistica, che svela in ciò la sua natura paradossale) condivisi dalla totalità dei consociati, e soprattutto da coloro che rifiutino di accogliere le stringenti regole dell'argomentazione proposte da Alexy e Habermas, partecipando alla dinamica discorsiva in modo non coatto, o ancor più (sofismi, di cui si dirà, a parte) *non* partecipandovi affatto: il che può ben accadere in contesti sociali sempre più eterogenei, multiculturali e conflittuali¹⁴. In questo senso, quella che per questi autori è una possibilità di fondazione trascendental-pragmatica del principio morale si scontra piuttosto con la difficoltà (forse impossibilità) di ottenere, infine, quella convergenza di consensi che è richiesta, nelle menzionate teorie, per verificare la loro accettabilità come norme morali. La pur assai varia declinazione che, nelle etiche cognitiviste, riceve l'imperativo categorico kantiano lascia tuttavia impregiudicata l'idea di impersonalità/universalità del precetto morale, che (semplificando molto) si traduce poi in termini giuridici nel canone della generalità/astrattezza della legge. La prospettiva habermasiana impone tuttavia non la mera formalizzazione dell'universalità, ma una reale imparzialità del giudizio, nel senso che la pretesa di validità della norma è subordinata al fatto che vi sia uno scambio di ruoli tra il singolo e tutti gli altri potenziali interessati, sicché "le conseguenze e gli effetti secondari derivanti (presumibilmente) di volta in volta dalla sua *universale* osservanza per quel che riguarda la soddisfazione di *ciascun* singolo, possano venir accettate da *tutti* gli interessati (e possano essere preferite alle conseguenze delle note possibilità alternative di regolamentazione"; questo è il principio

¹¹ Sul punto J.HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, in H.FAHRENBACH (hrsg.) *Wirklichkeit und Reflexion: Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Neske, Pfullingen, 1973; R.ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), tr.it. Giuffrè, Milano, 1998, 95 ss..

¹² J.HABERMAS, *Etica del discorso* (1983), tr.it. Laterza, Roma-Bari 1985, spec.64 ss.; ID., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e ass., Milano, 1996; una sintesi del pensiero di Habermas fino al 2000 in S.PETRUCCIANI, *Introduzione a Habermas*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

¹³ Per cui si rinvia a quanto già scritto in F.RIMOLI, *Pluralismo e valori*, cit., 125 ss.; ID., *Democrazia discorsiva e laicità: il modello di Habermas alla prova del postsecolarismo*, in M.P.PATERNÒ (a cura di), *Noi e gli altri, ipotesi di inclusione nel dibattito contemporaneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, 133 ss..

¹⁴ R.ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), tr.it. Giuffrè, Milano, 1998, 149 ss. sulle regole e forme del discorso pratico generale, 169 ss. sul discorso giuridico come *Sonderfall* del primo, e 235 ss. per una tavola delle regole e forme elaborate nel testo; J.HABERMAS, *Etica del discorso*, cit., 92 ss..

di universalizzazione (U), mentre il principio di discorso (D), che presuppone (U) come acquisito, si formula nel senso che “una norma può pretendere di avere valore soltanto se tutti coloro che possono esserne coinvolti raggiungono (o raggiungerebbero), come *partecipanti a un discorso pratico*, un accordo sulla validità di tale norma”¹⁵.

Ovviamente, e senza poter qui approfondire oltre, si tratta di una teoria molto esigente, e difficilmente applicabile in concreto in una prospettiva in cui la diversità delle concezioni etiche (talora inclinate verso l'integralismo) compresenti nelle società contemporanee pone ostacoli probabilmente insormontabili, non solo rispetto alla loro integrabilità reciproca, ma ancor prima rispetto a un generalizzato orientamento all'intesa dei molti interlocutori; la stessa idea, formulata da Apel e argomentativamente scaltra ma alquanto artefatta e irrealistica, che vede la partecipazione al discorso come “necessaria”¹⁶ resta poco più di una finzione, se si pensa all'atteggiamento di rifiuto radicale che talune etiche (specialmente quelle ispirate a un fondamentalismo religioso) oppongono al dialogo effettivo con le altre, operando anzitutto fattualmente e non discorsivamente (non a caso, dopo gli eventi terroristici di inizio secolo, lo stesso Habermas ha dovuto ampiamente riflettere sull'applicabilità concreta di certe teorie, propugnando tesi un po' utopiche come quelle postecolariste)¹⁷. D'altronde, la fondabilità universale di un'etica comune resta un problema tanto vivo in sede teoretica, quanto per sé difficilmente risolvibile in termini pratici, in particolare sul piano giuridico: così, artifici logici o ipotesi astratte, come il velo di ignoranza rawlsiano¹⁸, tentano di risolvere l'*impasse*, ma hanno il grave difetto di perdere di vista la realtà fenomenica, nonché l'effettivo conflitto di interessi che si sottende a ogni opzione politica, e a ogni sua traduzione in termini giuridici. In effetti, l'affermazione hobbesiana per cui *auctoritas, non veritas facit legem*, divenuta motto aureo del giuspositivismo classico, trova una sua profonda ragion d'essere proprio nell'impossibilità di rinvenire realmente un luogo di consenso globale, di verità (o giustizia) in quanto ontologicamente tale o in quanto oggettivata dal consenso (secondo una delle pro-

¹⁵ J.HABERMAS, *Etica del discorso*, cit., 74 (corsivi dell'a.).

¹⁶ La partecipazione al discorso avverrebbe di fatto anche per chi formalmente la rifiuta: già secondo la raffinata riflessione di Apel (K.-O. APEL, *L'apriori della comunità di comunicazione*, in ID., *Comunità e comunicazione*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1977, 243 ss.) nel momento stesso in cui l'interlocutore reagisce alla proposta del cognitivista di fondare universalmente principi morali obiettando con il c.d. “trilemma di Münchhausen” (rassegnarsi a un regresso infinito, interrompere arbitrariamente la catena deduttiva, procedere in circolo), il primo in realtà accetta alcune regole minimali di argomentazione logica che lo includono automaticamente nel discorso medesimo. Apel recupera una fondazione non-deduttiva delle norme etiche, confutando la posizione del “fallibilista”, che rifiuta la fondabilità dei principi morali con il trilemma suddetto, e utilizzando piuttosto i principi-ponte di induzione e universalizzazione, poi ripresi da Alexy e Habermas.

¹⁷ J.HABERMAS, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2005 (tr.it.parz. *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma-Bari, 2006); per una critica alla prospettiva del postsecolarismo, F.RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo* (2006), ora in ID., *Democrazia Pluralismo Laicità. Di alcune sfide del nuovo secolo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 285 ss.. Lo stesso Habermas peraltro è stato, fin dall'inizio, ben consapevole della difficoltà di comprendere in una teoria di tipo universal-pragmatico la posizione di chi si sottrae *tout court* all'argomentare (cfr. *Etica del discorso*, cit., 109 ss.).

¹⁸ L'ovvio riferimento è a J.RAWLS, *Una teoria della giustizia* (nuova ed., 1999), tr.it. Feltrinelli, Milano, 2008, spec.142 ss..

spettive dello stesso Habermas)¹⁹. Non si tratta qui di assumere le (più comode?) vesti dello scettico non cognitivista, quanto piuttosto di mantenere quel grado di realismo e concretezza che il giurista e il politico (ma anche il filosofo) devono sempre tener fermo nell'analisi dei fenomeni che li circondano; in tal senso, l'aspetto della coercitività del diritto medesimo, inteso come quello promanante da un'autorità in grado di rendere *effettivamente* obbligatorie le proprie statuizioni, rileva come fattore determinante nella definizione del fenomeno stesso, secondo un giudizio *a posteriori* che conferma, unica fonte reale di legittimazione, ciò che *a priori* si pone come *presunzione* (o previsione probabilistica) di effettività. Qui sta, dunque, la necessità di separare diritto e morale: pur nella consapevolezza dei pericoli che una tale scissione comporta (peraltro non certo più gravi di quelli che una confusione delle due dimensioni ha provato storicamente di implicare), è evidente che, tanto più in società complesse ed eterogenee, una de-differenziazione del sottosistema giuridico rispetto a quello morale (e magari a quello costituito dalle religioni) potrebbe indurre, oltre che a una regressione funzionale di incalcolabile impatto sistemico, a una concreta apertura all'arbitrio, soprattutto in sede applicativa, dei più vari soggettivismi etici. In realtà, la prospettiva di Habermas può essere letta sotto molteplici angolazioni: se essa vuole riaffermare che la moralità (intesa come posizione di *un* paradigma etico capace di affermarsi come egemone in un dato contesto sociale) si trasfonde *anche* nelle opzioni giuridico-normative del singolo ordinamento, è certo condivisibile, ma resta espressione di una constatazione di tutta evidenza, che non richiederebbe spiegazioni così complesse²⁰; se invece – come sembra più plausibile – essa vuole individuare in quella “razionalità procedurale” che, transitando dal discorso legislativo a quello giudiziario, opera come fattore di legittimità (legittimazione) complessiva della decisione, il luogo di una moralità condivisa e autonoma, derivante dall'autocomprensione collettiva del soggetto politico che in essa si esprime, è evidente che qui la conclusione si fa più opinabile, giacché tende implicitamente a un'indebita oggettivizzazione (o addirittura, su scala più ampia, a una possibile universalizzazione) di opzioni assiologiche che sono – e restano – quelle *hic et nunc* meramente *prevalenti* entro un dato contesto, e in quanto tali mantengono il loro carattere *soggettivo* e *relativo* di giudizio di valore, seppur talora dissimulato sotto l'ampio ombrello del (sempre vago) parametro della ragionevolezza²¹.

¹⁹ Peraltro sottoposta a critica anche da R.ALEX, *Teoria dell'argomentazione*, cit., 82 ss. e 98 ss..

