

Costituzione e ragionamento giuridico

a cura di Chiara Valentini

FILOSOFIA



archetipolibri

Filosofia
Ricerche e Materiali

Collana diretta da Alberto Artosi

Costituzione e ragionamento giuridico

con i contributi di

Giorgio Bongiovanni, Corrado Caruso, Valeria Giordano,
Francesco Mancuso, Antonino Rotolo, Giovanni Sartor,
Chiara Valentini

a cura di

Chiara Valentini

© 2012 by CLUEB
Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna

Edizione digitale, 2012

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.



Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Copertina e progetto grafico: Avenida (Modena)

PDF: ISBN 978-88-6633-112-4

ArchetipoLibri
40126 Bologna - Via Marsala 31
Tel. 051 220736 - Fax 051 237758
www.archetipolibri.it / www.clueb.com
ArchetipoLibri è un marchio Clueb

Realizzato nel mese di ottobre 2012

Indice

Introduzione

Chiara Valentini

Il neocostituzionalismo e la razionalità dell'interpretazione

Giorgio Bongiovanni

La giustificazione discorsiva nel pensiero giuridico contemporaneo.

Alexy, Aarnio e MacCormick

e il “codice” della ragion pratica

Valeria Giordano

Dall'originalismo al neo-originalismo. La costituzione tra interpretazione e costruzione

Chiara Valentini

Logica giuridica e categorizzazione dei fatti nelle decisioni giudiziali

Antonino Rotolo

La matematica della proporzionalità

Giovanni Sartor

Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero

Corrado Caruso

***Antitrust jurisprudence* e costituzione: dai diritti alle garanzie strutturali della competizione democratica**

Chiara Valentini

Legalità, legittimità, costituzione

Francesco Mancuso

Introduzione

Chiara Valentini

Le costituzioni contemporanee hanno cambiato il modo di interpretare e applicare il diritto: hanno posto l'esigenza di articolarne i contenuti secondo opzioni normative improntate alla garanzia di assetti democratici fondati sulla tutela dei diritti fondamentali; inoltre, hanno diversificato la veste e il tenore di tali contenuti, differenziando le tipologie di norme, le funzioni che svolgono nel discorso giuridico e i loro sbocchi applicativi.

Su questo duplice fronte si è aperto un processo di trasformazione del diritto, che ne investe la struttura così come i processi attuativi, ponendo difficoltà di ordine metodologico ed istituzionale.

Sul piano metodologico, si pone il problema dell'inquadramento e della "corretta" specificazione dei contenuti giuridici, a fronte dei peculiari connotati conferiti ad essi dal dato costituzionale.

Sul piano istituzionale, si pone il problema di determinare e distribuire le competenze connesse all'attuazione del diritto, secondo parametri stabiliti dalle costituzioni; su questo terreno, sorge soprattutto la difficoltà di definire i rapporti tra la sfera di competenza del legislatore e quella degli organi di giustizia costituzionale.

Si tratta, in definitiva, di gestire la pervasiva costituzionalizzazione dei sistemi giuridici avvalendosi di strumenti adeguati e legittimi, cioè conformi ai

criteri posti da uno Stato costituzionale di diritto: a) per un verso, esse devono mantenersi nel solco degli interessi costituzionalmente garantiti, secondo processi razionali che conducano ad esiti oggettivi e certi; b) per altro verso, devono rispondere all'esercizio delle diverse competenze istituzionali attribuibili al legislatore e alle Corti costituzionali secondo il principio della separazione dei poteri.

La riflessione teorica su entrambi gli aspetti problematici è estremamente articolata e offre un ampio spettro di soluzioni.

Sotto il primo aspetto, sono emersi modelli di razionalità giuridica che specificano in vario modo la soluzione ai problemi connessi all'applicazione dei principi costituzionali, soprattutto sul terreno della loro ponderazione con gli strumenti del bilanciamento e della valutazione della ragionevolezza della legge. Sotto il secondo aspetto, si prospettano soluzioni diverse al problema dei limiti entro cui le Corti costituzionali possono esercitare il sindacato di costituzionalità delle leggi e delle ricadute "politiche" delle loro decisioni.

a) La progressiva costituzionalizzazione dei sistemi giuridici, come si è accennato, ne ha reso la struttura più complessa, ponendo l'esigenza di far luce sulle sue diverse componenti. Su questo piano, la riflessione teorica si svolge nel segno della distinzione tra regole e principi, quali tipologie di norme giuridiche diverse sia per il loro contenuto, sia per la loro funzione.

Le regole sono inquadrabili come precetti "definitivi", la cui attuazione avviene attraverso lo strumento interpretativo della sussunzione. I principi, invece, sono norme dal contenuto aperto, che deve essere specificato secondo le circostanze di diritto e di fatto in cui esse vanno applicate.

