

Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*

Se l'interpretazione della costituzione sollevi problemi specifici e presenti tratti distintivi rispetto ad altre forme e modi dell'interpretazione giuridica è un quesito non nuovo per il quale in letteratura sono state suggerite risposte diverse (par. 1). Fra le molte posizioni, differenti anche se non sempre nettamente contrapposte, si distingue, per la singolare intransigenza della sua formulazione, quella difesa da Rolando Tamayo (par. 2). Ora, prendendo le mosse dalla radicalità dei termini nei quali Tamayo ne contesta qualsiasi possibile specificità (e, forse, anche qualsiasi possibile interesse), l'intento di questo lavoro è, invece, segnalare tre ragioni che non solo giustificano ma anche sollecitano l'attenzione per l'interpretazione della costituzione (par. 3).

1. UN QUESITO NON NUOVO

Sono sempre più numerosi nella letteratura degli ultimi decenni i lavori che si interrogano sull'interpretazione della costituzione per affermarne o, secondo i casi, contestarne peculiarità e specificità nell'ambito (di una teoria) dell'interpretazione giuridica¹.

Tutt'altro che nuovo od originale, in realtà il quesito, anche quando non è stato espressamente formulato, ha sempre accompagnato le diverse forme in cui il costituzionalismo antico e moderno si è andato configurando nel corso dei secoli². E, in particolare, almeno dalla fine del Settecento, è un quesito che è stato

* Una versione parzialmente diversa di questo lavoro è in corso di pubblicazione nel volume *Ciencia jurídica y constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmerón*, curato da Fernando Serrano Migallón e Rodolfo Vásquez. Ringrazio, per le osservazioni e le critiche a questa prima versione del lavoro, Riccardo Guastini, Giulio Itzcovich, Paola Portinari, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo e Giuseppe Zaccaria.

1. Per alcune indicazioni bibliografiche cfr. R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in "Giurisprudenza Costituzionale", vol. 51, n. 1, 2006, p. 756, nota 27; T. Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in Id. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002, p. 35, nota 60.

2. Anche se non esplicitamente formulato, il quesito sull'eventuale specificità dell'interpreta-

tematizzato sempre più esplicitamente in relazione ai sistemi giuridici nei quali, come nei primi Stati dell'Unione nel Nord America e in Francia, la promulgazione della costituzione ha assunto una manifesta valenza fondativa, radicalmente innovatrice tanto sotto il profilo politico quanto sotto il profilo giuridico.

Non nuovo né originale, il quesito sull'eventuale specificità dell'interpretazione della costituzione negli ultimi decenni ha comunque registrato un crescente interesse e una sempre più diffusa attenzione. La ragione più immediata, anche se forse non l'unica, è il dibattito su quella che in molti (filosofi del diritto, della politica e della morale, ma anche costituzionalisti e giusinternazionalisti) considerano, nel secondo dopoguerra, l'affermazione del neocostituzionalismo. L'affermazione, cioè, di una forma di costituzionalismo inedita tanto nella sua dimensione nazionale quanto nella sua dimensione internazionale, perché le costituzioni del secondo dopoguerra (costituzioni non più solo scritte e lunghe ma anche rigide e garantite) individuano e definiscono il fulcro di un nuovo paradigma *giuridico*, quello dello stato *costituzionale* di diritto, in cui la sovranità statale, interna ed esterna, è *giuridicamente* limitata dai principi, *giuridici* perché costituzionalizzati, della tutela dei diritti fondamentali, del mantenimento della pace e della salvaguardia delle istituzioni democratiche.

In relazione a tale contesto, dato il suo crescente rilievo non solo per la teoria dell'interpretazione giuridica ma anche per la teoria generale del diritto, non stupisce il moltiplicarsi di lavori che si interrogano sull'interpretazione della costituzione, né sorprende la diversità di risposte che ne vengono suggerite. Le risposte variano infatti non solo là dove la contrapposizione è fra chi ne afferma e chi invece ne nega la specificità, ma anche là dove tanto la posizione di chi l'affirma quanto quella di chi la nega trova espressione in una varietà di formulazioni e argomentazioni non sempre coincidenti né sempre equivalenti.

Le formulazioni e le argomentazioni della posizione di chi è convinto della specificità dell'interpretazione della costituzione possono differire, ad esempio, secondo che (non) si condivida la tesi neocostituzionalista per cui le costituzioni scritte, lunghe, rigide e garantite del secondo dopoguerra individuino un nuovo paradigma giuridico³; e ancora, possono variare secondo che del neoco-

zione della costituzione non può, infatti, non essere stato almeno presupposto ogniquale volta ci si sia interrogati: *a*) su quali norme e/o principi, scritti o consuetudinari, fossero da considerare costituzionali (vale a dire: altri, diversi e gerarchicamente preordinati rispetto alle norme e ai principi delle altre fonti di un sistema giuridico); *b*) sui termini in cui le norme e/o i principi costituzionali, scritti o consuetudinari, andassero considerati gerarchicamente preordinati rispetto ad altre norme o principi in un sistema giuridico; *c*) sugli effetti giuridici che, in ragione del loro essere gerarchicamente preordinati, si dovessero riconoscere alle norme e/o ai principi costituzionali, scritti o consuetudinari, nei confronti delle forme e dei modi della produzione e dell'applicazione delle altre fonti di un sistema giuridico.

3. Così, ad esempio, E. Bulygin, *Tecla Mazzarese sobre el positivismo y la globalización del dere-*

stituzionalismo si proponga una lettura di matrice giusnaturalista o, invece, giuspositivista⁴.

D'altra parte, poi, formulazioni e argomentazioni della posizione di chi è critico riguardo all'eventuale specificità dell'interpretazione della costituzione possono differire, ad esempio, secondo che (non) si problematizzi l'unicità delle forme e dei modi dell'interpretazione di fonti del diritto diverse e/o della pluralità delle loro possibili interazioni; e ancora, possono variare secondo che (non) si tematizzi la varietà tipologica delle costituzioni.

Non solo. Non sempre le posizioni di chi afferma la specificità dell'interpretazione della costituzione e quelle di chi invece la contesta sono nettamente contrapposte così come, forse, vorrebbero i loro stessi autori. Due esempi simmetrici. Il primo riguarda la posizione di Jerzy Wróblewski, il secondo quella di Riccardo Guastini.

In particolare, Wróblewski *non* afferma *né* nega la specificità dell'interpretazione della costituzione: non l'affirma perché ne riconduce i termini a quelli che lui stesso individua e scandisce come aspetti e momenti di una teoria generale dell'interpretazione giuridica, ma neppure la nega perché ammette che essa presenta «special features [...] connected with the peculiarities of the role of constitutions in the legal system, of its application and of its institutional organization»⁵.

Simmetricamente, invece, Guastini *nega* e al tempo stesso *afferma* la specificità dell'interpretazione della costituzione: la nega, e non potrebbe farlo in modo più perentorio ed enfatico, quando sostiene che «l'interpretazione costituzionale *non* presenta *alcuna* specificità rispetto all'interpretazione di qualun-

cho, in J. J. Moreso, M. C. Redondo (coords.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcel Pons, Madrid 2006, pp. 185-6, scrive: «No creo que el llamado neocostitucionalismo constituya un nuevo paradigma del derecho [...]. No me parece que se justifique hablar de un nuevo paradigma ni de uno Estado constitucional como opuesto al Estado liberal. Lo que sucede es que Italia y España no tenían hasta épocas muy recientes constituciones liberales (o las tenían sólo esporádicamente) y no es de extrañar que lo juristas quedaron un tanto deslumbrados con estas innovaciones».

4. La concezione di gran lunga più diffusa in letteratura è quella che nel neocostituzionalismo vede una (ri)affermazione del giusnaturalismo o, almeno, un dato inoppugnabile della crisi radicale del giuspositivismo. Una lettura giuspositivista del neocostituzionalismo o, nella terminologia di Guastini, della «costituzionalizzazione dell'ordinamento» è difesa invece da: Bulygin, *Tecla Mazzarese sobre el positivismo*, cit., p. 186; L. Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid 2006, pp. 23-38; R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo*, cit., pp. 147-72; Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit.; Id., *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, in «Associations. Journal of Legal and Social Theory», vol. 6, n. 2, 2002, pp. 233-60; Id., *Giuspositivismo e globalizzazione giuridica: quale ridefinizione teorica?*, in «Ars Interpretandi», vol. 11, 2006, pp. 89-100.

5. J. Wróblewski, *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, in «Acta Universitatis Lodziensis. Folia Juridica», vol. 32, 1987, p. 34.

que altro documento giuridico»⁶, e, suo malgrado, l'afferma quando, non escludendo che si possa ipotizzare che «l'interpretazione costituzionale presenti qualche peculiarità sotto altri profili»⁷, offre quella che in letteratura è una delle ricognizioni più ricche, analiticamente puntuale e dettagliata, di molti argomenti e di numerose (buone) ragioni che ne mostrano la specificità⁸.

2. UNA RISPOSTA SINGOLARMENTE INTRANSIGENTE

In un panorama nel quale si confrontano, e a volte persino si confondono, concezioni e punti di vista differenti, la posizione di Tamayo si distingue per la drasticità e il coerente rigore dei termini in cui, senza concedere alcun margine di plausibilità agli argomenti che ne rivendicano la specificità, contesta che l'interpretazione della costituzione si distingua da altre forme e modi dell'interpretazione giuridica. Secondo Tamayo, infatti, quelle della costituzione non sono altro che norme che conferiscono poteri (nel suo lessico: “normas que confieren/otorgan facultades”) per nulla diverse da qualsiasi altra norma che, nel sistema giuridico, conferisca poteri.

Quattro, in particolare, gli assunti che riassumono e al tempo stesso scandiscono la sua posizione.

Il primo è l'assunto secondo il quale «la constitución de un orden jurídico

6. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, p. 207, corsivo nel testo.