²⁰ Se non con ricostruzioni poco convincenti, come quella proposta tramite il concetto di *inner* (o *internal*) *morality of law*, articolata in otto modalità (legate in sostanza a principi: di legalità, di chiarezza, di pubblicazione delle norme, di coerenza dell'ordinamento e di limitazione al suo mutamento), da L.L.FULLER, *La moralità nel diritto* (II ed., 1969), tr.it. Milano, Giuffrè, 1986, che, evitando di proporre un diritto naturale “sostanziale”, di tipo trascendente, si limita piuttosto a riconoscere una “legge naturale procedurale” legata all'intrinseca moralità del diritto (ivi, spec.56 ss. e 130 ss.).

²¹ Sul tema, tra moltissimi, F.MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009 (rist.2010), spec. 45 ss. sul rapporto tra giudizi di fatto, giudizi di valore, razionalità e ragionevolezza; sia per messo anche il rinvio a F.RIMOLI, *Razionalità e ragionevolezza nel processo di positivizzazione del diritto: riflessioni brevi su una prospettiva teorica*, in *Studi in onore di F.Modugno*, IV, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 2913 ss.

3. Il processo di positivizzazione del diritto come espressione di una funzione sistemica differenziata.

Qui dunque diritto e giustizia, diritto e verità, diritto e morale devono restare separati: non perché, si badi, non esistano punti di intersezione *fattuale* tra le diverse dimensioni (che si danno, quanto meno, nella percezione comune dei consociati in termini di aspettative e prospettive psicologiche)²², ma perché le funzioni sistemiche del diritto come sottosistema si differenziano, almeno da un certo momento storico in poi, da quelle degli altri sottosistemi sociali. Il compito di trasformazione delle aspettative da meramente cognitive in normative, nonché di semplificazione della complessità delle decisioni individuali che, a tacer d'altro, il diritto si assume entro la prospettiva funzional-strutturale della società²³ impone che il *dato* giuridico, una volta espresso come tale, tale rimanga, e sia assunto *in sé* quale punto fermo di riferimento dell'agire individuale e collettivo, *benché provvisorio e modificabile*: ma il difficile equilibrio tra stabilità e mutamento che l'intero fenomeno giuridico persegue è perfettamente spiegabile in termini funzionali di interazione sistemica, senza dover ricorrere cioè a sfuggenti dimensioni extragiuridiche volte a spiegare la *modificabilità* del diritto positivo. Qui cioè si risolve, almeno in parte, il problema posto da Habermas circa la "contingenza caratterizzante i contenuti di un diritto arbitrariamente modificabile". Il sottosistema giuridico reagisce infatti agli impulsi dell'ambiente con processi di adattamento progressivo, talora più rapidamente (con fratture ordinamentali), talaltra più lentamente, tentando di rispondere alle esigenze contingenti della trasformazione sociale: così le metamorfosi dell'ordinamento-struttura, che non producono soluzioni di continuità del sottosistema come tale, si spiegano in quanto rispondono appunto a questa dimensione funzionale, che fa del diritto *lato sensu*

²² Basti pensare alla complessa e sfuggente dimensione psico-sociologica dell'*internal point of view* delle norme sociali di cui parla H.L.A.HART, *Il concetto di diritto* (1961), tr.it. Einaudi, Torino, 1991, 68 ss.; in senso critico R.ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), tr.it. Einaudi, Torino, 1997, 22 ss.; sul punto, con una ricostruzione articolata in quattro varianti dei modi di intendere il "punto di vista interno" nelle teorie di Hart e dei suoi epigoni, S.PAJNO, *op.cit.*, 21 ss. e 37 ss.. In effetti, con opportuna cautela, anche C.S.NINO, *Diritto come morale applicata* (1994), tr.it. Giuffrè, Milano, 1999, 34, afferma che "la domanda circa l'esistenza di una relazione concettuale tra diritto e morale, che ha ossessionato positivisti e giusnaturalisti, manca di una risposta", e l'impiego di una certa nozione di diritto anziché di altre possibili non comporta necessariamente la "verità" di quella a scapito di queste, trattandosi piuttosto di una scelta fatta "a seconda della convenienza"; si veda peraltro poi la critica che subito dopo l'autore muove alla distinzione hartiana tra punto di vista esterno e interno, ritenendo quest'ultimo decisamente superiore rispetto al diritto e alla sua interpretazione, e rinvenendo una connessione "giustificatoria essenziale" (ivi, 38 ss.) e connessioni interpretative necessarie (71 ss.) tra diritto e morale, costituendo queste ultime come "ponte" per la connessione stretta tra diritto e politica. Sulla scorta della *Sonderfallthese* di Alexy, Nino ritiene infatti che il discorso giuridico sia parte di quello morale, e che nondimeno riconoscere ciò non sia incompatibile con il ritenere che non vi siano ragioni "obiettive" in materia morale: "nello stesso modo in cui un ateo può ricostruire un apparato concettuale e logico del discorso religioso, uno scettico può farlo rispetto ad un discorso giuridico moralizzato" (ivi, 107): il che è vero, ma assumendo quel "punto di vista esterno" che lo stesso autore svaluta, nel diritto, rispetto a quello interno.

²³ D'obbligo qui il riferimento a N.LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (saggi, 1981), tr.it. il Mulino, Bologna, 1990, spec.61 ss. (sulla differenziazione del sistema giuridico) e 205 ss. (sul metodo funzionale nella decisione giuridica).

inteso un *medium* di primaria importanza nella dinamica delle contingenze sociali²⁴. La pretesa di validità che il diritto avanza come tale non deve, in altre parole, essere necessariamente letta come una domanda la cui risposta debba rinvenirsi altrove, né la sua tendenza funzionale alla stabilizzazione delle aspettative e dei comportamenti può essere affatto intesa come *staticità* dell'ordinamento (e dell'intero sottosistema): se infatti già il criterio formale dell'appartenenza della norma all'ordinamento stesso è un dato rilevante, da un punto di vista giuspositivistico, per fornire una base *presuntiva* di legittimazione al precetto in essa contenuto, sarà poi il dato dell'effettività, *che in quanto tale assorbe in sé ogni dimensione extra-ordinamentale*, a costituire l'elemento fondante di ogni possibile legittimazione²⁵. Altrimenti ragionando, tale fondamento dovrebbe essere cercato, secondo una prospettiva giusnaturalistica (pur in vario modo declinata), in fattori che rimangono nella dimensione del *Sollen* e non forniscono alcun elemento di legittimazione ulteriore, essendo comunque frutto di concezioni soggettive solo parzialmente condivise. Il che, ovviamente, non significa che il procedimento come tale, specialmente se aperto e inclusivo, non abbia, anche nella prospettiva funzionalistica, una valenza legittimativa in sé rilevante, sia per la produzione che per l'applicazione del diritto²⁶; significa però che il grado di differenziazione interna che il procedimento assume entro il sottosistema giuridico opera altresì una sostanziale autonomizzazione di tutte le istanze in esso presenti. Ovvero, intendere il diritto come sistema autopoietico non vuol dire affatto che questo sia impermeabile alle sollecitazioni ambientali: ciò sarebbe del tutto illogico, giacché un sottosistema differenziato si genera e può operare *proprio perché* interagisce con il proprio ambiente, ossia con altri sottosistemi²⁷; significa però che,

²⁴ Tento di esplicitare più diffusamente questo aspetto in F.RIMOLI, *Identità e metamorfosi: qualche considerazione sui luoghi del mutamento costituzionale*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 319 ss.; ID., *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma, 2011, 245 ss..

²⁵ In tal senso, la *rule of recognition* hartiana, fondendo profili formali (le norme "secondarie" come norme sulla produzione di norme "primarie") e aspetti sostanziali, nel già menzionato "aspetto interno" delle norme stesse, da un lato è affiancata da una "norma di mutamento" che sostanzia il principio evolutivo dell'ordinamento (H.L.A.HART, *Il concetto*, cit., 112 ss. e 115 ss.), e, dall'altro, introduce un elemento psicologico di accettazione (almeno da parte dei pubblici funzionari) che è però, infine, solo *una delle possibili* cause di effettività; sul punto si veda in proposito, tra le molte, l'obiezione di R.DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986, 35, che distinguendo la teoria di Hart da quella di John Austin, per il quale una norma è valida se contiene il comando posto in precedenza da un individuo o un gruppo posti come sovrani, chiede a proposito della prima: "What does the 'acceptance' of a rule of recognition consist in? Many officials of Nazi Germany obeyed Hitler's commands as law, but only out of fear. Does that mean they accepted a rule of recognition entitling him to make a law? If so, then the difference between Hart's theory and Austin's becomes elusive, because there would then be no difference between a group of people accepting a rule of recognition and simply falling into a self-conscious pattern of obedience out of fear. If not, if acceptance requires more than mere obedience, then it seems to follow that there was no law in Nazi Germany, that no propositions of law were true there or in many other places where most people would say there is law, though bad or unpopular law".

²⁶ Basti qui rinviare alla nota opera di N.LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale (Legitimation durch Verfahren*, 1969, II ed. 1975), tr.it. Giuffrè, Milano, 1995, spec.141 ss. sul processo di positivizzazione del diritto.

