

## I.

### L'interpretazione nello Stato di diritto costituzionale

SOMMARIO: 1. L'interpretazione nelle teorie giuridiche contemporanee. – 2. Interpretazione e stato di diritto costituzionale. – 3. Validità di disposizioni e validità di norme. – 4. La “costituzionalizzazione” dell'ordinamento giuridico italiano. – 5. Neocostituzionalismo e “diritto come interpretazione”. – 6. La teoria del diritto come pratica sociale argomentativa. – 7. L'“aria di famiglia” fra i vari giochi dell'interpretazione. – 8. L'interpretazione giuridica ha un carattere idiosincratico?

#### 1. *L'interpretazione nelle teorie giuridiche contemporanee*

Prima di entrare nel merito del tema specifico oggetto della mia analisi, è opportuno premettere alcune considerazioni sul contesto di sfondo in cui oggi, nella cultura giuridica dei paesi occidentali (ma con particolare riferimento al nostro paese), viene a collocarsi la teoria dell'interpretazione giuridica, considerata come settore della teoria del diritto.

È importante precisare, però, onde evitare equivoci, che in questo paragrafo introduttivo intendo la nozione di “interpretazione” in un senso molto più *ampio* rispetto a quello, ben più *ristretto*, che adotterò in questo volume. Nel suo senso ampio per “interpretazione” può intendersi quel complesso di attività intellettuali di giuristi e operatori, svolto su base linguistica, attraverso le quali questi soggetti non solo *producono norme esplicite* a partire da disposizioni normative (legislative, costituzionali, eccetera) preesistenti, ma *integrano* anche il discorso del legislatore, ad esempio colmando lacune attraverso l'introduzione di nuove norme (*norme implicite*); oppure risolvendo antinomie fra norme; oppure, ancora, attribuendo alle disposizioni significati compiuti che prescindono dal loro significato convenzionale di partenza, nel senso che non sono ottenuti attraverso un processo di arricchimento semantico di quello stesso significato convenzionale. In questo complesso di attività intellettuali includo, inoltre, anche tutte le altre attività che in qualche modo possono servire a raggiungere gli scopi dell'attribuzione di un significato ad una disposi-

zione o della produzione di una nuova norma, o sono comunque collegate con questi scopi: ad esempio, le attività di carattere preliminare all'interpretazione vera e propria (ad esempio, l'individuazione delle disposizioni applicabili ad un dato caso, l'accertamento della loro "validità", e così via), e le attività di carattere argomentativo, che valgono eventualmente a giustificare l'opzione semantica privilegiata<sup>1</sup>.

Ebbene, la teoria dell'interpretazione occupa oggi un posto assolutamente cruciale nella teoria del diritto (e, più in generale, nella filosofia del diritto<sup>2</sup>) contemporanea. Intendiamoci, la teoria dell'interpretazione ha sempre avuto un posto importante all'interno della teoria giuridica. Non c'è manuale o trattato di teoria del diritto che non abbia dedicato alcune pagine o un capitolo intero a questo tema. Se prendiamo le grandi teorie del diritto del secolo scorso, notiamo, però, che l'interpretazione viene tutto sommato considerata come un "argomento di settore", sia pure di importanza decisiva. Se, ad esempio, guardiamo all'opera di Kelsen, ci accorgiamo che nella *Dottrina pura del diritto*<sup>3</sup> l'interpretazione giuridica è discussa nell'ultimo capitolo, e dunque dopo che sono stati affrontati e risolti, in via pregiudiziale, tutti i problemi che Kelsen considera di carattere fondamentale: i problemi, cioè, legati all'identificazione e all'attribuzione di validità alle norme giuridiche e poi all'inserimento di queste norme all'interno di un sistema che le ricomprenda. Per Kelsen, insomma, l'interpretazione interviene su di un diritto di cui è già stata accertata, in modo indipendente rispetto all'interpretazione, l'*esistenza* (alla luce della categoria della validità).

