

Introduzione

La travagliata dicotomia tra istanze di *giustizia* e *legge* è molto più risalente nel tempo di quanto siamo abituati a immaginare. Essa non muove i primi passi né si esaurisce con la nota vicenda del giusnaturalismo e del giuspositivismo, poiché nei secoli precedenti aveva già impegnato, seppur in forme diverse, una parte non trascurabile del dibattito giuridico-teorico.

Né possiamo ancora affermare che l'acquisizione illuministica della separazione del *diritto* dalla *morale* abbia posto la parola 'fine' a un discorso di senso che investe non solo i dibattiti accademici, ma la vita stessa del diritto, nelle sue quotidiane e poliedriche (quanto imprevedibili) manifestazioni.

Nel mondo contemporaneo vi sono numerosi processi in atto che confermano la perdurante centralità di questo dibattito.

L'avvento della globalizzazione, la forza soverchiante dell'economia, il pluralismo dei valori e l'espansione della società multiculturale, la crisi della rappresentanza politica, lo sviluppo tecnologico: si tratta di fenomeni inediti, ormai ineluttabili, e tuttavia per alcuni aspetti indecifrabili, sfuggenti, o comunque talmente problematici da renderne quasi impossibile una definizione univocamente condivisa e accettata, soprattutto nella prospettiva giuridica¹.

* Il presente volume scaturisce dalla rielaborazione di alcuni argomenti alla base della mia tesi di laurea. Desidero esprimere un sentito ringraziamento alla Prof.ssa Maria Zanichelli, Docente di Filosofia del Diritto presso l'Università di Parma, che ha seguito il mio lavoro come relatrice.

Un pensiero particolarmente grato rivolgo al Prof. Gianluigi Palombella, del quale ho ascoltato, negli anni del dottorato, importanti lezioni e riflessioni su alcuni temi centrali della filosofia e della teoria del diritto.

Sono in debito con i Professori Francesco Belvisi, Leonardo Marchettoni, Federico Pedrini, Simone Scagliarini, Veronica Valenti, Luca Vespignani, nonché con il Dott. Alessandro Di Rosa e con la Dott.ssa Serena Vantin per la lettura di alcune parti del testo e per i loro preziosi suggerimenti.

Esprimo, infine, un ringraziamento speciale al Prof. Gianfrancesco Zanetti e al Prof. Thomas Casadei del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia: senza il loro costante e prezioso supporto questa pubblicazione non sarebbe stata possibile. Alcuni argomenti e obiettivi sono stati messi a punto nei frequenti dialoghi svoltisi nell'ambito delle attività del CRID - Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (www.crid.unimore.it) con studiosi e studiosi di discipline giuridiche e filosofiche ma anche con rappresentanti di enti e istituzioni nazionali e internazionali.

Ogni limite, errore o inesattezza è da attribuire a me soltanto.

¹ I principi, più delle regole, consentono di superare la tradizionale concezione della legalità 'chiusa', a mettere in comunicazione *interno* ed *esterno* degli ordinamenti, i quali dunque si apro-

Oltre a queste circostanze, non si possono tralasciare fenomeni prettamente giuridici quali i processi d'integrazione sovranazionale, i nuovi modelli di responsabilità (dal diritto civile al diritto internazionale), la rigidità delle carte costituzionali, la diffusione delle dichiarazioni dei diritti e dei sindacati di controllo delle supreme Corti: tali dinamiche, pur nelle loro oggettive differenze, sembrano convergere verso un riassetamento dei poteri che, sia in ambito nazionale sia nello spazio ultra-statale, demanda ai giudici un compito sempre più stringente di tutela dei diritti².

Alla luce di queste profonde trasformazioni, la “legge” quale mera statuizione di organi rappresentativi non può essere considerata sufficiente a dare compiuta giustificazione dei fenomeni giuridici coi quali ci misuriamo. Nella concreta realtà del giudicare, in particolare, da più parti è stata avvertita l'esigenza di superare le rigidità di un certo positivismo legalistico e di rinvenire una dimensione nuova, capace di recuperare e restituire al diritto un'idea di priorità in senso fondativo. Non una nuova commistione tra diritto e morale, che restano intesi nella loro dimensione autonoma, ma l'appello a una vicendevole “apertura”, a una “connessione” o, più semplicemente, a un “incontro”.

no a istanze e a impegni normativi che provengono dall'esterno: su questa attitudine dei principi cfr. M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in «European Law Journal», 11, 2005, pp. 262-307; G. Palombella, *Sulle spalle di Dworkin. Principi e adjudication nel diritto internazionale*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2014, pp. 221-242, e A. Gentili, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, a cura di G. Iudica e P. Zatti, in part. pp. 102-127.