7. *Ibid.*

8. Un rilievo analogo, mi segnala Guastini, lo ha già formulato G. U. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in “Diritto Pubblico”, n. 1, 2005, pp. 21-30. In particolare, secondo Rescigno la posizione di Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 267-332, è “sconcertante” perché, dopo avere escluso la sua specificità «rispetto all'interpretazione di qualunque altro documento normativo», dedica una lunga e attenta analisi all'ipotesi che la specificità dell'interpretazione costituzionale possa riguardare: a) i suoi agenti; b) le sue tecniche; c) la peculiarità dei suoi problemi. R. Guastini, *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in “Diritto Pubblico”, n. 2, 2005, pp. 457-65, replica, e dopo aver precisato in che termini quella della costituzione non differisce dalla (propria) teoria generale dell'interpretazione, riconosce alla costituzione «una sua indiscutibile specificità» riguardo agli agenti, ma non anche rispetto alle tecniche interpretative né riguardo ai suoi diversi problemi. In particolare, questi ultimi, enfatizza Guastini, sono «problemi specifici del diritto costituzionale [...] non sono propriamente problemi di interpretazione, bensì sono problemi “teorici”, ossia dogmatici» (ivi, p. 462, corsivo nel testo). Ora, non tutti gli argomenti della replica di Guastini sono davvero convincenti. In particolare (il tema è diffusamente affrontato di seguito nel par. 3.1), può essere dubbia la rivendicazione di una teoria generale dell'interpretazione giuridica che non presti attenzione a temi e problemi specifici di fonti e/o di sistemi giuridici differenti. E ancora (come spero concorrano a mostrare alcune esemplificazioni in questo lavoro), è dubbia, e non solo per la grande attenzione che più volte Guastini ha dedicato alla loro analisi, l'affermazione di una netta distinzione dei problemi “teorici” del diritto costituzionale dai «problemi propriamente di interpretazione» della costituzione.

es el conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el acto constituyente del orden jurídico».

Il secondo assunto è che le norme della costituzione non sono diverse «de las demás que otorgan facultades» e «al igual que cualquier otra norma que confiera facultades (y determine las condiciones y efectos del ejercicio de estas facultades) señala las condiciones bajo las cuales se crean actos jurídicos válidos».

Il terzo assunto è che tutto quanto sia altro e diverso da norme che conferiscono poteri, da norme, cioè, che «establezcan los primeros procedimientos de creación (sus límites y condiciones) de un orden jurídico histórico» sono soltanto «prédicas sociales, idearios políticos, palabras de un texto, etcétera, pero no una constitución de un orden jurídico positivo»⁹.

Il quarto assunto, infine, è che quella della specificità dell'interpretazione della costituzione è solo una pretesa (politica e/o ideologica) del costituzionalismo, destituita di qualsiasi fondamento giuridico e/o teoretico (logico o semiotico), e che i «“métodos de interpretación constitucional” del constitucionalismo tradicional no representan sino una rapsodia de prédicas social humanitarias (compuesta, por lo general de fórmulas retóricas, dirigidas a las cuerdas más sensibles de la emoción)»¹⁰.

Non solo. In un più ampio contesto nel quale si occupa diffusamente (della storia) del costituzionalismo, della teoria della costituzione e della teoria dell'interpretazione giuridica, Tamayo richiama, per quanto a volte in termini schematicamente sintetici, i principali argomenti che ricorrono in letteratura per rivendicare la specificità delle norme della costituzione e della loro interpretazione, e li confuta, tutti, in modo perentorio quando non addirittura corrosivo. Quattro, in particolare, gli argomenti sui quali concentra la propria attenzione.

Il primo, in particolare, è l'argomento di chi «considera que la *constitución* (i.e. n_1) es un “derecho diferente”, “cualitativamente distinto”, “superior” y que, en consecuencia, se aplican (o deben aplicarse) de manera muy diferente a como se aplica el resto del derecho», ma, replica Tamayo, «la constitución (i.e. n_1) al igual que cualquier otra n , determina las características que han de tener los actos que la aplican»¹¹.

Il secondo argomento è quello di chi ritiene che la costituzione differisce dalle altre norme giuridiche in ragione del suo contenuto, ma, contesta Tamayo: «Ciertamente, en razón de su contenido, la constitución es diferente, tan

9. R. Tamayo, *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, México 1979 (ried. 2006), pp. 261-2.

10. R. Tamayo, *La interpretación constitucional. (La falacia de la interpretación cualitativa)*, in R. Vázquez (coord.), *Interpretación jurídica y decisión Judicial*, Fontamara, México 1998, pp. 89-133; ried. in E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Editorial Porrúa, México 2003, p. 3564.

11. Ivi, p. 3561, corsivo nel testo.

diferente como lo es un contrato de hipoteca celebrado entre *a* y *b* de un acto de matrimonio celebrado entre *c* y *d*; materiales jurídicos cuyo contenido es diferente, dice cosas diferentes [...] todo fenómeno se presenta de cierta manera que le es exclusiva»¹².

Il terzo argomento è quello di chi rivendica la specificità della costituzione «en virtud de poseer un procedimiento dificultado de reformas», ma questa, ribatte Tamayo, è solo una caratteristica accidentale perché non tutte le costituzioni sono rigide e poi, ironizza, sotto questo profilo «la constitución es tan distinta, como lo es la transmisión de dominio de las acciones nominativas, las cuales, a diferencia de otros títulos, tienen o poseen un procedimiento dificultado de transmisión»¹³.

Il quarto argomento, infine, è quello di chi sostiene che la costituzione è diversa dagli altri materiali giuridici «en virtud de que la constitución es elaborada por el constituyente», ma, obietta Tamayo, e ancora una volta la notazione ha toni corrosivi, questo dato è tanto ovvio quanto «el hecho de que lo contractos son realizados por los contratantes, las leyes por el legislador, los reglamentos por el Ejecutivo, las sentencias por el juez»¹⁴.

Ora, per quanto quelli richiamati da Tamayo siano indubbiamente alcuni degli argomenti più ricorrenti in letteratura, pure non sono gli unici¹⁵. Né, per altro, sono quelli formulati nel modo più convincente. In particolare, non sempre né necessariamente coincidenti con gli argomenti presi in considerazione da Tamayo, ci sono almeno tre ordini di ragioni che giustificano l'interesse per l'interpretazione della costituzione e ne sollecitano un attento esame. Tre ordini di ragioni che, è importante sottolineare, non ignorano né contrastano con l'impianto metodologico dell'analisi di Tamayo, analisi, questa, in cui l'attenzione tipica del realismo giuridico (scandinavo) per un'accurata distin-

12. Ivi, p. 3562.

13. Ivi, p. 3563.

14. *Ibid.*

15. Anche Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, cit., pp. 756-9, «immagina» quattro argomenti di chi «suppone che l'interpretazione della costituzione esiga dei metodi speciali, diversi da quelli normalmente impiegati nell'interpretazione della legge», quattro argomenti solo in parte coincidenti, nella loro formulazione, caratterizzazione e contestazione, con quelli discussi da Tamayo. Secondo Guastini, infatti, il primo argomento è che «i testi costituzionali sono diversi da ogni altro testo normativo per il loro oggetto, giacché essi disciplinano la cosiddetta "materia costituzionale"»; il secondo è che «i testi costituzionali sono diversi da ogni altro testo giuridico per il loro contenuto normativo giacché non si limitano a formulare "regole", ma stabiliscono "principi" e/o proclamano "valori"»; il terzo è che «i testi costituzionali sono diversi da ogni altro testo normativo, ancora una volta per il loro oggetto: questa volta, però, si tratta [...] delle "relazioni politiche" (tra organi dello Stato, come pure tra Stato e cittadini)»; il quarto, infine, è che «i testi costituzionali, a differenza delle leggi, sono fatti per durare a lungo: sono diretti a dare una organizzazione stabile ai pubblici poteri come pure alle relazioni fra Stato e cittadini».

zione fra diritto e politica del diritto (o, in altri termini, fra teoria e ideologia del diritto) si coniuga con il rigore, logico e linguistico, dello strumentario concettuale della filosofia analitica; tre ordini di ragioni che non ignorano né contrastano con questo impianto metodologico, ma al contrario lo condividono largamente.

3. TRE RAGIONI D'INTERESSE

Tre, almeno, come si è già accennato, gli ordini di ragioni che non solo giustificano ma sollecitano un attento esame delle peculiarità dell'interpretazione della costituzione. Il primo è un ordine di ragioni di carattere generale che riguarda le diverse fonti del diritto nella loro varietà e pluralità, il secondo e il terzo riguardano invece la costituzione e la molteplicità tipologica delle sue possibili configurazioni.

In particolare, il primo ordine di ragioni, di carattere generale, è che fonti del diritto diverse possono porre (e spesso, *di fatto e di diritto*, pongono) problemi interpretativi differenti; detto altrimenti, il primo ordine di ragioni è che le modalità dell'interpretazione giuridica possono variare (e spesso variano) in relazione alla molteplicità di atti e di fatti per mezzo dei quali, in uno stesso sistema giuridico e/o in sistemi giuridici differenti, vengono create, modificate ed estinte norme generali e astratte o norme individuali e concrete¹⁶ (par. 3.1).

Un secondo ordine di ragioni è relativo, invece, all'affermazione e alla diffusione, a conclusione della Seconda guerra mondiale, di un modello di costituzione non solo scritta e lunga ma anche rigida e garantita (una costituzione, cioè, che oltre alle norme sulla divisione dei poteri e sulla definizione delle loro rispettive funzioni include anche un esplicito catalogo di diritti fondamentali e/o rinvia al catalogo che è possibile desumerne da dichiarazioni e patti internazionali, proclamandone l'inviolabilità e sancendone la tutela giuridica); di

16. Quella proposta nel testo è la caratterizzazione di una nozione volutamente ampia della nozione di fonte del diritto; tanto ampia da consentire, volutamente, di render conto della molteplicità di forme che la produzione giuridica può assumere non solo in relazione a sistemi tanto diversi quali, ad esempio, i sistemi di *common law*, di *civil law*, socialisti o islamici, ma anche in relazione a forme di diritto internazionale, transnazionale o sovranazionale. In particolare, la caratterizzazione proposta riprende (anche se non coincide con) quella offerta da G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 1984, p. 83, e può essere ricondotta a quella che secondo R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, p. 68, è «la nozione di fonte largamente dominante nella dottrina giuridica [...] né puramente materiale, né puramente formale, bensì mista. Nel senso che, per identificare le norme del diritto, i giuristi usano ora un criterio formale, ora un criterio materiale». Per una ricognizione sia di altri usi, concetti e concezioni della nozione di fonti del diritto sia di alcune delle sue classificazioni ricorrenti in letteratura, cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 1-12; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 57-71.

un modello di costituzione, cioè, che in molti hanno considerato fulcro e fondamento di un nuovo paradigma giuridico, quello dello stato costituzionale di diritto, e di una nuova forma di costituzionalismo non più solo nazionale ma anche internazionale, quella del neocostituzionalismo (par. 3.2).