Dal punto di vista "funzionale", i principi di rango costituzionale costituiscono lo strumento giuridico di tutela di beni primari, e, in questo senso, servono da fulcro normativo degli ordinamenti contemporanei e ne garantiscono l'unità. Le regole, invece, attuano i principi, per disciplinare in modo puntuale fattispecie specifiche.

La distinzione tra regole e principi riguarda anche il tipo di contenuti normativi ascrivibili ad essi. Alcune posizioni teoriche (si pensi alle tesi di Robert Alexy e Ronald Dworkin) specificano il contenuto dei principi costituzionali in termini morali per sostenere la tesi di una connessione tra diritto e morale sul terreno della garanzia dei diritti fondamentali. Altre posizioni teoriche, invece, leggono il rapporto tra principi e valori in termini differenti, per sostenere che il diritto e la morale non sono connessi o che possono esserlo, tutt'al più, in via contingente e in chiave di complementarietà (come

sostengono Jürgen Habermas e i teorici del cosiddetto positivismo inclusivo).

Dalla diversa connotazione del contenuto e della funzione dei principi dipende una diversa concezione dei meccanismi che ne governano l'applicazione.

In linea di massima, la riflessione contemporanea su questo fronte è segnata dallo scarto tra due tendenze: da un lato, la tendenza a “costruire” le clausole costituzionali come regole dalle eccezioni implicite (si veda l'approccio originalista all'interpretazione costituzionale); dall'altro lato, la tendenza a convertire tali clausole in principi che esprimono ragioni di tutela da ponderare secondo i sottostanti valori, cioè norme caratterizzate da una duttilità sostanziale che richiede all'interprete di plasmarle in chiave argomentativa (come per il neocostituzionalismo).

Sulla prima costruzione si basano approcci semantici all'interpretazione costituzionale, che fondano dinamiche applicative improntate all'uso degli strumenti del ragionamento deduttivo e analogico governato da criteri di correttezza forniti da regole di inferenza. La seconda costruzione fonda approcci argomentativi all'interpretazione, che propugnano un esercizio della razionalità pratica governato da criteri di ponderazione variamente articolati in chiave sostanziale (eguaglianza, dignità umana, libertà, efficienza) e procedurale (coerenza, universalizzabilità, proporzionalità).

Lo scarto tra approcci semantici e argomentativi acquista particolare rilievo laddove riguardi le garanzie costituzionali dei diritti: per un verso, tali garanzie sono interpretate come norme semanticamente e strutturalmente compiute, il cui significato può essere appreso in chiave logico-definitoria e il contenuto può essere applicato in chiave categorica; per altro verso, esse sono inquadrare come norme semanticamente e strutturalmente aperte, da ponderare o specificare coerentemente con le ragioni che esprimono e in relazione a ragioni eventualmente confliggenti nel contesto applicativo.

Su questo terreno è maturato un ampio dibattito intorno agli strumenti interpretativi ed applicativi più adeguati alla gestione del pluralismo costituzionale, specie in relazione alle tensioni che possono darsi tra i diversi principi, e diritti, che le costituzioni contemporanee tengono insieme. Il conflitto teorico riguarda, principalmente, la legittimità e razionalità del bilanciamento quale tecnica argomentativa che richiede di ponderare e temperare i principi, e diritti, costituzionali confliggenti (secondo la teoria del bilanciamento di Robert Alexy). L'analisi teorica di questo tema assume particolare rilievo anche per la sempre più ampia diffusione della tecnica del bilanciamento in sede giurisprudenziale, nelle differenti versioni in cui le Corti

costituzionali lo hanno declinato: una versione proceduralista fondata su test giudiziali di necessità, adeguatezza e proporzionalità; e versioni di stampo strumentalista, che combinano i test di necessità e adeguatezza con l'analisi giudiziale del rapporto tra costi e benefici dei possibili contemperamenti realizzabili tra norme confliggenti.

Sia in sede teorica, sia in sede giurisprudenziale, al bilanciamento si contrappone il modello applicativo della categorizzazione, che muove da un'analisi logico-definitoria dei principi costituzionali per gestire le tensioni tra essi come conflitti apparenti, che si dissolvono ove l'interprete ne "riconosca" l'ambito applicativo e i limiti.

b) Nel dibattito teorico contemporaneo, trova ampio spazio la riflessione sulle ricadute applicative delle diverse forme di razionalità adottate nell'attività interpretativa e di applicazione del diritto svolta in sede di giustizia costituzionale. Lo scarto tra modelli logico-deduttivi e argomentativi, infatti, non interessa solo l'aspetto metodologico del sindacato di costituzionalità; esso rileva anche in merito ai rapporti tra l'attività giudiziale tesa alla specificazione del dato costituzionale e l'attività svolta nella medesima direzione dalle istituzioni politiche legittimate attraverso il meccanismo della rappresentanza democratica.