In generale sulle trasformazioni del costituzionalismo contemporaneo cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, il quale afferma: «[d]iritti senza terra vagano nel mondo globale alla ricerca di un costituzionalismo anch'esso globale che offra loro ancoraggio e garanzia. Orfani di un territorio che dava loro radici e affidava alla sovranità nazionale la loro concreta tutela, sembrano ora dissolversi in un mondo senza confini dove sono all'opera poteri che appaiono non controllabili» (Ivi, p. 3); C. Pinelli, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in R. Righi, D. Cananzi (a cura di) *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, Giuffrè, Milano, 2012, vol II, pp. 1079-1093; L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013; *La democrazia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2016, in part. pp. 23-38; B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013; F. Viola, *Pluralismo e tolleranza*, in G. Dalla Torre (ed.), *Lessico della laicità*, Studium, Roma, 2007, pp. 227-237.

² Cfr. G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2017, in part. pp. 197-213. Per la dimensione sovranazionale si vedano S. Besson, *European Human Rights Pluralism*, in M. Maduro, K. Tuori, S. Sankari, *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 170-205; S. Rodotà, *Nel silenzio della politica i giudici fanno l'Europa*, in G. Bronzini e V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Chimienti, Taranto, 2007, e – per un inquadramento della questione in termini di teoria del diritto, – C. Tate, T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995.

A questo appello ha cercato di rispondere la cosiddetta «dottrina dei principî»³. La ricostruzione dello statuto normativo dei principî è, appunto, l'obiettivo principale di questa ricerca.

Dei principî è ripercorsa, nel primo capitolo, anzitutto la vicenda storico-concettuale, dalla *regula iuris* del diritto romano alla *maxima* del diritto comune medievale; per passare, quindi, a una ricognizione dei «principî generali del diritto», sulla scorta della classificazione di Riccardo Guastini, che li ha distinti in sei categorie: *generali, vaghi, programmatici, costituzionali, fondamentali, istituzionali*⁴. Segue un *excursus* relativo alla normatività dei principî nelle ricostruzioni della dogmatica italiana nel corso del Novecento. Ciò a riprova del fatto che il neocostituzionalismo ha ripreso e ampliato una problematica che era comunque già presente nelle acquisizioni dottrinali, comprese quelle di derivazione positivista. Infine sono considerati i principî nella concretezza del diritto vigente, a livello interno, internazionale e sovranazionale, con una riflessione sulla possibilità di principî “globali”.

Il secondo capitolo si concentra, invece, sulle peculiarità teoriche del neocostituzionalismo quale dottrina filosofico-giuridica. La costituzionalizzazione degli antichi (e moderni) diritti naturali riempie di contenuti di giustizia gli ordinamenti giuridici e soprattutto prova a ridurre la divaricazione tra il diritto *quale è* e il diritto *quale dovrebbe essere*, ampliando sensibilmente l'area d'indisponibilità sottratta alla discrezionalità decisionale delle maggioranze e del potere politico. Qui sta il contributo più originale del neocostituzionalismo: tale dottrina sostiene la connessione fra diritto e morale e la individua precisamente nel diritto positivo, ossia nel catalogo dei principî costituzionali e dei diritti fondamentali. Tale prospettiva accomuna le diverse concezioni neocostituzionaliste emerse nella seconda metà del Novecento che saranno qui considerate attuando – è bene sottolinearlo – una selezione orientata⁵: dal

³ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* [1977], a cura di N. Muffato, il Mulino, Bologna, 2010.

⁴ R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 199-222.