²⁷ Il concetto luhmanniano di autopoiesi è strettamente fondato su quello di autoriferimento, per cui sistemi autopoietici sono quelli "formati mediante l'autoriferimento di base che ne costituisce l'unità sistemica" e sono sistemi *chiusi*, ma non nel senso di "sistemi che esistono (quasi) senza ambiente", e quindi "in grado di de-

accogliendo in sé, e traducendo nel proprio codice comunicativo, contenuti esterni, questo li assume definitivamente come *propri*, isolandoli infine dal contesto di provenienza. In termini più elementari, quei contenuti morali che si trasfondono *comunque* in un'opzione normativa (sia essa frutto di un procedimento democratico-rappresentativo, sia di una decisione autoritativa), allorché sono tradotti in norme, ossia in elementi costitutivi e riconosciuti di un ordinamento inteso come parte del sottosistema giuridico, diventano di questo parte, e *solo come parti di questo* tendono a legittimarsi. In tal senso, sia la costruzione di un sistema normativo strutturato come quello di un ordinamento gerarchicamente ordinato per fonti normative²⁸, sia la razionalità procedurale interna dei processi di nomopoiesi, sia, infine, i canoni di ragionevolezza e proporzionalità che ispirano gli ordinamenti di società complesse ed eterogenee costituiscono in sé fattori *presuntivi* di legittimazione; ma questa, come anche il dato definitivo dell'adeguatezza funzionale della norma (o meglio ancora, dell'ordinamento stesso) non possono che essere rinvenuti *a posteriori*, come detto, nel fenomeno fattuale dell'effettività, intesa come parte essenziale di una norma di riconoscimento²⁹. Qui dunque il fattore morale si costituisce come elemento parallelo, in sé operante nel processo di positivizzazione in più stadi del medesimo, ma in quanto fattore comunque *esogeno*, la cui influenza si esplica anzitutto nei meccanismi interpretativi *lato sensu* intesi attuati dai soggetti che intervengono nelle diverse fasi del processo stesso, alla luce di una *Vorverständnis* che caratterizza anzitutto l'attività del legislatore, e infine quella dei successivi interpreti della norma da questo posta³⁰. In altri termini, la prospettiva etica (più che quella morale, in sé universalizzante) opera *necessariamente* e in una certa misura anche, in virtù della ineludibilità psicologica della precomprensione, *inconsapevolmente* nell'attività dei soggetti della nomopoiesi; ma ciò non significa che, una volta poste, le norme debbano essere rilette come alcunché di intrinsecamente connesso alla dimensione etica, né tanto meno a quella morale. Quel *quid* di eticità che dall'opera del legislatore (di rango costituzionale od ordinario) si è

terminare (quasi) totalmente se stessi". Per "chiusura" l'autore intende solo "l'autonomia con cui i sistemi di questo tipo producono come unità tutto ciò che impiegano come unità (qualunque sia la loro base di complessità), usando in modo ricorsivo le unità già costituite entro il sistema": così N.LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), tr.it. il Mulino, Bologna, 1990, 679 e ss.

²⁸ Di cui può essere effettuata un'efficace rilettura anche in termini sociologici: sul punto N.LUHMANN, *La differenziazione*, cit., 243 ss..

²⁹ Sul tema, impossibile da approfondire in questa sede, si veda tra molti J.L.COLEMAN, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto* (2001), tr.it. il Mulino, Bologna, 2006, secondo il quale "dire che i criteri di validità sono convenzionali vuol dire quanto meno affermare che la loro esistenza dipende dal fatto di essere praticati" (altro essendo poi il problema se tale carattere convenzionale implichi l'esistenza di una regola di riconoscimento), e "l'enfasi comune sul carattere convenzionale del diritto distingue il positivismo giuridico da una famiglia di teorie secondo le quali l'esistenza e il contenuto dei criteri di validità non sono una questione di convenzioni o di fatti sociali, ma di argomenti morali sostanziali" (ivi, 185). Il riferimento di Coleman, fautore di un "positivismo giuridico inclusivo", accolto anche da Hart nella versione di un *soft positivism* (H.L.A.HART, *Il concetto di diritto* [II ed., 1994], tr.it. Einaudi, Torino, 2002), è anzitutto a R.DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), tr.it. il Mulino, Bologna, nuova ed. 2010, 37 ss..

³⁰ D'obbligo qui il riferimento a J.ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (II ed. 1972), tr.it. Esi, Napoli, nuova ed., 2010.

tradotto in diritto positivo si separa cioè definitivamente dalla sua dimensione originaria *in virtù della differenziazione del sottosistema* entro cui si inserisce, e in questo si funzionalizza in modo affatto diverso. Il criterio della separazione tra diritto e morale è tutto qui: non più soltanto legato, come nella tradizionale prospettiva giuspositivista, a un'affermazione netta della prevalenza dell'*auctoritas* politica, della sovranità temporale e della forza materiale, su una *veritas* che si connotava per i suoi profili etico-religiosi nel dominio spirituale, ma anche (e soprattutto) alla necessità, in società sempre più complesse e conflittuali, di scindere diritto e verità, diritto e giustizia, oggettivazione positiva e soggettività etica. Quanto detto, ovviamente, non vuole essere frainteso: è del tutto palese (e auspicabile) che la tendenza a un ideale di giustizia (pur quanto mai variabile e opinabile) sia nella struttura stessa della posizione del diritto (e dei diritti) nella cultura contemporanea³¹. Ma esso costituisce piuttosto, realisticamente, un fattore di legittimazione nel senso persuasivo di cui parla Perelman, o in quello illocutivo di Austin³²: la relatività delle concezioni della giustizia è tale che è difficile (e sovente pericoloso) confondere il diritto statuito con un'idea astratta (e assai variabile) di giustizia³³. Naturalmente, quella che definisco "oggettivazione positiva" è ben diversa da quella che si potrebbe avere sul piano etico, e ancor più su quello epistemico-cognitivo: l'oggettivazione che il diritto opera allorché la norma è posta, e dunque si offre come luogo (vasto ma semanticamente circoscritto) di esercizio dell'attività ermeneutica per ogni possibile interprete, è un dato che quest'ultimo deve assumere "come se" in esso si esprimesse un dato di obiettivazione delle valutazioni pregresse in sede di attività programmatica. In tal senso, gli sarà consentito operare nel campo semantico delimitato dalla norma stessa come atto linguistico, ma non, in quanto interprete (ovvero operatore di un'attività in sé programmata) *ripetere* quella valutazione modificandola, né *confondere* la dimensione giuridica con quella etica, valicando i confini operativi del sottosistema entro cui è chiamato ad agire. In altri termini, e senza cadere nell'ingenua e anacronistica prospettiva montesquieuiana di un giudice mera *bouche de la loi*, il carattere programmato dell'attività ermeneutica si esplica anzitutto nel rispetto dei limiti posti dal suddetto campo semantico: anche un'interpretazione adeguatrice, o l'assai dibattuta "interpretazione conforme" a Costituzione della norma³⁴, devono assumere appunto la disposizione intesa come proposizione normativa, e la struttura ordinamentale in cui essa si inserisce, a fondamento di ogni interpretazione, intendendo come giuridica quell'interpretazione che assume i contenuti etici delle norme *come già acquisiti* in esse: l'esito del processo di positivizzazione, che si traduce nell'interpretazione/applicazione

³¹ Tra moltissime, si veda la riflessione recente di A.SEN, *L'idea di giustizia* (2009), tr.it., A.Mondadori, 2010, spec. 361 ss..

³² Il riferimento è ai noti studi di CH.PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), tr.it. Giuffrè, Milano, 1979, spec. 163 ss., e J.L.AUSTIN, *Come fare cose con le parole* (1962), tr.it. Marietti, Genova-Milano 1987, spec.71 ss. (sulla distinzione tra atti locutori, illocutori e perlocutori).

³³ Sul tema H.KELSEN, *Il problema della giustizia* (1960), tr.it. Einaudi, Torino 1975, spec.15 ss.; ma si veda anche A.ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), tr.it. Einaudi, Torino, 1990, 253 ss..

³⁴ Sul punto, tra molti, si veda di recente F.MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n.1/2014.

della norma stessa da parte dell'operatore giuridico³⁵, non può eccedere quindi, funzionalmente, dalla programmazione che la norma – in relazione al suo rango gerarchico – esprime, come accade invece allorché l'interprete, più o meno volutamente e consapevolmente, sovrappone le *proprie* convinzioni morali (che sono in realtà convinzioni *etiche*, in quanto tali soggettive, o al più condivise entro una comunità circoscritta di riferimento) a quelle che, *tramite i canali della nomopoiesi intesa come attività programmante*, si sono già trasfusi nell'ordinamento-struttura acquisito come parte del sottosistema giuridico differenziato, per tal via mutando (proprio per la differenziazione del sottosistema giuridico rispetto a quello morale) la loro stessa funzione. Questa dovrà cioè essere infine adeguata solo al codice comunicativo peculiare del diritto positivo, che opera secondo il modello binario proprio del paradigma giuridico (valido/invalido, ovvero lecito/illecito), non ai codici del paradigma epistemico (vero/falso), o di quello morale (giusto/ingiusto)³⁶.

4. L'interpretazione “morale” della norma giuridica.

Qui sta, dunque, il rischio di una *moral reading* dei testi normativi, e in particolare di quelli costituzionali³⁷: all'interprete, fatto salvo il fattore (in sé ineludibile) della precomprensione, non dovrebbe essere consentito indulgere a una *rilettura* etica della disposizione su cui esercita la propria attività ermeneutica; a rigore, la stessa distinzione tra disposizione e norma, pur comunemente e proficuamente acquisita dalla dottrina italiana³⁸, diventa fuorviante allorché svaluti la lettura sistematica dei testi, per assurgere a ricostruzione di norme (specialmente di norme-principio) che, seppur in casi estremi, finiscano con il separarsi dal significato delle parole, ossia abbandonino l'interpretazione letterale *stricto sensu* intesa, non *aggiungendosi* a essa (come peraltro, si badi, è necessario), ma *sostituendosi*, o di fatto eludendola. In termini ancor più netti, la nota dicotomia dworkiniana tra regole e principi,

³⁵ N.LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 141, intende per diritto positivo “l'insieme delle norme giuridiche che entrano in vigore mediante una decisione e che quindi possono anche essere revocate mediante una decisione”, precisando però che tale definizione “non contiene alcuna restrizione a determinati *generi* di decisioni, come ad esempio nel senso che soltanto gli atti legislativi possono produrre diritto positivo”, poiché “anche le sentenze giudiziarie sono decisioni nella misura in cui esse esplicano effetti normativi”. La produzione del diritto dipende come ogni attività decisionale da premesse connesse a valori presupposte come date; nel diritto positivo queste sono però presupposte come diritto vigente “solo se sono già state oggetto di decisione”, e “positivizzazione del diritto significa dunque che ogni valutazione, ogni norma e ogni aspettativa di comportamento relativa alla società va filtrata attraverso processi decisionali prima di poter conseguire validità giuridica” (*ibidem*, nt.2).

