

## Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale Sul neocostituzionalismo e i suoi critici\*

GIORGIO PINO

SOMMARIO: 1. Neocostituzionalismo: la parola e le cose. – 1.1. In margine agli usi di “neocostituzionalismo” (una modesta proposta di pulizia linguistica e concettuale). – 1.2. La posizione di Ferrajoli. – 2. Sul diritto neocostituzionalista “per principi”. – 3. Sulla ponderazione. – 4. La separazione tra diritto e morale.

Il denso saggio di Luigi Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*<sup>1</sup>, offre una opportuna occasione di chiarificazione teorica e concettuale sul neocostituzionalismo: un movimento di pensiero accomunato da alcune tesi chiave facilmente riconoscibili, almeno nei loro tratti generali, ma che appare a dir poco eterogeneo, poco analitico, spesso declamatorio, talvolta caratterizzato più da tesi “in negativo” (in particolare, il rifiuto del positivismo giuridico) che “in positivo”. È certo, comunque, che nonostante gli accennati difetti teorici, veri o presunti, il neocostituzionalismo meriti di essere studiato e discusso, perché sotto quella etichetta è stato colto qualcosa di centrale, o quantomeno di interessante, degli ordinamenti giuridici contemporanei.

Pur essendo stato spesso accostato al neocostituzionalismo, fino ad esserne considerato uno dei più autorevoli rappresentanti<sup>2</sup>, Ferrajoli è, in questo saggio, apertamente critico, se non addirittura polemico, nei confronti di tale movimento. Per parte mia, nelle osservazioni che seguono vorrei cercare di prendere sul serio almeno alcune delle tesi neocostituzionalistiche (o meglio, alcune delle tesi che Ferrajoli considera come automaticamente generate dal, e forse anche monopolio del, neocostituzionalismo), e provare a saggiare se davvero le critiche di Ferrajoli colpiscano nel segno. Detto forse più

---

\* Ringrazio Mauro Barberis, Giorgio Bongiovanni, Paolo Comanducci, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Aldo Schiavello e Vittorio Villa per aver letto e commentato una versione precedente di questo scritto.

<sup>1</sup> In questa *Rivista*, 2010, 3, 2771 ss.

<sup>2</sup> Così ad es. M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona 2001, 309; P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002, 71 ss. (spec. 84-86); T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, *ivi*, 1 ss. (spec. 9); EAD., *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, in *Associations*, 6, 2002, n. 2, 233 ss. (spec. 234); A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 3, 2003, 37 ss. (spec. 37); M. CARBONELL, *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, in M. CARBONELL, L. GARCÍA JARAMILLO (curr.), *El canon neoconstitucional*, Madrid 2010, 153 ss. (spec. 153); M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna 2011, 232-234. Si veda però L. PRIETO SANCHÍS, *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*, in *Doxa*, 31, 2008, 325-354, per una attenta indicazione delle divaricazioni tra il pensiero di Ferrajoli e le posizioni neocostituzionaliste standard.

chiaramente, ho l'impressione che le critiche di Ferrajoli al neocostituzionalismo finiscano per travolgere anche alcune tesi che possono invece essere ritenute condivisibili – perché teoricamente feconde, perché adeguate da un punto di vista esplicativo, ecc. – in maniera del tutto indipendente dall'adesione al pensiero neocostituzionalista (qualunque cosa ciò significhi), e che dunque tali tesi possano essere difese senza per ciò stesso sottoscrivere in blocco tutte le (altre) tesi abitualmente attribuite al neocostituzionalismo.

In particolare, proverò a svolgere alcune osservazioni principalmente su tre punti, sui quali mi trovo in relativo disaccordo con l'analisi di Ferrajoli: il trattamento della distinzione tra regole e principi (§ 2); l'interpretazione della pratica del bilanciamento (§ 3); il problema della separazione tra diritto e morale (§ 4). Prima, però, offrirò una panoramica dei significati del (neo)costituzionalismo (§§ 1, 1.1), e prenderò in considerazione il modo in cui Ferrajoli situa la propria posizione teorica rispetto ad esso (§ 1.2).

1. *Neocostituzionalismo: la parola e le cose.* – Non è inutile ricordare che il termine “neocostituzionalismo” ha una storia piuttosto recente, anche se invero molto fortunata, nel lessico teorico-giuridico<sup>3</sup>. Tuttavia, alla fortuna che tale termine ha riscontrato nel lessico teorico-generale recente (soprattutto in lingua italiana e castigliana) non corrisponde altrettanta chiarezza riguardo al significato del termine stesso: “neocostituzionalismo” viene infatti usato per definire una o più delle seguenti cose (e talvolta tutte insieme):

a) *una forma di Stato* (lo Stato costituzionale di diritto): un modo particolare di strutturarsi da parte dell'organizzazione giuridica caratterizzato in particolare dalla presenza di una costituzione lunga (che contiene un elenco di principi etico-politici, di diritti fondamentali di solito provenienti dal giusnaturalismo illuministico, dalla tradizione etico-politica liberale, ma anche da ideali socialdemocratici<sup>4</sup>), rigida (non modificabile da parte della legge ordinaria), e garantita (dalla presenza di qualche istituzione giudiziaria o para-giudiziaria che ha il potere di annullare gli atti legislativi incostituzionali)<sup>5</sup>;

b) *una cultura giuridica*, che si esplica in un insieme di pratiche e di atteggiamenti interpretativi e argomentativi adottati dai giuristi e dalle Corti (ad esempio: l'interpretazione adeguatrice, l'applicazione diretta della costituzione, l'effetto di irradiazione, la sovra- o iper-interpretazione della costituzione, ecc.), specialmente nel contesto di ordinamenti giuridici aventi le caratteristiche sinteticamente menzionate sub

---

<sup>3</sup> La maternità del termine “neocostituzionalismo” è di solito attribuita a S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo y especificidad de la intrerpretación constitucional*, in *Doxa*, 21, II, 1998, 339 ss.; EAD., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino 2001; EAD., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2008, 2, 405 ss. Sulla diffusione del termine “neocostituzionalismo” si veda anche G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. Dir.*, Annali III, 2011.

<sup>4</sup> «I *Bills of Rights* e gli insiemi di principi e valori contenuti nelle carte costituzionali odierne hanno fagocitato buona parte dell'etica occidentale degli ultimi quattro secoli» (B. CELANO, *Principi, regole, autorità*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1061ss., 1083).

<sup>5</sup> Cfr. ad es. R. DWORKIN, *Constitutionalism and Democracy*, in *European Jour. of Phil.*, vol. 3, 1, 1995, 2 ss. («By 'constitutionalism' I mean a system that establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise», 2); T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, cit., 8-9; P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, cit., 71; L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid 2003, 101 ss.; G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, cit.; parlano di «new constitutionalism» esattamente in questo senso, A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Jour. of Transn. Law*, vol. 47, 2008, 73 ss. (spec. 85-87).

a)<sup>6</sup>; pratiche e atteggiamenti interpretativi che presuppongono evidentemente l'assunzione della costituzione come documento giuridico propriamente normativo e precettivo, e che hanno come obiettivo la maggior penetrazione possibile della costituzione in tutti i settori dell'ordinamento giuridico. Si tratta dunque di una particolare conformazione (non dell'ordinamento, ma) della cultura giuridica, caratterizzata dall'assunzione di una particolare ideologia delle fonti del diritto (la supremazia strutturale, materiale, e assiologica della costituzione rispetto alle altre fonti del diritto)<sup>7</sup>;

c) *una teoria del diritto*, cioè un insieme di tesi aventi carattere esplicativo e ricostruttivo nei confronti di una specifica esperienza giuridica, storicamente determinata – in particolare, l'esperienza giuridica che si incarna nella forma di Stato indicata sub a), e nella cultura giuridica indicata sub b) – tesi che riguardano ad esempio: la presenza dei principi nell'ordinamento giuridico, la loro struttura, e il loro ruolo nell'argomentazione giuridica; il concetto di ponderazione; la presenza di elementi morali nell'interpretazione e argomentazione giuridica; la ricostruzione del sistema delle fonti in un ordinamento costituzionalizzato; la teoria della norma e della validità ecc.<sup>8</sup>; si può parlare, in questo senso, di neocostituzionalismo “teorico”<sup>9</sup>;

d) *una filosofia del diritto*, o meglio un insieme di tesi filosofico-giuridiche, sulla natura del diritto, sui suoi rapporti con altri fenomeni sociali e normativi, una definizione del concetto di diritto ecc., tra le quali spiccano: d<sub>1</sub>) l'enfasi sulla connessione necessaria tra diritto e morale, in una o più delle possibili forme in cui tale connessione si può presentare: in particolare, in relazione alla definizione del concetto di diritto e all'identificazione del diritto (l'idea che il diritto non possa essere esaurito nell'insieme delle decisioni formalmente corrette adottate da un'autorità politica, ma includa anche, necessariamente, una dimensione materiale, sostanziale, che lo lega alla giustizia<sup>10</sup>), e in relazione alla continuità tra ragionamento giuridico e ragionamento morale<sup>11</sup>); d<sub>2</sub>) il

---

<sup>6</sup> La somma di a) e b) è stata definita da Riccardo Guastini come l'insieme delle “condizioni di costituzionalizzazione” dell'ordinamento; cfr. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006, 238-267; v. anche G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, 121-126.

<sup>7</sup> Parlano di “costituzionalizzazione della cultura giuridica” e di “cultura giuridica costituzionalizzata” G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 337 (sulla costituzionalizzazione come “operazione culturale”); A. GARCIA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximacion neoconstitucionalista al derecho a traves de los derechos*, Madrid 2009, 64; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 28, 2007, 219 ss. (spec. 224-230); ID., *Diritti e interpretazione*, cit., 121-126.

<sup>8</sup> Alcuni esempi di indagini teoriche di questo tipo: L. FERRAJOLI, *Il diritto come sistema di garanzie*, in *Ragion pratica*, 1, 1993, 143 ss.; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari 2007; L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., cap. 2; A. GARCIA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit.; C. BERNAL PULIDO, *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, in M. Carbonell (ed.), *Teorías del Neoconstitucionalismo*, Madrid 2007, 289-325.

<sup>9</sup> Le espressioni “neocostituzionalismo teorico”, “metodologico” e “ideologico” sono state coniate da P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, cit., parafrasando le tre analoghe accezioni di positivismo giuridico individuate da N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977 (tale tripartizione è successivamente ripresa anche da M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi*, cit., 231-238).

<sup>10</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (MA) 1986; ID., *Justice in Robes*, Cambridge (MA) 2006; R. ALEXI, *On the Concept and the Nature of Law*, in *Ratio Juris*, vol. 21, 3, 2008, 281 ss.; ID., *The Dual Nature of Law*, in *Ratio Juris*, vol. 23, 2, 2010, 167 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, parte I.

<sup>11</sup> Le argomentazioni più esplicite in tal senso sono in R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto* (1992), Torino 1997; ID., *The Special Case Thesis*, in *Ratio Juris*, vol. 12, 4, 1999, 374 ss.; R. DWORKIN, *Justice in Robes*, cit. Sui molti modi in cui possono darsi relazioni tra diritto e morale cfr. comunque *infra* § 4.

primato del punto di vista interno, il punto di vista del partecipante alla pratica giuridica, ai fini della comprensione del diritto<sup>12</sup>; d<sub>3</sub>) la qualificazione del diritto come una “pratica sociale” in cui è centrale la dimensione interpretativa e argomentativa<sup>13</sup>; d<sub>4</sub>) l’idea che sia disponibile, sempre oppure nella maggior parte dei casi, una unica risposta giusta o corretta ai problemi giuridici<sup>14</sup>; d<sub>5</sub>) l’adesione a qualche forma di oggettivismo etico<sup>15</sup>; d<sub>6</sub>) il rifiuto del positivismo giuridico, o perché considerato inadeguato ai fini della comprensione degli ordinamenti giuridici contemporanei, oppure perché considerato sbagliato in sé, una filosofia del diritto inaccettabile in qualunque contesto giuspolitico<sup>16</sup> (e non solo nell’ambito degli odierni stati costituzionali); si può parlare, in questo senso, di neocostituzionalismo “metodologico”<sup>17</sup>;

e) un atteggiamento ideologico e assiologico di approvazione e adesione morale ad un diritto che abbia certe caratteristiche: in particolare, un ordinamento giuridico che abbia le caratteristiche indicate sub a), ed eventualmente in cui si sia sviluppata una cultura giuridica come quella indicata sub b); in altre parole, l’atteggiamento di adesione ideologica può essere manifestato o nei confronti del solo modello “strutturale” dello Stato costituzionale di diritto, oppure anche nei confronti delle pratiche interpretative e argomentative – e del relativo spostamento e “diffusione” del potere di produzione normativa a favore degli organi dell’applicazione – caratteristiche di una cultura giuridica costituzionalizzata<sup>18</sup>. L’adesione ideologica nei confronti dello Stato costituzionale di diritto è una conseguenza del fatto che tale forma di organizzazione gius-politica è ritenuta particolarmente adeguata a realizzare e tutelare determinati valori, come la democrazia in senso sostanziale, l’uguaglianza, i diritti fondamentali, ecc.; si può parlare, in questo senso, di neocostituzionalismo “ideologico”, o “assiologico”<sup>19</sup>. (Peraltro, se considerata

---

<sup>12</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., 14; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; M. ATIENZA, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona 2006, 53.