⁵ Per quanto riguarda la selezione dei giuristi e filosofi del diritto esaminati nel presente lavoro, è necessario chiarire preliminarmente un aspetto: da una parte vanno collocati gli autori asseritamente neocostituzionalisti (Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky), e dall'altra, quelli di diverso orientamento che tuttavia, o perché direttamente chiamati in causa o perché spontaneamente in dialogo, hanno ricostruito il pensiero *neocostituzionalista* attraverso un'analisi critica dei suoi capisaldi. Herbert Hart, per esempio, è indiscutibilmente un esponente del giuspositivismo, ma il suo tentativo di adeguare gli assunti fondamentali di tale dottrina alle critiche mosse dai neocostituzionalisti è rimasto uno snodo ineludibile per tutto il dibattito successivo, al punto che oggi è diffusa la formula del

diritto come «concetto interpretativo» (Ronald Dworkin) al diritto come «caso particolare del discorso pratico generale» (Robert Alexy); dalla «teoria discorsiva del diritto» (Jürgen Habermas) al «diritto come applicazione del discorso morale» (Carlos Nino). Il capitolo si chiude con una illustrazione dei contributi in senso neocostituzionalista offerti in Italia da Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli, anche grazie alla lettura che di questi fanno alcuni autori che hanno indagato le trasformazioni dello stato costituzionale senza aderire ai postulati del neocostituzionalismo⁶.

Se i principî appartengano al mondo della morale o a quello del diritto è una questione ampiamente affrontata nel dibattito filosofico-giuridico: il terzo capitolo del presente lavoro affronta questo tema rifacendosi, in particolare, alle soluzioni proposte da Habermas e da Dworkin. Quest'ultimo a tal proposito ha affermato che il principio «è innanzitutto un requisito di giustizia o di equità o di qualche altra dimensione della morale»⁷. Ulteriori distinzioni che saranno analizzate sono quelle tra principî e *valori*, tra argomenti di principio e argomenti di *policy*, tra principî e *diritti*, tra principî e *scopi*, tra principî ed *etiche*.

Uno studio teorico, infine, non può trascurare del tutto la dimensione dei principî *in action*. A tale scopo nell'ultimo capitolo si è presa in esame l'operatività di un principio in particolare: il canone della "ragionevolezza" nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. L'idea che emerge qui e che attraversa come un *fil rouge* tutta il lavoro è che oggi il giudizio di validità non può più essere rappresentato come la corrispondenza di una norma a un'altra norma di rango superiore: il parametro di riferimento è semmai costituito da un insieme di norme e di principî che si coordinano concretamente in relazione al caso esaminato. La validità del diritto, in altri termini, non è identificabile con l'obbligatorietà, ma con un processo di argomentazione e di giustificazione median-

«positivismo hartiano» (si veda, per esempio, A. Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica in Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, 2004).

L'indagine è stata costruita e condotta a partire dal pensiero di quegli autori che la meta-letteratura considera anti-positivisti; cfr., per tutti, G. Bongiovanni, *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 84-116.

⁶ M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, in *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, 2016; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2008, pp. 405-418.

⁷ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 48.

te il quale la *ratio* della regola giuridica in vigore è scrutinata alla luce dei principi costituzionali.

Entrando nel merito delle principali questioni teoriche oggetto di questo studio, un primo elemento che vale a qualificare le molteplici versioni della dottrina neocostituzionalista è la tesi della connessione (*Verbindungsthese*) tra diritto e morale: è proprio qui che si innesta il ruolo eminente dei principi. Sul punto in realtà esistono differenti teorie, derivanti da premesse metodologiche e da strumenti di lettura altrettanto diversi⁸. Tale eterogeneità, secondo alcuni autori, inficia la possibilità di discorrere del neocostituzionalismo come di una concezione del diritto unitaria: si suggerisce dunque la definizione più rarefatta di «ambiente culturale»⁹. Tuttavia questa obiezione appare fin troppo accomodante per gli avversari del neocostituzionalismo. E d'altra parte non si può certo dire, ad esempio, che il «positivismo giuridico» sia una categoria dal significato univoco: anche in questo caso vi sono tesi fondamentali assai controverse, come dimostra il dibattito tra giuspositivisti «inclusivi» ed «esclusivi» (cui è dedicato un *excursus* nel capitolo secondo).

