

*Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?**

di Aldo Schiavello

1. Il termine ‘neocostituzionalismo’ denota un’atmosfera culturale più che una concezione del diritto unitaria, coerente e ben strutturata. Di fatto, teorie del diritto molto diverse fra loro, appartenenti a tradizioni di ricerca sino a ieri considerate antitetiche, sono state etichettate come “neocostituzionaliste”. Ad esempio, sono per molti versi riconducibili al neocostituzionalismo le teorie del diritto neo-, post-giuspositiviste di Carlos Nino, Wilfrid Waluchow e Luigi Ferrajoli; le teorie del diritto dichiaratamente anti-positiviste di Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky; l’ermeneutica giuridica contemporanea.

Questa apparente convergenza di diverse prospettive giusfilosofiche, ben lungi dal preconizzare l’avvento di un improbabile “pensiero unico” (stante il carattere eminentemente pluralista delle società occidentali contemporanee), è, piuttosto, una delle manifestazioni più eclatanti dell’incapacità o, più prudentemente, della difficoltà del pensiero giuridico contemporaneo a gestire, con i vecchi strumenti teorici e concettuali, il modello attuale di diritto che va sempre più distanziandosi dal paradigma del modello ottocentesco dello “stato di diritto”.

Come osserva anche Norberto Bobbio in anni recenti, “in un ordinamento che abbia recepito i diritti fondamentali di libertà la validità non può essere soltanto formale, e pertanto esiste in esso un problema di giustizia interna delle leggi, e non soltanto esterna: [...] dopo che è avvenuta nella maggior parte delle costituzioni moderne la costituzionalizzazione dei diritti naturali, il tradizionale conflitto tra diritto positivo e diritto naturale, e tra giuspositivismo e giusnaturalismo, ha perduto gran parte del suo significato, con la conseguenza che il divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere, espresso tradizionalmente sotto forma di contrasto tra legge positiva e legge naturale, si è venuto sempre più trasformando nel divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere all’interno di un medesimo ordinamento giuridico”. [N. Bobbio, *Prefazione* a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. vii-xiv, la citazione è alle pp. xi-xii].

Sebbene il passaggio dallo “stato di diritto” allo “stato costituzionale di diritto” richieda che si abbandonino i vecchi paradigmi e le vecchie contrapposizioni – prima fra tutte quella tra giusnaturalismo e giuspositivismo, almeno così come è stata tradizionalmente intesa – non è opportuno indulgere nell’illusione che non vi sia più spazio per paradigmi giusfilosofici tra loro alternativi, né è prudente pervenire, frettolosamente, alla conclusione che non vi sia nulla, tra le acquisizioni delle “teorie giuridiche di ieri” [riprendo questa espressione da F. Viola, G. Zac-

* Il testo riproduce, con alcune modifiche, la relazione tenuta in occasione del I Seminario dei giovani ricercatori di Filosofia del diritto, dal titolo “Teoria del diritto e del ragionamento giuridico”, svoltosi a Palermo il 12/4/2002.

caria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999], che meriti di essere preservato o, quantomeno, ripensato criticamente.

Uno dei meriti principali del recente libro di Susanna Pozzolo [S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, da ora in poi N. & P.G.], che qui si commenta, è proprio quello di offrire una ricostruzione analiticamente rigorosa delle nuove prospettive giusfilosofiche a partire da una comparazione molto serrata tra “teorie giuridiche di ieri” – e, tra queste, in particolare, il giuspositivismo – e “teorie giuridiche di oggi” – la maggior parte delle quali sono etichettabili, per un verso o per l’altro, come neocostituzionaliste.

Prima di analizzare nel dettaglio il lavoro di Pozzolo, c’è una questione preliminare che merita qui un breve cenno.

Joseph Raz sostiene che una delle caratteristiche più perniciose della teoria del diritto contemporanea è quella di non discutere direttamente le tesi sostenute da qualcuno ma di individuare, come obiettivo critico, una prospettiva teorica fittizia (vale a dire, non esplicitamente sostenuta da nessuno), ricostruita mettendo insieme le tesi di autori diversi [cfr. J. Raz, *Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment*, “Legal Theory” 4, 1998, pp. 1-20, in particolare p. 1].

A differenza di Raz, credo che questo *modus procedendi* non sia sempre da biasimare. Se, come in N. & P.G., l’intento è esplicitamente quello di presentare una prospettiva teorica generale e non le tesi di questo o quell’altro autore, la strada migliore è quella di costruire un modello che consenta di ricondurre ad unità le posizioni teoriche di autori diversi. Il fatto che il modello non coincida perfettamente con le tesi di nessuno degli autori presi in considerazione è, direi, fisiologico ed anche ovvio. Dunque, in questo commento non perderò tempo in stucchevoli operazioni esegetiche per dimostrare ciò che si sa già in partenza: vale a dire che nessuno degli autori neocostituzionalisti presi in considerazione in N. & P.G. ha sostenuto tutte le tesi che Pozzolo attribuisce al neocostituzionalismo.

2. Sulla scorta di un’analisi, accurata e di ampio respiro, della “sfida neocostituzionalista” al positivismo giuridico, in N. & P.G. viene avanzata, ed argomentata in modo circostanziato, una tesi precisa: sebbene il neocostituzionalismo (e, prima ancora, il costituzionalismo) tenda ad accreditarsi come una concezione del diritto alternativa rispetto al positivismo giuridico, esso, in realtà, non solo è compatibile con il positivismo giuridico, ma, per mantenere una sua coerenza interna come prospettiva giusfilosofica, *deve necessariamente* accogliere il giuspositivismo (metodologico) [cfr. N. & P.G., p. 9].