Il discorso non cambia se prendiamo in considerazione l'opera di un altro grande teorico del diritto del secolo scorso, Alf Ross. Anche in *Diritto e giustizia*<sup>4</sup> il capitolo sull'interpretazione è soltanto il quarto, e tro-

---

<sup>1</sup> Su questo senso "ampio", o "lato", o "larghissimo" di interpretazione giuridica, cfr., fra gli altri, E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 57-59; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 50, 60-63; M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 255.

<sup>2</sup> Per la distinzione fra "filosofia del diritto" e "teoria del diritto" rinvio al mio *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 37-39.

<sup>3</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960; trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975, cap. VIII. A proposito del ruolo giocato dall'interpretazione nella teoria del diritto di Kelsen, Prieto Sanchís nota, correttamente a mio avviso, che la teoria di Kelsen è una «teoria del diritto senza interpretazione» (L. Prieto Sanchís, *La teoria del diritto nei "principia juris" di Luigi Ferrajoli*, in P. Di Lucia (a cura di), *Assiomatica del diritto. Filosofia e critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Led, Milano, 2011, p. 190).

<sup>4</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, Steven & Sons, London, 1958; trad. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990 (1<sup>a</sup> ed. 1965), cap. IV.

va posto dopo che, nei capitoli precedenti, l'autore ha affrontato il problema dell'esistenza normativa del diritto (esistenza che per lui non può che essere una "esistenza empirica").

Oggi, invece, un buon numero di testi che si pongono l'ambizioso obiettivo di presentare una concezione generale, una visione di insieme del diritto, pongono l'interpretazione, o l'argomentazione (per il momento non mi interessa fare questa distinzione) come idea centrale, vero e proprio fulcro attorno al quale far ruotare la trattazione<sup>5</sup>.

La centralità della teoria dell'interpretazione può essere declinata in due modi: si può dire cioè, alternativamente, o che la nozione di interpretazione è un elemento necessario e pregiudiziale per render conto delle altre nozioni giuridiche fondamentali; oppure che è proprio l'interpretazione ad incarnare l'idea stessa di diritto positivo (nel senso che il diritto stesso è, nel suo nucleo di significato primario e centrale, una *pratica interpretativa*).

Resta il fatto che l'interpretazione, in questi studi, non è più una delle – sia pur necessarie – parti di una teoria del diritto che si è già sviluppata prendendo in esame altre nozioni, considerate come pregiudiziali, ma costituisce al contrario un elemento logicamente prioritario rispetto agli altri. Si badi bene, non è una questione di carattere quantitativo; come ben dicono Viola e Zaccaria<sup>6</sup>, quello che accade non è tanto che il capitolo dell'interpretazione diventa più corposo, quanto che la teoria dell'interpretazione assume una importanza decisiva per la descrizione del diritto stesso<sup>7</sup>. Lo studio dell'interpretazione, in altri termini, entra in campo proprio quando si tratta di affrontare la questione dell'esistenza del diritto e della sua validità.

Anche a prescindere da queste letture più radicali della centralità dell'interpretazione, oggi, molto più frequentemente che in passato, il tema è oggetto di studi approfonditi, anche a partire da tradizioni giusfilosofiche molto diverse tra di loro<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Si vedano, a titolo di mero esempio, R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987; M. Atienza, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

<sup>6</sup> F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1999, p. V.

<sup>7</sup> Cfr., per questo tipo di considerazione, D. Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova, 2003.

<sup>8</sup> Si veda, ad esempio, da una parte il lavoro, ormai classico, di N. MacCormick, legato ad un giuspositivismo di ispirazione analitica (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978; trad. it. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli

## 2. Interpretazione e stato di diritto costituzionale

Quali sono le cause che hanno determinato questo diverso ruolo giocato dall'interpretazione nelle teorie giuridiche contemporanee? Dare una risposta completa e articolata fuoriesce completamente dagli obiettivi di questa indagine. In linea generale possiamo dire, seguendo una schematizzazione particolarmente appropriata proposta da Prieto Sanchís<sup>9</sup>, che il pendolo della cultura giuridica occidentale tende oggi a oscillare in direzione della grande tradizione giusfilosofica del *pensiero dialettico o problematico*, e ad allontanarsi, invece, da quella del *pensiero razionalistico o sistematico*. La prima tradizione vede nel diritto, più che un universo normativo, un insieme di argomenti idonei ad orientare il ragionamento (dei giuristi, degli operatori, e così via), non ritenendo possibile ricostruire l'ordine giuridico come un sistema razionale, unitario, completo e coerente. La seconda tradizione vede il diritto come un ordine razionale dotato di una logica interna, o quantomeno come un oggetto di analisi suscettibile di una conoscenza e di una ricostruzione razionale.

Senza nemmeno voler tentare, come ho detto, di fornire una risposta di carattere generale alla questione posta sopra, una risposta parziale può però essere data con riferimento alle cause più recenti, quelle che spiegano l'odierna fortuna della nozione di interpretazione: le cause che riguardano il contesto culturale e istituzionale in cui oggi si collocano le organizzazioni giuridiche dei paesi occidentali. Proverò adesso ad elencare quelle che mi sembrano le principali, facendo particolare riferimento alla nostra organizzazione giuridica.

In realtà queste cause ruotano tutte attorno al fatto che le organizzazioni giuridiche occidentali si sono già da tempo dotate di un livello ulteriore di norme, le *norme costituzionali*, posto al di sopra del livello di cui fanno parte le leggi; è per questo motivo che tali organizzazioni vengono chiamate *stati di diritto costituzionali*.

Non è certo questa la sede per soffermarsi sulle caratteristiche degli stati di diritto costituzionali e sulle loro differenze con gli stati di diritto ottocenteschi; mi interessa soltanto ricavare dalla presenza delle costituzioni (e in particolare di una costituzione *scritta e rigida* come la nostra)

---

li, Torino, 2001); dall'altra gli importanti studi, ispirati alla filosofia classica, di Cavalla e della sua scuola, nei quali il discorso interpretativo si inserisce nel più generale quadro del *discorso retorico* (cfr. F. Cavalla, *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano, 2007). In ambito ermeneutico, oltre al lavoro già citato di F. Viola e G. Zaccaria, si può anche vedere il recente lavoro di V. Omaggio-C. Terlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010.

<sup>9</sup> L. Prieto Sanchís, *La teoria del diritto*, cit., p. 181.

alcune implicazioni che ne mettano in luce la connessione con la notevole fortuna della nozione di interpretazione nella teoria del diritto contemporanea.

Svilupperò queste implicazioni guardando in via particolare alla nostra esperienza giuridica. Ebbene, la presenza di una costituzione scritta e rigida favorisce la centralità dell'interpretazione in *tre modi diversi*.

### 3. Validità di disposizioni e validità di norme

*In un primo modo*, la centralità dell'interpretazione può essere spiegata facendo riferimento alle conseguenze che la presenza stessa di una costituzione come la nostra determina sulla "validità delle disposizioni" e sulla "validità delle norme giuridiche".

Non a caso ho qui posto una differenza fra la "validità" come predicato di *disposizioni* e la "validità" come predicato di *norme*. Questa distinzione implica l'accettazione di alcune tesi teoriche che è bene esplicitare, sia pure brevemente.

La *prima tesi teorica* è quella che distingue fra le *disposizioni giuridiche*, viste come *enunciati* facenti parte del discorso del legislatore, e le *norme*, viste come *significati* attribuiti, in sede di interpretazione, a questi enunciati. Si tratta di una tesi che, originariamente avanzata nell'ambito della nostra teoria analitica del diritto<sup>10</sup>, ha conosciuto nel corso di questi decenni una notevole diffusione, anche in ambiti teorici diversi rispetto a quelli originari. Qui per "enunciato" deve intendersi l'*unità minimale della comunicazione linguistica*, una sequenza di parole "sintatticamente ben formata", cui è possibile attribuire uno o più significati<sup>11</sup>. Da ciò segue che le disposizioni sono gli enunciati del diritto visto come "linguaggio-oggetto", gli enunciati prodotti da un organo che ha la competenza per farlo.