Un terzo ordine di ragioni, infine, è che la nuova forma di costituzionalismo, nazionale e internazionale, così come il nuovo paradigma giuridico dello stato costituzionale di diritto, per molti aspetti non ancora compiutamente efficaci nell'attuazione e nella tutela dei loro principi fondativi, negli ultimi anni appaiono sempre più spesso e sempre più radicalmente in crisi a causa della proliferazione di nuove forme di diritto transnazionale e sovranazionale¹⁷. Altre e diverse non solo dal diritto nazionale ma anche dal diritto internazionale, queste nuove forme di diritto sono entrambe dettate e condizionate dalla progressiva globalizzazione dell'economia (e quindi della finanza e dei mercati) e dalla crescente globalizzazione della politica (par. 3.3).

3.1. Interpretazione giuridica, costituzione e varietà delle fonti del diritto

La risposta a molti interrogativi centrali della teoria generale del diritto spesso è (stata) condizionata da una spiccata propensione per il monismo e da una ricorrente tendenza a ridurre a unità dati e fenomeni la cui complessità ed eterogenea molteplicità suggerirebbero invece un atteggiamento più prudentemente pluralista¹⁸. In altri termini, nella teoria generale del diritto, il monito di Herbert Hart riguardo alla «distorsione come prezzo dell'uniformità», spesso non è (stato) preso troppo sul serio¹⁹. Così, a volte sorprendentemente

17. Distinti l'uno dall'altro, e distinti l'uno e l'altro dal diritto internazionale, diritto sovranazionale e diritto transnazionale non sempre hanno in letteratura una caratterizzazione univoca. Largamente condivisa, comunque, quella proposta da S. Cassese, *Oltre lo stato*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 35, secondo la quale il diritto sovranazionale è, come nel caso del diritto dell'Unione Europea, quello delle «organizzazioni regionali poste a livello superiore agli Stati che ne fanno parte», mentre il diritto transnazionale, nella molteplicità delle sue espressioni, è quello relativo ai «rapporti tra amministrazioni, imprese e altre associazioni della società civile, appartenenti a Stati diversi». Analoga la caratterizzazione di M. R. Ferrarese, *Il diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 19-28.

18. Da segnalare, tra i fattori che contribuiscono a radicare la propensione per il monismo e a reiterare la tendenza a ridurre a unità dati e fenomeni eterogenei, il difetto che M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. IX, rimprovera al filosofo del diritto che «non cerca [...] teorie che spieghino o descrivano diritti positivi, [ma] si occupa di confrontare tra loro varie teorie [...] ovvero di analizzare la correttezza metodologica con cui una certa filosofia del diritto è costruita»; al filosofo del diritto, cioè, che «non si occupa della realtà giuridica, ma ne è informato attraverso mediazioni dottrinarie», e che «[o]perando ulteriori generalizzazioni su di esse, [...] giunge a filosofie e teorie del diritto che poi presenta come valide per tutti i diritti positivi».

19. *Distortion as the Price of Uniformity* è il titolo di un noto paragrafo del capitolo sulla varie-

anche nel caso di chi si dichiara filosoficamente consapevole dell'importanza di tenere conto della problematicità di ogni nozione, della varietà tipologica dei concetti che essa può esprimere e della pluralità delle loro concezioni, la teoria generale del diritto spesso è (stata) declinata in una successione di risposte che costringono nei termini di definizioni artificiosamente unitarie: *a*) la molteplicità di forme in cui il diritto si è storicamente configurato e può ancora configurarsi, *b*) la varietà tipologica delle sue norme e la diversità delle loro possibili funzioni, *c*) la pluralità di criteri per decidere della loro validità e/o della legittimità degli atti che le producono, e non da ultimo *d*) l'eterogeneità di temi e problemi con cui, secondo i casi, può confrontarsi l'interpretazione giuridica.

Riguardo all'interpretazione giuridica, in particolare, quando la tentazione non è (stata) quella di proporre una teoria che possa valere non solo per il diritto ma addirittura per qualsiasi forma dell'esperienza e della comunicazione umana²⁰, la tendenza ricorrente è (stata) quella di declinare una teoria generale che, per quanto sofisticatamente elaborata nella propria scansione, prescindendo dalle specifiche peculiarità che si possono individuare in relazione a fonti del diritto differenti e/o in relazione a una stessa fonte del diritto *a*) in ragione della materia che essa può regolare, o *b*) in ragione della particolare valenza che le può essere riconosciuta da sistemi giuridici differenti, o, ancora, *c*) in ragione della particolare cultura giuridica che integra e informa sistemi giuridici differenti.

Ora, a essere manifestamente problematica non è solo la pretesa di una teoria generale dell'*interpretazione* che voglia ricondurre a poche categorie concettuali, tanto generiche da non aver quasi più alcun potere esplicativo, la molteplicità delle sue configurazioni in relazione alla varietà ed eterogeneità di tutto ciò che può esserne, e continuamente ne è, oggetto (atti, comportamenti, fatti, eventi, fenomeni, teorie scientifiche, sistemi logici e matematici, forme di linguaggi comune, tecnici e specialistici), negli ambiti più disparati (dalla reli-

tà tipologica delle norme giuridiche di H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1961.

20. Paradigmatiche, pur nelle loro rispettive differenze, le posizioni di Emilio Betti e di Hans-Georg Gadamer. Tuttavia, anche al di fuori dei circuiti di più diretta influenza della filosofia ermeneutica, non mancano le proposte, se non di una teoria generale dell'interpretazione, quantomeno di analisi che, pur non escludendo la possibilità di loro differenze specifiche, accomunano oggetti e/o contesti molto eterogenei. Così, ad esempio, J. Raz, *Interpretation without Retrieval*, in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 155, in un saggio nel quale si propone di mostrare che «the ideas associated with the retrieval picture are mistaken or misleading», prende le mosse da «an abstract account of the interpretation of works of art, music and literature» augurandosi che possa essere modificato «to apply to other standard objects of interpretation (for example the law, historical events, rituals and social customs)».

gione all'economia, dalla storia alle arti figurative, dalla letteratura all'algebra numerica)²¹.

A essere problematica, per quanto forse in modo meno manifesto, è anche qualsiasi proposta di una teoria generale dell'interpretazione *giuridica* che voglia disconoscere la pluralità di forme e di modi in cui essa può declinarsi secondo fonti, sistemi, culture e persino secondo ideologie del diritto differenti²².

Problematica in modo forse meno manifesto se, in ragione dell'ineludibile centralità del linguaggio per la formulazione e comunicazione del diritto (in ragione, cioè, della sua natura *language-dependent*)²³, si ritenga che, nonostante la varietà di sistemi in cui può configurarsi e la pluralità di fonti in cui può articolarsi, l'interpretazione giuridica ha, comunque, sempre e solo uno stesso

21. Così, come affermano F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 109, per quanto possa essere utile «comparare l'interpretazione giuridica con altri tipi paradigmatici di interpretazione, come l'interpretazione letteraria, artistica, musicale o biblica», nondimeno «è altrettanto innegabile [...] che l'arte, il diritto, la religione parlano linguaggi diversi e "costruiscono mondi" che hanno regole proprie di pertinenza e di plausibilità. Alla pluralità di mondi fa riscontro una pluralità di tipi di discorso (giuridico, teologico, letterario, storico, artistico ecc.) e di diversi tipi di linguaggio, di ciascuno dei quali è legittimo ricercare gli specifici canoni interpretativi».

22. Come stigmatizza G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, p. 5, «discutere se l'interpretazione giuridica appartenga a un "genere" comprendente anche altre specie di interpretazioni (letteraria, artistica, filosofica ecc.)» è discutere di uno pseudoproblema perché «l'interpretazione giuridica non è [...] una entità unitaria». Non lo è, sostiene Tarello, innanzitutto perché bisogna distinguere fra «interpretazione *del* diritto» e «interpretazione *nel* diritto», e poi perché bisogna individuare «*nel* diritto» quelli che sono o possono essere i diversi oggetti dell'interpretazione. (E, di possibili oggetti di interpretazione accanto e oltre alla legge, nel sistema giuridico italiano degli anni Settanta del Novecento, Tarello ne individua 14.) Da qui, da queste premesse, la ferma convinzione che non si possa rispondere «una volta per tutte (a pena di cadere in un deteriore essenzialismo)» a interrogativi sulla possibilità ed eventuale utilità di «analizzare l'interpretazione nel diritto in generale, e fare teoria dell'interpretazione giuridica in generale» perché «la risposta è condizionata dal contesto storico-istituzionale da un lato, e, dall'altro lato, dalle preferenze, dagli scopi e dalle ideologie giuridiche di chi risponde» (ivi, p. 16).

23. La tesi della natura del diritto dipendente dal linguaggio è stata affermata, ad esempio, da G. H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge and Kegan Paul, London 1963, p. 94; T. Mazzarese, 'Norm Proposition': *Epistemic and Semantic Queries*, in "Rechtstheorie", vol. 22, 1991, p. 43; Id., *Interpretazione giuridica come traduzione: tre letture di un'analogia ricorrente*, in "Ars Interpretandi", vol. 5, 2000, pp. 172-81; E. Bulygin, *Sull'interpretazione giuridica*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, p. 17; R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Torino 2001, p. 7. Le formulazioni di questa tesi non sono però sempre coincidenti, né sono sempre equivalenti le loro implicazioni teoretiche; come sottolinea F. Schauer, *Introduction*, in Id. (ed.), *Law and Language*, Dartmouth, Aldershot 1993, p. xi, infatti, «The relationship between law and language seems in some ways special. To say why that is so, however, or even to maintain that it is so at all, is itself to take a position on one or another contested position of legal theory».

oggetto: il linguaggio del diritto, il linguaggio, cioè, in cui tutte le norme giuridiche sono (e, se consuetudinarie, possono essere) formulate²⁴.

