

LIMINA

IO

Direttori

Adriano BALLARINI
Università degli Studi di Macerata

Carla FARALLI
Alma mater studiorum — Università di Bologna

Eugenio RIPEPE
Università di Pisa

Francesco RICCOBONO
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Comitato scientifico

Giovanni MARINO
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Alberto SCERBO
Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

Massimo LA TORRE
Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

Paolo SAVARESE
Università degli Studi di Teramo

Giorgio TORRESSETTI
Università degli Studi di Macerata

Franco BONSIGNORI
Università di Pisa

Tommaso GRECO
Università di Pisa

Francesco ROMEO
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Enrico FERRI
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Limina è il plurale di *limen* che nella lingua latina significa architrave, soglia, casa, entrata, ma anche confine, frontiera, fino a inizio o compimento. Secondo questi significati, *Limina* vorrebbe essere una piccola collana di progetti e ricerche il cui contenuto è espresso dal termine latino. Così potranno esserci planimetrie di quello che, scientificamente, è l'ambito di una disciplina, progetti che si pongono sulla soglia, o che vogliono essere un inizio, ma anche ricerche capaci di indicare l'architrave di una disciplina, ovvero, al contrario, le sue frontiere, così come anche il punto di compimento. È in questo senso una collana che intende segnare dei limiti e mantenersi sul limite. Limiti delle singole discipline, limite sul quale le discipline si intersecano con altre, varcandolo, oltrepassandolo: questa è l'identità che la collana assume dandosi *Limina* come nome. La collana nasce su iniziativa di alcuni Dottorati di ricerca. Ne costituiscono le fondamenta i curricula riconducibili alle discipline filosofico giuridiche attivi nelle Scuole di dottorato dell'università di Bologna, di Macerata, di Pisa e di Napoli. Nata da Dottorati di ricerca, di questi conserva anche in parte la struttura. I progetti e le ricerche pubblicati hanno prevalentemente la forma di lezioni o di materiale utile alla didattica. Del Dottorato mantiene inoltre l'aspetto di promozione della ricerca scientifica. La Collana ha, non da ultimo, tra i suoi obiettivi quello di permettere a giovani studiosi di pubblicare le loro ricerche anche quando queste sono agli inizi, o in fase preparatoria, seppure progettuale o schematica.

Nella collana "Limina" sono pubblicate opere sottoposte a valutazione con il sistema del « doppio cieco » (« double blind peer review process ») nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori che sono stati scelti dal Comitato scientifico della collana.

I revisori sono professori di provata esperienza scientifica italiani o straniere o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili.

Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni:

- a) pubblicabile senza modifiche;
- b) pubblicabile previo apporto di modifiche;
- c) da rivedere in maniera sostanziale;
- d) da rigettare;

tenendo conto della: a) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale; b) attenzione adeguata alla dottrina e all'apparato critico; c) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; d) rigore metodologico; e) proprietà di linguaggio e fluidità del testo; f) uniformità dei criteri redazionali.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le schede di valutazione verranno conservate, in doppia copia, nell'archivio del direttore e dell'editore.

Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali il direttore della collana, in assenza di osservazioni negative, ritiene approvata la proposta.

Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. Il direttore, su sua responsabilità, può decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

Il presente lavoro è stato finanziato dalla *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo* (FAPESP), all'interno di un periodo di ricerca svolto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'*Universidade de São Paulo* (USP) con il seguente numero di processo: 2017/24035-9.

MICHELE ZEZZA

**INDETERMINATEZZA
NORMATIVA E RELAZIONI
TRA DIRITTI NELLO
STATO COSTITUZIONALE**





©

ISBN
979-12-5994-146-6

PRIMA EDIZIONE
ROMA SETTEMBRE 2021

Alla mia famiglia

INDICE

9 *Introduzione*

PARTE I

- 21 Capitolo I. Le nozioni teoriche fondamentali, il contesto storico e la metodologia della ricerca
1.1. La struttura dei diritti soggettivi, 21 – 1.2. Approccio statico e approccio dinamico, 28 – 1.3. Le “condizioni” della costituzionalizzazione, 37 – 1.4. La dimensione sostanziale della costituzione (e delle norme infracostituzionali), 45 – 1.5. La trasformazione degli ordinamenti giuridici in sistemi normativi misti, 53
- 57 Capitolo II. Cause strutturali dell’indeterminatezza normativa
2.1. La distinzione tra senso e riferimento, 57 – 2.2. L’apertura del testo costituzionale, 62 – 2.3. I due poli del dibattito teorico, 68 – 2.4. Un’ipotesi di trasposizione analogica, 73