Da questo punto di vista, l'interpretazione può essere caratterizzata come quell'attività che *produce norme* (che cosa implichi "produrre norme" attraverso l'interpretazione lo vedremo dopo), attribuendo significati alle disposizioni.

---

<sup>10</sup> Il primo filosofo del diritto a formulare questa tesi in termini rigorosi sul piano della filosofia del linguaggio è stato Giovanni Tarello. Una formulazione particolarmente chiara e persuasiva di questa tesi la si può trovare in G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 9-10.

<sup>11</sup> Cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 143 ss.

La *seconda tesi teorica* che è presupposta dalla distinzione fra “validità delle disposizioni” e “validità delle norme” è quella che individua nella “esistenza” la categoria generale all’interno della quale inserire le varie predicazioni (“efficacia”, “validità”, “applicabilità”) che possono essere attribuite alle disposizioni e alle norme<sup>12</sup>. È proprio all’interno della categoria della esistenza che possiamo inserire la predicazione della validità. In linea generale, la validità è una caratteristica di disposizioni e di norme che determina la loro *appartenenza* ad un ordinamento giuridico e che dipende dalla conformità della produzione del singolo enunciato o della singola norma alle norme, formali e sostanziali, che ne disciplinano la creazione e ne circoscrivono il contenuto<sup>13</sup>.

Sulla base di questi presupposti, possiamo adesso chiarire la distinzione fra validità di una disposizione e validità di una norma. La prima riguarda la dimensione *formale* della validità, e consiste nella conformità del modo di produzione della disposizione in questione allo schema predisposto dalle norme gerarchicamente superiori (ad esempio, la conformità del modo di produzione della disposizione legislativa rispetto allo schema predisposto dalle norme costituzionali che disciplinano la materia in questione). In questo senso la validità formale è una proprietà di disposizioni<sup>14</sup>, perché, per questo tipo di accertamento relativo alla correttezza della modalità di produzione, non rileva per nulla il contenuto delle disposizioni stesse. Se, invece, parliamo di “validità di una norma” allora facciamo riferimento alla dimensione *materiale* della validità: una norma è *materialmente valida* quando non è incompatibile con le norme di grado superiore che ne pre-determinano il possibile contenuto (si pensi, ad esempio, al possibile contrasto fra il contenuto di una norma di legge ed un principio costituzionale)<sup>15</sup>. Si tratta di un tipo di validità che chiaramente riguarda norme, e non disposizioni, perché coinvolge l’accertamento non solo del contenuto della norma la cui validità è in discussione, ma anche del contenuto della norma superiore che funge da parametro per stabilire la validità della norma inferiore. È importante precisare, a questo proposito, che questi processi di accertamento consistono essenzialmente in attività interpretative<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Riprendo, per tutte queste distinzioni connesse con le nozioni di “esistenza” e di “validità” di disposizioni e di norme, l’illuminante analisi di G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 20-40.

<sup>13</sup> Per questa definizione cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 129.

<sup>14</sup> Così G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 25.

<sup>15</sup> Cfr. ancora R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 130.

<sup>16</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 28.