Ma, per quanto tutte le norme giuridiche (anche quelle consuetudinarie) possano condividere nella loro formulazione e comunicazione le medesime caratteristiche logiche e semiotiche di uno stesso linguaggio del diritto, nondimeno, la proposta di una teoria generale dell'interpretazione giuridica che pretendesse di ignorare, o, peggio, di negare, le peculiarità di fonti del diritto e/o di sistemi giuridici differenti non potrebbe che essere problematica.

Non potrebbe non esserlo: *a)* perché trascurerebbe l'ovvio dato di fatto che fonti tanto diverse come, ad esempio, la legge, la consuetudine e il precedente non possono non ripetere, anche sotto il profilo interpretativo, le specifiche peculiarità che le contraddistinguono sotto il profilo della loro produzione e applicazione²⁵; *b)* perché disconoscerebbe che, di fatto e di diritto, l'interpretazione di fonti diverse può declinarsi e spesso si declina diversamente secondo le direttive esplicitamente previste dal legislatore e/o secondo le prassi giurisprudenziali consolidate in culture giuridiche differenti²⁶; e infine, ma non da ultimo, *c)* perché non renderebbe conto della grande attenzione, in dottrina, per temi e problemi specifici dell'interpretazione delle fonti più diverse, così come per il confronto fra modalità interpretative di fonti differenti di uno stesso sistema²⁷ o, ancora, per la comparazione fra modalità interpretative di una stessa fonte in sistemi giuridici differenti²⁸.

24. Così, ad esempio, Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit.

25. Ovvio dato di fatto e non, come mi mette in guardia Guastini, petizione di principio perché di fonti tanto diverse cambiano i criteri di individuazione e cambiano le variabili che possono intervenire nella determinazione del loro significato; così, solo per menzionare un esempio, per norme consuetudinarie e precedenti giudiziali non sembra si possa rinviare all'"intenzione" del loro autore, intenzione che, per quanto in termini fra loro molto diversi, è una variabile alla quale il legislatore attribuisce invece un rilievo centrale nell'interpretazione del contratto, della legge e dei trattati internazionali.

26. A scandire diversamente le forme e i modi dell'interpretazione di fonti differenti a volte è lo stesso legislatore che, come nel caso del sistema giuridico italiano, dedica, ad esempio, dieci articoli dettagliatissimi all'interpretazione del contratto, mentre non riserva neppure un intero articolo all'interpretazione della legge. Altre volte, invece, non è il legislatore ma sono le prassi giurisprudenziali a scandire particolari modalità interpretative. Così, per rimanere in tema di interpretazione della costituzione, è questo, ad esempio, in relazione al sistema giuridico italiano, il caso di quelle che Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, cit., pp. 152-3 e 155, denomina «interpretazione adeguatrice della legge» e «sovrainterpretazione della costituzione».

27. Così, solo per citare un lavoro che ha avuto molta fortuna nella letteratura italiana, N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 Codice civile*, CEDAM, Padova 1996, indaga, in relazione al sistema giuridico italiano, analogie e differenze fra l'interpretazione della legge, disciplinata dal primo comma dell'articolo 12 delle Preleggi, e l'interpretazione del contratto, disciplinata dagli articoli 1362-1371 del Codice civile.

28. Così, solo per citare due lavori oggetto di grande attenzione in letteratura, N. MacCormick, R. S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot

Ora, nonostante la spiccata propensione per l'uniformità anche a costo della distorsione, nessuna teoria generale dell'interpretazione giuridica è, in realtà, tanto radicale, quali ne possano essere le dichiarazioni di intenti e le enunciazioni programmatiche, da escludere o da contestare che fonti del diritto diverse possano individuare temi e sollecitare problemi interpretativi differenti. Tutt'altro. Di solito, infatti, non si registrano reazioni stupefatte, né tanto meno denunce severe del rischio di contaminazioni o derive ideologiche, non solo là dove la letteratura si concentra sull'interpretazione del precedente piuttosto che su quella della consuetudine, ma neppure là dove, forse ancora più copiosa, la letteratura si interroga sull'interpretazione del negozio giuridico piuttosto che su quella dei trattati internazionali, sull'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro piuttosto che su quella degli atti amministrativi. E ancora, di solito non si segnala nessun allarme teorico-concettuale neppure quando l'oggetto d'interesse sia tanto specificamente particolare, come l'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori²⁹, o possa essere, l'esempio questa volta è fittizio, l'interpretazione dei contratti di enfiteusi nell'Italia post-risorgimentale.

Al contrario, e forse neppure troppo sorprendentemente, l'unico caso in relazione al quale si registrano reazioni stupefatte e denunce severe per le possibili contaminazioni e derive ideologiche è quello della letteratura che si interroga sull'interpretazione della costituzione. Letteratura, questa, nella quale non mancano certo tesi e argomentazioni dubbie e teoreticamente discutibili³⁰ (così

1991, in cui si indagano analogie e differenze nell'interpretazione della legge (*statutory interpretation*) nel sistema giuridico di nove paesi: Argentina, Finlandia, Francia, Italia, Inghilterra, Polonia, Repubblica Federale Tedesca, Svezia e Stati Uniti; E. MacCormick, R. S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot 1997, in cui si indagano invece analogie e differenze nell'interpretazione del precedente in relazione al sistema della Comunità Europea e ai sistemi giuridici di Finlandia, Francia, Inghilterra, Italia, Norvegia, Polonia, Repubblica Federale Tedesca, Spagna, Svezia, Stati Uniti. E ancora, riguardo all'interpretazione della costituzione, in questa direzione si sviluppano le osservazioni di P. L. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna 2007, pp. 155-61, là dove mette a confronto l'esperienza statunitense, quella tedesca e quella italiana.

29. G. Chiodi, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Giuffrè, Milano 1997.

30. Paradigmatico il caso della cosiddetta «one right answer thesis» difesa da R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1977; della tesi, cioè, secondo la quale il «carattere morale» dei diritti fondamentali sanciti (anche) dalle costituzioni consente di individuare sempre un'unica risposta corretta in relazione a qualsiasi controversia; anche in relazione ai cosiddetti «casi difficili» (*hard cases*). E, a chi dissenta e la contesti, R. Dworkin, *Non c'è soluzione corretta?*, in «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», vol. 13, n. 2, 1983, p. 501 (ed. or. *No Right Answer?*, in «New York University Law Review», vol. 53, n. 1, 1978) replica: «L'opinione contraria deve [...] essere sostenuta da un'argomentazione filosofica. Tale argomentazione deve sfidare il mio assunto che, in un sistema giuridico complesso ed esteso, è improbabile che due teorie differiscano quanto basta a richiedere soluzioni diverse di qualche caso, e tuttavia si adatti-

come, d'altra parte, tesi e argomentazioni teoreticamente discutibili non mancano neppure nella letteratura che si interroga sull'interpretazione di altre fonti del diritto o in quella che ha a oggetto i termini di una teoria generale dell'interpretazione giuridica). Ma, ed è in questo che consiste il suo essere un'eccezione, ancor prima e ancora più radicalmente che per le sue eventuali tesi e argomentazioni teoreticamente discutibili, questa letteratura viene contestata in ragione del suo stesso oggetto; viene contestata, cioè, proprio perché si interroga sull'interpretazione della costituzione. Né è solo il suo essere un'eccezione a denunciare che la diffidenza nei confronti del tema dell'interpretazione della costituzione è pregiudiziale e non è meno ideologicamente compromessa dell'attenzione di cui può essere oggetto.

Un'ulteriore conferma, poco importa se l'intenzione è quella di proporre invece una critica alla tesi della sua specificità, la offre chi, come Guastini, ricorda che in tema di interpretazione della costituzione si deve tener conto non solo delle diverse ambiguità veicolate da una nozione tanto complessa e plurale come quella di interpretazione, ma anche di tre ordini di variabili che, «incrociate e combinate», concorrono a determinare la complessità non meno insidiosa della nozione di costituzione: «La prima variabile è la struttura della costituzione. [...] La seconda variabile è la eventuale garanzia giurisdizionale della costituzione (o, per meglio dire, della rigidità costituzionale, giacché solo una costituzione rigida può essere garantita). [...] La terza variabile è la concezione della costituzione diffusa nella cultura giuridica»³¹.

Rilievo, questo, assolutamente corretto che però di per sé non concorre affatto a sminuire l'importanza del tema dell'interpretazione della costituzione ma, al contrario, suggerisce l'opportunità di vagliarne le peculiarità non in generale e in astratto, ma in relazione alle caratteristiche particolari di tipi di costituzione differenti³².

Ora, è certo indiscutibile che, quale che sia la forma in cui essa si configura, la costituzione è il risultato di una volontà politica ed è espressione di opzioni valoriali. Ma non per questo viene meno, né per questo si può disconoscere, il

no egualmente bene al diritto esistente. *Tale argomentazione deve sostenere una forma di scetticismo o di indecidibilità delle teorie morali, che renda plausibile supporre che nessuna teoria sia preferibile ad un'altra per ragioni di morale politica»* (il corsivo è mio). Tesi, questa della dworkiniana "one right answer", che ha suscitato un acceso dibattito e, forse, non pochi pregiudizi nei confronti di qualsiasi analisi avesse a oggetto la specificità dell'interpretazione della costituzione.

31. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 271-2.

32. In particolare, tener conto della varietà tipologica delle costituzioni si rivela di grande importanza non solo, come ritiene Guastini, per individuare quelli che possono essere gli agenti particolari della sua interpretazione (se ne è già fatto cenno alla nota 8), ma anche per caratterizzare la specifica configurazione delle sue possibili tecniche interpretative e la loro eventuale gerarchia, così come per rendere conto di quelli che, secondo tipi di costituzioni differenti, ne possono costituire i problemi particolari.

suo carattere giuridico. Per altro, sarebbe opportuno non dimenticare che, sotto questo profilo, *tutte* le norme, non solo quelle costituzionali, sono risultato di una volontà politica e sono espressione di un'opzione valoriale; così, ad esempio, la decisione di (non) fissare certi limiti di velocità in autostrada non è affatto meno politicamente e meno assiologicamente connotata della decisione di (non) garantire la libertà di culto³³.