Nella prospettiva di un costituzionalismo che accorda centralità normativa ai diritti e alle loro garanzie giudiziali, la giustizia costituzionale svolge un ruolo di cruciale importanza nel porre alle istituzioni politiche dei vincoli sostanziali, costruiti a partire dall'argomentazione sui principi costituzionali. Tale ruolo trova la propria giustificazione in un costituzionalismo per il quale la legittimazione democratica del potere passa attraverso il suo carattere rappresentativo, comprensivo di due momenti: da un lato, quello "decisionale", che si sviluppa attraverso le scelte elettive compiute dai cittadini e i meccanismi che sostengono lo svolgersi della vita politica nei sistemi democratico-maggioritari, e, dall'altro lato, quello "argomentativo", che rende razionalmente accettabili gli esiti dell'azione dei pubblici poteri. Mentre la rappresentatività del potere politico, e dunque la sua legittimazione in chiave democratica, partecipa di entrambi i momenti, quella del potere giurisdizionale consta del momento "argomentativo": il potere esercitato dalle Corti costituzionali può dirsi rappresentativo se, e in quanto, le decisioni cui esse giungono sono sorrette da criteri di razionalità che le rendono "accettabili" dai consociati. In questa connotazione del concetto di rappresentatività si può trovare una soluzione alla tensione tra la volontà politica espressa at-

traverso i canali del processo democratico e la volontà costituzionale espressa dalle Corti (si pensi, in particolare, alle tesi neocostituzionaliste).

Tuttavia, secondo altre posizioni teoriche, le costituzioni contemporanee trovano il proprio fulcro nel principio della sovranità popolare, quali patti essenzialmente politici che scaturiscono da accordi super-maggioritari. In quest'ottica, il ruolo delle corti costituzionali deve essere ridimensionato a favore delle istituzioni politiche che detengono un primato decisionale sulle scelte riguardanti le questioni di rilievo costituzionale (come sostengono gli esponenti del movimento originalista e del costituzionalismo populista).

Su questo piano, oggi, si cerca un equilibrio tra potere politico e potere giurisdizionale in ordinamenti che lasciano agli organi di giustizia costituzionale ampi margini di manovra nell'interpretazione e applicazione del diritto: si tratta di stabilire come essi debbano sfruttare tali margini ed entro quali limiti possano contrapporre la propria interpretazione della costituzione a quella del legislatore e degli organi politici più in generale. Da questo punto di vista, è in atto un conflitto teorico a tutto campo tra un costituzionalismo di tenore giuridico e un costituzionalismo di tenore politico, che insiste sul livello problematico della metodologia interpretativa così come su quello dei riflessi "istituzionali" dell'interpretazione.

I saggi raccolti in questo volume analizzano i diversi aspetti problematici fin qui evidenziati, attraverso l'analisi delle questioni concernenti i modelli di razionalità giuridica più adeguati all'interpretazione e applicazione dei contenuti costituzionali, nonché le questioni concernenti le ricadute applicative di tali modelli.

Per quanto concerne il primo ambito problematico, il volume offre un'analisi dei modelli argomentativi e dei modelli logico-deduttivi del ragionamento giuridico applicabili alle norme costituzionali.

Su questo terreno, si approfondisce il modello di razionalità interpretativa proposto dal neocostituzionalismo attraverso una ricerca di criteri di razionalità argomentativa basata sulla possibilità di stabilire lineamenti di oggettività del discorso giuridico come discorso pratico, nell'ottica di un oggettivismo non realista. Si ricostruisce il quadro delle proposte teoriche che valorizzano una giustificazione discorsiva delle pratiche argomentative connesse all'interpretazione e applicazione del diritto, con riferimento al "codice" della ragion pratica messo a punto da teorici come Robert Alexy, Aulis Aarnio e Neil MacCormick. Si analizza l'approccio logico-deduttivo all'interpretazione e applicazione delle norme costituzionali propugnato dall'originalismo, dando conto delle diverse tesi riconducibili a tale movi-

mento teorico. Si prospettano e approfondiscono le possibilità di applicazione del diritto a partire da tecniche di ponderazione e bilanciamento governate da criteri di proporzionalità, ovvero secondo criteri logici che connotano il ragionamento giuridico in chiave analogica e categorizzante.