Siamo così tornati al discorso sul *primo modo* in cui può essere spiegata la centralità dell'interpretazione negli stati di diritto costituzionali. Nelle concezioni giuspositivistiche tradizionali, che non tengono conto in modo adeguato degli elementi di grande novità introdotti nei nostri ordinamenti dalla presenza delle costituzioni, la nozione di validità di una norma viene ricondotta alle sue caratteristiche *formali*. Il caso paradigmatico di una teoria formale di questo tipo è rappresentato dalla posizione espressa da Kelsen<sup>17</sup>. Oggi, invece, molti teorici del diritto sostengono, a mio avviso a ragione, che una nozione meramente formale di validità non è in grado di spiegare come le disposizioni legislative acquistino una esistenza normativa nel contesto degli stati di diritto costituzionali; e la ragione è che le disposizioni legislative, in tale tipo di contesto istituzionale, non sono sottoposte soltanto a vincoli di tipo *formale*, ma anche a vincoli di tipo *sostanziale* (legati alla presenza dei principi costituzionali). Proprio a causa della presenza di questi vincoli di carattere sostanziale, le disposizioni di cui sopra passano attraverso il filtro costituito da un *test* ulteriore rispetto a quello che consiste nella verifica della correttezza formale dell'atto produttivo che le pone in essere: si tratta, per l'esattezza, del *test* che consiste nell'accertamento della conformità del contenuto di significato delle disposizioni stesse rispetto a quello dei principi costituzionali. Questo "accertamento sulla conformità" presuppone l'interpretazione del contenuto di significato delle disposizioni legislative in questione, ma anche del contenuto di significato dei principi costituzionali; il confronto che si instaura, pertanto, è un *confronto fra norme*.

Questo è quello che accade, ad esempio, quando la nostra Corte costituzionale, investita di una questione di costituzionalità relativa ad una disposizione legislativa, si preoccupa di accertare la conformità o meno del contenuto di questa disposizione rispetto al contenuto di uno o più principi costituzionali che sono rilevanti per la materia del contendere.

Come ho detto sopra, l'interpretazione gioca un ruolo assolutamente decisivo nel processo di controllo della *validità materiale* di una legge. Infatti, è attraverso l'interpretazione (sia delle disposizioni di cui è in questione la legittimità, sia dei principi costituzionali coinvolti nella decisione) che è possibile accertare se quella disposizione debba o meno essere annullata (e dunque privata della sua esistenza giuridica).

Proprio per questa ragione Ferrajoli<sup>18</sup> si preoccupa di distinguere, in una visione *dinamica* del processo di accertamento della validità che ne

---

<sup>17</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 16-17, 216-227.

<sup>18</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1989, pp. 97, 348-349, 476, 916.

coinvolge entrambe le dimensioni, quella formale e quella materiale, due fasi diverse del processo con cui le disposizioni acquistano validità: la fase del *vigore*, che è quella in cui la disposizione, in quanto posta da un atto normativo formalmente ineccepibile, raggiunge un primo stadio di esistenza; e la fase della *validità in senso pieno*, che è quella in cui il contenuto della disposizione in vigore viene considerato conforme al contenuto dei principi costituzionali rilevanti per la sua validità: e ciò può avvenire, o in via *esplicita*, perché la norma supera positivamente il giudizio di legittimità costituzionale; ovvero per via *implicita*, perché la norma, in un dato momento “x”, non è stata ancora sottoposta a tale giudizio (e la si ritiene implicitamente valida). È appena il caso di notare che questi giudizi sono interamente basati sull’esito di processi interpretativi.

È importante, adesso, tirare le somme di questo ragionamento, per ricavarne alcune implicazioni in merito alla centralità dei processi di interpretazione negli stati di diritto costituzionali. Orbene, se è vero che in queste organizzazioni giuridiche la “esistenza in quanto validità” di una norma dipende anche dalla sua conformità materiale rispetto alle norme di grado superiore, e che l’accertamento di questa conformità dipende da attività di tipo interpretativo, allora è altrettanto vero che queste ultime attività intervengono direttamente a determinare l’esistenza stessa delle norme. L’interpretazione, dunque, non potrà più essere considerata un elemento *ulteriore* di una teoria del diritto, un elemento di cui si deve necessariamente tener conto, ma che si aggiunge *soltanto dopo* che sia stata compiuta l’analisi dei meccanismi che determinano l’esistenza stessa delle norme. L’interpretazione, al contrario, entra direttamente, e in modo decisivo, nei meccanismi che producono l’esistenza delle norme.