In questa sede, è sufficiente esplicitare soltanto i passaggi cruciali dell’argomento sviluppato da Pozzolo a sostegno di questa tesi.

In primo luogo, l’autrice rimarca la sostanziale continuità tra il costituzionalismo degli anni ‘60 del secolo scorso ed il neocostituzionalismo contemporaneo. A partire da questa assimilazione, peraltro ampiamente condivisa in letteratura [cfr., per tutti, G. Bongiovanni, *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Clueb, Bologna, 2000, in particolare p. 17 e ss.], Pozzolo afferma che “l’obiettivo per il quale una prospettiva costituzionalistica ha senso di esistere è la limitazione giuridica del potere, non la divisione né la

separazione del potere, che non sono fini in sé ma solo tecniche, più efficaci (forse) di altre per limitare il potere e garantire, quindi, le libertà” [cfr. N. & P.G., p. 133].

In secondo luogo, in N. & P.G. (pp. 126-127) viene proposto un modello teorico di neocostituzionalismo che consta di dieci tesi: i) il diritto offre ragioni per agire, non coincide con il “mero comando” in quanto avanza una pretesa di giustizia (*Anspruch auf Richtigkeit*) ed incorpora dei principi morali “che appartengono a una morale razionalmente fondata”; ii) l’autorità del diritto va ricondotta alla connessione necessaria che lega diritto positivo e giustizia; iii) la teoria del diritto, dovendo render conto della prospettiva del partecipante, vale a dire della prospettiva di chi considera il diritto una ragione per agire, non può essere neutrale, ma deve assumere un punto di vista normativo; iv) l’idea austriaca secondo cui il diritto sarebbe un sistema coercitivo coglie soltanto la patologia della prassi giuridica e, dunque, va abbandonata; v) il compito della giurisprudenza è il perseguimento della giustizia sostanziale attraverso il ricorso a principi e valori, che limitano, o escludono del tutto, la discrezionalità giudiziale; vi) la tecnica del bilanciamento tra principi individua il caso esemplare, tipico, di interpretazione giuridica; vii) la normatività del diritto è connessa alla promozione del bene comune. Di conseguenza, la giustificazione del diritto non può che avere natura morale; viii) il diritto non è un “dato di fatto” (*plain-fact view of law*) ma una pratica sociale complessa; ix) la validità del diritto è da intendersi in termini sostanziali e non meramente formali; x) esistono criteri oggettivi che consentono di giustificare razionalmente le decisioni giudiziali.

Infine, secondo Pozzolo queste dieci tesi, considerate complessivamente, tradiscono l’aspirazione garantista del neocostituzionalismo e, dunque, minano la coerenza interna di questa prospettiva giusfilosofica.

In particolare, la tesi che crea (o dovrebbe creare) maggiori imbarazzi al neocostituzionalismo è quella che nega la possibilità di una teoria del diritto neutrale. Il fatto che la prospettiva del teorico sia necessariamente una prospettiva compromessa e non distaccata e, più in generale, che non sia possibile una descrizione “pura” del diritto, implica che si abbandoni la distinzione tra diritto reale e diritto ideale, tra giurisprudenza espositiva e giurisprudenza censoria, tra diritto e giustizia, e ciò erode sensibilmente le garanzie giuridiche dei cittadini e, in definitiva, travolge l’ideale della certezza del diritto.

“Per costruire una “buona” teoria del diritto dello stato costituzionale”, osserva Pozzolo, “il neo-costituzionalismo pretende di espungere tutti gli aspetti giuspositivistici che in vario modo sono stati fondamentali per la costruzione dello stato di diritto: primo fra tutti la tesi della separazione tra diritto e morale. A me pare che questo ... finisc[a] per mettere il neocostituzionalismo in parziale conflitto con le aspirazioni e le idee del costituzionalismo, almeno di quello garantista. Se per un verso, infatti, sradicare ideologie vetero-positivistiche può essere opportuno per una migliore, più efficace, elaborazione costituzionalistica..., per un altro verso, un giuspositivismo “depurato” offre un sostegno a mio parere irrinunciabile allo stato costituzionale e al costituzionalismo” [N. & P.G., p. 124].

Da qui, la tesi, anticipata in precedenza, della “connessione necessaria” tra neocostituzionalismo e giuspositivismo metodologico, il quale presuppone la possibilità di distinguere tra il diritto qual è ed il diritto quale dovrebbe essere, tra diritto ideale e diritto reale, e, sulla base di tale distinzione, individua l’oggetto della

scienza giuridica nel diritto positivo, cioè in “quel complesso di regole emanate secondo procedure stabilite che vengono abitualmente seguite dai cittadini ed applicate dai giudici” [N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, pp. 106-107].

3. A mio avviso, l’argomento avanzato in N. & P.G. a sostegno della tesi della “connessione necessaria” tra neocostituzionalismo e giuspositivismo metodologico aggira alcune difficoltà che, in questa sede, è opportuno esplicitare.

In particolare, ritengo che Pozzolo assuma la “tesi della neutralità” (secondo cui non è necessario e, soprattutto, non è opportuno, fare riferimento alla giustizia o ad altri valori morali per definire o individuare il diritto [cfr. K. Fűber, *Farewell to ‘Legal Positivism’: The Separation Thesis Unravelling*, in R.P. George (ed. by), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 119-162, in particolare pp. 121-122]) senza preoccuparsi di confutare adeguatamente le molteplici obiezioni che sono state avanzate contro tale tesi: sostenere che il valore, garantista, della certezza del diritto può essere tutelato in modo più adeguato se si adotta una prospettiva neutrale o distaccata, non implica, di per sé, che una prospettiva di questo tipo sia epistemologicamente sostenibile.