Per quanto concerne il secondo ambito problematico, si analizzano tecniche argomentative ampiamente diffuse in sede giurisdizionale, per valutare i margini di discrezionalità che accordano alle corti costituzionali. In quest'ottica, si ricostruisce il ricorso alle tecniche di bilanciamento e di categorizzazione nella giurisprudenza costituzionale, con un'approfondita disamina delle varianti in cui sono adottate in materia di libertà di espressione. Si analizza, poi, il modello di applicazione giudiziale della costituzione ispirato a un'*antitrust jurisprudence* che privilegia tecniche argomentative alternative a quelle del bilanciamento e della categorizzazione, per connotarla come *actio finium regundorum* rispetto all'esercizio dei poteri istituzionali entro sfere politiche che la costituzione definisce con principi "strutturali". Infine, si approfondisce il tema del rapporto tra legalità, legittimità e costituzione, che sottende le diverse analisi sviluppate nel volume: la tensione tra ragioni sostanziali e vincoli formali che pervade il diritto alla luce della sua costituzionalizzazione.

Per la possibilità di costruire questo articolato percorso d'indagine su temi così rilevanti, desidero ringraziare Giorgio Bongiovanni, Corrado Caruso Valeria Giordano, Francesco Mancuso, Antonino Rotolo e Giovanni Sartor che hanno accettato di contribuire a questo volume.

Il neocostituzionalismo e la razionalità dell'interpretazione

Giorgio Bongiovanni

1. Premessa

Uno degli aspetti più significativi dell'approccio del neocostituzionalismo al diritto è la centralità assegnata all'interpretazione per la comprensione dei sistemi contemporanei. Ciò che caratterizza questo movimento è, in parallelo a tale affermazione, il tentativo di individuazione di canoni di razionalità dei processi interpretativi.

L'affermazione della centralità dell'interpretazione non è una peculiarità del neocostituzionalismo che si caratterizza sia per il legame che viene posto tra interpretazione e Stato costituzionale di diritto, sia soprattutto per le tesi relative alla possibilità di individuazione di soluzioni corrette. Quest'ultimo aspetto è probabilmente quello più significativo: l'elaborazione di metodi razionali dell'interpretazione è uno dei lineamenti più importanti che caratterizzano questa corrente.

Il neocostituzionalismo, a partire dalla realtà degli Stati costituzionali, ha infatti elaborato sia una precisa *teoria* del diritto (teoria delle norme, dell'ordinamento e del ruolo dell'interpretazione), sia una *filosofia* del diritto che dai lineamenti del diritto degli Stati costituzionali deriva una riflessione

più generale sulla natura del diritto (connessione tra diritto e morale e razionalità del discorso pratico)¹.

Questa elaborazione che consente di vedere il neocostituzionalismo quale “terza” teoria del diritto che si distingue dal giusnaturalismo e dal positivismo e ha tra i suoi aspetti decisivi la razionalità dell’interpretazione². La ricerca di criteri di razionalità viene basata sulla possibilità di stabilire lineamenti di oggettività dei discorsi pratici (moralì, giuridici, politici): questa ricerca si pone in una prospettiva che va al di là della la contrapposizione tra cognitivismò e non cognitivismò metaetico e si basa su forme di *oggettivismo non realista*. Le proposte degli autori neocostituzionalisti hanno quale riferimento il “costruttivismo” metaetico o si pongono all’interno dell’etica del discorso di matrice kantiana³. In questa prospettiva, il neocostituzionalismo, elabora una serie di canoni che fanno riferimento alla individuazione di criteri “procedurali” di correttezza e alla possibilità di stabilire forme di accordo razionalmente fondato.

2. Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo dell’interpretazione

La centralità dell’interpretazione è per il neocostituzionalismo la conseguenza dell’affermazione dei sistemi costituzionali e della loro dinamica evolutiva. Nella prospettiva neocostituzionalista, la struttura degli Stati costituzionali (presenza di una costituzione “rigida” che include una serie di

¹ Per una introduzione generale al neocostituzionalismo e ai suoi autori più importanti (R. Alexy, R. Dworkin, C.S. Nino), si vedano M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 33-41; G. Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1 (2011); G. Bongiovanni, *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011.

² Secondo M. Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in «Analisi e diritto», 2011, pp. 15, 16, il neocostituzionalismo è una corrente autonoma caratterizzata da una precisa serie «di temi e di tesi, di problemi e di soluzioni»: ciò consente di distinguere «chi lo sostiene da chi sostiene le tradizionali tesi giusnaturaliste e giuspositiviste». Nega questa tesi (che il neocostituzionalismo rappresenti una terza teoria del diritto), V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 10-11.

³ Il costruttivismo viene elaborato da J. Rawls, *Il costruttivismo kantiano nella teoria morale*, in Id., *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001. L’etica del discorso è stata sviluppata in particolare da Apel e da Habermas. Si vedano K.O. Apel, *Comunità e comunicazione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1997; J. Habermas, *Etica del discorso*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

principi etico-politici e di diritti fondamentali garantita attraverso il sindacato di costituzionalità delle leggi) e l'evoluzione di tali sistemi (con riferimento in particolare al c.d. processo di costituzionalizzazione) conducono al ruolo peculiare dei processi interpretativi. Questo ruolo viene evidenziato in relazione a due aspetti principali.