#### 4. La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico italiano

*In un secondo modo*, la peculiare centralità dell’interpretazione negli stati di diritto costituzionali non dipende più, questa volta, dalla mera presenza della Costituzione, ma dal fatto che si sia attivato e sia stato portato a compimento quel processo culturale cui viene dato il nome di “costituzionalizzazione”. Con questo termine ci si riferisce a «un processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale esso risulta totalmente “impregnato” dalle norme costituzionali»<sup>19</sup>. Si tratta di un processo

---

<sup>19</sup> La definizione è di R. Guastini (*La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano*, in “Ragion Pratica”, 11, 1990, p. 185), al quale dobbiamo l’analisi più acuta e penetrante di questo fenomeno.



culturale *storicamente contingente*, nel senso che non si attiva *necessariamente* a seguito della emanazione di una costituzione dotata di determinate caratteristiche (una costituzione *rigida*, protetta o garantita contro la legislazione ordinaria, all'interno della quale è assicurato un controllo sulla conformità delle leggi alla costituzione stessa); sta di fatto che nel nostro paese questo processo si è realizzato, in un arco di tempo che va dagli inizi degli anni '60 (anche a seguito della entrata in funzione della Corte costituzionale (1956)), ai nostri giorni, e adesso si presenta come un insieme di idee e di atteggiamenti assolutamente dominanti. Tale processo, con specifico riferimento alla nostra cultura giuridica, è consistito nella progressiva scoperta della costituzione da parte della cultura giuridica, sia nel senso che tutta la costituzione viene percepita come giuridicamente vincolante, che nel senso che tutti gli operatori giuridici sono chiamati a contribuire alla sua realizzazione<sup>20</sup>.

È chiaro che, in un contesto del genere, aumenta il peso e l'importanza dell'interpretazione, e proprio perché si allarga a dismisura il settore dell'*interpretazione costituzionale*, quella forma di interpretazione che si rivolge alle disposizioni costituzionali; e aumenta di pari passo il ruolo e l'importanza della teoria dell'interpretazione all'interno della teoria del diritto. Infatti, in un contesto del genere: i) i principi costituzionali si applicano anche ai rapporti fra privati; ii) la Costituzione è oggetto di interpretazione diretta da parte dei giudici ordinari<sup>21</sup>; iii) la Costituzione è oggetto di *sovra-interpretazione* o di *interpretazione estensiva*, nel senso che si ritiene che da essa possa essere tratta una serie innumerevole di *norme implicite* (norme che non sono direttamente ricavate mediante interpretazione da una specifica disposizione o combinazione di disposizioni<sup>22,23</sup>). L'interpretazione costituzionale, pertanto, è una sorta di "macchina costantemente in funzione" nel nostro ordinamento: essa, infatti, si attiva non soltanto nei casi in cui mancano le disposizioni di legge applicabili, ma anche in tutti quei casi (i "casi difficili") in cui ad una disposizione possono essere attribuiti più significati; in questi casi l'atteggiamento dominante di dottrina e giurisprudenza è quello di accordare la

---

<sup>20</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 121.

<sup>21</sup> Nel famoso "caso Englaro" la Cassazione civile (sez. I, sentenza 16-10-2007, n. 21748) considera direttamente applicabile, nel caso in questione, il *principio del consenso informato*, principio implicito che la Cassazione stessa ricava da una lettura congiunta degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

<sup>22</sup> R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 31.

<sup>23</sup> Su queste tre caratteristiche della costituzionalizzazione cfr. ancora G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 122-124.

preferenza, fra tutti i significati possibili, a quello che si “armonizza meglio” con i principi costituzionali (previamente interpretati, ovviamente) rilevanti per il caso in questione.

### 5. *Neocostituzionalismo e “diritto come interpretazione”*

*In un terzo modo*, la peculiare centralità dell’interpretazione negli stati di diritto costituzionali si trasforma in qualcosa di ancora più rilevante, dal punto di vista teorico, rispetto ai due modi precedenti: voglio dire che in questo caso l’interpretazione entra ancora più in profondità nel cuore della teoria del diritto. Essa non è più valorizzata soltanto per la pervasività e l’importanza della sua funzione all’interno dei meccanismi di funzionamento di queste organizzazioni giuridiche. Con un salto qualitativo degno di nota, essa diventa, per alcune teorie del diritto, *la caratteristica fondamentale del diritto stesso*, il dato che viene selezionato come prioritario per render conto, in termini complessivi, dell’esperienza giuridica (in un certo senso, per queste teorie, “il diritto è interpretazione”).