Insomma, quello che, a mio avviso, Pozzolo non considera adeguatamente, è che la “crisi” del positivismo giuridico (e, in particolare, del positivismo giuridico metodologico) è, principalmente, una crisi endogena.

Il fatto è, come è stato sostenuto da più parti [cfr. per tutti R.A. Shiner, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Clarendon Press, Oxford, 1992], che il passaggio da un positivismo giuridico semplice e per molti versi ingenuo – à la Austin, per intenderci – ad un positivismo giuridico più raffinato ed accorto – di cui Hart è uno degli esponenti più insigni e rappresentativi – non può avvenire in modo del tutto indolore. Il rischio insito in questo “processo evolutivo” è che esso si concluda con l’auto-distruzione – una sorta di *harakiri* involontario – del positivismo giuridico stesso.

È stato rilevato, ad esempio, come il carattere intrinsecamente normativo del “punto di vista interno” mal si concili con la preminenza che il positivismo giuridico attribuisce all’aspetto fattuale del diritto e con la pretesa di distinguere recisamente tra “il diritto qual è” ed “il diritto quale dovrebbe essere”, tra diritto reale e diritto ideale [cfr. J.D. Goldsworthy, *The Self-Destruction of Legal Positivism*, “Oxford Journal of Legal Studies”, vol. 10, n. 4, 1990, pp. 449-486, in particolare p. 452].

Non è un caso che l’analisi hartiana del punto di vista interno, per molti versi suggestiva ed illuminante, si caratterizzi per una certa prudenza e reticenza al momento di esplicitare ed analizzare le ragioni profonde dell’accettazione del diritto da parte dei giudici e, eventualmente, dei cittadini. Spinta alle estreme conseguenze, infatti, tale analisi potrebbe produrre conseguenze nefaste per il positivismo giuridico. Come nota Shiner: “se è una perversione del diritto che un sistema giuridico coincida con un sistema coercitivo, allora non può essere un fatto contingente che il diritto sia accettato. Tuttavia, se questo è vero, allora i “meriti” del diritto non sono separati dalla sua esistenza. E, se questo è vero, allora il positivismo giuridico [...] non può essere considerato adeguato come teoria del diritto”. [R.A. Shiner, *The Acceptance of a Legal System*, cit., p. 84].

Più in generale, è il progetto di Hart nella sua interezza – ritagliare uno spazio di autonomia all’obbligo giuridico rispetto alla coercizione da un lato ed all’obbligo morale dall’altro – a rappresentare una scommessa azzardata per il positivismo giuridico: alla mancata realizzazione di tale progetto è associato il rischio o di un ritorno, tanto improbabile quanto non auspicabile, a qualche versione di positivismo semplice o ingenuo, ovvero di una resa del positivismo giuridico nelle mani del giusnaturalismo.

Nei paragrafi che seguono presenterò in modo più articolato alcune delle obiezioni che sono state avanzate contro il giuspositivismo metodologico e che, di conseguenza, fanno problema per la tesi centrale avanzata in N. & P.G.

Pozzolo sostiene – ed io sono d’accordo con lei – che: “il neocostituzionalismo [...] semplifica eccessivamente il positivismo giuridico tanto da farlo apparire insostenibile in ogni sua forma” [N. & P.G., p. 126].

Il sospetto, tuttavia, è che la versione di positivismo giuridico difesa in N. & P.G. non sia significativamente più sofisticata di quella presupposta come obiettivo critico dal neocostituzionalismo.

3.1. La distinzione di Bobbio tra tre aspetti del positivismo giuridico (come ideologia, come teoria e come metodo) richiede che ciascuno di questi aspetti sia logicamente indipendente dagli altri due. Secondo Bobbio, è possibile accogliere la tesi che il compito della scienza giuridica sia quello di descrivere il diritto positivo, e rifiutare la concezione statualistica del diritto, storicamente associata al positivismo giuridico, ove la si ritenga una teoria errata, cioè incapace di individuare correttamente il diritto esistente.

Evidentemente, l’*approach* positivistic al diritto non può fare a meno di una teoria del diritto, vale a dire di criteri che consentano di individuare correttamente il diritto effettivamente esistente e di distinguere in qualche modo tra il diritto reale ed il diritto ideale; da ciò non segue, tuttavia, che tali criteri siano necessariamente quelli stabiliti dal giuspositivismo teorico.

Infine, l’ideologia giuspositivista, che assume l’esistenza di un obbligo morale di ubbidire al diritto positivo, non è implicata dal giuspositivismo teorico né, tantomeno, dal giuspositivismo metodologico. “A proposito di una teoria”, scrive Bobbio, “noi diciamo che è *vera* o *falsa* (a seconda che le sue enunciazioni corrispondano o no alla realtà). Non ha senso invece predicare la verità o la falsità di un’ideologia, dato che essa non vuole descrivere la realtà, ma influire su essa...” [N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (1961), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 233-234, corsivi dell’autore].