<sup>13</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., 13; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992, spec. cap. VII; M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, cit.; ID., *Tesis sobre Ferrajoli*, in *Doxa*, 31, 2008.

<sup>14</sup> R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., spec. cap. 7; R. ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, in *Doxa*, 5, 1988, 139 ss.; N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, 278 ss.; M. ATIENZA, *In merito all’unica risposta corretta*, in *Ragion pratica*, 2010, 45 ss.

<sup>15</sup> R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; R. DWORKIN, *Objectivity and Truth: You’d Better Believe It*, in *Phil. & Public Affairs*, vol. 25, 2, 1996, 87 ss.; M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., 53.

<sup>16</sup> Nel primo senso, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, in *Isonomía*, 27, 2007, 7 ss. (spec. 25). Nel secondo, R. DWORKIN, *The Model of Rules I* (1967), in ID., *Taking Rights Seriously*, London 1978<sup>2</sup>; ID., *Law’s Empire*, cit.; ID., *Justice in Robes*, cit. (spec. *Introduction* e capp. 6, 7, 8); R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; ID., *On the Concept and the Nature of Law*, cit.

<sup>17</sup> Per una valutazione di insieme, G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari 2005; ID., *Neocostituzionalismo*, cit.; M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, 147 ss. (spec. 150-151); S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 11.

<sup>18</sup> Come vedremo tra breve, la posizione di Ferrajoli è la prima e non anche la seconda; cfr. invece, ad es., V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore: metodi, teorie, giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004, 248, che rivendica «un atteggiamento favorevole al processo di costituzionalizzazione».

<sup>19</sup> Si veda una formulazione chiara di tale posizione in U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano 1965, 150-153 (e spec. 150, sulla «integrazione costituzionalistica del positivismo giuridico»); ID., *Dalla legge al codice, dal codice ai principî*, in *Rivista di filosofia*, 1987, 1, 3 ss. (spec. 12-13). Al neocostituzionalismo ideologico viene talvolta imputata l’affermazione di un incondizionato obbligo morale di obbedienza al diritto dello Stato costituzionale (cfr. P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, cit., 82): questa però sembra essere una raffigurazione caricaturale, agevolmente

specificamente dal punto di vista dei giuristi positivi, e in particolare dei funzionari, quest'ultima accezione di neocostituzionalismo è concettualmente indistinguibile rispetto alla accezione sub *b*); ciò risulta evidente ove si consideri che l'adesione ad una ideologia delle fonti del diritto da parte di un giurista non è altro che una scelta etico-politica<sup>20</sup>.)

1.1. *In margine agli usi di "neocostituzionalismo" (una modesta proposta di pulizia linguistica e concettuale).* – Se questa ricognizione di massima degli usi della parola neocostituzionalismo è corretta, si possono fare tre osservazioni.

La prima osservazione riguarda il problema dell'eterogeneità del neocostituzionalismo, di solito addotta in sede critica come vizio di origine di questo movimento<sup>21</sup>: la pluralità delle tesi sostenute dagli autori asseritamente neocostituzionalisti farebbe sì che il neocostituzionalismo si risolva in un coacervo di tesi eterogenee, talvolta anche contraddittorie tra loro, e pertanto destinate a creare problemi e aporie nella comprensione filosofica del diritto, anziché risolverli. Ora, credo che questa obiezione per un verso provi troppo, e per altro verso sia inesatta.

L'obiezione prova troppo, perché sotto la sua tagliola cadrebbero le teste di molte, probabilmente di tutte, le correnti filosofico-giuridiche (e filosofiche in generale) se descritte ad un sufficiente livello di astrazione. Non si può certo dire, ad esempio, che il "positivismo giuridico" esibisca un grado notevole di omogeneità e compattezza: anche le tesi più fondamentali del positivismo giuridico sono controverse tra i sostenitori stessi del positivismo giuridico<sup>22</sup> (come dimostra, ultima in ordine di tempo, la controversia tra giuspositivisti "inclusivi" ed "esclusivi"), tanto che talvolta si ritiene preferibile qualificare il positivismo giuridico come, genericamente, una tradizione di ricerca, e talaltra si propone la cancellazione stessa della locuzione "positivismo giuridico" dal lessico della teoria del diritto<sup>23</sup>.

L'obiezione è inesatta, inoltre, perché in effetti *non è il movimento* neocostituzionalista ad essere patologicamente composito ed eterogeneo. Piuttosto, è *la parola* "neocostituzionalismo" ad essere usata per designare cose (troppo) diverse tra loro: di volta in volta un tipo di ordinamento giuridico, un insieme di pratiche interpretative, una teoria del diritto, una filosofia del diritto, un atteggiamento ideologico.

---

smentita dalla lettura delle opere dei principali autori neocostituzionalisti (cfr. in proposito J.J. MORESO, *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*, in *Isonomía*, 19, 2003, 267 ss., spec. 272-273).

<sup>20</sup> Sulla dimensione politica dell'attività del giurista, cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit.; M. JORI, *Le scelte politiche del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 1973, 306 ss.; G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, inedito (relazione presentata al XVI "Seminario hispano-italiano-francés de teoría del derecho", Università Pompeu Fabra, Barcelona, ottobre 2010).

<sup>21</sup> Cfr. ad es. A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, cit., 37; R. GUASTINI, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in *Teoria politica*, 1, 2011, § 1.

<sup>22</sup> V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, cit., 26, include il positivismo giuridico tra le "nozioni essenzialmente contestabili", cioè i concetti il cui stesso «nucleo duro» è soggetto a contestazione. Per una panoramica delle diversità di posizioni che fioriscono sotto l'insegna del positivismo giuridico, è utile la consultazione dell'antologia recentemente curata da A. SCHIAVELLO E V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino 2005.

<sup>23</sup> Cfr., nel primo senso, V. VILLA, *Concetto e concezioni di diritto nelle tradizioni teoriche del positivismo giuridico*, in G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino 1991, 155 ss.; J. RAZ, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in G. PAVLAKOS (ed. by), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford 2007, 17 ss. («theories belong to a tradition by their frame of reference, sense of what is problematic and what is not, and by similar historical features which do not presuppose that they all share a central credo», 22). Nel secondo senso, G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974, 88.

Per parte mia, ritengo appropriato usare il termine neocostituzionalismo per designare, con le opportune specificazioni: un tipo di cultura giuridica (il senso *b*); un tipo di teoria del diritto (il neocostituzionalismo teorico, il senso *c*); e un tipo di ideologia del diritto (il neocostituzionalismo ideologico, il senso *e*). Mi sembra invece inopportuno utilizzare “neocostituzionalismo” sia per designare un tipo di ordinamento giuridico (il senso *a*), sia per designare le tesi filosofico-giuridiche sinteticamente descritte sub *d*) – il c.d. neocostituzionalismo “metodologico”.

Nel primo caso (un tipo di ordinamento giuridico), l’ambiguità di “neocostituzionalismo” può infatti essere facilmente evitata utilizzando la locuzione, peraltro abbastanza diffusa, “Stato costituzionale di diritto”.

Nel secondo caso (un insieme di tesi filosofico-giuridiche sulla natura del diritto), l’uso della parola “neocostituzionalismo” sembra inappropriato per varie ragioni: in primo luogo (e meno importante), perché gli autori che sostengono le tesi qualificanti del c.d. neocostituzionalismo “metodologico” non si autodefiniscono in tal modo (alcuni di essi si autodefiniscono piuttosto anti-positivisti, o post-positivisti, o non-positivisti)<sup>24</sup>; in secondo luogo, perché le tesi filosofiche che caratterizzano questo orientamento (l’enfasi sulla connessione necessaria tra diritto e morale, il primato del punto di vista interno, la qualificazione del diritto come una “pratica sociale” interpretativa e argomentativa, l’idea dell’unica risposta giusta, il rifiuto del positivismo giuridico, ecc.) *non hanno alcun nesso necessario* con la presenza di una costituzione all’interno di un ordinamento giuridico, né con la circostanza che una eventuale costituzione abbia certi contenuti o che sia garantita da procedure aggravate di modifica e da istituti di *judicial review*<sup>25</sup>; né gli autori presunti neocostituzionalisti cercano di argomentare a favore di un simile nesso tra le loro tesi e la presenza di una costituzione – anzi, solitamente essi sostengono che le loro tesi hanno un carattere affatto generale sulla natura del diritto. Un punto che in effetti accomuna tutti gli autori definiti neocostituzionalisti in questo senso è invece una certa insofferenza per il positivismo giuridico, e il tentativo di superarne le tesi fondamentali. Per queste ragioni, è preferibile abbandonare del tutto l’etichetta “neocostituzionalismo metodologico”, e adottare invece, in mancanza di meglio, quella di post-positivismo, o anti-positivismo, o non-positivismo<sup>26</sup> (userò in seguito queste etichette come sinonime).

---

<sup>24</sup> Cfr. ad es. R. ALEXY, *On the Concept and the Nature of Law*, cit.; ID., *The Dual Nature of Law*, cit.

<sup>25</sup> Questo è particolarmente evidente in R. DWORKIN, *The Model of Rules I*, cit.; ID., *Law’s Empire*, cit.; ID., *Justice in Robes*, cit.; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; ID., *On the Concept and the Nature of Law*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., parte I. Cfr. inoltre S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 126-127, che elenca dieci tesi “neocostituzionaliste”, nelle quali la costituzione non viene nemmeno menzionata, e nessuna delle quali è connessa alla presenza di una costituzione lunga, rigida, e garantita; analogamente, M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, cit., 309, elenca dodici tesi caratterizzanti il “paradigma costituzionalista” (che diventano quattordici in ID., *El Derecho como argumentación*, cit., 55-56), delle quali solo due sono essere collegate alla presenza della costituzione (la riformulazione in senso sostanziale della validità, e l’interpretazione conforme alla costituzione).

<sup>26</sup> Cfr. ad es. T. BUSTAMANTE, *A Defence of Post-Positivism*, in *Analisi e diritto*, 2008, 229 ss. Sulla connotazione anti-positivistica degli autori solitamente definiti neocostituzionalisti, v. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 11; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., 247-248; A. GARCIA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., 60. D’altronde, anche il positivismo giuridico «si caratterizza originariamente per opposizione a tutte le forme di giusnaturalismo» (R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, 275; cfr. anche A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo* (1961), in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, cit., 79 ss., spec. 81).

Incidentalmente, non riesco a trovare ragioni decisive per includere Carlos Nino nel panorama degli autori neocostituzionalisti, considerato che Nino *a*) è stato critico nei confronti della *judicial review*, un istituto assai caro ai neocostituzionalisti teorici e ideologici, e caratterizzante la struttura dello Stato

La seconda osservazione è che, esattamente come osservava Bobbio a proposito dei tre significati del positivismo giuridico<sup>27</sup>, i vari aspetti del neocostituzionalismo non solo sono cose diverse, ma altresì non si implicano a vicenda – è dunque possibile aderire ad una forma di neocostituzionalismo e non ad un'altra; e inoltre, le varie forme di neocostituzionalismo possono essere difese oppure criticate sulla base di argomenti diversi (non si tratta, in altre parole di tesi da accettare o da respingere necessariamente in blocco).

La terza osservazione è che una volta che si siano analiticamente individuati i vari sensi di neocostituzionalismo, ne esce ampiamente ridimensionato, o comunque seriamente qualificato, il luogo comune dell'incompatibilità o contrapposizione tra neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Infatti, una volta appurato che tanto "positivismo giuridico" quanto "neocostituzionalismo" si riferiscono a cose diverse, si può provare a mettere a confronto e a contrasto l'uno e l'altro ma solo operando, per così dire, su entità omogenee.