PARTE II

- 95 **Capitolo III. Modelli di (in)compossibilità tra diritti**
3.1. Il problema della (in)compatibilità tra diritti, 95 – 3.2. Il modello irenista, 98 – 3.3. Il minimalismo anticonflittualista e libertario: la teoria di Robert Nozick, 137 – 3.4. La posizione conflittualista, 160 – 3.5. Un bilancio provvisorio, 170
- 173 **Capitolo IV. La divisione del lavoro nell'amministrazione dei diritti**
4.1. *Judicial Review* e principio democratico, 173 – 4.2. Gli argomenti del costituzionalismo politico e del costituzionalismo popolare, 180 – 4.3. Elementi per una riconduzione della giurisdizione costituzionale (e della ponderazione giudiziale) nel circuito democratico-rappresentativo: la tesi della rappresentanza argomentativa, 190
- 203 *Conclusioni*
- 217 *Bibliografia*
- 251 *Indice dei nomi*

INTRODUZIONE

Questo lavoro intende analizzare il tema delle relazioni di (*in*) *compatibilità* tra diritti fondamentali, con particolare riguardo al problema della sua gestione sul piano giudiziale. Un rilievo centrale, in quest'ottica, è attribuito alla questione dell'*indeterminatezza* della struttura delle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti fondamentali. Al fine di illuminare alcune delle ragioni alla base dei casi di *collisione tra diritti* formulati all'interno dei testi costituzionali, l'indagine si rivolge al problema delle cause delle limitazioni intrinseche che caratterizzano il contenuto informativo di cui dispone il giudice nella selezione del materiale giuridico. Lo studio, pertanto, si concentra sulle ragioni strutturali dell'ampio spazio di configurazione che la formulazione dei diritti costituzionali tende a lasciare agli interpreti, soffermandosi sul problema della divisione del lavoro nella gestione dei diritti.

L'analisi – occorre precisare – assume ad oggetto il problema della formulazione linguistica dei diritti fondamentali non su un piano di *diritto internazionale o sovranazionale*, salvo alcuni sporadici riferimenti, bensì all'interno di un contesto ordinamentale costituito dallo *Stato costituzionale* in quanto modello teorico

idealtipico: prescindendo, pertanto, dal riferimento a un contesto nazionale specifico, e assumendo implicitamente l'esistenza di una sostanziale continuità transnazionale degli istituti costituzionali (delle forme di protezione dei diritti, in particolare) all'interno del costituzionalismo europeo-occidentale.

Nel corso dell'indagine, ci si avvarrà di alcuni strumenti metodologici della teoria generale del diritto. L'utilizzo di alcune indicazioni derivanti dalla *interest theory* angloamericana (un complesso di approcci che rinvergono il fondamento dell'attribuzione di un diritto nella protezione di un interesse del titolare) e della cosiddetta "*concezione dinamica*" (uno stesso diritto costituzionale può fondare ulteriori diritti, facoltà, pretese e obblighi a carico di terzi, secondo modalità non esattamente predeterminabili) svolge un ruolo essenzialmente strumentale, finalizzato all'individuazione della struttura dei diritti soggettivi e alla riflessione sul problema della loro gestione. Parallelamente, verranno riprese alcune indicazioni epistemologiche provenienti dall'ambito della filosofia del linguaggio e della filosofia della fisica, al fine di riflettere sul condizionamento esercitato dal contesto esterno sull'interpretazione giuridica del contenuto delle disposizioni costituzionali. Questa scelta, ispirata a un certo ideale di sincretismo metodologico, non sottende l'esistenza di una relazione d'identità tra questi ambiti del sapere, da un lato, e la teoria dell'interpretazione giuridica, dall'altro, quanto piuttosto la possibilità di una trasposizione analogica, con una finalità essenzialmente esplicativa e ricostruttiva, di alcune acquisizioni essenziali dell'*olismo epistemologico e semantico*.