Per dirla con le parole di un giuspositivista contemporaneo: “il positivismo giuridico è semplicemente una teoria su ciò che è diritto e niente di più: solo le regole che derivano da fonti sociali sono regole giuridiche. Il positivismo giuridico non è una teoria linguistica, né una teoria morale o una teoria circa gli obblighi morali del giudice. Alcuni teorici del diritto possono essere positivisti giuridici perché sono scettici morali o utilitaristi o autoritari in politica o perché ritengono che tutte le leggi siano comandi, ma nessuna di queste teorie è parte del positivismo giuridico”. [M. Hartney, *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, “Ratio Juris”, 7, 1994, pp. 44-55, citazione a p. 48].

L'interpretazione "scientifica" del positivismo giuridico proposta da Bobbio nei primi anni '60 del secolo scorso è apertamente sfidata, più o meno negli stessi anni, da un giuspositivista eterodosso come Uberto Scarpelli [cfr. *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965; *Il metodo giuridico* (1971), ora in *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 179-203; *Punto di vista interno e punto di vista esterno alle norme*, in R. Guastini (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 343-347; *Dalla legge al codice, dal codice ai principî*, "Rivista di filosofia", LXXVIII, 1, 1987, pp. 3-15; *Il positivismo giuridico rivisitato*, "Rivista di filosofia", LXXX, 3, 1989, pp. 461-475].

Per Scarpelli, il positivismo giuridico è, innanzitutto e necessariamente, una ideologia. Il giuspositivismo metodologico, secondo il quale l'oggetto della scienza giuridica è il diritto positivo, presuppone la tesi, caratterizzata ideologicamente, del diritto come "creazione intenzionale dell'uomo". Secondo Scarpelli, quindi, lo studioso del diritto giuspositivista si accosta al diritto da "un punto di vista interno", in quanto egli, per rispondere alla domanda "qual è il diritto?", è chiamato a compiere una scelta – deve stabilire quale sia la "norma fondamentale" – che può essere giustificata soltanto sul piano ideologico e politico.

Ma, se il giuspositivismo metodologico implica il giuspositivismo ideologico, allora il compito della scienza giuridica non è, e non può essere, quello di rispecchiare la (presunta) realtà del diritto in modo a-critico ed avalutativo, ma quello di avanzare una ricostruzione della prassi giuridica che non può prescindere da valutazioni e, in ultima analisi, da una fondazione filosofica.

Le tesi di Scarpelli, che, certamente, sono tesi scomode per il positivismo giuridico in quanto impongono che si abbandoni il dogma della "neutralità" della scienza giuridica, meritano in ogni caso di essere prese sul serio.

Pozzolo, nelle pagine conclusive del suo saggio, riprende un'osservazione di Riccardo Guastini: "dopo tutto, si possono "riconoscere" i funghi velenosi senza tuttavia "accettare" di mangiarli. Perché il riconoscimento (della validità) di norme dovrebbe essere diverso dal riconoscimento di un boletus satanas?" [cito da N. & P.G., p. 182].

Prendere sul serio il pensiero di Scarpelli implica che questa domanda, a dispetto delle intenzioni di chi l'ha posta, non venga trattata come una domanda retorica.

In conclusione, contro il giuspositivismo metodologico può essere avanzato un altro argomento, forse non decisivo, ma comunque rilevante. Gli assunti meta-teorici della tesi della neutralità sono essenzialmente due: a) è possibile, ed opportuno, distinguere recisamente tra il diritto quale di fatto è (il diritto positivo) ed il diritto quale dovrebbe essere (il diritto ideale); b) l'oggetto della scienza giuridica è il diritto positivo.

La diffusa condivisione (con la significativa eccezione di Scarpelli) di questi assunti meta-teorici da parte dei principali giuspositivisti del secolo scorso non ha impedito che essi si dividessero, anche radicalmente, al momento di caratterizzare in modo appena più determinato il diritto positivo. Basti pensare, ad esempio, alle profonde divergenze tra il normativismo kelseniano ed il realismo rossiano [cfr. V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 151-156].

Come nota Ollero Tassara: "dopo il facile accordo sulla tesi che è giuridico soltanto il diritto posto, sorge la discrepanza sul come e sul quando viene posto il

diritto. Il normativismo logico-concettuale vincola il porsi del diritto ad un concetto formale di *validità*; il realismo empirico-sociologico ad un coerente concetto di *efficacia*. L'unità nel metodo si dissolve nella divergenza dei due oggetti di studio rivali nel loro concorrere a costituire "il" diritto" [A. Ollero Tassara, *Diritto "positivo" e diritti umani*, trad. e cura di I. Trujillo Pérez, Giappichelli, Torino 1998, p. 16, corsivi dell'autore].

Insomma: le innegabili profonde divergenze, a livello teorico, tra concezioni del diritto tutte riconducibili al positivismo giuridico (metodologico), gettano un'ombra sull'effettiva neutralità della scienza giuridica (giuspositivista) e ingenerano qualche dubbio sull'opportunità di assimilare la questione della validità del diritto al problema, forse più importante, del riconoscimento dei funghi velenosi.

3.2. Le obiezioni appena avanzate contro il giuspositivismo metodologico meritano un breve approfondimento.

Innanzitutto, una precisazione. La tesi che ho sostenuto *non* è che il giuspositivismo metodologico *à la* Bobbio non possa essere difeso, ma, più modestamente, che chiunque accolga questa concezione della scienza giuridica non possa eludere le obiezioni del tipo di quelle presentate, schematicamente, nel paragrafo precedente.

In secondo luogo, vorrei sottolineare che l'eventuale rinuncia alla tesi della neutralità non impone necessariamente di pervenire a conclusioni scettiche: oggettivismo in senso forte e relativismo in senso forte non esauriscono (non necessariamente, almeno) l'ambito delle opzioni a nostra disposizione. In questa sede, è sufficiente rilevare, in generale, che le prospettive epistemologiche attualmente più accreditate si collocano a metà strada tra questi due estremi.