In primo luogo, ciò viene fatto dipendere dall'importanza che in tali sistemi hanno i principi e i diritti contenuti nella costituzione e il loro rapporto con esigenze morali. La dimensione normativa della costituzione è, per il neocostituzionalismo, legata alla presenza di valori giuridici e morali che fanno riferimento sia ai diritti individuali, sia a obiettivi generali e collettivi. Il neocostituzionalismo vede i principi e i diritti positivizzati nelle costituzioni come espressione di valori morali (e nega perciò l'autonomia e la separazione di tali principi e diritti da esigenze morali sostenuta da parte del positivismo giuridico). La costituzione viene interpretata, secondo categorie sviluppate nella dottrina tedesca, non più come "cornice" generale e fondamento procedurale per la creazione del diritto, ma quale testo che contiene un preciso rinvio ai valori⁴. Il diritto dei sistemi costituzionali include i valori quali riferimento delle disposizioni normative e acquisisce una dimensione etica sostanziale⁵. La costituzione non si limita a essere la base per il procedimento di formazione delle decisioni giuridiche, ma diviene un insieme direttamente normativo in relazione ai valori e ai diritti. Principi e diritti contenuti nelle costituzioni esprimono dei valori morali che diventano una parte rilevante dell'esperienza giuridica. La presenza dei principi e dei diritti nella costituzione immette nel diritto i «moderni principi fondamentali del diritto di natura e di ragione, e quindi anche della morale del diritto e dello Stato moderni» e perciò gli «elementi [...] della correttezza sostanziale, cioè della giustizia»⁶. L'inclusione di valori morali nella costituzione ha quale

⁴ E.W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 68 ss., 107 ss., 261 ss., ha formulato la distinzione tra una visione della costituzione quale *Rahmenordnung* (cornice, cioè garanzia o fondamento procedurale) e come *Grundordnung* (ordinamento fondamentale, cioè sistema di valori). L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 859-861, individua due nozioni di costituzione: quella strutturale («legata alla sua collocazione al vertice della gerarchia delle norme»), e quella «assiologica, riferita ai suoi contenuti normativi», cioè ai «principi etico-politici» presenti nelle costituzioni.

⁵ Sull'aspetto etico dei sistemi costituzionali, B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Analisi e diritto», 2004, p. 53.

⁶ R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, p. 74; R. Dreier, *Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Beiheft 40 (1991), p. 91. La presenza dei valori nelle

prima conseguenza la differenziazione delle norme giuridiche che possono essere distinte in regole e principi: questi ultimi, come vedremo, comportano una applicazione peculiare.

Questa analisi viene svolta in relazione alla pluralità dei principi e perciò dei valori contenuti all'interno delle costituzioni. La riflessione neocostituzionalista sottolinea che questi principi etico-politici (e perciò i diritti) esprimono un quadro pluralistico, cioè prospettive e valori diversi. Ciò può essere sottolineato sia in relazione al fatto che, come è stato notato, le disposizioni della costituzione «racchiudono [...] diverse ideologie politiche, ossia differenti sistemi di valori che consentono di interpretare diversamente i principi fondamentali (di uguaglianza, proprietà, ecc.) che le costituzioni riconoscono» sia riguardo al possibile conflitto tra gli stessi principi e valori costituzionali. Non solo i principi costituzionali possono essere letti secondo prospettive diverse, ma possono dare luogo a tensioni reciproche. Il dato del pluralismo delle costituzioni viene perciò evidenziato non solo in relazione al fatto che i «principi [...] possono essere interpretati variamente secondo i diversi punti di vista», ma anche in rapporto a quello per cui «mancano la disciplina delle compatibilità, la soluzione delle 'collisioni' e la fissazione dei punti di equilibrio»⁷. Quest'ultimo aspetto rende evidente il problema del possibile conflitto tra principi e perciò tra diritti. Questa difficoltà determina il ruolo centrale dei processi di applicazione del diritto: la definizione dei principi e dei diritti avverrà prevalentemente in tali processi nei quali, in relazione ai diversi casi concreti, vengono fissate prevalenze e compatibilità. Nella prospettiva neocostituzionalista, la soluzione del conflitto tra i diritti è uno degli aspetti più importanti della vita dei sistemi costituzionali: l'attività di applicazione del diritto diviene più complessa e va al di là della semplice sussunzione del caso alla norma in quanto la concretizzazione dei principi e dei diritti comporta la loro ponderazione e bilanciamento rispetto ai casi. In sintesi, per il neocostituzionalismo, l'affermazione dei sistemi costituzionali

costituzioni viene generalmente tematizzata come "materializzazione" (o sostanzializzazione) del diritto. Un esempio in questa direzione è la Carta dei diritti dell'Unione europea che organizza i diritti secondo i loro valori di riferimento.