Trattandosi di un libro di filosofia del diritto, in esso non si assegna uno spazio preponderante all'analisi del *dato giuridico positivo* (il linguaggio-oggetto su cui lavorano giudici, giuristi e teorici del diritto), la cui considerazione assume piuttosto la funzione di contribuire a integrare lo studio del linguaggio costituzionale sul piano del contenuto normativo. Non si propone, in questo senso, una ricostruzione di carattere esplicativo e interpretativo di un dato ambito dell'esperienza giuridica (il conte-

sto italiano, ad esempio)⁽¹⁾, bensì un'indagine teorica orientata essenzialmente a ricostruire l'attività dei giudici, e solo indirettamente dei giuristi, quando si trovano a dover attribuire un significato alle disposizioni giuridiche (gli enunciati linguistici prodotti da atti di promulgazione, in attesa di essere interpretati⁽²⁾) che riconoscono diritti costituzionali. Il riferimento ai casi giurisprudenziali, pertanto, è concepito come strumentale, e non costitutivo, rispetto al discorso sviluppato. Questa impostazione, per certi versi, riprende uno dei significati che la retorica classica attribuisce all'esempio all'interno della struttura argomentativa: un'induzione dialettica utilizzata (non per dimostrare bensì) per rafforzare un determinato ragionamento sul piano della plausibilità⁽³⁾. Naturalmente, poi, non s'intende rivestire le scelte effettuate di alcuna pretesa neutralità etica: si può richiamare, al riguardo, la nozione rickertiana di «riferimento ai valori» (*Wertbeziehung*) nella particolare ridefinizione operata da Max Weber, per mostrare come, al principio della ricerca, «la selezione e la formulazione dell'oggetto» di studio si fondano inevitabilmente su uno specifico interesse scientifico legato ad una scelta⁽⁴⁾. Il discorso sviluppato non si propone pertanto come *descrittivo*, quanto piuttosto come inevitabilmente *ricostruttivo*.

Una importante direttiva metodologica che impronta l'analisi consiste nell'idea che, nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo, lo studio del diritto (e in particolar modo dei diritti fon-

(1) Sulla nozione di «metagiurisprudenza», cfr. già N. Bobbio, *Essere e dover essere della scienza giuridica* [1967], in *Saggi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino, pp. 119-148.

(2) Sulla distinzione tra *disposizione* e *norma*, ormai classica all'interno del dibattito teorico-giuridico contemporaneo, si veda in particolare R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, cap. VII.

(3) Cfr. in particolare Aristotele, *Retorica*, I, 2, 1357b; Id., *Topici*, VIII, 2, 157a, 158a, 160b.

(4) Cfr. H. Rickert, *I limiti dell'elaborazione concettuale scientifico-naturale. Un'introduzione logica alle scienze storiche* [1896-1902], tr. it., Liguori, Napoli, 2002, p. 191; M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali* [1922], tr. it., Einaudi, Torino, 2003, p. 270.

damentali)⁽⁵⁾ suggerisca, se non addirittura imponga, un'apertura interdisciplinare a diversi piani dell'interazione sociale (i contesti sociali, politici, economici, culturali, ecc.) e una visione multipolare, *multidimensionale*, dei concreti interessi in gioco⁽⁶⁾. Soggiace a questa scelta l'idea (il postulato, se si preferisce, dal momento che non sarà oggetto di studio né di giustificazione) che *l'evoluzione del diritto*, in quanto tentativo di adattamento alla complessità dell'ambiente, possa essere intesa come l'effetto di un più ampio processo che comprende anche gli altri sottosistemi sociali⁽⁷⁾. I temi selezionati, detto in altri termini, richiedono di essere interpretati nella complessità dei loro contesti. Nel caso più specifico dei diritti fondamentali, l'approccio teorico-giuridico ai problemi legati alla loro tutela può indubbiamente giovare dell'apporto derivante dallo studio della loro relazione con i vincoli di bilancio⁽⁸⁾

(5) Al riguardo, nel trattare il tema del fondamento dei *diritti umani* (il *genus*, se vogliamo, della categoria di "diritti fondamentali") già Norberto Bobbio osservava che tale problema «non può essere dissociato dallo studio dei problemi storici, sociali, economici, psicologici, inerenti alla loro attuazione» (N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 16).

(6) In prima approssimazione, possiamo identificare nella nozione di *interesse* l'elemento chiave che giustifica il riconoscimento e l'attribuzione di un diritto (cfr. p. es. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts: auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* [1878], 3 voll., *Erste Abtheilung*, vol. III, Lipsia, 1921-1924, pp. 328 ss.): il diritto alla salute, ad esempio, tutela l'interesse all'integrità psico-fisica dell'individuo; il diritto all'istruzione ha lo scopo di prevenire la presenza di discriminazioni di trattamento nel campo della formazione, ecc. Ovviamente, ogni interesse sostanziale alla base di un diritto presuppone necessariamente relazioni complesse (di interazione sinergica o incompatibilità) con altri interessi.