Per quel che riguarda, in particolare, la conoscenza del diritto, una posizione intermedia tra oggettivismo forte e relativismo estremo è difesa, ad esempio, da Ronald Dworkin.

L'idea centrale espressa da Dworkin nei suoi scritti più maturi è quella secondo cui il diritto sarebbe non tanto o, comunque, non soltanto, un sistema di regole o, alternativamente, l'insieme delle decisioni dei giudici ma, piuttosto, una pratica sociale che ruota intorno ad alcuni principi e valori condivisi dai partecipanti. Ciò comporta, secondo Dworkin, che il diritto non può essere descritto in modo avalutativo, come se si trattasse di un mero dato di fatto, ma soltanto attraverso una previa attività di tipo interpretativo. In breve, per rispondere alla domanda "che cos'è diritto?" non è sufficiente individuare una serie di documenti legislativi, ma bisogna "ricostruire" la pratica giuridica in questione "nel modo migliore possibile".

È bene precisare che il rifiuto di una concezione "oggettualistica" del diritto non richiede che si neghi che sia possibile identificare in modo estensionale, sulla base di criteri formali, l'insieme degli enunciati giuridici. Quello che le teorie interpretative del diritto affermano, piuttosto, è che l'identificazione degli enunciati giuridici è solo il primo passo (Dworkin parla espressamente di fase pre-interpretativa) di un processo interpretativo e ricostruttivo il cui esito sarà l'identificazione del contenuto di senso del diritto. [Riprendo quest'ultima osservazione, con lievi modifiche, da B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, "Relazione presentata al VII seminario italo-spagnolo di teoria del diritto, Imperia, 14/15 settembre 2001"].

In altri termini, secondo Dworkin, la teoria del diritto deve adottare un *hermeneutic approach* nei confronti del suo oggetto, nel senso che deve sforzarsi di comprendere il significato che la pratica giuridica riveste per coloro che partecipano ad essa [Sui rapporti tra la concezione del diritto di Dworkin e la tradizione filosofica ermeneutica, cfr. G. Zaccaria, *Ronald Dworkin e l'ermeneutica*, in Id., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996, pp. 197-246 ed anche G. Zaccaria, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, "Ragion Pratica", 11, 1998, pp. 135-152.].

Dworkin a questo proposito usa l'espressione 'interpretazione costruttiva': quando si interpreta una pratica sociale, bisogna prendere le mosse da quei valori che l'interprete ha individuato come i valori di riferimento dei partecipanti alla pratica in questione, ed il risultato dell'attività interpretativa sarà tanto più adeguato quanto più l'interprete sarà stato in grado di armonizzare i comportamenti e le regole della pratica con lo scopo ed i valori della pratica stessa.

Il compito dello studioso del diritto, sostiene sempre Dworkin, è per molti versi analogo a quello di un critico letterario che, per esprimere un giudizio su un romanzo, deve pregiudizialmente individuare la chiave di lettura che a suo parere è la migliore possibile. L'interprete, quindi, aggiunge al *datum* da interpretare qualcosa di suo. Ciò tuttavia non significa che l'interprete sia libero di fare ciò che vuole: interpretare un oggetto o una pratica preesistenti è cosa ben diversa rispetto a creare qualcosa *ex novo*. Da questo punto di vista, secondo Dworkin non vi sono differenze significative tra l'elaborazione di una teoria del diritto, il cui obiettivo è quello di offrire una definizione del diritto, e l'interpretazione del diritto in relazione alla risoluzione di un caso concreto. In altri termini, per Dworkin, affermare che il diritto è un fenomeno interpretativo implica, tra le altre cose, una – almeno parziale – sovrapposizione tra teoria del diritto e teoria dell'interpretazione giuridica. La prospettiva del teorico del diritto non è esterna e distaccata, ma coincide con quella del giudice.

La "svolta interpretativa", come riconosce anche Pozzolo, è una delle caratteristiche principali del neocostituzionalismo. In N. & P.G., tuttavia, si conclude, forse troppo frettolosamente ed assumendo in modo dogmatico il principio della avalutatività della conoscenza, che tale tesi va respinta in quanto confonde il problema della conoscenza del diritto com'è con quello della valutazione di come il diritto dovrebbe essere. Nell'ultimo paragrafo si presenterà un possibile argomento contro questa conclusione. Prima di ciò, tuttavia, è opportuno dedicare qualche riflessione ad un'analisi comparata delle concezioni dell'interpretazione giuridica avanzate, rispettivamente, dal positivismo giuridico e dal neocostituzionalismo.

4. La teoria neocostituzionalista dell'interpretazione del diritto può essere compendiata, seguendo Pozzolo, in sei punti: 1) il caso tipico di interpretazione giuridica è rappresentato dalla tecnica della ponderazione tra principi; 2) non è possibile distinguere tra interpretazione ed applicazione del diritto; 3) l'interpretazione del diritto non è significativamente differente dall'interpretazione in altri settori d'esperienza; 4) il ragionamento giuridico è un tipo particolare di ragionamento pratico; 5) la tecnica del bilanciamento consente di escludere la discrezionalità dell'interprete (in altri termini: c'è sempre un'unica soluzione interpretativa corretta); 6) attraverso la tecnica del bilanciamento "la dottrina si trova facilitata

nell'assumersi il compito di supportare la pratica del diritto e, quindi, nel partecipare alla costruzione del diritto stesso" [N. & P.G., p. 89].