Così, si scoprirà agevolmente che il neocostituzionalismo teorico è certamente in conflitto con il positivismo teorico<sup>28</sup> (perché, banalmente, è diverso l'oggetto che tali teorie cercano di descrivere e spiegare), ma questo non sembra un gran risultato visto che il positivismo teorico è stato abbandonato, da tempo, dagli stessi giuspositivisti. Anzi, è del tutto possibile una declinazione giuspositivista del neocostituzionalismo "teorico": un tentativo di spiegare le caratteristiche dello Stato costituzionale di diritto alla luce di una metodologia giuspositivista. Come afferma Paolo Comanducci, «il neocostituzionalismo teorico, se accetta la tesi della connessione solo contingente tra diritto e morale, non è affatto incompatibile con il positivismo metodologico, anzi, potremmo dire, ne è il figlio legittimo. [...] la teoria del diritto neocostituzionalista risulta essere nient'altro che il positivismo giuridico dei giorni nostri»<sup>29</sup>.

Parimenti, il neocostituzionalismo ideologico è in contrasto con il positivismo ideologico<sup>30</sup>, e una versione attuale di questo contrasto è rappresentata dal dibattito sulla

---

costituzionale di diritto (cfr. *Diritto come morale applicata* (1994), Milano 1999; *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in M. ROSENFELD (ed. by), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy. Theoretical Perspectives*, Durham (NC) 1994, 295 ss.; non mi sembra condivisibile, dunque, la qualificazione di Nino come "neocostituzionalista ideologico" in M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi*, cit., 237-238); b) non ha mai rifiutato la tesi positivista della separazione *identificativa o concettuale* tra diritto e morale (cfr. *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Torino 1996, cap. 1; in *Diritto come morale applicata*, cit., cap. 1, ne difende invece una versione debole e pragmatica); c) ha sostenuto alcune forme di connessione tra diritto e morale – la connessione *giustificativa* e la connessione *interpretativa* – che sono del tutto compatibili con il, e anzi in qualche modo richieste dal, positivismo metodologico (cfr. *Diritto come morale applicata*, cit., capp. 2 e 3; *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, in *Ragion pratica*, 1, 1993, 32 ss.).

<sup>27</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., capp. V e VI.

<sup>28</sup> Vale a dire, nella caratterizzazione offerta da N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 107-110, l'insieme delle seguenti tesi: il carattere eminentemente coattivo del diritto (il diritto è un insieme di norme fatte valere con la forza, e il cui contenuto è la regolamentazione dell'uso della forza in un gruppo sociale); la teoria imperativistica della norma giuridica; lo statualismo; la supremazia della legge tra le fonti del diritto; la completezza e coerenza dell'ordinamento; il formalismo interpretativo.

<sup>29</sup> P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, cit., 84. Tentativi di analisi giuspositivista delle caratteristiche dello Stato costituzionale di diritto sono offerti da L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, Mexico 1997; G. PINO, *Legal Positivism in Contemporary Constitutional States*, in *Law and Phil.*, vol. 18, 1999, 513 ss.; T. MAZZARESE, *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, cit.; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, cit., 248 ss.; nonché la letteratura citata *supra*, nt. 8.

<sup>30</sup> Il positivismo ideologico è una dottrina dell'obbedienza al diritto, secondo cui vi è un obbligo morale di obbedire al diritto positivo. Secondo N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 110 ss., 114 ss., si presenta in due versioni: una *versione moderata* (l'esistenza stessa di una regolamentazione

legittimità della *judicial review of legislation* e sulla sua compatibilità con la democrazia rappresentativa e i valori dell'uguaglianza e dell'autonomia dei cittadini<sup>31</sup>.

Di contro, il neocostituzionalismo ideologico non è incompatibile con il positivismo metodologico (e dunque con una declinazione positivista del neocostituzionalismo teorico); si tratta infatti di due imprese intellettuali diverse: l'una è un'impresa epistemologica, conoscitiva, che consiste nella spiegazione delle caratteristiche dello Stato costituzionale di diritto; l'altra è un'impresa di filosofia politica normativa, che consiste nella raccomandazione e nell'approvazione di un certo modello di stato, ovvero nell'assunzione di una certa ideologia delle fonti del diritto; e, una volta che i due piani siano stati opportunamente distinti, queste due imprese intellettuali possono essere perseguite entrambe, senza contraddizione alcuna: nulla impedisce ad un giuspositivista di essere *anche*, su un piano filosofico-politico, un difensore dello Stato costituzionale di diritto. In altre parole, l'assunzione di una posizione etico-politica favorevole allo Stato costituzionale di diritto, o ai valori da esso richiamati (la democrazia in senso sostanziale, i diritti fondamentali della tradizione liberale e socialdemocratica, ecc.), non è concettualmente connessa all'esclusiva adozione di una filosofia del diritto neocostituzionalista o post-positivista: l'una non implica l'altra.

Infine, il neocostituzionalismo metodologico, o meglio anti-positivismo, è incompatibile con il positivismo giuridico metodologico (identificabile con qualunque posizione filosofico-giuridica che sottoscriva la tesi dei fatti sociali – tutto il diritto è diritto positivo, posto da atti umani – e la tesi della non necessaria connessione identificativa tra diritto e morale – l'identificazione del diritto valido può prescindere da considerazioni morali).

1.2. *La posizione di Ferrajoli.* – Come dicevo, Ferrajoli è apertamente critico nei confronti del neocostituzionalismo, di cui offre anche una caratterizzazione in parte originale. In particolare, all'interno dell'area semantica del termine "neocostituzionalismo" Ferrajoli individua:

- il "gius-costituzionalismo" o "Stato costituzionale di diritto", che designa un ordinamento giuridico in cui esiste un livello giuridico-positivo superiore alla legislazione ordinaria, indipendentemente dalle tecniche specifiche adottate per garantirne la superiorità (ciò corrisponde a quello che ho sopra indicato come senso *a*) del neocostituzionalismo);
- il costituzionalismo "argomentativo", o "principialista", contrapposto al costituzionalismo "normativo", o "garantista". È questa contrapposizione ad interessare maggiormente Ferrajoli, e di questo ci occuperemo nel seguito di questo lavoro.

---

giuridica, emanata da un potere che ha il monopolio della forza in un gruppo sociale, assolve ad una importante funzione di ordine, pace sociale, certezza nei rapporti intersoggettivi, contribuisce cioè di per sé alla realizzazione di valori che si considerano meritevoli), e una *versione radicale* (il diritto è un valore in sé, il diritto valido è per ciò stesso anche diritto giusto). Il positivismo ideologico moderato è una filosofia politica intellegibile e sensata, che per un verso individua alcuni valori meritevoli di essere perseguiti, e per altro verso indica il diritto positivo come plausibile strumento per perseguirli; di contro, la versione radicale è piuttosto un atteggiamento o un preconcetto, che opera tacitamente laddove non si distingue tra il diritto positivo e i valori che esso persegue.

<sup>31</sup> Cfr. C. NINO, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, cit.; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford 1999; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari 2003; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy*, Cambridge 2007, cap. I. Per una prima introduzione a questo dibattito, cfr. P. COMANDUCCI, *Il neocostituzionalismo ideologico*, in I. FANLO CORTÉS, R. MARRA (a cura di), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino 2008, 141 ss.

Il costituzionalismo principialista si basa, secondo Ferrajoli, sull'idea che i diritti fondamentali siano valori o principi morali, strutturalmente diversi dalle regole perché dotati di una normatività più debole, affidata non già alla sussunzione ma alla ponderazione legislativa e giudiziale; può presentarsi sia in una versione giusnaturalista (rappresentata da R. Dworkin, R. Alexy, M. Atienza, J. Ruiz Manero e G. Zagrebelsky<sup>32</sup>), sia in una versione giuspositivista; le due versioni sono distinte dalla adesione da parte della prima, e non anche da parte della seconda, alla tesi della connessione necessaria tra diritto e morale<sup>33</sup>. Dalla qualificazione dei diritti fondamentali come principi, seguono le tre principali tesi del costituzionalismo principialista: la connessione tra diritto e morale; la distinzione qualitativa tra principi e regole; il ruolo del bilanciamento, in opposizione alla sussunzione, nella pratica giurisdizionale<sup>34</sup>.

Il costituzionalismo garantista è invece prettamente positivista, e ha come tesi fondamentale l'idea che i diritti fondamentali implicano l'esistenza o impongono l'introduzione delle regole che ne sono le relative garanzie: ne segue la soggezione (anche) della legislazione a norme sulla produzione non solo formali, ma anche sostanziali (relative ai contenuti delle norme prodotte), la cui violazione genera "antinomie per commissione" o "lacune per omissione".

Quest'ultima è ovviamente la posizione teorica adottata dallo stesso Ferrajoli, che dunque, usando le categorie introdotte poco sopra (§ 1) può essere considerato, da questo punto di vista, un neocostituzionalista teorico. In particolare, Ferrajoli afferma la netta superiorità del costituzionalismo garantista su quello principialista, sia dal punto di vista della maggiore capacità esplicativa del primo rispetto al secondo (ad es., i principialisti vedrebbero principi e bilanciamento dappertutto, mentre il ruolo sia dei principi che del bilanciamento sarebbe in realtà molto più circoscritto), sia dal punto di vista "normativo", perché solo il costituzionalismo garantista sarebbe in grado di preservare la normatività della costituzione – mentre i principialisti ne determinerebbero, in definitiva, lo svuotamento.

Inoltre, la posizione di Ferrajoli è ascrivibile anche al neocostituzionalismo ideologico: oltre a tesi di tipo strettamente teorico, include anche una valutazione apertamente favorevole della forma di stato incarnata nello Stato costituzionale di diritto (il significato *a*) di neocostituzionalismo)<sup>35</sup>, considerato come una tecnica essenziale per la realizzazione della democrazia in senso sostanziale e per la tutela dei diritti fondamentali nella forma dei diritti civili, dei diritti di libertà e dei diritti sociali – mentre è nettamente critico nei confronti delle pratiche argomentative ampiamente diffuse nelle culture giuridiche costituzionalizzate (il significato *b*) di neocostituzionalismo). Ferrajoli, in altre parole, associa dichiaratamente alla teoria del diritto una filosofia politica, ed entrambe sono parte di «un progetto normativo che richiede di essere realizzato attraverso la

---

<sup>32</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., nt. 50.

<sup>33</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., nt. 4.

<sup>34</sup> Come si vede, in queste accezioni del neocostituzionalismo Ferrajoli fa confluire indistintamente elementi che, quantomeno a mio parere, appartengono a piani diversi: pratiche interpretative e argomentative (neocostituzionalismo in senso *b*); tesi sulla struttura della norma giuridica (neocostituzionalismo in senso *c*); tesi sul rapporto tra diritto e morale (neocostituzionalismo in senso *d*). Come ho cercato di argomentare sopra (§ 1.1), sovrapporre questi livelli di analisi non contribuisce alla chiarezza e fecondità della discussione sul neocostituzionalismo.

<sup>35</sup> In effetti, di tale forma di stato, o di tale conformazione dell'ordinamento giuridico, Ferrajoli sembra rifiutare un solo aspetto: la formulazione vaga e indeterminata dei diritti fondamentali da parte delle costituzioni "lunghe": cfr. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2814-2815; ID., *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari 2001, 119 ss. (spec. 158); su ciò, v. anche *infra*, § 2.

costruzione, mediante politiche e leggi di attuazione, di idonee garanzie e istituzioni di garanzia»<sup>36</sup>.

Incidentalmente, si può notare che il nesso assai stretto che Ferrajoli istituisce tra teoria del diritto e filosofia politica provoca alcune distorsioni di prospettiva, che a mio parere spingono sempre di più Ferrajoli nella direzione del neocostituzionalismo ideologico (con il rischio che l'ideologia finisca quindi per inquinare la teoria). Un esempio di questa sovrapposizione tra teoria e ideologia (o filosofia politica) è il seguente: Ferrajoli presenta il costituzionalismo garantista come una evoluzione e un completamento del paradigma giuspositivista, non solo perché esso offrirebbe al positivismo gli strumenti teorici per comprendere la struttura dello Stato costituzionale (e fin qui si tratta di una affermazione del tutto pacifica, quantomeno tra i giuspositivisti), ma anche perché permetterebbe di democratizzare i *contenuti* della produzione normativa, laddove il "primo positivismo" consentiva una democratizzazione delle sole *forme* della produzione normativa<sup>37</sup>.