(7) È questa, grosso modo, l'impostazione dell'approccio sistemico difeso in particolare da N. Luhmann: cfr. ad es. *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* [1981], tr. it., a cura di R. De Giorgi, Il Mulino, Bologna, 1990. Per un più ampio inquadramento del tema della trasformazione culturale in una chiave evolucionista, cfr. L.L. Cavalli Sforza, *L'evoluzione della cultura*, Codice Edizioni, Torino, 2004.

(8) Cfr. in particolare N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004; L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Cedam, Padova, 2006.

e con *interessi* eterogenei⁽⁹⁾. Una conferma della rilevanza di questa connessione si può rinvenire nell'utilizzo, da parte delle corti costituzionali, del test di proporzionalità tra diritti fondamentali ed esigenze di garanzia dei conti pubblici⁽¹⁰⁾.

Il tema, come anticipato, si colloca all'interno dell'orizzonte storico e culturale dello *Stato costituzionale* contemporaneo, ossia di un modello giuspolitico caratterizzato da alcune rilevanti metamorfosi che hanno interessato l'interpretazione e l'applicazione del diritto. Questi cambiamenti possono essere sintetizzati nella diffusione di un modello di *cultura giuridica sostanzialista* o postpositivista (un contesto caratterizzato dalla presenza di stili interpretativi e argomentativi che valorizzano i profili morali relativi alla "giustizia" del caso particolare), destinato a incidere significativamente sul panorama delle fonti del diritto e, per quanto attiene più specificamente al problema in oggetto, sul processo di concretizzazione dei *principi costituzionali* che riconoscono e garantiscono diritti fondamentali, beni e interessi ritenuti di primaria importanza per la società e gli individui⁽¹¹⁾. Ha

(9) Sul piano della ricostruzione teorica, una concezione orientata a radicare la considerazione degli interessi nella complessità dei loro contesti sociali, politici, economici, culturali, ecc. si può già trovare in P. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr, 1932. In questa prospettiva, il conflitto tra interessi alla base del singolo caso viene risolto dal giudice mediante un bilanciamento fondato su un giudizio di valore improntato ad un determinato ideale di ordine sociale, e secondo i criteri delle norme del caso (cfr. *ivi*, p. 41). La nozione di interesse, nella ricostruzione dell'autore, non si limita alla sfera economica e materiale dei beni patrimoniali, ma riguarda anche beni di tipo ideale che investono la sfera dell'etica, della politica, della religione, piuttosto che la giustizia, gli stati psicologici e affettivi, i bisogni, i desideri, i valori, ecc. (cfr. *ivi*, pp. 36-42).

(10) Limitatamente al contesto italiano, giusto per fare degli esempi, si possono vedere in particolare: C. cost. 28/01/1986, n. 12, in *Giur. cost.*, 1986, p. 73; C. cost. 31/03/1988, n. 374, *ivi*, 1988, p. 1658; C. cost. 05/05/1988, n. 501, *ivi*, p. 2361; C. cost. 19/05/1993, n. 243, *ivi*, 1993, p. 1756.

(11) Seguendo la ricostruzione di Giorgio Pino, possiamo adottare una definizione di "principi fondamentali" incentrata sulla loro collocazione apicale all'interno della gerarchia delle norme. Più precisamente, in base a una *gerarchia in senso materiale*, sono principi fondamentali «le norme che non posso-

trovato una certa diffusione, in questo contesto, un complesso di pratiche interpretative e argomentative adottate prevalentemente dalle corti e dai giudici comuni⁽¹²⁾, ma più in generale anche dai giuristi e dai teorici del diritto, che valorizzano i profili morali relativi alla “giustizia” del caso individuale.

In seguito al tramonto del modello giuspolitico dello Stato legislativo di diritto⁽¹³⁾ e all’affermazione dello Stato costituzionale, una parte considerevole del dibattito giusfilosofico contemporaneo tende a considerare l’interpretazione giuridica come una procedura prevalentemente costruttiva, i cui esiti non sono pertanto integralmente predeterminabili⁽¹⁴⁾. Il diritto, in questa prospet-

no mai essere dichiarate invalide rispetto ad altre norme dell’ordinamento, ma che al contrario possono determinare l’invalidità di qualsiasi altra norma (tranne di quelle pari-ordinate)»; secondo una *gerarchia in senso assiologico*, sono fondamentali «le norme che sono considerate di maggiore importanza all’interno dell’ordinamento, in quanto espressione dei suoi valori etico-politici di riferimento» (G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 12)

(12) Nel corso dell’analisi – è bene precisare sin d’ora – si farà riferimento essenzialmente alla c.d. “*interpretazione operativa*” dei giudici, non già alla c.d. “*interpretazione dottrinale*” fornita dai giuristi a fini teorico-dogmatici. Ad ogni modo, per un’analisi dell’indeterminatezza del repertorio di cui si servono abitualmente i giuristi e i teorici del diritto, si rimanda in particolare allo studio di R. Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Harvard, 1986.