A mio avviso, l'aspetto più discutibile di questa concezione dell'interpretazione giuridica è la negazione di qualsiasi forma di discrezionalità giudiziale. Come rileva Pozzolo, la tesi dell'unica risposta giusta presuppone necessariamente che si adotti una prospettiva meta-etica cognitivista. Tale prospettiva, pur essendo assolutamente legittima, è molto difficile da difendere.

Dworkin, ad esempio, forse il più noto difensore della "tesi dell'unica risposta giusta", non riesce a mio avviso, ad argomentare in modo convincente questa tesi meta-interpretativa.

Egli sostiene, in breve, che chi rifiuta la tesi dell'unica risposta giusta commette l'errore di ritenere che una proposizione che non può essere dimostrata come vera non può essere vera (meglio: non può essere né vera né falsa). Secondo Dworkin, l'"argomento dell'indimostrabilità" – che presuppone l'accoglimento di una teoria della verità come corrispondenza – deve essere respinto per una serie di ragioni che qui non è necessario ripercorrere.

Supponiamo tuttavia che le ragioni addotte da Dworkin siano buone ragioni e, quindi, che per ogni caso giudiziale vi sia effettivamente un'unica risposta giusta anche se non è possibile dimostrare in modo conclusivo quale essa sia. A questo punto, bisogna chiedersi quale sia la rilevanza pratica per una teoria del ragionamento giuridico di postulare l'esistenza di un'unica soluzione corretta e, al tempo stesso, negare che esistano criteri conclusivi per la sua individuazione. A me sembra che l'unico effetto rilevabile sia una certa "edulcorazione" della prassi interpretativa in ambito giuridico. Per mutuare una bella immagine di Hutchinson, è come se Dworkin guardasse all'interpretazione giuridica attraverso lenti con "filtri rosa" [Cfr. A.C. Hutchinson, *Indiana Dworkin and Law's Empire*, "The Yale Law Journal", 96, 1987, pp. 637-665, in particolare, p. 653]. Lo stesso Dworkin, peraltro, nei suoi scritti più maturi ha sensibilmente mitigato la sua posizione. Si può notare, a questo proposito, che in *Law's Empire* egli non usa più l'espressione *one right answer*, ma preferisce parlare di: "[...] modo corretto [...] di decidere un caso difficile". [R. Dworkin, *L'impero del diritto* (1986), trad. di L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 382].

Inoltre, la negazione, da parte del neocostituzionalismo, di qualsiasi forma di discrezionalità, è palesemente auto-contraddittoria.

Da un lato, infatti, il neocostituzionalismo individua, tra i suoi principali obiettivi critici, il formalismo interpretativo del positivismo giuridico ottocentesco; dall'altro, postulando l'esistenza di una soluzione corretta che preesiste all'interpretazione, avalla, di fatto, una concezione neoformalista dell'interpretazione giuridica.

Detto questo, bisogna comunque riconoscere alla teoria neocostituzionalista dell'interpretazione giuridica almeno un paio di meriti non secondari.

In primo luogo, essa rende conto del ruolo dei principi giuridici in modo più convincente di quanto non facciano concezioni alternative dell'interpretazione giuridica [Questo merito è riconosciuto al neocostituzionalismo e, in particolare, a Dworkin, anche da un giuspositivista come Neil MacCormick. Cfr. N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978, II ed. 1994), trad. e introduzione di A. Schiavello, edizione italiana a cura di V. Villa, Giappichelli, Torino, 2001, in particolare capp. VII e IX].

In secondo luogo, il neocostituzionalismo mostra una spiccata consapevolezza del fatto che la teoria dell'interpretazione giuridica non è una semplice appendice di una teoria del diritto, ma ne rappresenta la parte centrale e preponderante. Come ho detto in precedenza [cfr. par. 3.2.], per il neocostituzionalismo la prospettiva del teorico del diritto coincide con la prospettiva del giudice. In altri termini, il neocostituzionalismo sottolinea l'importanza della dimensione pratica del diritto e, di conseguenza, l'insufficienza di tutte quelle ricostruzioni del fenomeno giuridico che guardano al diritto come ad un oggetto passibile di conoscenza prettamente teorica e che mettono tra parentesi il "punto di vista pratico", il punto di vista, cioè, di chi considera il diritto come una ragione per l'azione.

In questa sede, tuttavia, il mio intento principale non è quello di difendere la teoria neocostituzionalista dell'interpretazione giuridica, ma quello di esplicitare alcune obiezioni (una, in particolare) che possono essere mosse alle concezioni dell'interpretazione giuridica di tipo giuspositivista – in particolare a quelle di Hart e Kelsen – che attribuiscono all'interprete una "discrezionalità limitata". Tali obiezioni meritano di essere prese in considerazione principalmente perché contribuiscono a spiegare il passaggio dalle teorie del diritto "oggettualiste" a quelle interpretative [cfr. par. 3.2.].

Pozzolo presenta la teoria dell'interpretazione di Hart nel modo seguente: "La teoria dell'interpretazione criticata dall'accostamento neocostituzionalista è una sorta di doppia teoria. Essa grosso modo ricalca la teoria dell'interpretazione hartiana, e sarà qui denominata '*teoria mista*' per distinguerla tanto dalle teorie formaliste quanto dalle teorie scettiche. Con '*teoria mista*' mi riferisco ad una concezione caratterizzata dalla tesi secondo cui l'interpretazione talora è il risultato di un processo di conoscenza, talaltra il prodotto di una decisione discrezionale. [...] Data una certa norma, vi saranno controversie giudiziali che ricadono nel suo campo di applicazione [...] e controversie per le quali l'applicazione della norma è discutibile [...]. Solo in questa seconda situazione gli interpreti (più esattamente i giudici) usano la loro discrezionalità" [N. & P.G., pp. 71-72].