E, in quanto fonte del diritto che, in relazione a sistemi giuridici differenti, si è già configurata in una pluralità di tipi diversi, la costituzione non merita minore attenzione per le specifiche peculiarità della propria interpretazione di quanta si è disposti a concederne a qualsiasi altra fonte del diritto. Voler contestare questa attenzione perché, là dove sia a fondamento di un sistema giuridico, la costituzione non è una fonte fra le altre ma è la fonte suprema che individua e definisce i limiti di validità di tutte le altre norme del sistema così come le condizioni di legittimità della loro produzione, non è, né può essere, una scelta dettata da asettiche considerazioni teoretiche; al contrario, è, e non può che essere, una scelta condizionata da quegli stessi pregiudizi di carattere ideologico che si rimproverano proprio a chi se ne occupa.

3.2. Interpretazione della costituzione e neocostituzionalismo

Drastica nella perentorietà della sua formulazione, la tesi di Tamayo, come si è già ricordato (par. 2), è che l'enfasi sulla costituzione, sulla peculiarità delle sue norme e sulla specificità della sua interpretazione è frutto esclusivamente della retorica del costituzionalismo. Destituita di qualsiasi fondamento giuridico e/o teoretico, denuncia infatti Tamayo, la rivendicazione di tratti distintivi e caratteristiche specifiche dell'interpretazione della costituzione testimonia solo della valenza politica e ideologica del costituzionalismo.

33. La valenza politica e assiologia (di alcune) delle norme costituzionali a volte è denunciata come elemento che ne inficia il carattere giuridico e che quindi le esclude, come ad esempio sostiene Tamayo, dall'ambito dell'interpretazione giuridica; altre volte, simmetricamente, è rivendicata invece come argomento a favore della specificità dell'interpretazione della costituzione. Così, ad esempio: Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992; A. Baldassarre, *L'interpretazione della costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, esi, Napoli 2001, pp. 215-31; Id., *Miseria del positivismo giuridico*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino 2005, vol. 1, pp. 215-30. Ora, polemizzando con la posizione di Baldassarre secondo la quale le costituzioni contemporanee positivizzano «“principi morali” come valori condivisi posti a base della convivenza comune», R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in “Giurisprudenza Costituzionale”, vol. 52, n. 2, 2007, p. 1374, fa notare, in termini non molto diversi da quelli qui usati nel testo, che «qualunque testo normativo – persino il più banale dei regolamenti – incorpora qualche tipo di preferenza, o scelta di valore che dir si voglia (come insegna von Wright, i valori non sono altra cosa dalle preferenze) dell'autorità normativa che l'ha prodotto».

Così, come vogliono la tradizione del realismo giuridico (scandinavo) e la tradizione della filosofia analitica, la posizione di Tamayo è molto attenta a non confondere teoria e ideologia della costituzione, teoria e ideologia del diritto. Ma un eccesso di prudenza nei confronti del rischio di riconoscere dignità teoretica a mere rivendicazioni ideologiche porta Tamayo a incorrere nel rischio simmetrico: disconoscere come pretese ideologiche quelle che invece sono, o almeno possono anche essere, istanze teoretiche di un apparato categoriale idoneo a render conto della varietà di forme in cui, in luoghi o in tempi diversi, il diritto si è andato configurando, così come dell'eterogeneità dei temi e dei problemi che la loro interpretazione ha di volta in volta sollecitato.

Non che i sospetti di Tamayo sul carattere politico e/o ideologico di alcune istanze del costituzionalismo non siano condivisibili. Al contrario, lo sono e lo sono largamente³⁴. Ma quelle rispetto alle quali Tamayo manifesta tutta la propria diffidenza non esauriscono tutte le istanze del costituzionalismo, né forse individuano quelle più rilevanti.

In particolare, è indubbio che il costituzionalismo abbia una dimensione politica e ideologica. Nondimeno, non diversamente da quanto, agli inizi degli anni Sessanta del Novecento, Norberto Bobbio aveva proposto con la nozione di giuspositivismo, anche della nozione di costituzionalismo, così come di quella più recente di neocostituzionalismo, sembra plausibile individuare, accanto e oltre a una dimensione ideologica, anche una dimensione metodologica e una dimensione teoretica³⁵. Detto altrimenti, non diversamente da quanto Bobbio segnala in relazione a "giuspositivismo", anche "costituzionalismo" e "neocostituzionalismo" sono termini che possono essere e di fatto sono (stati) usati non solo per designare un'ideologia del diritto, l'ideologia, cioè, secondo la quale il diritto *deve* conformarsi a quelli che nel corso del tempo sono stati di volta in volta individuati come i principi più idonei a limitare un potere altrimenti dispotico e arbitrario. "Costituzionalismo" e "neocostituzionalismo" sono termini che possono essere e di fatto sono (stati) usati anche per indicare sia un *modo di accostarsi* al diritto (il modo, cioè, là dove un sistema giuridico

34. Così, ad esempio, come si è già ricordato alla nota 30, è questo il caso della dworkiniana «one right answer thesis».

35. Riprendendo quella tracciata da N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1960-1961, ried. 1996, p. 10, in relazione alla nozione di giuspositivismo, la distinzione di un'accezione ideologica, un'accezione teoretica e un'accezione metodologica della nozione di neocostituzionalismo è stata più volte riproposta in letteratura anche se non sempre in termini equivalenti né sempre in prospettive coincidenti. Così, ad esempio, in S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 15-7 e 171-86; P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo*, cit., pp. 78-83; Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit., pp. 18-20; A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in "Diritto e Questioni Pubbliche", 3, 2003 (<http://www.dirittoeququestionipubbliche.org>); Guastini, *Sostiene Baldassarre*, cit.

abbia fondamento in una costituzione, di prender atto di quelle che, secondo tipi di costituzione differenti, sono, *di fatto*, le sue caratteristiche peculiari e i suoi tratti distintivi)³⁶ sia una *teoria* del diritto (una teoria, cioè, che metta a punto un apparato categoriale che consenta di render conto delle caratteristiche peculiari e dei tratti distintivi in cui, secondo i casi, il diritto si configura in ragione di costituzioni tipologicamente differenti).

In particolare, per quanto riguarda “neocostituzionalismo”, termine sempre più diffuso nella letteratura degli ultimi anni in relazione a sistemi giuridici che hanno a proprio fondamento una costituzione non solo scritta e lunga ma anche rigida e garantita³⁷, è possibile distinguere tre usi o accezioni³⁸.

Il termine “neocostituzionalismo”, innanzitutto, può essere ed è (stato) usato nel linguaggio dei filosofi del diritto, della politica e della morale con una *valenza assiologico-normativa* per indicare un’*ideologia* del diritto; per indicare, cioè, come dovrebbe essere il diritto in ragione dei principi e dei valori in esso esplicitamente enunciati: i diritti fondamentali, principi e valori a esso immanenti, e non a esso esterni o estranei. In questo senso il termine indica non tanto un dato di diritto positivo o una nozione della dogmatica giuridica, non tanto un modello esplicativo di un particolare sistema giuridico, quanto, piuttosto, un modello normativo di diritto³⁹.

36. L’uso di “costituzionalismo” e di “neocostituzionalismo”, non diversamente da quello di “giuspositivismo”, nel senso di *modo accostarsi al diritto*, nel senso, cioè, di *metodo per lo studio del diritto*, non sempre risulta perspicuo. Neppure a chi della distinzione ormai classica di Bobbio fa (ab)uso. Non è quindi superfluo, per chiarire i termini del parallelismo proposti nel testo, ricordare che nella caratterizzazione proposta da N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in “Rivista di Diritto Civile”, 8, 1962, pp. 977-8, ried. in N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1977, pp. 134-5, come modo di accostarsi al diritto «il positivismo giuridico è un modo di intendere lo studio scientifico del diritto, e quindi il compito del giurista»; in particolare, in questa prospettiva, «[s]copo della scienza del diritto è di considerare il diritto qual è e non quale dovrebbe essere», di considerare, cioè, il diritto «come mero fatto storico» con quelle che, secondo i tempi e i luoghi, sono le sue (eventuali e contingenti) caratteristiche distintive.

37. “Neocostituzionalismo” è un termine sempre più diffuso e sempre più plurale nella varietà di usi, concetti e concezioni che la letteratura ne documenta. Così, a ragione, c’è chi, come M. Carbone (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003, e Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, cit., si chiede se non sia più opportuno parlare di “neocostituzionalismi”.

38. La distinzione di questi tre usi di “neocostituzionalismo” è già in Mazzaresse, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit., pp. 8-10. Questi tre usi, però, non esauriscono (né si propongono di esaurire) la molteplicità delle accezioni di “neocostituzionalismo” della quale si è fatto cenno alla nota precedente. In particolare, non esauriscono tutte le accezioni che di “neocostituzionalismo” è possibile distinguere quando se ne rivendica una lettura antipositivista o giusnaturalista.

39. Una caratterizzazione della nozione simile a quella in esame è offerta, ad esempio, da L. Ferrajoli, *Quali diritti sono fondamentali?*, in Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo*, cit., pp. 95-116, quando afferma che «del diritto risulta positivizzato non più solo l’“essere”, ossia la sua “esistenza” o “vigore”, ma anche il suo “dover essere”, ossia le sue condizioni di “validità”; non

E ancora, il termine “neocostituzionalismo” può essere ed è (stato) usato, nel linguaggio dei giuristi, con una *valenza empirico-descrittiva* per indicare un *modo di accostarsi* al diritto; per indicare, cioè, quei sistemi giuridici in cui un catalogo di diritti fondamentali sia stato esplicitamente enunciato (o, secondo i casi, richiamato con riferimento a dichiarazioni e patti internazionali) dalla costituzione o da leggi di livello costituzionale, congiuntamente alla previsione e predisposizione di una pluralità di misure giuridiche che, diverse secondo i casi, ne garantiscano l’attuazione e la protezione giuridica. In questo senso il termine indica semplicemente un tratto di alcuni sistemi giuridici, indica, cioè, un dato del diritto positivo e/o una nozione della dogmatica giuridica⁴⁰.