³⁶ I problemi di logica deontica sono ovviamente troppo ardui e complessi per essere affrontati qui: si veda, tra molti, il noto approccio di A.ROSS, *Imperativi e logica* (1941), tr.it. in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio* (saggi), a cura di A.Febbrajo e R.Guastini, il Mulino, Bologna, 1982, 73 ss.; Id., *Direttive e norme* (1968), tr.it. Ed. di Comunità, Milano, 1978, spec.209 ss..

³⁷ La formula trae origine da un noto testo di R.DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

³⁸ Ovvio il riferimento a V.CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc.dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964.

benché nitida e utile in apparenza³⁹, oltre a risentire un po' troppo del contesto giuridico-culturale in cui nasce, genera in pratica gravi incertezze, legittimando infine una difficilmente controllabile estensione della funzione ermeneutica dei giudici e un eccessivo ampliamento semantico della disposizione, con un'individuazione di principi che si orienta talora, strumentalmente, a una prospettiva teleologica dell'interpretazione misurata su valutazioni affatto individuali. Poiché dietro la selezione dei principi in sede ermeneutica c'è l'assunzione, più o meno consapevole e volontaria, di un *fine* cui si vuole inclinare la norma tratta dal testo delle disposizioni; e quel fine null'altro è che la determinazione (in sé politica, o quanto meno soggettiva) della prevalenza di interessi, già operata (legittimamente) dal legislatore (costituzionale od ordinario), e poi riportata dinanzi all'interprete, secondo quella prospettiva che, in altri tempi e modi, fu messa in luce già dalla *Interessenjurisprudenz*, che affidava non a caso all'interprete stesso un compito di ri-valutazione degli interessi sottesi alla norma positivamente definita, in una prospettiva essenzialmente teleologica di questa, intesa come strumento per un fine⁴⁰. In realtà, in questa logica, le dinamiche della nomopoiesi prima, e quella dell'applicazione poi, operano piuttosto in una stretta interpenetrazione sistemica tra il sottosistema giuridico, quello politico e quello economico⁴¹: in tal senso, ogni fase del processo di positivizzazione del diritto si connota, per sé, come adattamento di quest'ultimo agli impulsi ambientali, fermo restando tuttavia che la legislazione (costituzionale e ordinaria, nonché lo stesso *Stufenbau* dell'ordinamento), si pone, massimamente al livello più elevato, come momento di stabilizzazione e, *insieme*, di mutamento (ossia di adattamento), divenendo l'evoluzione interpretativa delle norme in sede giurisprudenziale (il c.d. "diritto vivente") anzitutto una forma di più o meno corretta implementazione delle stesse, in un *continuum* che, anche in una prospettiva kelseniana, va dalla norma generale e astratta (nella legge) a quella del caso singolo (nella decisione del giudice)⁴². L'approccio che intende invece attribuire ad attività comunque programmate, come l'amministrazione e (soprattutto) la giurisdizione, una funzione *ri-programmante*, svolta alla luce di istanze etiche giustificate mediante pretese di validità fondate su una opzione assiologicamente orientata dell'interprete (tale è infatti ogni lettura etica del diritto positivizzato, e *in primis* della costituzione)⁴³, facilmente spinge quest'ultimo (sia esso il funzionario, il giudice ordinario o anche quello costituzionale) ad af-

³⁹ Il richiamo è al notissimo testo di R.DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 48 ss.; sul punto anche R.ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), tr.it. il Mulino, Bologna, 2012, 152 ss..

⁴⁰ Sul tema K.LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), tr.it.parz., Giuffrè, Milano, 1966, 65 ss.; da notare che in una prospettiva non lontana dalla *Interessenjurisprudenz* è anche E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 181 ss..

⁴¹ Rileva la "connessione diretta" tra diritto e politica, ma attuata "attraverso il ponte della morale", C.S.NINO, *op.cit.*, 109 ss..

⁴² Sul punto sia permesso rinviare a F.RIMOLI, *Identità e metamorfosi*, cit., *passim*; il riferimento è già a H.KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), tr.it. Einaudi, Torino, IV ed., 1952, 109 ss..

⁴³ Ben rileva F.MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed. Cedam, Padova, 2012, 153, che occorre riconoscere "che la teoria dell'interpretazione presuppone sempre opzioni fondamentali di altro tipo, scelte di 'valore' che sono compiute in altra sede, scegliendo tra modelli metodologici di interpretazione, a loro volta fondati su una diversa definizione di diritto".

francarsi da un effettivo ancoramento al dato testuale, l'unico che possa, come luogo di intensione di un campo semantico pur vasto ma delimitato dall'uso giuridico convenzionale dei termini in un dato contesto, e come esito di un processo *politico* di decisione (integrazione), garantire un grado di sufficiente certezza e stabilità al diritto vigente. In altre parole, un sufficiente grado di aderenza al dato testuale non trascura, ma *assorbe in sé* ogni elemento originariamente straordinariamente: il processo di positivizzazione, proprio in quanto tale, opera funzionalmente nel senso di sancire la differenziazione sistemica del diritto e, al contempo, la stretta interazione tra i diversi sottosistemi, senza però alterare la specificità dei codici. Ciò comporta infine che ogni variazione delle opzioni assiologiche che si pongono *comunque* a fondamento di qualsivoglia decisione (anche) normativa, dovrà transitare per quei canali (ovvero quei procedimenti) che il singolo ordinamento impone per la nomopoiesi, senza possibili aggiramenti, e potendo infine l'intero processo rinvenire una reale legittimazione solo attraverso il dato *a posteriori* costituito dall'effettività, *lato sensu* intesa. Ovviamente, sarebbe ingenuo (e altresì controproducente entro una società pluralista) credere che i meccanismi selettivi possano *di fatto* essere così rigidi: un certo grado di elasticità (ovvero, di incertezza e imprevedibilità della decisione) è infatti, controintuitivamente, funzionale a una corretta funzione sistemica di assorbimento dei conflitti sociali propria del diritto, giacché il giudizio, e il relativo procedimento, sono altresì il luogo di un potenziale *riequilibrio finale* della positivizzazione, il luogo cioè entro il quale si ha una ricomposizione della struttura dicotomica (astratta/concreta) della fattispecie⁴⁴. Inoltre, è del tutto evidente che, alla luce del più volte richiamato fenomeno della precomprensione, nonché dell'ineliminabile margine di diversità che caratterizza la stessa individualità degli interpreti, sarebbe impensabile (e altresì, per quanto detto, non auspicabile) una interpretazione unica delle norme, in particolare di quelle costituzionali. E tuttavia, una lettura "morale" delle norme, non contenuta entro i limiti del *minimum* ineliminabile, ma teorizzata e riconosciuta come addirittura doverosa (come accade nella prospettiva ermeneutica di tipo dworkiniano)⁴⁵, si traduce, particolarmente in un contesto sociale fortemente eterogeneo e connotato da etiche contrastanti, in una rischiosa soggettivizzazione dell'atto ermeneutico⁴⁶: quella che al singolo interprete, e particolarmente al giudice, può sembrare la lettura migliore, può essere certo non condivisa da altri (né

⁴⁴ Sul punto F.RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi* (2000), ora in L.MENGGONI-F.MODUGNO-F.RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 2003, 243 ss.; sul tema si veda anche M.LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n.4/2014, spec. 27 ss.; la funzione legittimativa del procedimento giurisdizionale è ben rilevata in N.LUHMANN, *Procedimenti giuridici*, cit., 51 ss., che sottolinea altresì la funzionalità sistemica di un grado controllato di incertezza degli esiti per mantenere ferma la motivazione delle parti alla partecipazione.

⁴⁵ R.DWORKIN, *Il ruolo politico dei giudici e il governo della legge* (1978), in Id., *Questioni di principio* (1985), tr.it. il Saggiatore, Milano, 1990, 37 ss.; Id., *I diritti presi sul serio*, cit., 129 ss.; Id., *Law's Empire*, cit., 313 ss..