In breve, il tentativo di mediazione tra formalismo ed anti-formalismo interpretativo posto in essere da Hart presuppone la possibilità di distinguere chiaramente tra casi facili e casi marginali o, in altri termini, di mantenere l'indeterminatezza del linguaggio entro confini determinati. Tuttavia, le cose potrebbero essere un poco più complicate di quanto Hart sembra disposto ad ammettere. La vaghezza del linguaggio, infatti, non produce soltanto una semplice – e per molti versi salutare – distinzione tra casi facili e casi marginali: in taluni casi può essere dubbio se una espressione vaga si applichi chiaramente o meno. In altri termini, può non essere chiaro se un determinato caso concreto sia un caso facile o un caso marginale. Ciò equivale a dire che non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione tra casi facili e casi marginali.

Per Hart, l'interpretazione, in senso proprio, entra in gioco nel momento in cui si raggiunge la zona di penombra. Eppure, anche per stabilire se un caso è facile o marginale è necessario ricorrere all'interpretazione ed all'esercizio di una certa discrezionalità. In altri termini, la distinzione tra casi facili e casi marginali è l'esito di una attività interpretativa, che implica l'esercizio di discrezionalità, e non il suo presupposto.

Questa osservazione suggerisce di non attribuire un'importanza eccessiva, nell'elaborazione di una teoria dell'interpretazione giuridica, alla distinzione tra

casi facili e casi marginali: qualsiasi decisione giudiziaria, per essere giustificata, deve seguire logicamente dalle premesse accolte, esplicitamente o implicitamente, dai giudici. Tuttavia, è sempre possibile, almeno in linea di principio, mettere in discussione le premesse della giustificazione che accompagna un provvedimento giudiziario.

Per dirla con MacCormick: "...anche se è vero che vi sono alcuni [...] casi in cui i fatti acclarati non permettono seriamente di dubitare o di contestare l'applicabilità di una regola chiara, la linea di confine tra un caso come questo ed un caso che consente profonde divergenze di opinione [...] non può essere tracciata in modo netto. C'è uno spettro che va dal manifestamente semplice all'estremamente complicato, e, scorrendo tale spettro, non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di "rilevanza", di "interpretazione" e di "classificazione" in modo da aprire la strada alla possibilità di utilizzare argomenti consequenzialisti e argomenti di principio o analogici". [N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., p. 230].

Osservazioni analoghe valgono anche per la concezione kelseniana dell'interpretazione giuridica. Per Kelsen, come è noto, una norma di grado superiore rappresenta una cornice che deve essere riempita dall'atto che ne costituisce l'applicazione; tuttavia, se non esistono confini chiari tra interpretazioni ammissibili e non ammissibili di espressioni vaghe, allora una norma non può essere considerata una cornice che stabilisce in modo chiaro i confini della discrezionalità giudiziale. Ciò significa, in altri termini, che una norma individuale non è necessariamente autorizzata da una norma generale [cfr. T.A.O. Endicott, *Vagueness and Legal Theory*, "Legal Theory", 3, 1997, pp. 37-63, in particolare pp. 42-44].

In conclusione: (almeno) sino ad Hart, il positivismo giuridico si sforza di preservare l'ideale della certezza del diritto costringendo l'interpretazione in un ambito determinato. Dopo Hart, non esistono più, per così dire, casi facili. Alla luce di ciò, anche definire il diritto come un sistema – per quanto complesso – di regole, risulta riduttivo.

4.1. Riguardo al tema dell'interpretazione, rimane ancora da esaminare una questione marginale (in questo contesto) relativa ai casi marginali.

Presentando la contrapposizione tra la teoria dell'interpretazione giuspositivista e quella neocostituzionalista, Pozzolo afferma, tra le altre cose, che "positivismo giuridico e neocostituzionalismo [...] non si occupano dello stesso oggetto, ma di due "oggetti" differenti, sicché, almeno da questo punto di vista, non sono necessariamente incompatibili fra loro" [N. & P.G., p. 75].

In breve, mentre Hart, come abbiamo visto, riconduce l'esistenza di casi marginali alla indeterminatezza del linguaggio e, quindi, a problemi semantici, il neocostituzionalismo ritiene che i casi difficili siano tali per ragioni morali o politiche e non per ragioni strettamente semantiche.

Questa distinzione rilevata da Pozzolo è corretta, anche se non credo che da ciò si possa concludere, ecumenicamente, che neocostituzionalismo e positivismo giuridico individuino, in relazione all'interpretazione giuridica, problemi differenti. Il problema di fondo è il medesimo per entrambi, e, precisamente, quello della discrezionalità interpretativa.

Il fatto che Hart individui, come fonte di discrezionalità, soltanto l'indeterminatezza del linguaggio è, piuttosto, un limite della sua concezione dell'interpretazione. A questo proposito, vale la pena di rilevare che l'analogia, sfruttata da Hart [H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), trad. di M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1991, pp. 163-173], tra regole dei giochi e regole giuridiche è per molti versi fuorviante.