(13) Per una sintetica, ma incisiva, ricostruzione del paradigma dello Stato legislativo ottocentesco, cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* [1961], Giappichelli, Torino, 1996, parte II. In questa parte dello scritto bobbioano si trova anche un’analisi del fenomeno delle codificazioni europee ottocentesche che rappresenta l’espressione più compiuta dell’ideale della prevedibilità del diritto. Si tratta di quell’insieme di disegni riformatori, di testi normativi, di progetti legislativi (il codice civile napoleonico del 1804, le codificazioni austriache e prussiane, ecc.) che risultano riconducibili a una comune necessità di coordinamento e completezza delle norme giuridiche. Il diritto positivo codificato si presenta, almeno negli obiettivi, come uno schema organico dell’esperienza giuridica: un insieme ordinato, coerente e non eterointegrabile; un sistema dotato di meccanismi logici interni per la propria autointegrazione.

(14) Tra le diverse cause dell’indeterminatezza dei risultati interpretativi, Jules L. Coleman e Brian Leiter individuano una «inevitabile incoerenza (*incon-*

va, non si esaurisce nell'insieme delle decisioni formalmente corrette adottate da un'autorità politica, ma include anche, necessariamente, una dimensione materiale⁽¹⁵⁾. Contestualmente a un abbandono generalizzato del dogma della completezza delle fonti, si tende a evidenziare l'impossibilità di considerare la certezza del diritto (l'uniformità degli atteggiamenti e degli stili interpretativi, la presenza di regole generali, pubbliche, coerenti, non retroattive, intelligibili, relativamente stabili, e così via)⁽¹⁶⁾ quale carattere empiricamente riscontrabile, quantomeno nella sua compiutezza, all'interno degli ordinamenti giuridici attuali⁽¹⁷⁾.

Sulla base di queste premesse, alcuni orientamenti teorici configurano lo Stato costituzionale come una forma di organizzazione

sistency) interna del diritto», sottolineando così come le ragioni per giustificare qualsiasi decisione interpretativa risultino strutturalmente parziali (cfr. J.L. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, in *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, ed. by A. Marmor, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 216 ss.).

(15) Cfr. ad es. R. Alexy., *On the Concept and the Nature of Law*, «Ratio Juris», 21, 3, 2008, pp. 281-299; Id., *The Dual Nature of Law*, «Ratio Juris», 23, 2, 2010, pp. 167-182.

(16) Secondo la ricostruzione di Max Weber, la moderna visione giusrazionalista concepisce il diritto, in quanto fondato sullo schema della fattispecie (la sussunzione del caso concreto all'interno di uno schema astratto e prestabilito), come dotato dei requisiti di prevedibilità e calcolabilità. Cfr. M. Weber, *Economia e società* [1922], tr. it., vol. III, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, p. 17; sul tema, si vedano anche le considerazioni di N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, spec. pp. 33-38. Più in generale, cfr. G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005.

(17) Sul valore della certezza giuridica all'interno del costituzionalismo contemporaneo, si veda in particolare G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, «Diritto pubblico», 2, 2018, pp. 516-544 (cfr. anche la bibliografia riportata nella nota 1). Per una ricognizione teorica delle principali definizioni di certezza del diritto presenti nella letteratura giuridica, cfr. G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 7-13. Particolarmente rilevante, al riguardo, è la distinzione tra certezza giuridica come fatto e certezza giuridica come valore: cfr. in questo senso E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 5; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 252; L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 61-63.

del potere a cui si ricollega, sul piano interpretativo, una *connessione necessaria* tra il *diritto* e la *morale*. Questa tesi si fonda su una serie di argomenti che possono essere ricondotti principalmente al ruolo determinante svolto dalla morale nell'identificazione delle norme giuridiche valide e, parallelamente, alla critica del giuspositivismo in quanto atteggiamento conoscitivo basato sull'avalutatività e sulla separazione tra descrittivo e prescrittivo⁽¹⁸⁾.