Infine, il termine “neocostituzionalismo” può essere ed è (stato) usato, nel linguaggio dei teorici e dei filosofi del diritto, con una *valenza ricostruttivo-esplicativa* per indicare una *teoria* del diritto; per indicare, cioè, un nuovo paradigma del diritto, dei suoi modi di applicazione (giudiziale) e delle sue forme di conoscenza. In questo senso il termine indica non tanto un dato di diritto positivo o una nozione della dogmatica giuridica, quanto, piuttosto, un modello esplicativo del diritto così come esso si configura in relazione a determinati sistemi giuridici⁴¹.

più solo i vincoli di forma relativi al “chi” e al “come” delle decisioni, ma anche i vincoli di contenuto relativi al “che cosa” delle decisioni medesime e che altro non sono che i principi e i diritti fondamentali» (corsivo nel testo). Non diversamente, L. Ferrajoli, *Lo stato di diritto fra passato e futuro*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002, p. 357, sostiene che il nuovo paradigma del costituzionalismo «rappresenta un completamento, oltre che dello Stato di diritto, dello stesso positivismo giuridico: [...] infatti, il mutamento con esso prodottosi ha impresso alla legalità una doppia artificialità e positività: non più solo dell’essere del diritto, ossia delle sue condizioni di “esistenza”, ma anche del suo *dover essere*, ossia delle sue condizioni di “validità”, anch’esse positivizzate costituzionalmente, quale diritto sul diritto, in forma di limiti e vincoli giuridici alla sua produzione» (corsivo nel testo). Cfr., inoltre, J. Raz, *Legal Rights*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 4, 1984, pp. 1-21, ried. in J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, pp. 254-76, quando afferma che «Legal rights can be legal reasons for legal change. They are grounds for developing the law in certain directions. Because of their dynamic aspect legal rights cannot be reduced, as has often been suggested, to the legal duties which they justify. To do so is overlooking their role as reasons for changing and developing the law» (ivi, p. 269), e ancora «Legal rights [...] are legal reasons for developing the law by creating further rights and duties where doing so is desirable in order to protect the interests on which the justifying rights are based» (ivi, p. 272).

40. A questo uso del termine può essere ricondotta l’individuazione delle condizioni di «costituzionalizzazione di un ordinamento» proposta da Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento*, cit.

41. Così, ad esempio, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in “Teoria Politica”, vol. 14, n. 2, 1998, pp. 3-33; Id., *Quali diritti sono fondamentali?*, cit.; Id., *Lo stato di diritto*, cit.; Id., *Garantismo*, cit.; Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, 2 voll. Per quanto forse non altrettanto esplicito come in Ferrajoli, questo senso di neocostituzionalismo si può registrare, ad esempio, in Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., e in M. Atienza, *El sentido del Derecho*,

Ora, proprio perché di “neocostituzionalismo” è possibile individuare non solo un uso che designa un’ideologia del diritto ma anche un uso che designa un modo di accostarsi al diritto, un modo, cioè, di denominare il diritto positivo nel caso di sistemi giuridici che abbiano il proprio fondamento in una costituzione scritta, lunga, rigida e garantita, quello della specificità dell’interpretazione della costituzione si rivela a pieno titolo non tanto una rivendicazione politica o ideologica quanto piuttosto un problema di *teoria* del diritto. Un problema a pieno titolo della teoria del diritto anche se i termini della sua formulazione e della sua analisi possono a volte essere condizionati, così come accade con qualsiasi altro problema della teoria del diritto, da scelte o considerazioni ideologiche.

E ancora, proprio perché di “neocostituzionalismo” è possibile individuare anche un uso che designa una teoria del diritto, la teoria, cioè, che identifica nei sistemi giuridici che hanno il proprio fondamento in una costituzione scritta, lunga, rigida e garantita, un nuovo paradigma del diritto, sembra opportuno interrogarsi non solo sulla specificità dell’interpretazione della costituzione, ma, più in generale, sui termini di una possibile teoria neocostituzionalista dell’interpretazione. Sui termini, in particolare, di una teoria dell’interpretazione che non si esaurisca nell’esame della specificità dell’interpretazione di costituzioni scritte, lunghe, rigide e garantite ma prenda in esame le forme e i modi in cui costituzioni scritte, lunghe, rigide e garantite condizionino e sollecitino la ridefinizione: *a)* dei criteri di individuazione delle norme valide nel sistema di cui sono a fondamento, e delle condizioni di legittimità della loro produzione; *b)* dei modi della loro attuazione (giudiziale); *c)* delle forme della loro ricostruzione dogmatica⁴².

Cinque, in particolare, i temi di maggiore interesse di una teoria neocostituzionalista dell’interpretazione.

Un primo tema, com’è ovvio, riguarda proprio la specificità dell’interpretazione di quelle costituzioni che includono un catalogo di diritti fondamentali e prevedono l’istituzione di un organo competente a decidere dell’(in)costituzionalità delle leggi e/o le forme di tutela giudiziale dei diritti. Detto altrimenti, il primo tema riguarda tanto i tratti distintivi dell’interpretazione di disposizioni costituzionali che esprimono diritti fondamentali e, quindi, metanorme che stabiliscono criteri di validità materiale delle leggi, quanto i tratti distintivi dell’interpretazione svolta da un organo particolare quale, ad esempio, l’italiana Corte costituzionale. E ancora, non solo le tecniche e i soggetti dell’interpre-

Ariel, Barcelona 2001, pp. 309-10. E ancora, sul neocostituzionalismo come teoria si vedano i saggi raccolti in M. Carbonell (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid 2007.

42. Sulle ragioni che giustificano e sollecitano una teoria neocostituzionalista dell’interpretazione, cfr. anche Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit., pp. 33-43.

tazione⁴³, ma anche le funzioni⁴⁴ e la varietà tipologica delle disposizioni costituzionali che ne sono oggetto⁴⁵, possono essere rilevanti per render conto delle peculiarità dell'interpretazione della costituzione rispetto a quella di altre fonti del diritto, e, soprattutto, per definire i criteri di individuazione delle norme valide del sistema giuridico e le condizioni di legittimità degli atti che le producono.

Un secondo tema, centrale per articolare una teoria neocostituzionalista dell'interpretazione non meno che, come si preciserà ulteriormente (par. 3.3), per individuare una delle ragioni della crisi oggi sempre più manifesta del neocostituzionalismo, riguarda l'interpretazione delle disposizioni sia di diritto internazionale (pubblico) sia di diritto sovranazionale e transnazionale. In particolare, il secondo tema riguarda non solo, com'è ovvio, la vasta gamma di problemi legati alla traduzione del linguaggio giuridico⁴⁶, ma anche una plura-

43. Particolare attenzione all'interpretazione della costituzione sotto il profilo delle sue possibili tecniche e sotto il profilo dei suoi possibili soggetti è rivolta, ad esempio, da R. Guastini, *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 1996. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 169-85; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 331-42; Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 271-97.

44. Particolare rilievo alle diverse funzioni che può svolgere l'interpretazione della costituzione è attribuita, ad esempio, da Wróblewski, *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation*, cit.

45. La costituzione, specie nel caso includa un catalogo di diritti fondamentali dei quali garantire l'attuazione e la tutela, offre una gamma varia ed eterogenea di tipi di (meta)norme differenti. Varietà ed eterogeneità che sono esse stesse un problema di carattere interpretativo sia riguardo alla distinzione e caratterizzazione di (meta)norme di tipi diversi, sia riguardo alla definizione della complessa rete di rapporti non solo fra le diverse (meta)norme della costituzione, ma anche e soprattutto fra queste e l'insieme di (meta)norme che integra e costituisce il sistema giuridico nel suo complesso. È infatti un problema di carattere interpretativo, con manifeste conseguenze tanto sulla produzione legislativa quanto sull'applicazione giudiziale del diritto, quali (meta)norme costituzionali possano considerarsi: *a*) programmatiche o invece vincolanti; *b*) regolative o invece costitutive; *c*) semplici regole o invece principi; *e*, ancora, *d*) quali possano portare all'individuazione di principi inespressi; *e*) quali individuino criteri di validità materiale altri e diversi dai criteri di validità formale delle norme del sistema giuridico. Della varietà tipologica delle norme costituzionali fa menzione, ad esempio, Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 352-6, e più di recente J. Ruiz Manero, *Una tipología de las normas constitucionales*, in J. Aguiló Regla, M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Fragments para una teoría de la constitución*, Iustel, Madrid 2007, pp. 63-112.

46. Per una panoramica di alcuni dei problemi con i quali l'interpretazione delle disposizioni del diritto internazionale, sovranazionale e transnazionale non può non confrontarsi in ragione delle difficoltà proprie alla traduzione del linguaggio giuridico, cfr., ad esempio: B. Z. Kielar, *Language of the Law in the Aspect of Translation*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1977; J. Wróblewski, *Le problème de la traduction juridique*, in *Rapports polonais présentés au douzième congrès international de droit comparé*, Ossolineum, Warszawa 1986, pp. 35-43; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*. v edizione, UTET, Torino 1992; M. Beaupré (éd.), *La traduction juridique*, numero monografico di "Cahiers de Droit", 28, 1987; Mazzarese, *Interpreta-*

lità di difficoltà specificamente riconducibili alla tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali. Difficoltà, queste, relative ad almeno tre diversi ambiti tematici: *a*) un primo ambito tematico riguarda la definizione di un'eventuale gerarchia fra fonti di diritto interno e fonti di diritto internazionale, sovranazionale e transnazionale, là dove vi sia sovrapposizione o concomitanza fra cataloghi di diritti fondamentali non equivalenti⁴⁷; *b*) un secondo ambito tematico riguarda le forme di giurisdizione nazionale nel caso in cui si tenda a considerare il catalogo dei diritti fondamentali positivizzato nel diritto interno, un catalogo non chiuso, ma aperto⁴⁸; *c*) un terzo ambito tematico riguarda, infine, le forme di giurisdizione internazionale, transnazionale e sovranazionale, là dove, anche in presenza di un *corpus* normativo esplicitamente individuato e delimitato, si ponga il problema della varietà ed eterogeneità di modi di intendere un'unica e stessa fattispecie in ragione della sua diversa caratterizzazione nel diritto interno e nella cultura giuridica di paesi differenti⁴⁹.

Un terzo tema riguarda poi l'eventuale azionabilità e giustiziabilità dei diritti fondamentali, riguarda, cioè, le diverse forme in cui i diritti fondamentali possono intervenire direttamente, o concorrere indirettamente, nella formazione della *ratio decidendi* di una controversia⁵⁰. Detto altrimenti, il terzo tema riguarda l'eventuale azionabilità e giustiziabilità dei diritti fondamentali non solo indirettamente, quando si dà applicazione a leggi che dei diritti fondamentali e dei valori di cui essi sono espressione offrono una specifica regolamentazione o quando si adotta quella che Guastini propone di chiamare interpretazione adeguatrice⁵¹, ma anche, e forse soprattutto, quando i diritti fondamentali sono assunti essi stessi come ragione di una decisione giudiziale. Azionabilità e giustiziabilità diretta dei diritti fondamentali certamente più

zione giuridica come traduzione, cit.; M. R. Ferrarese, *Drafting e traduzione: un'insolita accoppiata*, in "Ars Interpretandi", vol. 11, 2006, pp. 177-95.