⁴⁶ In un senso affatto diverso da quello di cui parla A.ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 115, per il quale "soggettiva" è l'interpretazione che "si vale di qualsiasi circostanza che possa gettar luce sul significato, in particolare di tutte le circostanze personali e fattuali connesse con la formazione dell'enunciato e con la sua formulazione", mentre "oggettiva" è quella che "si limita ai dati discernibili nella situazione in cui chi riceve la comunicazione percepisce l'enunciato". Sul punto si veda anche F.MODUGNO, *op.cit.*, 155 ss.

l'evanescente distinzione che Dworkin pone tra *concept* e *conception* sembra poter sciogliere il nodo dell'ineludibile soggettività dell'atto interpretativo)⁴⁷. Fermo restando che una *right answer* ai quesiti interpretativi, almeno nei casi difficili, non esiste, tanto più se si verte in tema di applicazione di una pluralità di principi concorrenti⁴⁸, e che l'immagine erculea del giudice che riesce a trovarla resta nell'immaginario dell'utopia⁴⁹, rimane comunque una contraddizione di fondo nel paradigma sostanzialistico di un affidamento di tale presunta "risposta giusta" all'interprete. Laddove cioè l'opzione politica, intesa come attività programmatica, sia rimessa al legislatore (sia o non sia esso costituito in forma democratica) il problema della *giustizia* della decisione può essere risolto in termini di efficienza, efficacia e funzionalità della decisione rispetto alle interazioni sistemiche; allorché invece tale valenza (ri)programmatica sia consentita anche ai soggetti che sarebbero chiamati solo allo svolgimento delle attività programmate dalla prima (amministrazione, giurisdizione), la difficoltà si sposta sul piano della probabile disfunzionalità che una moltiplicazione di opzioni, assunte alla luce di fattori *anche* extranormativi (ove si volesse recuperare una dimensione esplicitamente *etica* dell'interpretazione), indurrebbe nell'intero sottosistema giuridico. Inoltre, più dell'improbabile figura di Hercules, è la figura del *judge* Siegfried che merita qualche breve considerazione: è legittima la scelta di colui che, svolgendo un'attività giudicante, e *non* dividendo le opzioni assiologiche di fondo del proprio ordinamento di appartenenza, forzi le norme per orientarne l'applicazione verso la *propria* visione etica? E per contro, è legittima la posizione dello stesso soggetto che, posto in un ordinamento considerato da *noi osservatori esterni* malvagio, sia invece convinto della prospettiva assiologica del medesimo e ne applichi in modo rigoroso le norme, talora integrandone e sviluppandone ulteriormente le implicazioni, come sarebbe coerente con la stessa impostazione normativistica kelseniana? Sono evidentemente problemi che non ammettono risposte univoche: i processi svolti contro i cri-

⁴⁷ R.DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 71: "The contrast between concept and conception is here a contrast between levels of abstraction at which the interpretation of the practice can be studied. At the first level agreement collects around discrete ideas that are uncontroversially employed in all interpretations; at the second the controversy latent in this abstraction is identified and taken up"; peraltro, lo stesso autore rileva, più in generale, che l'interpretazione di opere artistiche e pratiche sociali (tra le quali è il diritto), è "essentially concerned with purpose not cause. But the purposes in play are not (fundamentally) those of some author but of the interpreter"; sicché la "constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which is taken to belong". Ne deriva che "each interpreter's choice must reflect his view of which interpretation proposes the most value for the practice – which one shows it in the better light, all things considered" (ivi, 52-53); sul punto anche ID., *I diritti*, cit., 201 ss..

⁴⁸ Ma qui si veda ancora, con tesi evolutesi nel tempo, R.DWORKIN, *Non v'è davvero soluzione corretta nei casi difficili?* (1978), in ID., *Questioni di principio*, cit., 147 ss.; ID., *Law's Empire*, cit., 266 ss.; ID., *La giustizia in toga* (2006), tr.it. Laterza, Roma-Bari, 2010; sul punto S.PAJNO, *op.cit.*, 170 ss..

⁴⁹ La nota figura di Hercules, "giurista di capacità, cultura, pazienza e ingegno sovrumani", e (fatto non secondario) "giudice in qualche tipica giurisdizione americana", campeggia nelle opere di R.Dworkin (*I diritti*, cit., 162; *Law's Empire*, cit., 245 ss.); la predilezione dello studioso statunitense per le figure immaginarie mutuata dal mito lo induce tuttavia anche a tratteggiare la contrapposta figura di un *Justice* Siegfried, inteso come un giudice di un "foreign system we disapprove" (*Law's Empire*, cit., 105 ss.), che dovrà decidere un caso difficile nel contesto di questo ordinamento. Qui, ponendoci noi stessi "in Siegfried's shoes", dovremmo considerare "not how Siegfried *should* decide, but instead how he probably *will* decide it" (*ibidem*, 107).

minali nazisti, e le argomentazioni da questi portate a giustificazione del loro operato sono un nitido esempio dell'intima politicità (e relatività assiologico-teleologica) dei principi giuridici⁵⁰, che è e resta tale a ogni livello, impedendo, sul piano dei contenuti (più che su quello logico-formale) una vera distinzione tra regole e principi, nonché ogni tentativo di riconnettere il diritto alla *giustizia*, ovvero a una pretesa di validità *morale* che si configuri come assoluta e universalizzabile. In realtà, l'adesione *interiore* dei singoli *partecipanti* (ossia, non meri osservatori)⁵¹ ai canoni posti da una *particolare* costituzione (*lato sensu* intesa come "tavola di valori") può certo incidere, come fattore oggettivo, sull'effettività di questa, e dunque sulla sua legittimazione, ma non conferisce alla stessa, *in quanto fenomeno giuridico*, alcun valore morale: questa dimensione resterà nella prospettiva interna dei singoli partecipanti, o, per addizione, nella comunità di cui questi sono parte, e solo in tal senso concorrerà alla definizione, *ab externo*, del diritto e dell'ordinamento positivo, generandone forme e contenuti secondo i paradigmi contestuali della nomopoiesi, e confermandolo poi con l'osservanza o, eventualmente, contrastandolo fino ad abbatterlo. Ma, dal punto di vista sistemico, le due dimensioni devono restare, in una società complessa e differenziata, separate, perché diverse sono le funzioni spettanti al diritto e alla morale, e diversa è la dinamica concreta e contingente del primo rispetto a quella astratta e immanente della seconda.

5. L'interpretazione "morale" della costituzione.

Eccoci dunque giunti al punto saliente (e qui necessariamente) conclusivo del nostro breve discorso: la costituzione, come tale, presenta certamente caratteristiche particolari dal punto di vista normativo: posta al vertice dell'ordinamento-struttura (che, si badi, non esaurisce affatto in sé il sottosistema giuridico), essa è il punto di massima intensione delle opzioni assiologiche positivizzate, e dunque si pone (la *singola* costituzione) come il luogo della stabilità e del mutamento di quell'ordinamento medesimo. I principi costituzionali si pongono cioè come eminenti entro l'ordinamento in cui sono collocati e, pur non esaurendo il novero dei principi generali dello stesso, ne sono il costante punto di riferimento. L'interpretazione della costituzione dunque sembra, secondo gran parte della dottrina, dover presentare caratteristiche peculiari, misurate sulla valenza fondante (di gran parte delle) delle norme in essa contenute⁵²: si ribadisce qui quella distinzione tra regole e principi, e quella tendenza non

⁵⁰ Una nitida quanto nota trattazione del problema in H.ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme* (1964), tr.it. Feltrinelli, Milano, 1999, spec.227 ss.; ma si veda anche il discusso testo di D.J.GOLDHAGEN, *I volenterosi carnefici di Hitler. I tedeschi comuni e l'Olocausto* (1996), tr.it. A.Mondadori, Milano, 1998.

⁵¹ Sul tema N.MACCORMICK, *Diritto, morale e positivismo giuridico* (1982), tr.it. in N.MACCORMICK-O.WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, a cura di M.La Torre, Giuffrè, Milano, 1990, 157 ss..

⁵² In tal senso, tra molti, F.MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale* (2002), ora in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, 9 ss., che tuttavia ben precisa come, pur essendo l'interpretazione costituzionale *qualitativamente* diversa dalla comune interpretazione di atti normativi, ciò "non significa affatto che essa debba prescindere dal testo co-

rara ad accomunare questi ultimi ai valori (che sono piuttosto fini, rispetto ai quali i principi, con ruolo variabile e sovente polimorfo, assumono valenza strumentale)⁵³, che ha caratterizzato molte riflessioni degli ultimi decenni⁵⁴. L'ormai comune rigidità delle costituzioni contemporanee – e il connesso paradigma della *judicial review* delle medesime – hanno infatti indotto progressivamente a un significativo scivolamento verso prospettive che tendono a scambiare ciò che – e rimane – determinazione politica solenne ma contingente, sempre sottoposta ai poco prevedibili mutamenti della storia (in termini sistemici, alle pressioni contingenti dell'ambiente nella sua dimensione diacronica, cui la costituzione reagisce come luogo dell'accoppiamento strutturale tra sottosistema giuridico e quello politico)⁵⁵ con una posizione di opzioni in sé immutabili, espressive di alcunché di metagiuridico che è, una volta per tutte, positivizzato nella Carta fondamentale di un ordinamento.

Quella sottile mutazione di *status* che le norme di principio assumono già nella nota configurazione bettiana dei principi generali dell'ordinamento intesi come dotati di una "eccedenza di contenuto deontologico o assiologico"⁵⁶, e dunque intesi in certo modo come me-

stituzionale", poiché "i vincoli testuali sono insopprimibili" (ivi, 35, corsivi dell'a.); si veda anche Id., *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale* (2006), ora *ibidem*, 65 ss..

⁵³ In tal senso anche G.ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008, 205 ss.; nonché Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2008, 85 ss.; ma si veda già F.RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 181 ss.; in senso opposto, ancora recentemente, A.BALDASSARRE, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")*, in *Studi in onore di F.Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 145 ss. (ma spec.166 ss.), ma già Id., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol.dir.*, 1991, 654 ss.; sul tema anche A.LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica: problemi e ipotesi*, Jovene, Napoli, 2007.

⁵⁴ Sulla distinzione tra principi e valori si veda anche R.ALEXY, *Teoria dei diritti*, cit., 162 ss.: "la differenza tra principi e valori si riduce...a un unico punto. Ciò che nel modello dei valori è ottimo *prima facie* è nel modello dei principi *prima facie* prescritto, e ciò che nel modello dei valori è ottimo in senso definitivo, è nel modello dei principi definitivamente prescritto. Principi e valori si distinguono così solo per il loro carattere, da un lato, deontico, e, dall'altro, assiologico" (ivi, 170-171). Sul punto G.BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione in Alexy e Habermas*, in *Ars interpretandi*, 2006, 1 ss. (leggibile anche in http://www.cirfid.unibo.it/didattica/upload/160_principieivalori.pdf).