Ora, un problema controverso – che non verrà approfondito all'interno di questo studio – è costituito dalla relazione logica tra questi mutamenti e quel complesso variegato di tesi filosofico-giuridiche sulla natura del diritto – oltre alla tesi della connessione necessaria (giustificativa e/o identificativa) tra diritto e morale, il rifiuto del positivismo giuridico, il primato del punto di vista interno, la qualificazione del diritto come “pratica sociale” interpretativa e argomentativa, l'idea dell'unica risposta corretta, ecc. – che, nella proposta di Paolo Comanducci, andrebbero a formare un comune orientamento denominato ‘*neocostituzionalismo metodologico*’⁽¹⁹⁾. In linea generale, si può affermare che gli assunti costi-

(18) In argomento, cfr. in particolare V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999; R. Escudero Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.

(19) Cfr. P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, in T. Mazza (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002. In particolare, il termine è stato usato per la prima volta da S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, «Doxa», 21, 1998, pp. 355-370; Id., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001. In argomento, si vedano anche P. Comanducci, *Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio*, in M. Bianchini, F. De Marini Avonzo, G. Viarengo (a cura di), *Studi in onore di Franca De Marini*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 125-134, p. 128, nota 5; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Il Mulino, Bologna, 2000; Id., *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, «Ragion Pratica», 7, 14, 2000, pp. 147-162. La nozione di neocostituzionalismo metodologico si fonda sulla tripartizione del giuspositivismo (teorico, ideologico e metodologico, appunto) elaborata da N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1977. Va precisato, tuttavia, che gli

tutivi di questa famiglia di posizioni non presentano alcun nesso logico necessario con la presenza di una costituzione rigida, lunga e garantita all'interno di un ordinamento giuridico. D'altra parte, è importante sottolineare che nulla vieta, in linea di principio, di rendere conto delle trasformazioni strutturali dell'universo giuridico a partire dal secondo Novecento, e più in particolare delle metamorfosi dei diritti all'interno del costituzionalismo postbellico, in termini giuspositivisti, ossia, più precisamente, attraverso quella particolare modalità di accostarsi allo studio del diritto basata su una pretesa di neutralità assiologica ed epistemica (*giuspositivismo metodologico*)⁽²⁰⁾. Questo approccio, peraltro, è del tutto compatibile con una rappresentazione del diritto che, sul piano teorico, riconosca la rilevanza, ad esempio, dei principi (e della conseguente necessità di bilanciarli) per l'interpretazione e l'ar-

autori che sostengono le tesi filosofico-giuridiche caratteristiche di questo approccio tendono generalmente a considerarsi "anti-positivisti", "post-positivisti" o "non-positivisti" (un'eccezione in questo senso è rappresentata da A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009).

(20) Si tratta di un rilievo di G. Pino (*Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, «Giurisprudenza costituzionale», 56, 1, 2011, p. 971), il quale ricorda che Susanna Pozzolo (a cui si deve la maternità del termine 'neocostituzionalismo'), in *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico* (cit., pp. 126-127), individua dieci tesi "neocostituzionaliste", nessuna delle quali è connessa alla presenza di una costituzione con le caratteristiche menzionate anteriormente; e che, d'altra parte, Manuel Atienza (*El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309) individua dodici tesi costitutive del "paradigma costituzionalista" (che diventano quattordici ne *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 55-56), delle quali solo due rimandano alla presenza della costituzione (la riformulazione in senso sostanziale della validità e l'interpretazione adeguatrice). Per alcuni tentativi di analisi giuspositivista dei tratti essenziali dello Stato costituzionale di diritto, cfr. L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997; G. Pino, *Legal Positivism in Contemporary Constitutional States*, «Law and Philosophy», 18, 5, 1999, pp. 513-536; V. Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Esi, Napoli, 2004; T. Mazzaresse, *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, «Jura Gentium», 2008; V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 248 ss.

gomentazione giuridica, o, sul piano ideologico, con un atteggiamento di approvazione nei confronti dello Stato costituzionale e del processo di costituzionalizzazione della cultura giuridica. (i) Riaffermando la tesi della separabilità fra diritto e morale (e, correlativamente, mantenendo la distinzione tra conoscenza scientifica del diritto e sua valutazione), (ii) difendendo una visione del fenomeno giuridico, inteso in quanto fatto, prodotto di atti umani, una lettura giuspositivista dei processi di trasformazione richiamati dovrà però escludere che la validità dei diritti fondamentali si regga esclusivamente sulla loro *dimensione sostanziale*.