47. Sulle difficoltà relative alla (ri)definizione di un'eventuale gerarchia fra fonti del diritto interno, sovranazionale, transnazionale e internazionale, v'è menzione, ad esempio, in Ferrajoli, *Lo stato di diritto*, cit.; M. G. Losano, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovranazionali*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", vol. 82, n. 3, 2005, pp. 403-30; Mazzarese, *Giuspositivismo e globalizzazione giuridica*, cit.

48. Per una ricognizione di alcune difficoltà, sia giuridiche sia teoretico-concettuali, relative al carattere chiuso o aperto del catalogo dei diritti fondamentali positivizzato in un dato sistema giuridico, cfr. Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit., pp. 23-7, 29-31.

49. Particolarmente significative, al riguardo, alcune testimonianze di Antonio Cassese relative alla propria esperienza come presidente del Tribunale dell'Aja per i crimini della ex Jugoslavia.

50. Per una ricognizione di alcuni profili relativi all'analisi di questo tema, cfr. Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit., pp. 43-53.

51. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 222-4, Id., *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, cit., p. 155, e Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 173-6, propone di chiamare interpretazione adeguatrice quella forma di interpretazione della legge improntata ai valori di cui i diritti fondamentali sono espressione.

diffusa e più usuale nei sistemi di *common law*, ma per nulla esclusa, né preclusa, nei sistemi di *civil law* in cui vige il principio della soggezione del giudice alla legge⁵².

E ancora, un quarto tema riguarda i termini nei quali in molta letteratura sul neocostituzionalismo è stata (ri)proposta la distinzione fra norme e principi⁵³; la distinzione, cioè, fra le norme, intese come formulazioni di fattispecie giuridiche chiuse, definite con precisione sufficiente a discriminare fra casi in cui esse possono e casi in cui esse non possono essere applicate, e, dall'altro lato, i principi, intesi invece come formulazioni assiologicamente connotate di fattispecie giuridiche aperte, generali e indeterminate, che, caso per caso, consentono una valutazione (una "ponderazione") della loro applicabilità⁵⁴. Il quarto tema riguarda, quindi, le forme e i modi in cui le formulazioni dei principi, formulazioni di fattispecie generali e indeterminate con una marcata connotazione assiologica, possano condizionare l'interpretazione sia quando i principi ne costituiscono l'oggetto, sia quando, richiamati dall'interprete, ne costituiscono il mezzo. Detto altrimenti, il quarto tema riguarda i termini di una distinzione che, per quanto problematica⁵⁵, ha una grande centralità in molta

52. Sul punto cfr., ad esempio, Wróblewski, *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation*, cit., p. 75; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 331-3, 476-9; Id., *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, cit., pp. 153-4.

53. Nonostante la grande attenzione di molta letteratura sul neocostituzionalismo per i termini e gli intenti dichiaratamente antipositivisti con i quali la distinzione è stata formulata da R. Dworkin, *The Model of Rules*, in "University of Chicago Law Review", 35, 1967-1968, pp. 14-36, e Id., *Taking Rights Seriously*, cit., quella fra norme e principi è, in realtà, una distinzione risalente anche (seppure non esclusivamente) in ambito giuspositivista. Per un'analisi della distinzione precedente ai termini e agli intenti antipositivisti della formulazione dworkiniana, cfr., per tutti, N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino 1966, vol. XIII, pp. 887-96. Precedente alla (ri)formulazione dworkiniana, ma come quella dworkiniana caratterizzata da una forte valenza antipositivista, la tematizzazione della distinzione in J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen 1956. Per una comparazione sul tema fra Esser e Dworkin, cfr., ad esempio, G. Zaccaria, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in "Ragion Pratica", 6, 1998, pp. 135-52.

54. Cfr., ad esempio, Dworkin, *The Model of Rules*, cit.; Id., *Taking Rights Seriously*, cit.; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden 1985; Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona 1996, pp. 1-25; Atienza, *El sentido del Derecho*, cit., pp. 309-10; Id., *Legal Reasoning and the Constitutional State*, in "Associations. Journal of Legal and Social Theory", vol. 6, 2002, pp. 293-300.

55. Per quanto con toni e argomenti spesso molto diversi, una lettura problematica, quando non apertamente critica, dei termini o degli intenti antipositivisti della distinzione dworkiniana è offerta, ad esempio, da G. R. Carrió, *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in "Rivista di Filosofia", vol. 51, n. 2, 1970, pp. 127-48; J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in "Yale Law Journal", vol. 81, 1972, pp. 823-54; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 271-304; H. Hart, *Postscript*, in Id., *The Concept of Law. Second Edition*, Clarendon Press, Oxford 1994, pp. 238-76;

letteratura neocostituzionalista per rivendicare una produzione giuridica attenta più ai valori che non a tecnicismi formali, e un'applicazione giudiziale del diritto più preoccupata dell'equità, della giustizia del caso particolare, che non di un'asettica certezza del diritto.

Un quinto tema riguarda, infine, l'affermarsi di un possibile slittamento dal valore della certezza del diritto al valore dell'equità nell'applicazione giudiziale del diritto. In particolare, il quinto tema riguarda le forme in cui una più consapevole sensibilità per l'attuazione e la tutela dei diritti fondamentali possa riflettersi sull'applicazione giudiziale del diritto, determinando una maggiore preoccupazione per l'equità della decisione del caso particolare che non per la più asetticamente neutrale certezza del diritto; sollecitando o condizionando, cioè, decisioni improntate più alla ponderazione di principi e al bilanciamento fra quelli di loro eventualmente in contrasto, che non a presunte sussunzioni del caso concreto a fattispecie normative rigidamente precostituite. Il quinto tema riguarda, quindi, l'opportunità di una nuova concezione del ragionamento giudiziale che abbandoni le pretese logico-deduttive⁵⁶ e non solo riconosca, ma addirittura rivendichi il ricorso alle categorie di un ragionamento "approssimato" che sia in grado di tener conto e di render conto di un diritto che individua nella "mitezza"⁵⁷ un valore, e in una consapevole duttilità un proprio tratto distintivo.

3.3. Interpretazione della costituzione e crisi del neocostituzionalismo

Non ancora compiutamente articolata, né ancora pienamente tematizzata, una teoria neocostituzionalista dell'interpretazione rischia oggi di apparire già superata dalle innovazioni del più recente processo di trasformazione del diritto positivo. Il neocostituzionalismo, infatti, come sempre più spesso si lamenta anche da parte di chi ne è un attento teorico o un entusiasta ideologo⁵⁸,

Atienza, Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, cit., pp. 1-25; L. Prieto Sanchis, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in "Ragion Pratica", vol. 10, 2002, pp. 169-200.

56. Cfr., ad esempio, Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., e Atienza, *Legal Reasoning and the Constitutional State*, cit.

57. Richiamare, in opposizione alla logica deduttiva classica, la logica del ragionamento approssimato (logica fuzzy) per render conto delle caratteristiche di un'applicazione giudiziale del diritto più attenta alle esigenze dell'equità e della giustizia del caso particolare può apparire provocatorio. Provocatorio, in particolare, nel caso di chi del neocostituzionalismo propone una lettura non giuspositivista ma giusnaturalista. Infatti, nonostante la rivendicazione di decisioni più attente alla giustizia che non a presunti formalismi di stampo giuspositivistico, una visione giusnaturalista del neocostituzionalismo non rinuncerebbe mai all'assunto di un'oggettività razionale ultima del ragionamento pratico. Sull'idoneità della logica del ragionamento approssimato a render conto delle forme del ragionamento giudiziale, cfr. T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino 1996.

58. Così, ad esempio, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e sfera pubblica internazionale*, in

appare scosso da una crisi profonda e radicale tanto nella sua dimensione nazionale (dei sistemi giuridici dei paesi che ovviamente ne abbiano positivizzato i principi) quanto nella sua dimensione internazionale.

Due, in particolare, i principali ordini di fattori di questa crisi.

Il primo, di matrice politico-ideologica ma con un forte impatto giuridico-istituzionale nella ridefinizione del diritto costituzionale interno e del diritto internazionale pubblico, è la progressiva delegittimazione, a partire dall'affermazione di un nuovo ordine internazionale a conclusione della guerra fredda, dei principi ultimi e fondativi del neocostituzionalismo: la tutela dei diritti fondamentali, il mantenimento della pace e la salvaguardia delle istituzioni democratiche⁵⁹. Delegittimazione che spesso trova espressione non tanto in un'esplicita contestazione o in un netto rifiuto di questi principi, quanto piuttosto in una loro reinterpretazione tanto radicale da proporre una valenza diametralmente opposta a quella che ne aveva accompagnato la formulazione, da un lato, nella Carta dell'onu del 1945, nella Dichiarazione universale dei diritti del 1948 e nei Patti sui diritti civili, politici, economici, sociali e culturali del 1966, e, dall'altro lato, nelle costituzioni dei paesi che nel secondo Novecento si sono andati affrancando da dittature e regimi totalitari (Italia, Germania e Giappone prima, Spagna e Portogallo poi e da ultimo i paesi dell'ex Unione Sovietica). Delegittimazione che, citando Michelangelo Bovero, ha portato al capovolgimento dell'ideologia «della pace attraverso i diritti» in quella «dei diritti attraverso la guerra»⁶⁰.

Il secondo ordine di fattori, di matrice giuridico-istituzionale ma con un forte impatto politico-ideologico nella sua indifferenza a qualsiasi preoccupazione di legittimazione democratica, è il moltiplicarsi di una pluralità varia ed eterogenea di forme di diritto transnazionale e sovranazionale che si sovrappongono e che interferiscono, le une e le altre, tanto con il diritto nazionale interno quanto con il diritto internazionale. La globalizzazione dell'economia e la globalizzazione della politica, entrambe sempre più pervasive dopo la conclusione della guerra fredda, hanno infatti fortemente condizionato il determinarsi di uno «spazio giuridico globale»⁶¹ piuttosto caotico nel quale

M. Salvati (a cura di), *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. 10 dicembre 1948. Nascita, declino e nuovi sviluppi*, Ediesse, Roma 2006, pp. 197-201, e Id., *Principia iuris*, cit., vol. 2, pp. 527-47.