⁵⁵ Per questa lettura, N.LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1990), tr.it in *Il futuro della costituzione*, a cura di G.Zagrebelky, P.P.Portinaro, J.Luther, Einaudi, Torino, 1996, 83 ss..

⁵⁶ E.BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), ed. a cura di G.Crifò, Giuffrè, Milano, 1990, 844 ss.: "i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema"; in essi "opera una virtualità e una forza di *espansione*, ma non già di indole logica e dogmatica, bensì d'indole valutativa e assiologica: forza non già di 'verità' e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti". Dunque, sono da concepire non come il risultato di un "arido procedimento di successive astrazioni e generalizzazioni, ma come somme valutazioni normative, principi e criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle norme", né possono essere considerati solo sotto il profilo dogmatico, come criteri cui si è informato nelle soluzioni legislative il diritto positivo, ma anche "sotto un aspetto dinamico, quali esigenze di politica legislativa, che non si esauriscono nelle soluzioni accolte, bensì sono da tenere presenti sia come direttive e strumenti dell'interpretazione rispetto ai casi "dubbi", sia come indirizzi e orientamenti da proseguire nel progresso della legislazione" (ivi, 849-851). Sul ruolo dei principi nelle teorie di Betti, A.A.CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 81 ss..

ta-norme, la cui individuazione, per opera di una giurisprudenza intesa come “organo della coscienza sociale”, è di fatto valutazione della loro “conformità all’ordine naturale delle cose” e della loro “rispondenza a giustizia o ad altre esigenze sociali”⁵⁷, si rileva anche in quelle concezioni della costituzione che, scambiando il fattore deontologico con quello ontologico, ne considerano il contenuto (almeno quello inerente alle scelte etiche che *hic et nunc* in essa si esprimono) come velatamente meta-giuridico e meta-normativo, dimenticandone l’intrinseco carattere di opzione politica contingente, e infine di accidente della storia. In tal senso (e accettando per un momento la distinzione suddetta), se le regole sono in sé intimamente e originariamente normative in senso giuridico, sia i principi che i valori-fini non lo sono affatto *ab origine*, essendo piuttosto, rispetto all’ordinamento, *esogeni*, e divenendo giuridici (positivizzati) solo in base a scelte politiche mediate (in termini hartiani) dalla combinazione tra norma di riconoscimento e norma di mutamento. Tutto ciò vale *anche* al livello delle costituzioni, e in realtà prescinde – per il giurista in quanto studioso – da quanto si è detto sull’atteggiamento *interno* dell’osservatore: quali che siano cioè le motivazioni intime di questo per accogliere e rispettare (o invece per combattere e disattendere) la costituzione e l’ordinamento che a questa fa capo, il dato *reale* del fenomeno costituzionale rientra interamente ed esclusivamente all’interno di quello giuridico, intendendo questo *anzitutto* come *fatto* sociale. La pretesa di validità (e di permanenza temporale) che la costituzione avanza – e che potrà essere confermata solo sul piano dell’effettività, valutabile solo *a posteriori* e *finché* dura – è un tratto peculiare della sua funzione *sistematica* (ovvero, all’interno del “sistema” delle fonti) e *sistemica* (ovvero, nel contesto del sottosistema giuridico e del sistema sociale complessivo). In tal senso, l’interpretazione della costituzione opera certo come momento centrale di positivizzazione e “concretizzazione” della stessa, con quel tanto di creatività che è insito in ogni attività ermeneutica nella sua struttura circolare e alla luce della *Vorverständnis* nonché, più ampiamente, nella prospettiva della *Rechtsfindung* che ogni interprete è chiamato a operare⁵⁸; ma non può perciò risultare, in alcun modo, disancorata dal campo semantico, come detto ampio ma delimitato, che la disposizione (prima che la norma) offre⁵⁹.

⁵⁷ Ivi, 853 (858 ss. sul compito della giurisprudenza). Sul tema anche A.CERRI, *Il principio come fattore di orientamento interpretativo e come valore “privilegiato”: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giur. cost.*, 1987.

⁵⁸ Sul punto G.ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 237 ss., il quale rileva poi che “rispetto alla Costituzione, i vincoli giuridici dell’interpretazione sono meno costringenti che in qualunque altro settore del diritto, essendo frequentemente possibili nuove configurazioni sistematiche che ricombinano in nuove architetture i singoli elementi del diritto costituzionale”, in quanto la Costituzione non dev’essere mai interpretata “pezzo a pezzo, norma per norma”, ma sempre “come ‘intero’” (ivi, 268); si veda anche ID., *Intorno alla legge*, cit., 267 ss.. Ma ciò deriva dall’accoppiamento strutturale tra sottosistemi (giuridico e politico) che nella costituzione si esprime, e dal ruolo intrinsecamente politico che le decisioni dei giudici costituzionali, seppur formate secondo modalità giurisdizionali, inevitabilmente manifestano: i vari strumenti che le Corti usano per risolvere i casi più complessi (bilanciamento, giudizio di proporzionalità, ragionevolezza, congruenza) sono altrettanti mezzi per modulare la funzione sistemica della decisione in relazione alle pressioni ambientali.

⁵⁹ Secondo K.HESSE, *L’interpretazione della costituzione* (1999), tr.it. in ID., *L’unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, a cura di A.Di Martino e G.Repetto, Editoriale scientifica, Napoli 2014, 85 ss., “l’interpretazione della costituzione equivale alla sua concretizzazione. Proprio quei contenuti della costituzione

Anche dal punto di vista sistemico, infatti, l'interpretazione – ivi inclusa quella costituzionale – assume una funzione peculiare, tessendo con il sottosistema giuridico una relazione di tipo ricorsivo. Come si è ben rilevato, la complessità di questo rende necessaria una selezione che richiede per sé un'attività interpretativa: ma questa, a sua volta, produce un'organizzazione delle norme, ovvero “è, al tempo stesso, produttiva di sistema giuridico, sicché *il sistema produce l'interpretazione che produce il sistema*”. Tale meccanismo ricorsivo è parte dell'autopoiesi del diritto in quanto sottosistema differenziato: in tal senso, tale autopoiesi materiale supera l'alternativa tra *inventio* e *cognitio*, poiché “consiste in una produzione, e quindi in un *novum*, a partire dal già prodotto”. Ma questo *novum* “si può produrre riflessivamente dal già prodotto solo a condizione che si supponga un qualche apprendimento del già prodotto e quindi una sua *cognitio*”; e tale cognizione si dà nell'interpretazione, intesa come autopoiesi materiale, “come necessaria strutturazione limitativa dei significati linguisticamente possibili, come ‘guida interna’ dell'autoproduzione del sistema giuridico”⁶⁰. Nondimeno, l'interpretazione costituzionale non pare poter essere intesa come alcunché di *qualitativamente* diverso da quella inerente alle altre norme dell'ordinamento, in quanto allorché il primo sia costituito da norme aventi posizione apicale nell'ordinamento, muta forse l'*oggetto*, ma non il *metodo* dell'interpretazione. Il ruolo dell'interprete deve cioè anche in tale ipotesi mantenersi entro quel margine di apprezzamento che gli è consentito dalla (pur vasta) area semantica delle disposizioni intese come atti linguistici di comunicazione entro il fenomeno sociale del diritto, poiché tali sono, comunque, anche le norme costituzionali in quanto norme *giuridiche* (come le altre): dopodiché, naturalmente, ai fini della legittimazione (o della sopravvivenza stessa) del singolo ordinamento, diverso sarà l'atteggiamento del giu-

che non sono univoci richiedono di essere determinati mediante l'inclusione di quella 'realtà' che richiede di essere regolata. In questo senso, l'interpretazione giuridica porta con sé un carattere creativo: il contenuto della norma interpretata si completa anzitutto nell'interpretazione; tuttavia essa porta con sé un simile carattere creativo solo in questo senso: l'attività interpretativa rimane pur sempre vincolata alla norma” (ivi, 92); sul tema si veda, di recente, V.BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, spec. 30 ss. (nonché 62 ss. sulla concezione di Hesse). Ovviamente, un monito a non dimenticare la testualità delle disposizioni non può essere inteso come una cieca (e ingenua) fiducia nella perspicuità (peraltro assai rara, e comunque opinabile) del medesimo, come, con una certa forzatura dialettica, sembra ritenere G.ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 202, che definisce “particolarmente *naïf*” il richiamo alla lettera della legge, e fa appello all'esempio di Porzia contro Shylock nello shakespeariano *Mercante di Venezia*; qui si tratta piuttosto di ridefinire un *campo* di possibilità ermeneutiche, la cui delimitazione è comunque data dal referente semantico dell'atto linguistico. Ragionando all'opposto (e altrettanto indebitamente estremizzando) ogni disposizione, dinanzi alla *vis* creativa dell'interprete, sarebbe ridotta a mero suggerimento, se non proprio a vaniloquio del legislatore.