Questa tesi suona un po' strana. Intanto non è chiaro in che senso si parli, qui, di positivismo giuridico: se di positivismo in senso teorico, metodologico, o ideologico – a dire il vero, sembra che qui Ferrajoli usi "positivismo giuridico" per designare allo stesso tempo una forma di stato, cioè lo stato legislativo ottocentesco, e l'ideologia che ne ha accompagnato la formazione. In secondo luogo, è discutibile da un punto di vista storiografico il nesso istituito da Ferrajoli tra positivismo giuridico e democrazia (seppure democrazia in senso formale-procedurale), visto che il positivismo giuridico si sviluppa come teoria (e ideologia) dello stato di diritto ottocentesco, che non si può certo considerare un modello di stato democratico e di democrazia rappresentativa<sup>38</sup>. In terzo luogo, almeno se adottiamo il punto di vista del positivismo metodologico (che guarda al diritto come un fatto, il prodotto di specifici atti umani), il carattere democratico-rappresentativo delle procedure idonee a produrre il diritto non gioca in via diretta alcun ruolo<sup>39</sup>: lo strumentario concettuale di Kelsen, ad esempio (che pure era un fervente democratico), non richiede in alcun modo che la delegazione di autorità normativa (il carattere nomodinamico del diritto) avvenga a favore di organi rappresentativi – e in questo sta appunto la "purezza" della teoria kelseniana<sup>40</sup>. Ciò detto, è pur vero che *alcune caratteristiche* dell'impianto teorico positivista si prestano ad interessanti sviluppi in termini di teoria democratica (ad esempio, l'enfasi stessa sulla positività del diritto apre immediatamente la domanda su chi sia il soggetto autorizzato a porre e modificare il

---

<sup>36</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2784.

<sup>37</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2782: «solo la rigida disciplina positiva della produzione giuridica è in grado di democratizzarne sia le forme che i contenuti. Il primo giuspositivismo dello stato legislativo di diritto equivale infatti alla positivizzazione dell'«essere» legale del diritto, che consente la democratizzazione delle sue forme di produzione, condizionandone la validità formale al loro carattere rappresentativo sul quale si fonda la dimensione formale della democrazia politica» (primo corsivo redazionale, secondo nell'originale).

<sup>38</sup> Sulle origini storiche del positivismo giuridico e il legame con lo stato ottocentesco, cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino 1996. Se poi si considera che, a parere di molti, il primo giuspositivista nella storia delle idee è stato Thomas Hobbes, il legame storico tra positivismo e democrazia si dissolve del tutto.

<sup>39</sup> Cfr. M. HARTNEY, *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, in *Ratio Juris*, vol. 7, 1, 1994, 44 ss.: «Legal positivism is simply a theory about what counts as law and nothing else: Only rules with social sources count as legal rules. [...] Some theorists may be legal positivists because they are moral skeptics or utilitarians or political authoritarians or because they believe all laws are commands, but none of these theories are part of legal positivism» (48).

<sup>40</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, 1994, 445-446: «l'ideale del positivismo giuridico è quello di preservare la teoria del diritto positivo dall'influenza di qualsiasi tendenza politica o, ciò che è lo stesso, da qualsiasi giudizio soggettivo di valore»

diritto, e con quale forma di legittimazione)<sup>41</sup>, e infatti un autore giuspositivista come Uberto ScarPELLI ha notoriamente sostenuto l'opportunità politica di una *integrazione "democratica"* del positivismo giuridico (l'adesione al positivismo giuridico è politicamente giustificata solo se questo viene integrato da valori democratici)<sup>42</sup> – il che però dimostra, *a contrario*, che il legame tra positivismo giuridico e democrazia è affatto contingente.

Ad ogni modo, nei paragrafi seguenti proverò a scrutinare le obiezioni che Ferrajoli muove al costituzionalismo principialista, non perché mi interessi difendere tale ultima posizione teorica, ma piuttosto per verificare se il costituzionalismo garantista sia effettivamente preferibile sia dal punto di vista esplicativo sia da quello normativo, quantomeno con riferimento ai tre temi già accennati della definizione e del ruolo dei principi (§ 2), del bilanciamento (§ 3), e della separazione tra diritto e morale (§ 4).

2. *Sul diritto neocostituzionalista "per principi"*. – Ferrajoli muove tre tipi di critiche alla distinzione tra regole e principi (e in realtà alla configurabilità stessa della categoria dei principi): scarsa portata empirica, scarsa valenza esplicativa, nefaste conseguenze pratiche della distinzione (il depotenziamento del valore vincolante delle norme costituzionali). Delle tre critiche, dunque, le prime due sono di carattere teorico-generale, la terza è normativa e di politica del diritto. Ferrajoli propone inoltre di sostituire alle definizioni che circolano nella letteratura "principialista" (definizioni che enfatizzano la bilanciabilità e defettibilità dei principi, il loro essere "precetti di ottimizzazione", norme che non si applicano ma piuttosto "si rispettano", ecc.) una distinzione tra principi "direttivi" e principi "regolativi" – i primi consistono in direttive per il legislatore futuro, i secondi sono invece immediatamente vincolanti e si applicano con la sussunzione; a metà strada tra i due, poi, stanno i principi che attribuiscono diritti sociali, e che hanno caratteristiche degli uni e degli altri. Nel seguito di questo paragrafo mi occuperò, comunque, solo dei principi regolativi.

Per quanto riguarda l'aspetto teorico della questione, Ferrajoli per un verso assume come bersaglio critico la teoria della distinzione "forte" tra regole e principi (la tesi cioè che regole e principi siano due tipi di norme mutuamente esclusivi, che hanno proprietà nettamente distinte e incompatibili), che è condivisa in una forma o in un'altra da tutti gli autori ascrivibili al costituzionalismo "principialista" non positivista, mentre gli autori che si riconoscono in qualche forma di giuspositivismo di solito difendono la teoria della distinzione debole (quantitativa, graduale) tra regole e principi<sup>43</sup>. Alla teoria della distinzione forte, Ferrajoli oppone l'idea che tra regole e principi si dia unicamente una

---

<sup>41</sup> Considerazioni di questo tipo sono sviluppate ad es. da J. WALDRON, *Can There Be a Democratic Jurisprudence?*, in *Emory L. J.*, vol. 58, 2009, 675 ss., che peraltro evidenzia anche i profili in cui l'impianto positivista non porta alcun contributo alla teoria della democrazia.

<sup>42</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 149.

<sup>43</sup> Personalmente, sono un sostenitore della teoria della distinzione debole tra regole e principi (per una difesa di questa posizione, rinvio a G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III; ID., *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131 ss.). Ritengo tuttavia che sarebbe ingenuo riporre nella distinzione "debole" molte speranze per una efficace difesa del positivismo giuridico. L'argomento della distinzione debole, infatti, non evidenzia solo che i principi sono simili alle regole (ad esempio, perché anche i principi sono soggetti a un test di validità): essa evidenzia anche che le regole sono simili ai principi, che la loro applicazione è suscettibile di valutazioni "ponderative", particolaristiche e gradualistiche pericolosamente vicine a forme di argomentazione morale. La distinzione debole è dunque un'arma a doppio taglio: se è vero che regole e principi presentano molte somiglianze, questo potrebbe sollevare perplessità sull'idoneità del paradigma giuspositivista a rendere conto dell'esistenza e del ruolo *delle regole stesse*.

differenza *stilistica*, nella formulazione delle rispettive disposizioni: i principi sono norme formulate «con riferimento al loro rispetto anziché, come le regole, alla loro violazione e alla loro conseguente applicazione»<sup>44</sup>.

Di conseguenza, secondo Ferrajoli, regole e principi sono in realtà la stessa cosa, o meglio sono due facce della stessa medaglia: un principio diventa una regola quando è violato (e dunque quelli che vengono designati come principi sono, in realtà, regole viste da una specifica prospettiva): «qualunque principio che enuncia un diritto fondamentale, per la reciproca implicazione che lega le aspettative nelle quali i diritti consistono e i correlativi obblighi o divieti, *equivale* alla regola consistente nell'obbligo o nel divieto corrispondente»<sup>45</sup>.

Trovo che questa caratterizzazione estremamente indebolita dei principi sia insoddisfacente, per due ordini di ragioni. In primo luogo, è insoddisfacente perché è soggetta ad una semplice falsificazione: è vero che *i principi espressi* sono solitamente formulati con riferimento al loro rispetto, ma di contro, banalmente, non è vero che *le regole* sono sempre formulate con riferimento alla loro violazione (una veloce ricognizione dei più comuni testi normativi lo può confermare: nemmeno la norma che nel codice penale italiano riguarda l'omicidio è formulata con riferimento alla sua violazione<sup>46</sup>; lo stesso può dirsi di norme costitutive come quelle sull'acquisizione della maggiore età, o sulla formazione dei contratti e degli altri atti giuridici; di norme che regolamentano adempimenti processuali, ecc.<sup>47</sup>). Piuttosto, le regole sono formulate prendendo in considerazione una condotta, un comportamento più o meno determinato, e associando ad esso una qualificazione deontica o comunque una conseguenza giuridica più o meno determinata<sup>48</sup>. Ed è proprio in quel "più o meno determinata" che risiede un aspetto importante della differenza tra le regole e i principi, visto che nel caso dei principi sia la fattispecie sia (soprattutto) la conseguenza giuridica sono molto generiche e indeterminate: un principio può essere applicato in molti modi diversi, e non tutti prevedibili *ex ante* in maniera esaustiva<sup>49</sup>.

In secondo luogo, è insoddisfacente perché stipulare una differenziazione meramente stilistica tra regole e principi, al fine di sottolineare in definitiva l'equivalenza tra regole e principi, lascia in ombra un aspetto che mi pare essenziale nel concetto di principio giuridico: mi riferisco alla dimensione "normogenetica" dei principi, la loro attitudine a giustificare altre norme (altre norme già esistenti, nei confronti delle quali il principio è individuato come la *ratio*; oppure altre norme – implicite – che l'interprete stesso dovrà formulare in via argomentativa a partire dal principio stesso)<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2799.

<sup>45</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2800 (corsivo aggiunto); v. anche p. 2801: «principi in materia di diritti e regole in materia di doveri sono insomma gli uni la faccia delle altre, equivalendo la violazione dei primi, sia essa per commissione o per omissione, alla violazione delle seconde».

<sup>46</sup> Art. 575 c.p.: «Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno».

<sup>47</sup> Mi rendo conto che sto giocando, almeno in parte, con l'ambiguità tra norme rivolte agli organi dell'applicazione (norme primarie in senso kelseniano) e norme rivolte ai cittadini (norme secondarie in senso kelseniano). Ma se consideriamo il diritto come un ordinamento principalmente nomodinamico, come anche Ferrajoli fa, allora la prospettiva degli organi dell'applicazione è prioritaria rispetto a quella dei cittadini.

<sup>48</sup> Cfr. S. PERRY, *Two Models of Legal Principles*, in *Iowa L. Rev.*, vol. 82, 1997, 787 ss.: «the explicit content of principles is value-oriented, whereas that of rules is action-oriented» (788).

<sup>49</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., 127: quando deve applicare un principio, «el juez carece de una consecuencia jurídica concluyente para aplicar al caso».

<sup>50</sup> Sulla funzione "normogenetica" dei principi cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971<sup>2</sup>, 317 (i principi hanno «una funzione genetica rispetto

Dunque, fa parte esattamente della natura dei principi richiedere regole di attuazione: l'applicazione di un principio è sempre mediata da una regola, e la relazione tra principi e regole non è di equivalenza, ma di giustificazione (Ferrajoli stesso peraltro riconosce che «si può addirittura affermare che dietro ogni regola c'è un principio»<sup>51</sup>). E inoltre, poiché i principi sono generici e indeterminati (come anche Ferrajoli ammette), allora un principio potrà giustificare molte norme diverse, anziché equivalere ad una sola regola. Questione affatto diversa è, ovviamente, l'individuazione del soggetto istituzionale cui deve essere attribuita questa opera di *determinatio*, se solo al legislatore oppure anche ai giudici<sup>52</sup> - e si noti che è proprio questo il problema che interessa maggiormente Ferrajoli: l'idea di Ferrajoli è infatti che i principi costituzionali devono essere attuati solo dal legislatore, il quale darà così luogo o a diritto legittimo (se attua bene i principi costituzionali) o a diritto illegittimo (se omette di attuarli, o se li attua male violandoli attivamente)<sup>53</sup>. Ma questa è una questione di politica del diritto, non di teoria del diritto, che non può essere risolta con una mossa puramente definitoria quale è quella di postulare una differenza solo stilistica tra regole e principi<sup>54</sup>.