59. Per una ricognizione di alcuni dati che giustificano questa affermazione, cfr. T. Mazzarese, *¿Repensar la cultura de los derechos?*, in «Revista Internacional de Filosofía Política», vol. 28, 2006, pp. 149-72.

60. M. Bovero, *L'ideologia capovolta. Dalla pace attraverso i diritti ai diritti attraverso la guerra*, in M. Salvati (a cura di), *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 125-34.

61. Sulla tematizzazione e caratterizzazione dello «spazio giuridico globale», cfr., ad esempio, S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003; Id., *Oltre lo stato*, cit.; D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa di problemi*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 88-112.

spesso si confondono e si sovrappongono (nuove) istituzioni, (nuovi) soggetti e (nuove) fonti del diritto⁶².

Di matrice politico-ideologica con un forte impatto giuridico-istituzionale il primo e, simmetricamente, di matrice giuridico-istituzionale con un forte impatto politico-ideologico il secondo, questi due ordini di fattori della crisi del neocostituzionalismo condizionano e sono condizionati entrambi da innovazioni e mutamenti sia del modello di diritto internazionale del secondo dopoguerra⁶³ sia del modello di diritto costituzionale proprio dei sistemi giuridici con costituzioni lunghe, scritte, rigide e garantite. Questi due ordini di fattori testimoniano, cioè, di una nuova trasformazione del diritto positivo che, come ogni altra sua trasformazione, porta all'attenzione nuovi temi e problemi sia di teoria del diritto sia di teoria dell'interpretazione giuridica⁶⁴.

Ora, le costituzioni (anche ma non solo quelle scritte, lunghe, rigide e garantite), così come i temi e i problemi della loro interpretazione, sono investiti in pieno da entrambi i fattori di crisi del neocostituzionalismo perché l'uno e l'altro, pur nella specificità delle rispettive caratteristiche, rimettono radicalmente in discussione non solo la lettura ma la stessa valenza tanto dei criteri di individuazione delle norme valide quanto delle condizioni di legittimità della loro produzione nel sistema giuridico nazionale del quale la costituzione è fonte suprema⁶⁵.

62. Cfr., ad esempio, M. Shapiro, *The Globalization of Law*, in "Indiana Journal of Global Legal Studies", n. 1, 1993, pp. 37-64; S. Rodotà, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in "Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale", vol. 1, 2000, pp. 765-77; W. Twining, *Globalisation & Legal Theory*, Butterworths, London 2000; M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, il Mulino, Bologna 2000; Id., *Il diritto sconfinato*, cit.; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna 2005; G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando, Roma 2005.

63. Sui tratti innovativi e distintivi del diritto internazionale del secondo dopoguerra rispetto al tradizionale modello di Westfalia, si veda, per tutti, A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001.

64. Con particolare riferimento ai temi e ai problemi di teoria del diritto, cfr., ad esempio, Twining, *Globalisation & Legal Theory*, cit.; Losano, *Diritto turbolento*, cit.; Cassese, *Oltre lo stato*, cit., pp. 6-37; Mazzarese, *Giuspositivismo e globalizzazione giuridica*, cit. E ancora, per quanto circoscritta al dibattito sulla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee negli anni Sessanta e Settanta del Novecento, è di particolare interesse per l'individuazione dei termini in cui si manifesta «la crisi della teoria degli ordinamenti giuridici e la crisi della legalità statale», l'analisi che G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino 2006, propone dei processi di «de-internalizzazione delle relazioni fra gli Stati» e di «de-costituzionalizzazione del diritto statale».

65. Radicalmente diversa la posizione di G. de Vergottini, *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2006, p. 7, che, pur ammettendo che «ci muoviamo in uno spazio "globale" in cui interagiscono soggetti e interessi privati e pubblici» e pur riconoscendo che «la tradizionale visione dell'ordinamento internazio-

In particolare, nel caso di costituzioni scritte, lunghe, rigide e garantite, il primo ordine di fattori, quello relativo cioè alla delegittimazione dei principi ultimi del neocostituzionalismo, reagisce, ad esempio: *a)* sulla decisione di quali norme, nella costituzione, possano (ancora) considerarsi immodificabili perché espressione di valori inderogabili⁶⁶; *b)* sui termini in cui intendere l'universalismo dei diritti fondamentali e, quindi, sui criteri per (ri)definire la classe di soggetti ai quali riconoscere titolo per rivendicarne l'attuazione e la tutela⁶⁷; *c)* sui termini in cui rileggere, se non addirittura ripensare e riscrivere, il catalogo di diritti fondamentali di cui garantire la tutela e l'attuazione indipendentemente dalla loro positivizzazione nella costituzione e/o in patti e convenzioni internazionali⁶⁸; *d)* sui termini nei quali decidere dell'invalidità di una norma o dell'illegittimità della sua produzione in caso di conflitto con uno o più diritti fondamentali positivizzati nella costituzione e/o in patti e convenzioni internazionali.

E ancora, il secondo ordine di fattori, quello relativo cioè al moltiplicarsi di sempre nuove forme di diritto transnazionale e sovranazionale, reagisce sulla costituzione (quali che siano i suoi particolari tratti distintivi), così come sui temi e sui problemi della sua interpretazione, perché ne mette duplicemente in crisi il ruolo e la funzione di fondamento ultimo e fonte suprema in un sistema giuridico nazionale⁶⁹. Le sempre più numerose forme di diritto transnazionale e sovranazionale, pur nella loro eterogenea molteplicità, da un lato non rispondono infatti ai requisiti che, secondo i casi, le costituzioni dei diversi sistemi nazionali fissano per la validità delle norme e per la legittimità della loro produzione e, dall'altro lato, non tengono conto dei termini in cui ogni costituzione definisce e declina gli (eventuali) limiti della sovranità nazionale, interna ed esterna, del sistema giuridico di cui è a fondamento. In altri termini, pur

nale come realtà in cui si muovono soltanto gli Stati e le organizzazioni internazionali classiche sia insufficiente», contesta, nondimeno, che «concetti tradizionali dell'armamentario del pubblicista, quali sovranità, territorio, gerarchia di ordinamenti e fonti, siano da considerarsi non più determinanti nell'analisi dei fenomeni giuridici» e rivendica che «in larga parte il concetto di globalizzazione per il diritto pubblico è privo di utilità e non ha alcuna rilevanza sulle categorie che abitualmente utilizziamo».

66. Paradigmatico il caso delle norme che nelle costituzioni del secondo dopoguerra sanciscono il ripudio della guerra; norme delle quali, negli ultimi anni, sempre più spesso si è rivendicata una radicale reinterpretazione se non addirittura, come nel caso della costituzione giapponese, un'esplicita modifica.

67. Paradigmatico il dibattito sui diritti da (non) riconoscere ai migranti, regolari o clandestini, sempre più numerosi nei paesi democratici dell'Occidente.

68. Paradigmatico il recente dibattito sulla necessità di una politica deflazionista dei diritti e di una ridefinizione minimalista del loro catalogo.

69. Questo fattore di crisi vale, ovviamente, anche per le costituzioni che, come rivendica Tamayo, dovessero consistere esclusivamente di un insieme di norme che conferiscono poteri.

nella loro eterogenea molteplicità, le forme di diritto transnazionale e sovranazionale sono prodotte (a) da soggetti, (b) secondo procedure, e (c) in conformità a interessi che sono altri e diversi (a') dai soggetti, (b') dalle procedure, e (c') dai valori individuati dalle costituzioni nazionali.

Condizionamenti ideologici, compromessi politici e opzioni valoriali hanno indubbiamente svolto un ruolo centrale e determinante non solo per la lenta, e per molti aspetti incerta e contraddittoria, affermazione del neocostituzionalismo nel secondo dopoguerra, ma anche per il progressivo radicalizzarsi della sua crisi a conclusione della guerra fredda. Nondimeno, per quanto ideologicamente connotate (e, forse, proprio perché ideologicamente connotate), compito del teorico del diritto è quello di registrare (ancora una volta) innovazioni e trasformazioni del *diritto positivo*, (ri)definendo il proprio apparato categoriale in modo da renderne adeguatamente conto. D'altra parte, lo stesso strumentario concettuale che, per quanto sempre più manifestamente inadeguato, oggi continua a essere meccanicamente riproposto, è tutt'altro che immune da condizionamenti politici e contaminazioni ideologiche. Le sue categorie, oggi ancora così largamente condivise, non sono altro, infatti, che il risultato di un'elaborazione teoretica, storicamente datata e ideologicamente connotata, di quelle che alla fine del Settecento sono state le radicali innovazioni del diritto positivo dovute, da un lato, al processo di codificazione e, dall'altro lato, ai condizionamenti delle prime grandi rivoluzioni liberali. Quello che oggi spesso viene ancora considerato e proposto come uno strumentario concettuale asetticamente incontaminato da connotazioni politiche o ideologiche non è altro, cioè, che il risultato di chi ha applicato «il metodo positivistico [...] in un contesto storico-sociale (l'Europa continentale [dell'Ottocento]) in cui il diritto cominciò a essere prodotto esclusivamente dallo Stato»⁷⁰. Detto altrimenti, per quanto non vada confuso né con l'una né con l'altra, non si può ignorare, né lo ha mai fatto neppure chi come Hans Kelsen si è strenuamente impegnato nell'elaborazione di una dottrina pura del diritto⁷¹, che il diritto positivo è condizionato tanto dalla politica quanto da scelte valoriali non solo nel contenuto delle norme di cui si compone, ma anche nelle istituzioni che ne individuano e scandiscono le diverse configurazioni in cui storicamente ha trovato espressione.

70. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., 1996, p. 246.

71. Di particolare rilievo, in proposito, gli scritti internazionalistici nei quali Kelsen presta sempre grande attenzione alle implicazioni, teoretiche non meno che ideologiche, delle diverse concezioni del diritto internazionale (così come delle sue diverse declinazioni nel primo e nel secondo dopoguerra) sulla ridefinizione della sovranità statale e dei suoi limiti interni ed esterni.