⁷ G. Gozzi, *Storia e prospettive del costituzionalismo*, in *La Filosofia del diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, a cura di G. Bongiovanni, Bologna, CLUEB, 1998, pp. 25, 26; G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, p. 78. Sul carattere pluralista delle costituzioni contemporanee, si veda G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 9, 128 ss. e sul dibattito e i significati attribuiti al conflitto tra diritti, Id., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion pratica», 1 (2007), pp. 230-249.

condurre, a seguito dell'introduzione di valori morali, al cambiamento di struttura delle norme giuridiche (che si distinguono in principi e regole) e, a sua volta, ciò conduce alla centralità del processo di bilanciamento tra principi (e diritti) quale strumento principale della loro applicazione.

In secondo luogo, il neocostituzionalismo evidenzia come il ruolo dell'interpretazione derivi dagli effetti della dinamica dei sistemi costituzionali, cioè dei loro processi di evoluzione. Si tratta degli sviluppi cui tali sistemi hanno dato luogo e che buona parte della dottrina contemporanea ha sintetizzato quale "processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento", cioè quale processo di progressiva pervasività (irradiazione) dei principi costituzionali nel sistema giuridico. È un aspetto che tocca il funzionamento dei sistemi costituzionali e ha quale riferimento prevalente, come è stato notato, la «cultura giuridica» e riguarda «un insieme di pratiche e di atteggiamenti interpretativi e argomentativi adottati dai giuristi e dalle Corti»⁸. Tale processo di costituzionalizzazione può essere sintetizzato in tre aspetti principali che toccano la progressiva efficacia orizzontale della costituzione, cioè la sua estensione anche ai rapporti tra privati (*Drittwirkung*); l'applicazione diretta (da parte dei giudici) dei principi costituzionali (attraverso, per esempio, l'interpretazione adeguatrice); la c.d. sovrainterpretazione della costituzione (individuazione di principi impliciti, analisi del diritto alla luce del criterio della ragionevolezza)⁹. L'incorporazione di valori e diritti nella costituzione dà vita a una serie di «pratiche e atteggiamenti interpretativi» volti alla «maggior penetrazione possibile della costituzione in tutti i settori dell'ordinamento giuridico» che si basano sulla «supremazia strutturale, materiale, e assiologica della costituzione rispetto alle altre fonti del diritto»¹⁰. Nella prospettiva neocostituzionalista, la diffusione normativa della costituzione nell'ordinamento accentua la centralità dei processi di interpretazione per la creazione e lo sviluppo del diritto. Il diritto dei sistemi costituzionali è, in questa visione, un processo interpretativo di progressiva attuazione dei principi e dei diritti contenuti nelle costituzioni. Questi aspetti trovano con-

⁸ G. Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, cit., p. 967.

⁹ Su questi aspetti, G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 124-125. R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto*, pp. 241-249, che per primo ha descritto il processo di costituzionalizzazione, lo riassume in sette punti (dei quali i primi due "necessari"): 1) presenza di una «costituzione rigida»; 2) «garanzia giurisdizionale della costituzione»; 3) «forza vincolante della costituzione»; 4) «sovra-interpretazione» della costituzione; 5) «applicazione diretta delle norme costituzionali»; 6) «interpretazione adeguatrice delle leggi»; 7) «influenza della costituzione sui rapporti politici».

¹⁰ G. Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, cit., p. 967.

cretizzazione, in particolare, nella necessità delle valutazioni relative alla validità/conformità delle norme inferiori alla costituzione (sulla base, come vedremo, della distinzione tra validità sostanziale e validità formale delle norme).

3. Le dimensioni dell'interpretazione

La rilevanza e la centralità dell'interpretazione dell'interpretazione negli Stati costituzionali deriva, in primo luogo, dalla differenziazione della struttura delle norme giuridiche e dalla necessità conseguente del bilanciamento quale elemento essenziale del processo di applicazione. In secondo luogo, essa è la conseguenza dei mutamenti della nozione di validità giuridica e della necessità di valutare la conformità alla costituzione delle norme del sistema giuridico. Entrambi questi momenti comportano la scelta tra diverse opzioni valutative nei processi di interpretazione e applicazione.

a) La necessità di suddividere le norme giuridiche in regole e principi è una conseguenza diretta della presenza di costituzioni lunghe e contenenti valori e diritti. La positivizzazione di tali valori e diritti rende necessaria una particolare forma normativa che è quella dei principi che rappresentano un «*quid novum*»¹¹ nel panorama giuridico: la loro peculiare conformazione appare come quella «più adeguata a proteggere beni essenziali e primari, quali quelli riguardanti i diritti». I principi sono perciò il tipo di norma che dimostra la «maggiore capacità di difendere i diritti rispetto alle regole generali e astratte» e di esprimere esigenze «di giustizia o di equità o di qualche altra dimen-