Ebbene, sia la dimensione normogenetica dei principi, sia la possibilità che un principio giustifichi norme differenti, vengono di fatto annullate dalla tesi dell'equivalenza tra regole e principi, secondo cui ad ogni principio corrisponde una sola e specifica regola (che consiste nel divieto di violare il principio). La tesi dell'equivalenza, in altre parole, mi sembra affetta, e non a caso, da un difetto teorico speculare rispetto alla tesi della distinzione forte tra regole e principi: come la tesi dell'equivalenza (o della distinzione debolissima) non riesce a spiegare adeguatamente, almeno a mio parere, il funzionamento dei principi, così la tesi della distinzione forte non riesce a rendere conto del funzionamento delle regole, perché costruisce un modello del tutto artificiale di regola (le regole sarebbero sempre indefettibili, si applicherebbero sempre con la modalità del "tutto o niente", non sarebbero affette da considerazioni di "peso", ecc.) che non ha riscontro nella realtà<sup>55</sup>.

---

alle singole norme»); J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale L. J.*, vol. 81, 1972, 823 ss. («principles as grounds for making new rules», p. 841); S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, 515, 531; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1991, 4, 8-9; U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica*, in S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia 1992, 31 ss. (39: i principi come «matrici e generatori di norme»); F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 1999, 386; G. ZAGREBELSKY, *La legge e il suo diritto*, cit., 219; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III.

<sup>51</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2799.

<sup>52</sup> Cfr. in proposito B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, 427 ss.

<sup>53</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2793: «Nel modello del costituzionalismo giuspositivista, la riparazione delle lacune e delle antinomie nelle quali esse si manifestano non è affidata all'attivismo interpretativo dei giudici, ma solo alla legislazione, e perciò alla politica per quanto riguarda le lacune, e all'annullamento delle norme invalide, e perciò alla giurisdizione costituzionale per quanto riguarda le antinomie» (corsivo aggiunto).

<sup>54</sup> Questo potrebbe essere un altro caso in cui la filosofia politica di Ferrajoli, ispirata ad una rigorosa separazione tra funzioni di governo (tra cui la legislazione) e funzioni di garanzia (tra cui la giurisdizione), finisce per ricadere pesantemente sulle categorie teoriche, deformandole: poiché Ferrajoli è contrario, in sede filosofico-politica, agli esercizi di creatività giurisprudenziale, allora postula in sede teorica l'equivalenza tra regole e principi - che è in realtà una direttiva meta-interpretativa che impone ai giudici l'interpretazione restrittiva delle norme di principio (per la distinzione tra funzioni di governo e funzioni di garanzia, v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., 869-875).

<sup>55</sup> Sull'incapacità delle teorie della distinzione forte di spiegare il funzionamento delle regole (tanto che, accettando tale impostazione, le regole propriamente dette non esisterebbero affatto), cfr. T. ENDICOTT,

Fin qui i presunti difetti teorici della categoria dei principi. Poi c'è la tesi normativa, di politica del diritto, secondo cui l'uso dei (e l'enfasi sui) principi ha effetti indesiderabili di depotenziamento della normatività delle costituzioni. Credo che questo rischio sia esagerato. Non è detto che l'uso argomentativo dei principi costituzionali determini necessariamente un loro depotenziamento normativo (o comunque un depotenziamento della costituzione): di fatto, in Italia, molti principi costituzionali hanno acquisito normatività solo o in primo luogo grazie all'attività interpretativa della giurisprudenza e della dottrina, mentre il legislatore manteneva al riguardo una condizione di colpevole inerzia<sup>56</sup>; nella cultura giuridica italiana della seconda metà del '900 (in particolare a partire dalla fine degli anni '60), la giurisprudenza sia ordinaria sia costituzionale è stata un fattore primario per assicurare la normatività della costituzione, ben più del potere legislativo: la forza precettiva della costituzione è passata esattamente attraverso la costituzionalizzazione della cultura giuridica. È stata proprio la costituzionalizzazione della cultura giuridica, con il suo corredo di pratiche interpretative e argomentative più o meno spericolate (l'interpretazione adeguatrice, l'effetto di irradiazione, l'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, ecc.) a favorire la sempre maggiore penetrazione della costituzione nell'ordinamento giuridico, a farle acquisire valore pienamente normativo e non solo di invito e programma rivolto al legislatore. Si possono avere le opinioni più diverse sulla *legittimità* della "supplenza giudiziaria" di fronte all'inerzia del legislatore, ovviamente, ma quanto appena osservato sulla storia recente della cultura giuridica italiana basta a contraddire la tesi che l'uso giurisprudenziale dei principi li indebolisca (o li indebolisca necessariamente).

Il rischio di eccessivo protagonismo giudiziario potrebbe comunque essere evitato, secondo Ferrajoli, ricorrendo a formulazioni più rigorose, chiare, precise, dei testi costituzionali, che evitino derive troppo creative da parte della giurisprudenza.

Anche se non ho lo spazio, qui, per argomentare in maniera soddisfacente contro questa tesi<sup>57</sup>, ritengo che sia implausibile, incongruo che una costituzione contenga discipline di dettaglio, diritti formulati e disciplinati in maniera circostanziata e precisa (come invece ci potremmo aspettare di trovare in un testo legislativo, che ha la funzione appunto non di proclamare un diritto, ma di disciplinarne l'esercizio); le ragioni per cui ciò sarebbe implausibile hanno a che fare con la circostanza che, nel contesto degli stati costituzionali di diritto, le costituzioni hanno le seguenti principali caratteristiche: *a*) sono frutto di compromessi tra forze politiche diverse ed esprimono visioni diverse della società; *b*) hanno solitamente una connotazione pluralistica, derivante dal loro carattere pattizio e compromissorio: assumono dunque il pluralismo (la diversità delle concezioni del bene, della vita buona, della libertà, dei rapporti sociali) non solo come un dato di fatto ma anche come un valore da preservare, e forse l'unico (meta-)valore più importante di tutti gli altri; *c*) devono applicarsi, potenzialmente, a tutta la società: una costituzione è, quasi alla lettera, un progetto organico di fondazione di un ordine sociale; *d*) sono pensate per durare a lungo.

---

*Three Puzzles about Legal Rules*, in P. CHIASSONI (ed. by), *The Legal Ought*, Torino 2001, 65-82 (a proposito di Dworkin); B. CELANO, *Principi, regole, autorità*, cit. (a proposito di Atienza e Ruiz Manero); A. GARCIA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., 141-143 (a proposito di Alexy).

<sup>56</sup> V. in proposito ad esempio P.F. GROSSI, *Attuazione e inattuazione della Costituzione*, Milano 2002.

<sup>57</sup> Per un argomento più dettagliato rinvio a G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 393 ss.; ID., *Diritti e interpretazione*, cit., cap. V; v. inoltre B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino 2002, 89 ss.; R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 1, 11 ss..

Se questa raffigurazione delle caratteristiche principali delle costituzioni contemporanee è corretta, allora è proprio l'indeterminatezza delle clausole costituzionali la migliore garanzia della conservazione nel tempo dell'autorità e normatività del testo costituzionale. In fin dei conti, se fosse necessario sottoporre il testo della costituzione ad una modifica formale ogni volta che la formulazione, già rigorosa e precisa, dei diritti in essa contenuti fosse divenuta obsoleta, questo produrrebbe almeno due conseguenze indesiderabili: in primo luogo, fino a che la modifica non fosse stata effettivamente perfezionata, il testo costituzionale risulterebbe obsoleto (e dunque screditato)<sup>58</sup>; in secondo luogo, da parte della cultura giuridica e delle forze politiche sarebbe percepito come del tutto legittimo e anzi indispensabile assoggettare il testo costituzionale a frequenti modifiche (per mantenerlo al passo con i tempi).

Mi sembra del tutto evidente che entrambe queste conseguenze si tradurrebbero ben presto in una svalutazione della forza normativa della costituzione (un testo che invecchia in fretta, e che è bene modificare di continuo).

3. *Sulla ponderazione.* – Uno degli effetti negativi del costituzionalismo principialista è, secondo Ferrajoli, la diffusione della ponderazione come tecnica di argomentazione giuridica. Qui la critica di Ferrajoli sembra essere diretta sia ai teorici che hanno concettualizzato, e forse anche incoraggiato, questa tecnica argomentativa, sia alle corti che di fatto la impiegano. A dire il vero, Ferrajoli riconosce che il bilanciamento o ponderazione è una tecnica argomentativa e decisionale del tutto legittima e fisiologica in un ordinamento giuridico: sia nell'ambito delle scelte legislative, sia nell'ambito dell'interpretazione giudiziaria; ritiene tuttavia che il ruolo attribuito a tale tecnica sia stato eccessivamente enfatizzato, sia rispetto ai suoi usi effettivi, sia rispetto a quello che dovrebbe essere il giusto perimetro dei poteri del legislatore e dei giudici.

Rispetto al *bilanciamento legislativo*, Ferrajoli afferma che esso è certamente richiesto per i *principi direttivi* e anche, almeno in parte per i *diritti sociali*; per quanto riguarda i *principi regolativi*, invece, questi normalmente non richiedono un bilanciamento, a meno che non subiscano limitazioni (espresse) da parte di principi direttivi (ad esempio, un diritto di libertà che viene limitato da esigenze di "sicurezza" genericamente formulate).

Questo quadro è, con l'eccezione che dirò, condivisibile; e Ferrajoli ha assolutamente ragione, inoltre, a sottolineare che spesso il rapporto tra diritti fondamentali è non solo di conflitto, ma anche di "sinergia": spesso infatti il valore di un diritto deriva dall'esistenza di un altro diritto; spesso il godimento di un diritto fondamentale richiede che siano riconosciuti e garantiti anche altri diritti fondamentali.

Tuttavia ho l'impressione che il quadro proposto da Ferrajoli finisca per confermare, anziché smentire, la tesi "principialista" dell'inevitabilità del bilanciamento (seppur, in questo caso, bilanciamento legislativo); infatti, se leggiamo il modo in cui sono formulati i diritti fondamentali in un testo costituzionale contemporaneo o in una "carta dei diritti" (per mia comodità faccio riferimento alla costituzione italiana), ci rendiamo conto immediatamente che la grande maggioranza dei diritti fondamentali, se pur proclamati da principi regolativi, incorporano allo stesso tempo eccezioni e limitazioni provenienti da principi direttivi: "ordine pubblico", "buon costume", "utilità sociale", "dignità umana", "motivi di sanità o di sicurezza", ecc. Inoltre, e questa è l'eccezione cui facevo riferimento poco sopra, non è così sicuro, a meno di non renderlo analiticamente vero in via di

---

<sup>58</sup> A quante modifiche sarebbe stato necessario sottoporre un testo costituzionale che avesse disciplinato in maniera dettagliata la libertà di manifestazione del pensiero, o il diritto alla privacy, così come erano conosciuti sessanta anni fa?

stipulazione, che i diritti fondamentali riconosciuti da principi regolativi non entrino tra loro in conflitto: un esempio peraltro lo offre lo stesso Ferrajoli, quando indica la possibilità del conflitto tra libertà di stampa e diritto alla riservatezza<sup>59</sup> (nel lessico teorico di Ferrajoli, si tratta rispettivamente di un diritto di libertà e di una immunità)<sup>60</sup>. E così lo spazio dei conflitti e delle relative ponderazioni si allarga ulteriormente.

Pertanto, è discutibile la conclusione che «nella maggior parte dei casi di solito prospettati [...] i principi si applicano alle loro violazioni senza che intervengano necessariamente, più che in altri tipi di giudizi, bilanciamenti e opzioni soggettive di valore»<sup>61</sup>: al contrario, si potrebbe piuttosto affermare che le ipotesi di applicazione categorica di un principio sono le più rare, e che spesso il principio applicato categoricamente è stato previamente oggetto di una opportuna delimitazione (anche alla luce di altri principi). In ogni caso, almeno uno degli esempi che Ferrajoli adduce come applicazione meramente sussuntiva di un principio (le discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza) sembra alquanto infelice, perché l'applicazione del principio di uguaglianza comporta *necessariamente*, e non contingentemente, valutazioni sostanziali sulla ammissibilità, ragionevolezza, ecc., di una certa discriminazione legislativa (fare distinzioni è, in un certo senso, parte del lavoro quotidiano del legislatore).