La differenza principale tra questi due tipi di regole consiste proprio nel fatto che mentre l'indeterminatezza è, indiscutibilmente, una caratteristica rilevante delle regole giuridiche, ciò che caratterizza le regole dei giochi è, invece, un elevato grado di determinatezza. Ogni giurista si trova quotidianamente a dover affrontare questioni interpretative del tipo: “la disposizione $P \supset Q$, deve essere interpretata come $P^1 \supset Q$, ovvero come $P^2 \supset Q$?”. Anzi, la risoluzione di questioni interpretative costituisce la parte più cospicua del lavoro del giurista. Tali questioni interpretative non si presentano quasi mai nel caso delle regole dei giochi. Ad esempio, è raro assistere a dispute interpretative su quale sia il corretto modo di muovere i pezzi nel gioco degli scacchi. Se qualcuno chiede: “posso muovere il cavallo in diagonale?”, non sta sollevando dubbi interpretativi su quale sia il corretto modo di interpretare la regola degli scacchi che disciplina le mosse del cavallo, ma, banalmente, sta chiedendo che gli venga ricordata la regola in questione.

Tuttavia – come nota, ad esempio, Fernando Atria, a partire dalla distinzione searliana tra “regole regolative” e “regole costitutive” – le differenze tra il diritto e i giochi non hanno natura eminentemente linguistica – non dipendono, dal fatto che le regole giuridiche contengono un maggior numero di termini generali rispetto alle regole dei giochi, ma dipendono piuttosto dal fatto che il diritto ed i giochi sono tipi di istituzioni profondamente diversi tra loro. Atria inserisce i giochi tra quelle che egli chiama “istituzioni autonome” (*autonomous institutions*), la cui caratteristica saliente è quella di creare, di rendere possibili, nuove forme di comportamento. Il diritto, invece, sarebbe un’“istituzione regolativa” (*regulative institutions*), la cui caratteristica saliente è quella di regolare, in modo auspicabilmente migliore e più efficiente, condotte e comportamenti preesistenti. [cfr. F. Atria, *Games and the Law: Two Models of Institution*, “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Vol. 85, heft 3, 1999, pp. 309-347; cfr. anche B. Bix, *H.L.A. Hart and the “Open Texture” of Language*, “Law and Philosophy”, 10, 1991, pp. 51-72, in particolare pp. 65-69, ove si nega che per Hart l'unica fonte di discrezionalità interpretativa sia l'indeterminatezza del linguaggio].

Insomma, nel diritto, i problemi interpretativi non sono mai problemi meramente linguistici.

5. Le osservazioni precedenti sulla “svolta interpretativa” delle teorie del diritto contemporanee e sulla concezione dell'interpretazione giuridica del neocostituzionalismo non implicano, a mio avviso, il rifiuto del positivismo giuridico né il superamento della contrapposizione concettuale tra giusnaturalismo e giuspositivismo.

In breve, quello che la svolta interpretativa mette in questione è la tesi della neutralità, secondo cui il diritto può (e deve) essere descritto in modo avalutativo. Questa tesi, tuttavia, non coincide, non necessariamente almeno, con la tesi centrale del giuspositivismo metodologico secondo cui è possibile distinguere tra il diritto qual è ed il diritto quale dovrebbe essere.

In altri termini, per il giuspositivismo metodologico “render conto” del diritto positivo è [...] attività completamente diversa, e da tenere nettamente separata, rispetto a quella che si concreta in una presa di posizione (positiva o negativa, di accettazione o di rifiuto, eccetera) nei confronti del diritto positivo stesso” [V. Villa, *“Inclusive legal positivism” e neo-giusnaturalismo: lineamenti di un’analisi comparativa*, “Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos”, 43, 2000, pp. 33-97, la citazione è a p. 44]. Questa tesi non impone agli studiosi del diritto di assumere, nell’ambito delle loro attività “descrittive”, un atteggiamento avalutativo, ma soltanto di “ricostruire” il diritto a partire dalla moralità positiva espressa dai sistemi giuridici oggetto di studio, e non a partire dalla moralità critica.

Al contrario, per il giusnaturalismo la descrizione del diritto positivo è un’attività che non può essere nettamente distinta da una “presa di posizione” nei confronti del diritto positivo stesso, che tenga conto di valori etici fondamentali.

La contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo, a livello metodologico, non riguarda dunque il carattere valutativo o meno delle descrizioni giuridiche, ma il “tipo” di valutazioni che possono accompagnare una descrizione del diritto. Il giuspositivismo metodologico richiede che sia possibile distinguere tra giudizi di valore in funzione “conoscitiva” e giudizi di valore in funzione “giustificativa”, ed ammette soltanto i primi nell’ambito dell’attività conoscitiva; il giusnaturalismo invece rifiuta, sulla scorta di una meta-etica oggettivista, tale distinzione [Cfr. V. Villa, *Legal Theory and Value Judgements*, “Law and Philosophy” 16(4) 1997, pp. 447-477, in particolare p. 477].

La tesi di Pozzolo secondo cui il neocostituzionalismo non può fare a meno, come dottrina normativa, del giuspositivismo metodologico potrebbe essere difesa con minori difficoltà qualora si fosse disposti a non appiattare il giuspositivismo metodologico sulla tesi della neutralità. La distinzione concettuale tra giuspositivismo metodologico e tesi della neutralità, inoltre, potrebbe rappresentare un buon punto di partenza per sottolineare la differenze tra un neocostituzionalismo compatibile con il positivismo giuridico (quale potrebbe essere quello difeso da autori come Ferrajoli e Waluchow) ed un neocostituzionalismo di ispirazione giusnaturalista (*à la* Alexy e, in una certa misura, *à la* Dworkin).