⁶⁰ Così M.BARCELLONA, *Interpretazione e cognizione (Dal costruttivismo interpretativo eterofondato alla produttività riflessiva del sistema: il paradigma dell'autopoiesi materiale)*, in *Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di J.Derrida e G.Vattimo, Laterza, Roma-Bari, 1998, 213 ss. (i passi citati sono a p.220 e a p.225, corsivo dell'a.). Poiché la comprensione dell'interpretazione come autopoiesi materiale, “in quanto *medium* della produzione di *novum*, ...non assume ad oggetto ciò che per il suo tramite si produce, ma ciò a partire dal quale e secondo il quale se ne opera la produzione”; infine, “il fondamento cognitivo dell'interpretazione non è altro che il vincolo sistemico delle equivalenze funzionali possibili a una identità materiale determinata del sistema giuridico” (ivi, 225-226).

rista teorico (che dovrà assumere quel ruolo *stricto sensu* “ermeneutico” di cui parla MacCormick)⁶¹ da quello che dovranno assumere i pubblici funzionari (ivi inclusi i giudici) nei confronti delle norme che sono chiamati ad applicare (anche allorché non concordino con la loro sottesa opzione etico-politica), e diverse, infine, saranno le conseguenze di tale ultimo atteggiamento. In tal senso, la *rule of recognition*, e il “punto di vista interno” che vi si riconnette, si traducono infine, nel caso dei secondi, in una conclusiva definizione dell’effettività come dato *a posteriori*, che giustifica (ma solo in parte) la tesi di Hart per cui l’adesione interna alle norme di un ordinamento da parte dei (soli) pubblici funzionari potrebbe essere sufficiente (benché necessaria) a mantenerlo in piedi nonostante la scarsa accettazione interiore delle stesse da parte dei privati cittadini, cui sarebbe richiesta (come sufficiente) la mera obbedienza⁶².

Infine, l’opinabilità di una distinzione netta tra regole e principi⁶³, ma soprattutto la difficoltà di assumere questi ultimi come alcunché di diverso alle altre norme, rende impossibile, nonostante le conclusioni di gran parte della più autorevole dottrina⁶⁴, ammettere per

⁶¹ N.MACCORMICK, *op.cit.*, 168 ss..

⁶² H.L.A.HART, *Il concetto di diritto*, cit., 137-138: “Vi sono due condizioni minime necessarie e sufficienti per l’esistenza di un ordinamento giuridico. Da un lato devono essere generalmente obbedite le norme di comportamento che sono valide in base ai criteri definitivi di validità dell’ordinamento, e dall’altro devono essere effettivamente accettate come criteri comuni e pubblici del comportamento ufficiale, da parte dei funzionari dell’ordinamento, le norme di riconoscimento che stabiliscono i criteri di validità giuridica e le sue norme di mutamento e di giudizio. La prima condizione è la sola che i cittadini privati devono *necessariamente* soddisfare: essi possono obbedire ognuno ‘soltanto per quanto lo riguarda’ e per qualsiasi motivo; per quanto i una società sana essi accettino spesso di fatto queste norme come criteri comuni di comportamento e riconoscano un obbligo di osservarle, o addirittura riconducano quest’obbligo a un obbligo più generale di rispetto per la costituzione. La seconda condizione è quella che deve essere inoltre soddisfatta dai funzionari dell’ordinamento. Essi devono considerare queste norme come dei criteri comuni di comportamento ufficiale e valutare criticamente le deviazioni proprie e di altri come errori. Naturalmente è anche vero che oltre a questa vi saranno molte norme primarie che si applicano ai funzionari soltanto nella loro capacità personale, e che essi possono limitarsi a obbedirle”. E più icasticamente: in un ordinamento più complesso “può accadere che soltanto i funzionari accettino e usino i criteri di validità giuridica dell’ordinamento. La società in cui accadesse questo sarebbe deplorabilmente formata da pecoroni: e le pecore possono finire dal macellaio. Ma non vi sono ragioni sufficienti per ritenere che essa non possa esistere o per negarle il nome di ordinamento giuridico”.

⁶³ Sul punto, e sui numerosi problemi semantici che i termini in esame comportano, con una variante “forte” e una “debole” della distinzione, S.POZZOLO, *Neocostituzionalismo*, cit., 43 ss..

⁶⁴ Secondo G.ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 149-150, “le regole e solo le regole possono essere osservate e applicate meccanicamente e passivamente”, mediante sillogismi giudiziari e sussunzioni di fattispecie concrete in quelle astratte, mentre i principi “possono solo avere una ‘applicazione’ del tutto diversa, richiedendo che si ‘prenda posizione’ conformemente a essi di fronte alla realtà, quando essa esige da noi una ‘reazione’”; ma in un ordinamento gerarchicamente coerente le regole poggiano su principi, e l’eventuale applicazione passiva delle prime comporta implicitamente un’applicazione altrettanto passiva dei secondi (e questo è solo un esempio della difficoltà di scindere così nettamente le due entità). Sul tema, criticamente, si veda anche S.POZZOLO, *Neocostituzionalismo*, cit., 47, che definisce quella di Zagrebelsky una “posizione giusnaturalistica razionalmente orientata”. Le norme costituzionali si differenziano piuttosto per una maggior “gradazione (di vaghezza)” corrispondente alla differenza di grado derivante dalla loro collocazione nella gerarchia delle fonti, essendo un certo (variabile) fattore di indeterminatezza proprio di ogni possibile enunciato giuridico (già in quanto, potrebbe dirsi, atto linguistico): sul punto si veda M.LUCIANI, *L’interprete della Costituzione*

l'interpretazione delle norme costituzionali strumenti e metodi diversi da quelli propri dell'attività interpretativa comune a tutti gli atti normativi, e tanto più accogliere prospettive extragiuridiche che reintroducano nel diritto positivizzato una dimensione morale in senso stretto. Le conseguenze di un tale orientamento sono, oltre alla più volte ribadita soggettivizzazione piena del giudizio e a una forte limitazione del canone della certezza, una sostanziale disfunionalizzazione del sottosistema giuridico tramite la sua progressiva differenziazione. La costituzione è il luogo dell'intensione massima, *entro l'ordinamento-struttura*, delle opzioni assiologiche che il singolo decisore politico costituente ha assunto in un dato contesto storico; essa è altresì il momento di connessione (tramite le norme sulla revisione e i processi di mutamento, intesi sia come *Verfassungsänderung* che come *Verfassungswandlung*) tra l'ordinamento e il sottosistema giuridico, che a sua volta interagisce con l'ambiente: dunque, essa traduce *in termini giuridici* le decisioni politiche e quelle morali, mediante procedimenti formali che devono poi essere sostenuti da riscontri fattuali; ma tale traduzione, una volta compiuta, impone, come detto, a tutti coloro che con essa (e con l'ordinamento che se ne genera) si trovino a operare di rispettare i codici comunicativi *propri* del diritto *positivo*, contribuendo al compimento della sua positivizzazione (concretizzazione) secondo i canoni *interni* dell'ordinamento stesso e nei margini di apprezzamento lasciati da questo, senza poter sovrapporre le *proprie* convinzioni etiche, benché veicolate da una lettura "morale" dei testi, alle scelte del titolare della potestà normativa (dal quale infine, finché non si giunga a un sovvertimento fattuale dell'ordinamento stesso, ogni mutamento deve transitare).

6. I mille volti del (neo)giusnaturalismo.

Ecco dunque che alcune delle istanze del "neocostituzionalismo" mostrano la loro stretta parentela con le molte e variegate vesti che il giusnaturalismo ha assunto nel tempo, riaffacciandosi periodicamente, e soprattutto dal secondo dopoguerra⁶⁵, anche in teorie apparentemente lontane da tale corrente di pensiero, e trovando la sua ragion d'essere nei (pur incontestabili) limiti di un giuspositivismo che non ha saputo frenare le derive totalitarie novecentesche, avallando di fatto, nella prospettiva già propria di Hobbes, e poi di Bentham e Austin, il comando del sovrano come unica possibile fonte di legittimazione del diritto vigente⁶⁶.

di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica, in *Dir.soc.*, n.1/2009, 1 ss. (ma spec. 18 ss.). Qui la differenza è dunque *quantitativa* e non *qualitativa*, e ciò non pare legittimare né richiedere un approccio ermeneutico sostanzialmente diverso in relazione al diverso grado della normazione.

⁶⁵ Sul punto già N.BOBPIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 155 ss..

⁶⁶ Sul punto H.L.A.HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), tr.it. in Id., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, 107 ss.; sul giusnaturalismo, tra moltissimi e con varia impostazione, si vedano i classici testi di L.STRAUSS, *Diritto naturale e storia* (1953), tr.it. il Melangolo, Genova, 1990; J.Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale* (1942), tr.it. Vita e Pensiero, Milano, 1991 N.BOBPIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (raccolta di saggi), Laterza, Roma-Bari, 2011; J.FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), tr.it. Giappichelli, Torino, 1996; J.HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano, 1990; R.TUCK, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge-New York- Melbourne, 1979. Sulla concezione

E tuttavia, la *moral reading* della costituzione nasconde molte delle insidie proprie del pensiero fondato sul diritto naturale, le cui mille sembianze non possono ingannare sull'ispirazione unitaria delle prospettive metapositive: in effetti, la progressiva ma ormai palese trasformazione della natura stessa della costituzione (o meglio, di una costituzione di volta in volta assunta a riferimento) da norma *giuridica* in senso stretto che assorbe e positivizza *anche* istanze etiche, in norma *morale* che tale permane pur assumendo forme giuridiche (accompagnata talora da una sorta di inopinata *parasacralizzazione* della Carta), rischia di alterare profondamente l'intera dinamica della nomopoiesi entro un regime di democrazia pluralista, e di condurre a risultati opposti a quelli che, almeno nelle intenzioni espresse dai suoi fautori, vorrebbe conseguire. Si tratta, come in tutti i fenomeni sociali, di ricercare un equilibrio adeguato tra le istanze di stabilità e certezza da un lato, e quelle di elasticità e di mutamento dall'altro. Ma la pur apprezzabile apertura che un "diritto per principi" ha operato nei confronti di un giuspositivismo troppo rigido e conservativo⁶⁷ rischia di tradursi come detto, se non contenuta, in una potenzialmente regressiva de-differenziazione del sottosistema giuridico, mediata da due fenomeni che paiono antitetici molto più di quanto in realtà lo siano: ovvero, da un lato nella soggettivizzazione piena dei criteri di giudizio, assunti alla luce di principi (o peggio, di "valori") desunti in modo arbitrario dai testi normativi dai singoli giudici (nonché, in casi particolari, dai tribunali costituzionali e dalle Corti europee, magari entro il loro non facile "dialogo", alla ricerca delle "tradizioni costituzionali comuni")⁶⁸; dall'altro, in un'assolutizzazione di quegli stessi principi, prodotta in realtà dalla stessa "battaglia ermeneutica" che, dissimulando sovente ben altro conflitto politico, si svolge nei punti più deboli e contraddittori di costituzioni quasi sempre nate (necessariamente) da compromessi. Così quel "diritto mite" che nasce per proteggere e sviluppare il pluralismo tramite strumenti di moderazione (come il bilanciamento e il giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità, o l'idea di Alexy dei principi come "precetti di ottimizzazione")⁶⁹ può finire, per una sorta di inopinata eterogenesi dei fini dovuto alla tendenziale indeterminatezza dei parametri assunti, con il rafforzare l'egemonia dei soggetti – politici e istituzionali – che siano di tempo in tempo più forti, e in grado di indicare un *mainstream* ermeneutico, e con esso la reale concretizzazione di una costituzione materiale che potrebbe tuttavia eludere le procedure democratiche previste per il mutamento di quella formale. E in tal senso, la dinamica "neocostituzionalista"