Rispetto al *bilanciamento giudiziario*, Ferrajoli sottolinea, del tutto condivisibilmente, che il bilanciamento non rappresenta né una novità apparsa con lo Stato costituzionale di diritto e la costituzionalizzazione della cultura giuridica, né una tecnica esclusiva dell'interpretazione costituzionale<sup>62</sup>; la ponderazione rappresenterebbe, piuttosto, «poco più di una parola nuova per denominare la vecchia “interpretazione sistematica”»<sup>63</sup> – affermazione anche questa per certi versi incontestabile<sup>64</sup>, se intendiamo l'interpretazione sistematica come una tecnica che richiede che, nell'interpretare una norma, si prendano in considerazione anche altre norme del sistema.

D'altronde, la riconduzione della ponderazione all'interpretazione sistematica finisce per essere poco informativa, perché “interpretazione sistematica” non designa una specifica tecnica interpretativa, ma piuttosto un'intera famiglia di tecniche interpretative, accomunate dal fatto di fare in qualche senso riferimento al sistema, o a parti di esso, o

---

<sup>59</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2812.

<sup>60</sup> Ho discusso più ampiamente il trattamento ferrajoliano dei conflitti tra diritti fondamentali in G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2010, 2, 287 ss.; cfr. inoltre J.J. MORESO, *Ferrajoli sui conflitti tra diritti*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 6, 2006; L. PRIETO SANCHÍS, *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*, cit., 340 ss.; A. PINTORE, *Il nome delle cose. In margine a Principia iuris di Luigi Ferrajoli*, in *Soc. dir.*, 2009, 2.

<sup>61</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2812.

<sup>62</sup> Sul punto, cfr. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, cit., spec. 222-230 (per una sintetica genealogia del bilanciamento); ID., *Diritti e interpretazione*, cit., cap. VII (per la distinzione tra bilanciamento tra principi costituzionali – bilanciamento “come tecnica” – e bilanciamento negli altri settori del diritto – bilanciamento “come logica”); cfr. anche R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2002; M. BARBERIS, *Legittima difesa e bilanciamenti*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano 2008, 85 ss. (spec. 86-89).

<sup>63</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2809.

<sup>64</sup> Vedi in tal senso anche M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, 1993, 525 ss. (spec. 531). Per altro verso, è discusso se il bilanciamento sia realmente configurabile come un tipo di attività interpretativa: cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 60-61; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 296; ID., *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Dir. pub.*, 2, 2005, 457 ss., spec. 462.

comunque al contesto in cui è collocata la disposizione da interpretare<sup>65</sup>. Quindi definire la ponderazione un membro della famiglia dell'interpretazione sistematica dice poco, fino a che non si chiarisca *in che modo* la ponderazione prende in considerazione le altre norme rilevanti: quale è lo specifico della ponderazione nell'ambito delle tecniche sistematiche.

Ora, per caratterizzare la ponderazione Ferrajoli fa riferimento a due elementi: in primo luogo, il maggior grado di discrezionalità che essa comporta rispetto ad altre tecniche, determinato dalla necessità di valutare, con un soggettivo giudizio di valore da parte del giudice, il “peso” delle norme da bilanciare. In secondo luogo, il fatto che secondo Ferrajoli la ponderazione ha ad oggetto non norme o principi, ma le “circostanze di fatto” che delle norme giustificano l'applicazione: sono dunque le diverse circostanze di fatto che si presentano nei diversi casi a far sì che in un caso si debba applicare un certo principio, e in un altro caso un altro principio.

Questa linea di argomentazione è sorprendente: in che senso, infatti, si possono ponderare “fatti”? Un fatto, di per sé, non “pesa” più o meno di un altro fatto: «un fatto è come un sacco che, vuoto, non si regge»<sup>66</sup>. I fatti acquistano rilevanza, e dunque “peso”, nel diritto come altrove, solo alla luce di qualche criterio normativo, come può essere una norma giuridica (regola o principio), una valutazione morale o equitativa, una stima economica, ecc.<sup>67</sup>; anche negli esempi presi in considerazione da Ferrajoli (la valutazione delle circostanze attenuanti e aggravanti, o delle cause di giustificazione, in un giudizio penale) le circostanze di fatto rilevano solo alla luce di un criterio normativo, che a volte può anche non essere esplicitato, e a volte può essere interamente demandato all'apprezzamento del giudice<sup>68</sup>. Ne segue che, se il criterio normativo rilevante è un principio costituzionale, allora la ponderazione consisterà nell'attribuire un peso a tale principio (peso che potrà essere influenzato, ovviamente, dalla considerazione delle circostanze fattuali: dall'importanza che ciascun principio assume nelle circostanze di fatto rilevanti<sup>69</sup>). Temo che presentare diversamente la questione, oltre ad essere discutibile sul piano teorico, rischi di mettere in ombra il fatto che ad essere bilanciati, e applicati secondo un ordine di preferenza, sono esattamente principi costituzionali – con la relativa assunzione di responsabilità istituzionale che ciò comporta.

---

<sup>65</sup> Ad esempio: il “combinato disposto”; l'argomento topografico, o della *sedes materiae*; l'argomento della costanza terminologica e quello, speculare, dell'incostanza terminologica; l'argomento concettualistico, o dogmatico; l'argomento dei principi generali; l'interpretazione adeguatrice (cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 375-378; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 167-176).

<sup>66</sup> L. PIRANDELLO, *La distruzione dell'uomo* (1921), in Id., *Novelle per un anno*, Milano 2011, 339.

<sup>67</sup> Una obiezione analoga a quella formulata nel testo è in P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2008, 471 ss. (spec. 476-477), a proposito della c.d. defettibilità “ontica” – l'idea cioè che talvolta ad essere defettibili siano fatti, e non norme (tesi sostenuta ad es. in J. HAGE, *Law and Defeasibility*, in *IVR – Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, December 2004; G. SARTOR, *Sillogismo e defeasibility. Un commento su Rhetoric and the Rule of Law di Neil MacCormick*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 2009, 9 ss., spec. 21).

<sup>68</sup> Sui modi in cui il diritto di volta in volta preclude oppure richiede al giudice di fare ricorso ad argomenti e valutazioni morali, v. J. RAZ, *Incorporation by Law* (2004), in Id., *Between Authority and Interpretation*, Oxford 2009, 182-202.

<sup>69</sup> Intendo dire che, ad esempio, alla libertà di espressione può essere attribuito un peso diverso a seconda che essa venga in considerazione nell'ambito di un dibattito politico, o nell'ambito di inchieste giornalistiche di interesse pubblico, oppure di una pubblicità commerciale; alla tutela della riservatezza può essere attribuito un peso diverso se si tratta della riservatezza di una figura pubblica oppure di quella di un comune cittadino (di solito la prima è meno garantita della seconda), o se riguarda fatti banali e insignificanti oppure fatti “sensibili” come informazioni sulla salute, la vita sessuale (idem); al diritto alla salute può essere attribuito un peso diverso a seconda che riguardi scelte di fine vita oppure la libertà di non vaccinarsi, ecc.

4. *La separazione tra diritto e morale.* – Infine, l'ultimo elemento di critica di Ferrajoli nei confronti del costituzionalismo principialista è la tesi della connessione necessaria tra diritto e morale; contro questa tesi, Ferrajoli rivendica la superiorità della tesi positivista della separazione tra diritto e morale, nel senso che «l'esistenza o la validità di una norma non ne implicano affatto la giustizia e la sua giustizia non ne implica affatto la validità»<sup>70</sup>. In particolare, la tesi della separazione tra diritto e morale, nella formulazione appena vista, non sarebbe messa a repentaglio dall'avvenuta positivizzazione nei testi costituzionali dei diritti naturali e dei principi etici provenienti dalla tradizione del giusnaturalismo illuministico.

Pur trovandomi d'accordo con l'affermazione di Ferrajoli, ritengo che sia necessario identificare più dettagliatamente i vari aspetti del problema dei rapporti tra diritto e morale; si potrà così mettere in luce che molti tipi di connessione tra diritto e morale sono palesemente o banalmente necessari (che si tratti di una necessità concettuale o di una necessità empirica, al momento poco importa); che nessun difensore del positivismo giuridico ha ragione di negarli; e che anzi (una volta ribadita la tesi positivista della separazione, nella forma specifica in cui essa è richiesta dal positivismo giuridico) è altamente opportuno che i giuspositivisti dirigano maggiore attenzione teorica su alcune di queste connessioni. Tutto ciò, in altre parole, per evitare il rischio che una tesi pur del tutto esatta come quella enunciata da Ferrajoli e da pressoché tutti i giuspositivisti si riduca ad essere un fortitizio inespugnabile, però messo a guardia di un territorio ormai ampiamente conquistato dai barbari.

Parlerò genericamente di “relazioni” tra diritto e morale, con ciò lasciando aperta per il momento la questione se la relazione di volta in volta presa in considerazione abbia il carattere di una connessione necessaria, o di una connessione solo empirica e contingente (e dunque si tratti di una relazione di “separabilità”), o di una vera e propria separazione (cioè, la necessità di una non connessione) – per alcune delle ipotesi che vedremo qui sotto, peraltro, capire se si tratti di una relazione necessaria oppure contingente finisce per essere un profilo tutto sommato secondario della questione<sup>71</sup>.

*R<sub>1</sub>)* Relazioni *identificative* tra diritto e morale: riguardano, ovviamente, il problema dell'identificazione del diritto<sup>72</sup>. Questo problema può porsi almeno su tre piani distinti<sup>73</sup>:

*R<sub>1a</sub>)* il problema dell'identificazione *del concetto di diritto* (e dunque il problema della definizione del diritto, il problema del *quid ius?*); da questo punto di vista, la tesi della connessione sostiene che la definizione del concetto di diritto include necessariamente elementi morali<sup>74</sup>, mentre la tesi della separazione sostiene che il concetto di diritto può o deve essere ridotto ad elementi puramente fattuali;

---

<sup>70</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2790.

<sup>71</sup> Come afferma M. BARBERIS, *Una disputa quasi oxoniense. Raz vs. Alexy sul positivismo giuridico*, in *Ragion pratica*, 34, 2010, 203 ss., «connessioni contingenti [tra diritto e morale] possono risultare non meno interessanti e importanti» (220).

<sup>72</sup> Le prime tre forme di relazione (identificativa, giustificativa, interpretativa) rielaborano una nota classificazione già proposta da C. NINO, *Diritto come morale applicata*, cit.; cfr. anche P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Torino 1998, cap. I; M. BARBERIS, *Una disputa quasi oxoniense*, cit.; Nino e Barberis parlano comunque di connessione (o separazione) “concettuale” o “definitoria”, laddove io ho preferito usare (come Comanducci) “identificativa”; le ragioni di questa scelta diventeranno chiare tra breve.

<sup>73</sup> Una analoga distinzione tra varie forme di relazione identificativa è evidenziata in M. BARBERIS, *Una disputa quasi oxoniense*, cit., 216-220; un cenno in tal senso già in L. GIANFOMAGGIO, *Rapporti tra etica e diritto* (1990), in EAD., *Filosofia e critica del diritto*, Torino 1995, 43 ss. (spec. 45).

<sup>74</sup> Per una valutazione critica di questo “definitional approach” alla questione del rapporto tra diritto e morale, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford 1975, 1990<sup>2</sup>, 163-165.

$R_{1b}$ ) il problema dell'identificazione *delle fonti del diritto*; da questo punto di vista, la tesi della connessione sostiene che le fonti del diritto, o alcune di esse, possono essere identificate sulla base di elementi puramente morali (ad esempio, potrebbero essere considerate fonti del diritto: l'equità, determinati precetti morali, la natura della cosa, l'intuizione morale, ecc.); la tesi della separazione sostiene invece che le fonti del diritto consistono solo in fatti empiricamente accertabili (principalmente, fatti umani) senza alcun riferimento a considerazioni morali; eventualmente, la morale può svolgere il ruolo di fonte del diritto se ciò è contingentemente previsto dalla norma di riconoscimento di un certo sistema giuridico (e la norma di riconoscimento è a sua volta un fatto, dunque il fondamento ultimo dell'identificazione del diritto rimane di tipo fattuale);

$R_{1c}$ ) il problema dell'identificazione *delle norme giuridiche*; da questo punto di vista, la tesi della connessione sosterrà che l'interpretazione giuridica "in senso stretto" (l'attribuzione di significato a documenti normativi, il problema del *quid iuris?*), richiede necessariamente valutazioni e argomenti morali, mentre la tesi della separazione sosterrà che valutazioni e argomenti morali non sono mai richiesti, o che lo sono solo in maniera contingente, nell'interpretazione giuridica.