¹¹ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 371, sottolineano le differenze dei principi costituzionali dalle «*regulae iuris* del diritto romano e medievale», dai «*principia iuris* del giusnaturalismo moderno e dell'illuminismo giuridico», e dai «principi generali del diritto della dogmatica codicistica». Nella dottrina elaborata dal positivismo giuridico i principi sono visti in funzione «ausiliaria» rispetto alle regole e ne viene analizzato solo il ruolo «integrativo» (nell'ordinamento italiano in base alla seconda parte del comma 2 dell'art. 12 delle pre-leggi). In Italia, una considerazione più aperta al ruolo dei principi rispetto al positivismo è stata sviluppata dalla c.d. «dottrina della costituzione» di C. Mortati e V. Crisafulli nella quale viene sostenuta la natura normativa dei principi, il loro ruolo di vincolo per il legislatore e di strumento di interpretazione delle norme. Su questi aspetti, M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 63-65.

sione della morale»¹². I principi costituzionali presentano caratteristiche specifiche che consentono di distinguerli dalle regole giuridiche in base a una differenza di “struttura”. Gli autori neocostituzionalisti sostengono la tesi della distinzione “forte” tra regole e principi, secondo cui questi due tipi di norme sono qualitativamente, cioè strutturalmente, differenti¹³. La riflessione neocostituzionalista ha messo in evidenza diversi aspetti di distinzione tra regole e principi che riguardano, tra l’altro, la fondamentale dei principi, la formulazione e forma logica, la dimensione modale dell’applicazione (necessario/possibile), la validità, le forme di applicazione (sussunzione/bilanciamento), il tipo di conflitto¹⁴.

La fondamentale dei principi dipende dalla loro supremazia gerarchica: in quanto espressione dei valori costituzionali (siano questi diritti individuali o beni collettivi), essi sono alla base dell’ordinamento e ne determinano le decisioni e l’evoluzione. Il “valore fondativo” dei principi va visto non quale mera giustificazione di altre norme, ma quale “fondazione” in ultima istanza: in questa prospettiva le regole possono essere giustificate solo da principi¹⁵.

¹² F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 373; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, p. 48.

¹³ La tesi della distinzione forte si contrappone a quella “debole” (sostenuta da molti autori che si richiamano al positivismo) che riduce tale distinzione a una semplice dimensione quantitativa: per quest’ultima visione, i principi sarebbero una forma normativa in cui sono presenti in misura maggiore aspetti comuni alle regole e ai principi. La tesi della distinzione forte è stata formulata da R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 51, per il quale, «da differenza tra principi giuridici e regole giuridiche è di tipo logico», ed è stata sviluppata da R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 3 (2000), p. 300, che sottolinea che «la vera questione relativa al fatto se una norma sia una regola o un principio presuppone che i principi siano entità possibili»; da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 148 ss.; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Tre approcci ai principi di diritto*, in «Analisi e diritto», 1993. I sostenitori della tesi della distinzione debole sono, tra gli altri, J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in «Yale Law Journal», 5 (1972); R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 271 ss.; E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 427 ss.; L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3 (2010), pp. 2794 ss. Secondo P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in «Analisi e diritto», 1997, p. 62, che sostiene quest’ultima tesi, l’interpretazione di una norma quale principio e non come regola dipende dalle «opzioni valutative dell’interprete» e dalla volontà di fornire una interpretazione “adeguatrice” piuttosto che una letterale della norma medesima.

¹⁴ Nella dottrina sono state individuate diverse proposte di distinzione: per un quadro generale di tali proposte, G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 52-57; M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., pp. 152-159.

¹⁵ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 379, 381. La caratterizzazione dei principi quali valori fondativi è uno dei punti centrali della teoria di R. Dworkin, *L’impero del*

I principi differiscono dalle regole anche in relazione alla loro formulazione (e da ciò deriva anche la loro diversa forma logica). I principi sono secondo vari autori “norme a fattispecie aperta” o “apertissima”, mentre le regole sono norme a fattispecie chiusa. Questa apertura (o genericità) significa che, per quanto riguarda i principi, a volte non vengono definite le premesse e, soprattutto, le condizioni di applicazione¹⁶. Ciò determina il fatto che i principi non solo presentano un’apertura semantica (e perciò sono generici e vaghi), ma sono indeterminati dal punto di vista deontico, cioè non definiscono in quale modo possono essere realizzati (per esempio attraverso un’astensione o un’azione)¹⁷. Questa duplice apertura si traduce nella differente forma logica che caratterizza principi e regole: mentre le seconde hanno una struttura condizionale, i principi possono essere carenti della premessa o, in modo maggiore, delle conseguenze di applicazione: la struttura ipotetico-condizionale delle regole non può essere sempre applicata ai principi. In questo senso, i principi sarebbero perciò categorici, mentre le regole ipotetiche (cioè aventi struttura condizionale di tipo se, allora).