della norma come manifestazione di volontà nel giuspositivismo classico si rileggano, tra tante, le considerazioni di K.OLIVECRONA, *Il diritto come fatto* (1939), tr.it. Milano, Giuffrè, 1967, spec. 41 ss.; peraltro la prospettiva anti-positivistica è sempre viva presso una parte della dottrina italiana attuale: si veda A.BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Giappichelli, Torino, 2005, 201 ss.; in tema sia però permesso il rinvio a F.RIMOLI, *Neogiusnaturalismo, relativismo, democrazia pluralista: una riflessione critica* (2010), ora in Id., *Democrazia Pluralismo Laicità*, cit., 157 ss..

⁶⁷ Si vedano le note polemiche di E.FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione* (1964), tr.it. Giuffrè, Milano, 1973, spec.195 ss., contro le tesi della *Integrationslehre* propugnata da R.SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), tr.it. Giuffrè, Milano, 1987.

⁶⁸ Sul tema, per tutti, P.RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. 51 ss. e 199 ss..

⁶⁹ R.ALEXY, *Teoria dei diritti*, cit., 133 ss.

dei principi, dell'interpretazione per valori, dell'esaltazione più o meno dissimulata del ruolo dell'attività giudiziale delle Corti, e infine di una lettura "morale" del paradigma costituzionale, contribuisce all'effetto di far perdere i vantaggi del giuspositivismo normativista, mantenendone (per altra via) tutti i pericoli: perché un'assunzione di principi fondati su una dimensione etica (o morale), e magari su un credo religioso del tutto esterno al diritto positivo (come nella tuttora ben viva tradizione del giusnaturalismo tomista), non rassicura affatto in misura maggiore di una disposizione assunta come vigente solo perché dettata da un sovrano. Se nei molti giusnaturalismi che la storia conosce può rinvenirsi un denominatore comune, questo è di porre il fondamento del diritto positivo al di là del medesimo, di essere cioè metapositivi (ovvero, per i positivisti, metagiuridici *tout court*), e di avere altresì "una concezione oggettivistica dell'etica, vale a dire una caratteristica che riguarda non più il contenuto delle massime, ma il modo della loro fondazione", poiché il giusnaturalismo "non è una morale, ma una teoria della morale", in antitesi al relativismo sul piano etico, e al positivismo su quello giuridico⁷⁰. In più esso è privo di preferenze etiche *a priori*, giacché *ogni* contenuto può pretendere di essere giustificato con l'aggancio a una legge di natura, e dunque non si esime da un'accusa di "metarelativismo" sostanziale, a dispetto del suo assolutismo fondazionale: ciò che qui conta, infine, è il *modo di fondazione* del *Sollen* nel *Sein* (tramite un riferimento a una "legge naturale" più o meno trascendente o immanente, più o meno connessa a rivelazioni religiose (in cui il *jus* quasi mantiene il suo originario rapporto con il *fas*)⁷¹, e in chiara antitesi alla c.d. legge di Hume, che vieta di far derivare un *ought* da un *is*), non il *contenuto* del medesimo, che può variare anche notevolmente (giacché poi non è affatto condivisa la consistenza stessa di tale legge di natura)⁷². In parole semplici, il contenuto di un precetto fondato su un incerto "diritto naturale" può variare quanto quello voluto dall'arbitrio di un sovrano o da una mutevole maggioranza parlamentare, e cela in fondo, potenzialmente, la medesima *hybris*, poiché la sovranità di una presunta *lex naturalis* può talora non essere meno tirannica di quella di un *rex*. In tal senso, ma senza poter qui approfondire temi così complessi, è evidente che ogni concezione ermeneutica che consenta all'interprete di fare riferimento a valori non univocamente positivizzati, ovvero che tenda a fondare *ab externo* la legittimità dell'ordinamento non in un dato fattuale, ossia in quel *Sein* che si radica prima nel testo normativo *giuridico* e poi nell'effettività, che costituisce il vero momento legittimante, ma in un dato a sua volta normativo *extragiuridico* e morale, in un *Sollen* che orienta l'interprete a un ordinamento "come dovrebbe essere" e non "come è", rischia di essere, oltre che contraria ai principi di certezza del diritto e democraticità delle opzioni politiche programmati, affatto in-

⁷⁰ Così N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 160-161.

⁷¹ Da cui il *jus* si distinse solo progressivamente: si vedano G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, V ed., Giappichelli, Torino, 1965, 115 nt.1; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Giuffrè, Milano, 1981, 294 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (1953), tr.it. Sansoni, Firenze, 1968, 34 ss..

⁷² Che però difficilmente potrà essere affrancata, in campo etico, da un pur assai incerto referente esterno, sebbene non necessariamente configurato come una Divinità in senso stretto: si veda però sul punto il tentativo di M.C. MURPHY, *The Natural Law Tradition in Ethics* (2002, rev.2011), in <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-ethics/>.

compatibile con la funzione di semplificazione della complessità e assorbimento dei conflitti che il sottosistema (particolarmente nell'ambito della giurisdizione) dovrebbe assolvere. Il diritto "per principi", e soprattutto un diritto "mite", è certo necessario, entro una democrazia pluralista, per rendere la funzione giudiziaria – e soprattutto la giurisdizione costituzionale, intimamente permeata di politicità, e di fatto palesemente partecipe della medesima attività programmatica attribuita al legislatore – capace di fornire al sottosistema giuridico strumenti per restituire risposte adeguate agli *inputs* ambientali che questo subisce dalla contingente irritazione sistemica; ma, se portato oltre certi limiti, come "diritto vivente" libero di espandersi in una lettura aprioristicamente antiformalista⁷³, esso, a dispetto delle apparenze, travalica il proprio ruolo funzionale di "diritto", e rischia di orientare l'intero sottosistema verso una non auspicabile de-differenziazione, ponendo (dal nostro punto di vista) in pericolo l'intero paradigma dello Stato di diritto (che lo "Stato costituzionale" certo non può rinnegare), nonché quello dei diritti fondamentali e la democrazia che (anche) su questi due pilastri si regge. Finalmente, dunque, esso può tendere a trasformarsi da mite in aggressivo, perché potenzialmente esposto all'arbitrio degli interpreti, e a divenire il campo di battaglia di visioni ferocemente contrapposte, non mediate nelle singole decisioni giudiziali, dal confronto e dall'assunzione di responsabilità proprie delle procedure democratiche della legislazione. Ciò, oltre a intaccare il tradizionale principio interno della separazione e della divisione funzionale dei poteri⁷⁴, pone problemi reali sul piano dell'organizzazione complessiva del sottosistema giuridico, e mediamente del complessivo sistema sociale. In questo senso, l'interpretazione costituzionale (in cui le corti costituzionali svolgono ovviamente un ruolo eminente) è certamente attività in sé peculiare, in quanto parte essenziale della delicatissima ricerca di un equilibrio tra stabilità e mutamento, tra chiusura e apertura dell'ordinamento giuridico che la costituzione stessa assume quale luogo di osmosi tra questo e il sottosistema giuridico (nonché tra quest'ultimo e il suo ambiente); ciò detto, tuttavia, all'interprete essa non richiede tanto la definizione di metodi peculiari rispetto all'interpretazione giuridica degli atti normativi in senso lato, quanto la piena consapevolezza della differenza tra la prospettiva giuridica e quella morale, in virtù della necessità di distinzione funzionale dei relativi sottosistemi.

⁷³ Sul complesso concetto di "diritto vivente", formulato da E.EHRlich, *I fondamenti della sociologia del diritto* (1913), tr.it. Giuffrè, Milano, 1976, 585 ss., e poi entrato nell'uso con un circoscritto riferimento alla prassi interpretativa giurisprudenziale, si veda, nella ben più ampia prospettiva giusfilosofica, E.RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

⁷⁴ Ben rileva A.CERRI, *Prolegomeni ad un discorso sull'indipendenza della magistratura*, in *Studi in onore di L.Carlassare*, IV, Jovene, Napoli, 2009, 1254 ss., che "il problema che pone l'indirizzo del 'diritto giurisprudenziale' è quello di una sovrapposizione dei compiti del giudice e del legislatore, che impedisce prima di distinguere e, dunque, poi anche di dividere le funzioni"; giacché "la sovrapposizione delle funzioni, anche se svolte in forme, modi profondamente diversi, può creare problemi sotto il profilo organizzativo, rifluendo nelle domande ricorrenti sul valore e sul significato dell'indipendenza del giudice rispetto al legislatore e sulla sua estraneità al processo democratico complessivo" (ivi, 1270).