A proposito delle relazioni identificative tra diritto e morale, si noti che mentre  $R_{1a}$  ha carattere eminentemente concettuale, definitorio,  $R_{1b}$  e  $R_{1c}$  possono presentarsi sia come tesi concettuali, sia come proposte di politica del diritto sul ruolo che il riferimento ad argomenti morali *dovrebbe* avere, o non avere, nell'identificazione delle fonti del diritto o delle norme valide<sup>75</sup>.

$R_2$ ) Relazioni *interpretative* tra diritto e morale: riguardano il problema se l'attività di interpretazione "in senso ampio"<sup>76</sup> richieda necessariamente, oppure solo contingentemente, oppure necessariamente escluda, il ricorso a valutazioni e argomenti morali. Diversamente rispetto a  $R_{1c}$ , qui "interpretazione" non riguarda più solo l'attribuzione di significato ad una fonte (cioè l'interpretazione "in senso stretto"), ma in generale la scelta della norma applicabile ad un caso, e dunque può richiedere la soluzione di problemi di antinomie, lacune, applicabilità, concretizzazione di clausole generali e di concetti elastici e indeterminati, bilanciamento, defettibilità ecc.; la risposta al quesito se vi sia o meno una connessione interpretativa tra diritto e morale può consistere, nuovamente, in una tesi definitoria, relativa al concetto di "interpretazione", oppure in un insieme di tesi normative sulla "buona interpretazione".

$R_3$ ) Relazioni *giustificative* tra diritto e morale: riguardano il problema se il diritto rappresenti una autonoma ragione giustificativa, se sia autonomamente fonte di obblighi morali, oppure se possa giustificare decisioni (degli organi dell'applicazione) e comportamenti (dei cittadini) solo sulla base di una scelta morale. Si tratta, in altre parole, del problema dell'obbligo giuridico: la tesi della connessione sostiene che non esiste un autonomo obbligo di obbedire al diritto (tale obbligo può solo derivare da considerazioni morali), mentre la tesi della separazione sostiene che diritto e morale sono domini pratici separati, ciascuno dei quali è fonte di autonomi obblighi genuini, e dunque il diritto può essere obbligatorio di per sé (l'obbligo giuridico è autonomo rispetto all'obbligo morale);

---

<sup>75</sup> Ovviamente, vi possono essere elementi prescrittivi pure nell'individuazione e costruzione di un concetto: dipende da quanto la costruzione di quel concetto sia frutto di stipulazione.

<sup>76</sup> Su questa accezione ampia di interpretazione, cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 24-33. P. CHIASSONI, *L'interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale I. Regole, metodi, modelli*, Torino 1999, 21 ss., spec. 22-23 (interpretazione "in senso ampio"); Id., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna 2007, cap. II ("interpretazione metatestuale"). Interpretazione in senso stretto e in senso ampio sono comunque attività tra loro assai contigue: è solo per comodità espositiva che le tratto sotto etichette diverse.

questa può essere una tesi definitoria, relativa al concetto di diritto (concetto che includerebbe così l'elemento dell'obbligatorietà), oppure un insieme di tesi filosofico-politiche sulle condizioni alle quali è giustificato obbedire al diritto.

*R<sub>4</sub>*) Relazioni *funzionali* tra diritto e morale: il diritto può essere considerato una condizione essenziale per l'esistenza, il mantenimento e il funzionamento della società (*ubi societas, ibi ius*); e, se all'esistenza della società si attribuisce valore morale positivo, allora da ciò consegue un tipo di connessione necessaria tra diritto e morale. Oppure, più debolmente, il diritto può svolgere importanti funzioni nei confronti della morale: può rendere più determinate e precise certe esigenze morali molto generiche, indeterminate, confliggenti; una volta che il diritto ha dato forma pubblica e determinata a certe esigenze morali, le rende più facili da attuare e da proteggere in pratica; e così via.

*R<sub>5</sub>*) Relazioni *causali* tra diritto e morale: essendo il diritto positivo frutto di atti umani (spesso deliberati) di produzione normativa, è evidente che la produzione del diritto positivo tenga conto di valori morali e di esigenze diffuse nella società, o avvertite come tali dalle autorità normative; la morale rilevante qui non è necessariamente una morale vera, oggettiva, o condivisa unanimemente nella società: può trattarsi della morale del gruppo dominante, o di esigenze morali che un'autorità normativa legittimata su base rappresentativa ritiene di individuare nell'elettorato di riferimento.

*R<sub>6</sub>*) Relazioni *psicologiche* tra diritto e morale: il fatto che il diritto vieti, obblighi o permetta certe condotte può ingenerare la convinzione, spesso anche solo subliminale, ma non per questo meno influente nella realtà, che quelle stesse condotte siano anche *moralmente* vietate, obbligatorie, o permesse. Il diritto, in altre parole, può spesso avere l'effetto (corrisponda o meno ciò ad una politica deliberata da parte delle autorità normative) di influire sulla mentalità diffusa, sulla conformazione della morale sociale del gruppo cui si applica.

*R<sub>7</sub>*) Relazioni *contenutistiche* tra diritto e morale: almeno in parte, diritto e morale disciplinano le stesse materie; sebbene sarebbe un'implausibile esagerazione affermare che diritto e morale hanno *in toto* lo stesso oggetto (esistono palesemente materie oggetto di disciplina giuridica e moralmente irrilevanti), è tuttavia evidente che molti problemi morali sono anche oggetto di disciplina giuridica (il diritto disciplina molte materie dotate di rilevanza morale).

*R<sub>8</sub>*) Relazioni *strutturali* tra diritto e morale: è possibile che le caratteristiche formali e strutturali del diritto, o alcune di esse, siano in grado di per sé di generare conseguenze moralmente apprezzabili; così, la generalità delle regole giuridiche potrebbe assicurare una forma embrionale di giustizia che consiste nel trattare, in relazione alle ipotesi di applicazione della regola, tutti i casi uguali in maniera uguale (giustizia formale). Oppure, la presenza di organi di soluzione autoritativa delle controversie permetterebbe di stabilizzare certi rapporti sociali, evitare che l'incertezza su certe relazioni si protragga all'infinito, ecc.

*R<sub>9</sub>*) Relazioni *di rinvio* tra diritto e morale: a volte accade che il diritto richieda (ai cittadini, o più spesso agli organi dell'applicazione) di compiere valutazioni morali; questo può accadere quando una norma giuridica sia formulata includendo standard morali (buona fede, correttezza, ecc.), e così positivizzi principi morali.

*R<sub>10</sub>*) Relazioni *valutative* tra diritto e morale: il diritto, si dice, è per sua natura un tipo di cosa (al pari di tante altre, ma anche a differenza di tante altre) che si presta ad essere valutato primariamente in termini di giustizia o ingiustizia, moralità o immoralità, ecc; e questa caratteristica del diritto sembrerebbe rivelare o quantomeno alludere a qualche tipo di rapporto tra diritto e morale.

Questa pedante articolazione dei possibili rapporti tra diritto e morale ci mette in condizione, adesso, di valutare con più precisione i termini del dibattito sul rapporto tra diritto e morale tra positivisti e neocostituzionalisti.

Il positivismo giuridico, in generale, difende la tesi della separazione in senso  $R_{1b}$ ): definisce in maniera fattuale *le fonti del diritto* – in ciò consiste precisamente il carattere positivo del diritto: il diritto valido è il diritto che è stato posto tramite certi fatti umani. Il positivismo giuridico non definisce invece anche *il concetto di diritto* in termini esclusivamente fattuali (il senso  $R_{1a}$ ): invero, quella della definizione del concetto di diritto è una questione di cui i positivisti normalmente non si occupano, e comunque non se ne occupano sotto il capitolo della tesi della separazione tra diritto e morale<sup>77</sup>: intendo dire che i positivisti non considerano la tesi della separazione come una definizione del concetto di diritto, né sono tenuti ad affermare che il concetto di diritto debba essere costruito escludendo ogni elemento morale. Il positivismo giuridico ammette inoltre, solitamente, la connessione *interpretativa* tra diritto e morale sia nel senso ristretto di  $R_{1c}$ ), sia nel senso ampio di  $R_3$ ): per averne conferma basta pensare al ruolo della discrezionalità giudiziale nella teoria dell'interpretazione di Hart o in quella di Kelsen<sup>78</sup>. Il positivismo giuridico, infine, ammette anche la connessione *giustificativa* tra diritto e morale ( $R_3$ ), come conseguenza necessaria della riduzione del diritto a mero fatto<sup>79</sup> (a negare tale connessione è invece il positivismo ideologico “radicale”, ammesso che sia ancora una forma di positivismo giuridico). Questa è anche, come abbiamo visto, la posizione di Ferrajoli, che riconosce tranquillamente la presenza di fattori morali nell'interpretazione, e che nega che il diritto sia di per sé obbligatorio (Ferrajoli critica infatti la “fallacia *etico-legalistica*”, consistente nell'identificazione e nella confusione della giustizia con la validità)<sup>80</sup>.

Tutti gli altri tipi di relazione tra diritto e morale sono oggetto di discussione all'interno della tradizione teorica giuspositivista, e rappresentano questioni di notevole interesse teorico, ma dalla loro accettazione o dal loro rifiuto non segue nulla, mi pare, relativamente alla tenuta della tesi strettamente positivista della separazione identificativa tra diritto e morale: si tratta di questioni su cui i giuspositivisti possono tra loro ragionevolmente dissentire. Ad esempio, alcuni positivisti sostengono tranquillamente che

---

<sup>77</sup> Si veda però qualche oscillazione tra l'identificazione *del diritto* (valido) e *del concetto di diritto* in N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., 134-136; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 106; quantomeno in *Introduzione all'analisi del diritto*, cit., cap. I, C. Nino sostiene la preferibilità di una definizione fattuale *del concetto* di diritto, e qualifica tale posizione come positivismo metodologico o concettuale. La trasformazione della tesi della separazione in una questione sulla definizione del concetto di diritto è di solito operata da autori antipositivisti (al fine di mostrarne l'implausibilità): cfr. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; K. FÜBER, *Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling*, in R. GEORGE (ed. by), *The Autonomy Of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford 1999, 119-162.

<sup>78</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino 1990, cap. VIII; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, 1994<sup>2</sup>, cap. VII (e v. anche pp. 204-205, dove l'interpretazione è indicata come una delle possibili ipotesi di connessione tra diritto e morale). Si veda anche U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Rivista di filosofia*, 3, 1989, 461 ss. (spec. 470-471).

<sup>79</sup> J. RAZ, *Incorporation by Law*, cit., 189: «in such cases [cioè quando si afferma che il diritto è legittimo, ndr] we cannot separate law from morality as two independent normative points of view, for the legal one derives what validity it has from morality»; insiste sul fatto che la tesi positivista delle fonti sociali è “normatively inert” J. GARDNER, *Legal Positivism: 5½ Myths*, in *Am. J. of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, 199 ss. (spec. 213). È noto che risulta però problematica, in questo quadro, la definizione kelseniana di validità come forza vincolante.

<sup>80</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2793.

abbiano lo status di connessione necessaria tra diritto e morale la relazione *causale* ( $R_5$ )<sup>81</sup>, la relazione *contenutistica* ( $R_7$ )<sup>82</sup>, e la connessione *valutativa* ( $R_{10}$ )<sup>83</sup>. Alcuni positivisti affermano, mentre altri negano, che abbiano lo status di una connessione necessaria tra diritto e morale la relazione *strutturale* ( $R_8$ )<sup>84</sup>, e la relazione *funzionale* ( $R_4$ )<sup>85</sup>. Alcuni giuspositivisti affermano che in caso di relazioni *di rinvio* ( $R_9$ ) la morale entri a far parte del diritto (realizzando in tal modo una connessione “per incorporazione” tra diritto e morale), mentre altri affermano che anche in questi casi i due domini restano nettamente separati<sup>86</sup>. Alcuni giuspositivisti sostengono infine che, data la relazione *psicologica* tra diritto e morale ( $R_6$ ), un atteggiamento giuspositivista sia pragmaticamente da preferire perché “educa” i cittadini a pensare che non vi sia un obbligo intrinseco di obbedire al diritto, e dunque li addestra alla critica morale del diritto<sup>87</sup>. Ma tutte queste, ripeto, non sono tesi qualificanti del positivismo giuridico: non c’è una risposta tipicamente giuspositivistica a queste domande.

Il neocostituzionalismo “metodologico”, o anti-positivismo, afferma invece che tra diritto e morale si diano connessioni (solitamente presentate come connessioni concettuali, necessarie) di tipo *identificativo* (sia al livello del concetto di diritto, sia al livello dell’identificazione delle fonti e delle norme), e di tipo *interpretativo* (cfr. *supra*, nt. 11 e testo corrispondente).