I principi hanno poi una diversa modalità di applicazione: secondo la classificazione di R. Alexy, i principi sono “precetti di ottimizzazione” mentre le regole sono precetti definitivi. Ciò significa che i principi sono norme che devono essere realizzate nella misura più ampia possibile in relazione alle altre norme giuridiche e alla loro attuabilità fattuale, mentre le regole comportano una conseguenza giuridica definitiva, cioè ordinano, vietano, permettono o autorizzano qualcosa in modo conclusivo¹⁸. Per il neocostitu-

diritto, Milano, Il Saggiatore, 1989. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 148, vede come “costitutivo” il loro ruolo; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Tre approcci ai principi di diritto*, cit., e Id., *Permissions, Principles and Rights*, in «Ratio Juris», 3 (1996), pp. 236 ss., considerano principi in senso stretto le norme che esprimono i valori supremi di un ordinamento. Sul concetto di fondazione “ultima”, M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., pp. 157-158.

¹⁶ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 8-11; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 385; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 55-56.

¹⁷ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, pp. 57-59, chiarisce questo aspetto in relazione all’art. 5 della Costituzione tedesca sulla libertà della scienza, della ricerca e dell’insegnamento. Le diverse possibilità applicative non fanno riferimento solo alla “indeterminatezza” semantica del termine “scienza”, ma alla decisione relativa al fatto se tale libertà si concretizzi in una “astensione” o piuttosto in un “intervento” del potere pubblico.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 75 ss. Questa costruzione si appoggia su quella, riferita agli obblighi *prima facie*, di W.D. Ross, *Il giusto e il bene*, Milano, Bompiani, 2004. Per Alexy, i principi hanno carattere *prima facie*, mentre le regole hanno carattere definitivo. Per M. Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 113 ss., la proposta di Alexy fa riferimento alla defetibilità delle norme, cioè alla disapplicazione di un principio in caso di conflitto con altri principi.

zionalismo, i principi possono avere forme di realizzazione differente e ciò dipende dalle altre norme (in particolare dagli altri principi) e dalle condizioni di fatto (la loro attuazione dipende perciò da altre possibilità, giuridiche e di fatto), mentre le regole possono essere solo realizzate o meno (se si danno le condizioni della premessa, la conseguenza della norma è necessaria).

A queste distinzioni va aggiunta quella riguardante l'ambito di validità dei principi e delle regole. I principi, stante il loro collegamento a valori morali, possono essere validi non solo in quanto esplicitamente statuiti, ma anche quali norme implicitamente derivabili dai principi espliciti o da esigenze morali, mentre le regole valgono, generalmente, solo se espressamente statuite. I principi validi e applicabili possono essere perciò non solo quelli espressi, di livello costituzionale, ma anche quelli "inespressi", cioè derivabili dalla interpretazione delle esigenze contenutistiche che sono alla loro base: ciò non vale per le regole che, in linea di massima, sono solo quelle espresse. In questa prospettiva, fanno parte dei principi sia quelli che hanno un riferimento diretto nel sistema delle norme positive, sia quelli che l'interprete può derivare dalle esigenze morali che essi esprimono e dalla valutazione dei casi. In questo senso, si può dire che i principi hanno una dimensione "normogenetica" (quali norme che rappresentano ragioni sulla cui base è possibile costruire altri principi o regole) che manca alle regole¹⁹. Queste caratteristiche della struttura e della formulazione dei principi (in particolare la loro dimensione modale di precetti di ottimizzazione), determinano un'ulteriore differenza dalle regole che riguarda le caratteristiche della loro applicazione. La distinzione è in questo caso relativa a quella tra sussunzione e bilanciamento: mentre le regole sono norme applicabili in base alla sussunzione (cioè alla riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta prevista dalla norma generale), i principi richiedono la valutazione delle possibilità giuridiche e di fatto e, perciò, una decisione relativa, di fronte agli aspetti del caso concreto, alla prevalenza o meno di un principio rispetto ad un altro (bilanciamento o ponderazione)²⁰. In questa prospettiva,

¹⁹ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 375, 386. Sui modi di elaborazione di principi impliciti, G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 58-72.

²⁰ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 51-56; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 78-84. G. Pavlakos, *Constitutional Rights, Balancing, and the Structure of Autonomy*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 1 (2011), p. 129, sottolinea che la struttura teleologica delle «norme costituzionali che attribuiscono diritti» implica che «i diritti siano, nella loro applicazione, sempre bilanciati». Per un quadro della dottrina italiana e per i riferimenti alle