A voler essere più precisi, non è solo il movimento neocostituzionalista a essere eccessivamente composito, ma il termine stesso “neocostituzionalismo” viene impiegato per indicare concetti e fenomeni anche molto diversi tra loro¹⁰. In questo lavoro, in particolare, si esamineranno tre accezioni fondamentali del termine neocostituzionalismo, sulla scorta della ben nota tripartizione elaborata ad altro proposito da Norberto Bobbio: come modo di accostarsi al diritto, come teoria del diritto, e infine come ideologia del diritto. Sarebbe invece fuorviante sovrapporre il “neocostituzionalismo” come dottrina teorica al “costituzionalismo” quale forma di organizzazione dei poteri, o allo “Stato di diritto costituzionale” *tout court*, quale modello giuridico-istituzionale consolidatosi nel secondo Novecento negli ordinamenti di *civil law*, dopo l'avvento

⁸ Approfondiremo nel secondo capitolo le varie teorie della connessione riconducibili al pensiero neocostituzionalista. Sul binomio connessione/separazione R. Alexy, *Concetto e validità del diritto* [1992], a cura di F. Fiore, Einaudi, Torino, 1997, pp. 3-4.

⁹ Cfr. M. Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto*, 2011, pp. 3-20; e A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 3, 2003, che osserva: «Il neocostituzionalismo denota un'atmosfera culturale [...]», confermando la difficoltà di riconoscerne il carattere organico.

¹⁰ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001 che, per prima, ha utilizzato il termine “neocostituzionalismo”; ma per una posizione critica sull'uso del termine vedi R. Guastini, *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 55-68.

delle Costituzioni rigide che hanno positivizzato principî e valori sovraordinati alla legge.

È da osservare che tutt'e tre le accezioni di neocostituzionalismo sopra citate aderiscono a un'idea del diritto come processo argomentativo imperniato su alcuni valori e principî condivisi, e perciò si oppongono alla tesi della separazione tra il *ius positum* e la morale (*Trennungsthese*). È facile intuire che l'obiezione mossa più frequentemente al neocostituzionalismo è quella di essere espressione di una nuova cultura giusnaturalista in cui i "principî giuridici" sarebbero derivazioni di un nuovo "ordine" trascendentale, inscritto ontologicamente nella natura. Questa obiezione tradisce una certa inadeguatezza dei vecchi strumenti concettuali rispetto gli attuali cambiamenti del fenomeno giuridico e del moderno Stato costituzionale. Essa parte dall'assunto, prettamente positivista, che la contaminazione con ragioni pre-positive o con pretese di giustizia indebolisca il carattere "scientifico" del diritto e ne mini, quindi, la chiarezza formale e, soprattutto, l'autonomia. Inoltre chi accusa il neocostituzionalismo di essere una *specie* del genere "giusnaturalismo"¹¹ compie un indebito salto logico perché, se è vero che il costituzionalismo ambisce a rappresentare un'alternativa completa al positivismo giuridico, ciò non significa che debba essere collocato nell'alternativa storicamente e filosoficamente più rilevante.

Al contrario, il neocostituzionalismo mira ad assurgere al rango di *tertium genus*, come via alternativa tanto alla dottrina giusnaturalista quanto a quella giuspositivista¹². A maggior ragione l'utilizzo normativo dei principî, nel più ampio respiro della cultura neocostituzionalista, non è un tentativo occulto di "moralizzare" il diritto, men che meno di «legalizzare la morale», come alcuni studiosi hanno tentato di dimostrare¹³. Questa sarebbe, d'altronde, un'impresa particolarmente complessa in una società fortemente secolarizzata come quella europea e caratterizzata dal weberiano "politeismo dei valori". Si tratta in verità di un epoca-

¹¹ Vedi, per esempio, il titolo e gli interventi della seduta del 6 novembre 2009 del Seminario Internazionale «Norberto Bobbio», svolta presso l'Università degli Studi di Torino sul tema "(Neo) costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?", con interventi di Mario Dogliani, Manuel Atienza, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Pedro Salazar.

¹² M. Barberis, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2012, pp. 153-164.

¹³ Sono queste le accuse, ad esempio, mosse da L. Prieto Sanchis, *Quattro domande sulla teoria del diritto di Dworkin*, in *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 277.

le cambiamento di paradigma che investe la cultura giuridica occidentale e, per certi versi, ne ridisegna la fisionomia perché, oltre alle verifiche di validità esterna, quindi procedurale, delle leggi, tematizza i concetti di validità materiale e di giustizia interna, alla luce dei diritti e dei principi fondamentali costituzionalizzati. Sarebbe dunque più corretto affermare che le dottrine neocostituzionaliste provano a edificare un ponte, un collegamento tra il diritto e la cultura nella misura in cui i principi che le corti maneggiano sono anche espressione di orientamenti culturali che vivono nella società.