A proposito della teoria positivista della separazione tra diritto e morale, ho in precedenza evocato l’immagine del fertilizzante inespugnabile in un territorio ormai conquistato. Ora può forse risultare più chiaro il motivo per cui ho usato questa immagine.

---

<sup>81</sup> A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo*, cit., 82; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 198.

<sup>82</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 188, a proposito del “contenuto minimo del diritto naturale” parla di “elemento comune” al diritto e alla moralità di una società; v. inoltre J. RAZ, *About Morality and the Nature of Law* (2003), in ID., *Between Authority and Interpretation*, Oxford 2009, 166 ss. (spec. 168); B. CELANO, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2005, 161 ss.

<sup>83</sup> L. GREEN, *Legal Positivism*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003, § 4.2 («necessarily, law is justice-apt»).

<sup>84</sup> Per la tesi affermativa, H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, 81; ID., *The Concept of Law*, cit., 206-207. Per la tesi negativa, J. GARDNER, *The Virtue of Justice and the Character of Law*, in *Current Legal Problems*, vol. 53, 1, 2000; L. GREEN, *The Germ of Justice*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 60/2010 (available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1703008](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1703008)).

<sup>85</sup> T. ENDICOTT, *Una teoria del diritto naturale*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2005, 191 ss. (una versione debole dell’argomento “funzionale” è difesa ad es. da T. HONORÉ, *The Dependence of Morality on Law*, in *Oxford J. Legal Studies*, vol. 13, 1, 1993, 1 ss.; J. RAZ, *Incorporation by Law*, cit. 192); *contra*, P. CHIASSONI, *Una teoria del diritto naturale? Alcune perplessità*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2005, 213 ss. (spec. 219).

<sup>86</sup> Per la tesi che il rinvio alla morale ne determini l’incorporazione nel diritto, H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, 143 ss., 188 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 134; M. KRAMER, *Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms*, in *Oxford J. Legal Studies*, vol. 27, 3, 2007, 555 ss. Per la tesi che anche in caso di rinvio permanga la separazione tra diritto e morale, J. RAZ, *On The Autonomy of Legal Reasoning* (1993), in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford 1994, 326 ss.: il ragionamento giuridico “about the law” riguarda l’individuazione del diritto come esso è contenuto in fonti sociali, ed è autonomo dalla morale, mentre il ragionamento giuridico “according to law” si ha quando le fonti del diritto rinviano a considerazioni extragiuridiche, ed è una forma di ragionamento morale.

<sup>87</sup> H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., 53-54; ID., *The Concept of Law*, cit., 296; J. RAZ, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, cit., nt. 28 («Legal positivists are more likely than natural lawyers or other non-positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws»).

Infatti, mi pare che i giuspositivisti abbiano dedicato, e dedichino tuttora (il saggio di Ferrajoli ne è, in qualche modo, un esempio) notevoli energie intellettuali alla difesa della versione tipicamente giuspositivista della tesi della separabilità<sup>88</sup>, sottovalutando l'importanza e l'inevitabilità di altri tipi di relazioni tra diritto e morale *specialmente nello Stato costituzionale di diritto*<sup>89</sup>. Questo è dimostrato dal fatto che la tesi positivista è solitamente formulata come una tesi sull'identificazione del diritto valido, sulla definizione di validità<sup>90</sup>; tale qualificazione può certamente essere condivisa, ma solo a condizione di intenderla come riferita alla sola *validità formale*: la correttezza formale, procedimentale degli atti di produzione giuridica, le condizioni che consentono «il riconoscimento di un testo normativo come fonte del diritto»<sup>91</sup>.

Laddove invece la validità venga riferita alla *validità materiale* delle norme in tal modo prodotte (intesa per validità materiale la conformità di una norma rispetto alle norme ad essa superiori in senso materiale<sup>92</sup>), la faccenda si complica, perché questo secondo tipo di giudizio di validità includerà inevitabilmente una rilevante attività interpretativa, che dunque solleva i problemi di relazione tra diritto e morale del tipo  $R_{1c}$  e  $R_2$ ). Infatti, se la determinazione della validità materiale delle norme giuridiche richiede necessariamente interpretazione, e se in tale attività interpretativa è coinvolto anche l'accertamento del significato delle norme superiori, e se infine tali norme superiori sono formulate in modo da includere concetti morali, la cui interpretazione richiede una forma di ragionamento morale, allora la conclusione è immediata: nello Stato costituzionale di diritto l'accertamento della validità materiale delle norme giuridiche, oltre alle componenti valutative normalmente incluse in qualsiasi attività interpretativa, richiede anche una forma di ragionamento morale.

Ovviamente questa conclusione segue solo se si accetta la premessa che l'interpretazione dei concetti morali inclusi in clausole costituzionali richieda qualche forma di ragionamento morale. Questo può essere contestato, mi pare, in due modi (di solito convergenti): affermando che le costituzioni “presuppongono” valori e principi morali al pari di qualunque altra legge; e sostenendo che comunque si tratta di valori e principi morali *positivizzati*: una volta riconosciuti dal diritto positivo quei valori morali diventano nient'altro che diritto. Chiamerò questo “l'argomento di Re Mida”<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Uno degli esempi più spettacolari è J. COLEMAN, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto* (2003), ed. it. a cura di G. PINO, Bologna 2006.

<sup>89</sup> Non intendo sostenere che nello stato legislativo, o comunque a livello infra-costituzionale (nei codici, nelle leggi, ecc.), questi tipi di relazione tra diritto e morale non si presentino. Intendo dire che nel contesto dello Stato costituzionale di diritto questo tipo di rapporto acquistano una visibilità molto maggiore, che rende impossibile non occuparsene o trascurare il fenomeno.

<sup>90</sup> Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 114-115; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 185-186; J. COLEMAN, B. LEITER, *Legal Positivism*, in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by D. PATTERSON, Oxford 1996, 241 ss. (spec. 243); J. GARDNER, *Legal Positivism: 5½ Myths*, cit., 223; L. GREEN, *Legal Positivism*, cit.; A. MARMOR, *Exclusive Legal Positivism*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford 2002, 104 ss.; K.E. HIMMA, *Inclusive Legal Positivism*, ivi, 135; J.J. MORESO, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in P. Chiassoni (ed. by), *The Legal Ought*, cit.

<sup>91</sup> R. GUASTINI, *Le avventure del positivismo giuridico*, in E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico* (2006), a cura di P. CHIASSONI, R. GUASTINI, G.B. RATTI, Milano, 2007, XXXVII-XLVIII (spec. XLVI).

<sup>92</sup> Per una trattazione più dettagliata dei concetti di “validità materiale” e di “superiorità materiale”, rinvio a G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, 263 ss. Cfr. anche R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano 2010, 255-256.

<sup>93</sup> Uso questa definizione ispirandomi a H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 164 «come tutto ciò che il re Mida toccava si trasformava in oro, così tutto ciò a cui il diritto si riferisce diventa diritto, cioè qualcosa di giuridicamente esistente» (ma v. anche 134). Argomenti di questo tipo si possono

Ebbene, mi pare che l'argomento di Re Mida sia indice di una radicale sottovalutazione del problema del rapporto interpretativo tra diritto e morale nello Stato costituzionale. Se con questo argomento si vuole sostenere che certi principi morali sono diventati giuridici a causa dell'avvenuto riconoscimento in un atto normativo avente lo status di fonte del diritto, questo è vero, ma è affatto banale. Quanto all'affermazione che tutte le leggi presuppongono principi e valori morali, anche questo è vero, banalmente vero, ma non è questo il punto della questione. Il punto non è che le costituzioni, come qualunque legge, *presuppongono* scelte di valore; il punto piuttosto è che le costituzioni contemporanee, a differenza di ciò che accade normalmente nelle leggi, *formulano espressamente* valori etico-politici<sup>94</sup>. E da questa espressa formulazione di principi morali discendono alcune conseguenze affatto rilevanti sul piano dell'interpretazione delle relative disposizioni costituzionali. La conseguenza principale è che è inevitabile che per interpretare una clausola costituzionale formulata in termini smaccatamente morali si debba fare ricorso anche a qualche tipo di argomentazione morale<sup>95</sup>. Certo, è ovvio che una volta che principi morali siano entrati a far parte del diritto la loro applicazione risenta di tecniche, di argomenti, di ragioni specificamente giuridiche (ad esempio, il rispetto dei precedenti, il ricorso ad analogie consolidate, o la presenza di limiti ed eccezioni espresse, testualmente formulate, al campo di applicazione di quel principio morale). Ma ciò non toglie che la comprensione del contenuto di quel principio, e la sua applicazione, sarà sempre mediata da forme di ragionamento morale, per quanto inquinate anche da considerazioni giuridiche<sup>96</sup>.

Ecco allora che, quantomeno nel contesto dello Stato costituzionale di diritto, considerazioni morali influiscono sulla determinazione della validità *materiale* delle norme giuridiche, ampliando l'incidenza della connessione interpretativa tra diritto e morale, e restringendo proporzionalmente il rilievo della tesi positivistica della separazione, sempre più limitata ad una tesi sulla sola identificazione delle fonti, della validità *formale*<sup>97</sup>. Esiste dunque un aspetto della validità – la validità materiale – per il quale la tesi positivistica della separazione tra diritto e morale non vale, e non vale necessariamente secondo gli stessi giuspositivisti.

Arrivo alla conclusione. La fusione, almeno in alcuni casi (ma sono casi molto importanti), tra ragionamento giuridico e ragionamento morale, conseguenza della necessità di interpretare clausole costituzionali che rinviano espressamente a principi morali, è un dato di fatto ineludibile. Essa non richiede di abbandonare la tesi positivistica

---

trovare in T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, cit., 16; R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in questa *Rivista*, 2007, 1373 ss.; ID., *Le avventure del positivismo giuridico*, cit., XLV (i concetti morali, una volta positivizzati, «cessano di essere concetti morali, e diventano concetti giuridici»); ID., *A proposito di neo-costituzionalismo*, cit.

<sup>94</sup> Come ho già osservato (*supra*, nt. 89), questo talvolta accade anche nel linguaggio legislativo, ma molto più raramente (può accadere che in una legge vi siano dichiarazioni di principio, ma la regolamentazione legislativa è di solito una regolamentazione di dettaglio).

<sup>95</sup> Metodologie alternative per l'interpretazione di queste clausole potrebbero essere: l'interpretazione letterale, l'interpretazione intenzionalista (secondo la volontà dei costituenti), l'interpretazione secondo la coscienza sociale. Ho cercato di mostrare l'implausibilità di simili metodologie in G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, cit.; ID., *Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.

<sup>96</sup> Un mercato regolamentato, una sostanza chimica, una formula matematica non cessano di essere quello che sono, diventando "giuridici", perché sono stati contemplati da una norma giuridica. Per capire quel fenomeno come mercato, come sostanza chimica, come formula matematica, si dovrà fare ricorso a criteri che provengono rispettivamente dall'economia, dalla chimica, dalla matematica.

<sup>97</sup> Infatti «la tesi positivista della separazione tra diritto e morale [...] riguarda solo l'identificazione delle fonti del diritto positivo, non l'identificazione del loro contenuto» (R. GUASTINI, *Le avventure del positivismo giuridico*, cit., XLVI).

della separazione, ma limita drasticamente la sua rilevanza alla sola determinazione della validità formale. Ebbene, è lecito chiedere ad una teoria giuspositivista di provare a farsi carico anche di questo livello di analisi<sup>98</sup> (sempre che non ci si accontenti, beninteso, di relegare questi problemi nella palude della discrezionalità interpretativa e delle incontrollabili opzioni soggettive di valore). In mancanza di simili analisi, in altre parole, la tesi della separazione rischia di ridursi ad una rappresentazione consolatoria che ci rassicura sul fatto che noi giuspositivisti per un verso non siamo degli imperialisti etici e per altro verso siamo impegnati in (o quantomeno raccomandiamo) una conoscenza scientifica del diritto, ma che allo stesso tempo rischia di farci trascurare molti tipi assai rilevanti, e anche filosoficamente interessanti, di rapporto tra diritto e morale.

---

<sup>98</sup> Alcuni tentativi di analisi di questo tipo: J.J. MORESO, *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in J. BETEGÓN, J. DE PARAMO, L. PRIETO SANCHÍS (comp.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid 2004, 473 ss.; B. CELANO, *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*, in *Analisi e diritto*, 2005, 99 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.