Il neocostituzionalismo guarda ai principi, in primo luogo, valorizzandone la specificità rispetto alle regole, sul piano dello statuto normativo ancor prima che su quello delle modalità di applicazione. Si può preliminarmente affermare che per i neocostituzionalisti regole e principi rappresentano due *species* di uno stesso *genus* (le norme), e orientano le azioni e le decisioni operando in modo diverso. Le prime si attuano o si violano integralmente, senza possibilità di realizzazioni intermedie, i secondi, invece, “spingono” in una certa direzione come veri e propri criteri dell’agire e come tali possono essere soddisfatti in gradi diversi. La distinzione si riverbera, quindi, anche nell’applicazione: se per le regole si adotta la sussunzione, per i principi vale la diversa tecnica del bilanciamento, poiché non si impone in questo caso l’applicazione esclusiva dell’uno e l’esclusione degli altri, ma occorre piuttosto ponderare il diverso peso di ciascuno di essi. In altri termini potremmo anche affermare che i principi giustificano l’esistenza delle regole e ne orientano l’applicazione oppure, ove queste contrastino con altri principi, la disapplicazione.

Questa distinzione concettuale e funzionale è diventata un *tópos* della letteratura giuridica e costituirà, come vedremo, l’oggetto di studi e approfondimenti di numerosi filosofi del diritto.

Ciò che rende centrale e vivifica il concetto di “principio” nelle teorie che analizzeremo è l’utilizzo “prometeico” nelle attuali tecniche di argomentazione e interpretazione giuridica: la giurisdizione, sia quella costituzionale sia quella ordinaria, si connota in modo sensibilmente integrativo se non addirittura creativo. In sostanza, in società complesse quali quelle attuali, ai principi è demandata non semplicemente una funzione riassuntiva di unità logiche, ma soprattutto una funzione costitutiva dell’ordinamento giuridico.

Ciò è indubbiamente dovuto, in larga parte, alla promulgazione di Costituzioni rigide, depositarie di cataloghi di diritti e, perciò, dotate di una forza normativa certamente superiore rispetto alle precedenti costituzioni flessibili (consta che la Costituzione italiana contiene una sezione testualmente intitolata “*Principî fondamentali*” costituita dai primi dodici articoli).

Proprio in virtù dei principî, le carte costituzionali odierne rimodellano i rapporti sociali, ridefiniscono il rapporto tra la sovranità e i suoi limiti, condizionano l'intero ordinamento. Esse tendono perciò a manifestare una capacità pervasiva superiore rispetto ai cataloghi delle libertà (negative) del costituzionalismo liberale, inteso come barriera contro il potere, e assumono la configurazione di un ben più ambizioso progetto giuridico che individua scopi da raggiungere e indirizzi da seguire.

In questo senso il fenomeno giuridico denominato genericamente “costituzionalismo” non appare sufficientemente adeguato a dare ragione della complessità degli ordinamenti liberal-democratici ed è invalsa, soprattutto tra i sostenitori della dottrina dei principî, l'espressione “neocostituzionalismo” che, ancorché non rappresenti ancora una stipulazione lessicale univoca, è indubbiamente indicativa di una nozione di costituzione fortemente sostanzializzata.

Il paradigma teorico del neocostituzionalismo, in conclusione, produce un'innegabile mutazione della missione del giurista, *rectius* del giudice: egli non opera più come un «*geometer vel arithmeticus*»¹⁴ e non è più solo e soltanto «bocca della legge», come auspicava Montesquieu. Prevale gradualmente sulla scena la figura di un giudice che è in dialogo e in relazione con la cultura nella società e da essa recupera lo sfondo semantico e il contesto di significato della sua attività interpretativa e decisionale.

Si tratta di un rapporto biunivoco, osmotico, in cui la cultura e il giudice sono due termini di uno stesso orizzonte e i principî il loro ponte di collegamento.

¹⁴ Così è definito il giudice dal “Doctor Christianissimus” Jean Gerson nel *De vita spirituali animae* del 1402 riportato da G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principî, o regole?*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31, 2002, pp. 872-874. Tuttavia è una concezione che si rafforzerà, com'è noto, con la Rivoluzione Francese e resterà largamente in voga fino al XIX secolo.