Questa collocazione dell’interpretazione come oggetto privilegiato di indagine per la teoria del diritto chiama in causa quella costellazione di concezioni che si suole etichettare con il termine “neocostituzionalismo”<sup>24</sup>, perché è all’interno di questo gruppo di concezioni che tali posizioni tendono a diffondersi.

Non è qui possibile, nello spazio di questa monografia, entrare nel merito delle variegate concezioni neocostituzionaliste, se non per dire che esse sostengono tesi molto diverse tra loro, che è molto difficile ricondurre alla coerenza e omogeneità che dovrebbe essere patrimonio di una singola tradizione di ricerca. In realtà è molto più facile definire il neocostituzionalismo “in negativo” (cosa che ho fatto in un mio lavoro precedente<sup>25</sup>), come gruppo di posizioni che cerca di mettere in questione l’impianto teorico del giuspositivismo tradizionale (visto nella successione diacronica di posizioni che vanno da Kelsen ad Hart), attraverso una serie di osserva-

---

<sup>24</sup> Gli studi dedicati a questo gruppo di concezioni sono in costante aumento. Qui mi limito a ricordare il libro di Susanna Pozzolo (*Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001), che sembra abbia avuto il merito di coniare il termine, e la bella analogia curata da Tecla Mazzaresse (*Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002). Cfr. anche il saggio di A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in “Diritto & questioni pubbliche”, 3, 2003, pp. 37-49.

<sup>25</sup> V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004, cap. VIII.

zioni critiche che ne toccano perlomeno quattro supposti “difetti”: i) la nozione puramente formale di validità giuridica; ii) la mancata distinzione fra regole e principi; iii) la tesi della assenza di una connessione necessaria fra diritto e morale; iv) la tesi della presunta neutralità dell'accostamento metodologico del giurista al diritto positivo.

Rilevo molto brevemente che, nei limiti in cui tali critiche possano rilevarsi fondate (e in gran parte lo sono), esse toccano, è vero, alcuni punti rilevanti della teoria e della metodologia ascrivibili al giuspositivismo, ma non ne mettono in questione il nocciolo concettuale fondamentale, gli elementi sulla base dei quali è possibile fornirne una *definizione concettuale*<sup>26</sup>. Da questa definizione, sulla quale non posso qui soffermarmi, risulta come vi sia una *opposizione concettuale mutuamente esclusiva* fra giuspositivismo e giusnaturalismo, tale per cui non è concepibile una tradizione di ricerca giusfilosofica che si presenti come un *tertium genus*, come una tradizione alternativa ulteriore rispetto alle prime due. Le concezioni neocostituzionaliste, quindi, possono essere considerate, in relazione al loro impianto concettuale, come appartenenti o alla tradizione di ricerca del giuspositivismo, ovvero a quella del giusnaturalismo.

## 6. *La teoria del diritto come pratica sociale argomentativa*

Il punto che mi preme sottolineare in questa sede, tuttavia, non è quello della qualificazione metateorica delle concezioni neocostituzionaliste, ma piuttosto il fatto che è all'interno di queste concezioni (ma non solo di queste) che la tesi “il diritto è interpretazione” ha conosciuto una particolare fortuna. È il caso, ad esempio, della concezione di Dworkin, dove il diritto è considerato come una *pratica sociale di carattere argomentativo*<sup>27</sup>, una pratica all'interno della quale è proprio attraverso attività di carattere argomentativo (di cui l'interpretazione è una parte) che i membri “laici” di un ordinamento giuridico (ma anche i giudici e i teorici del diritto) colgono il senso di ciò che le proposizioni giuridiche richiedono o permettono in relazione ai loro comportamenti. La formulazione di Dworkin è piuttosto confusa, per la principale ragione che non è chiaro se con la locuzione “proposizioni giuridiche” Dworkin intenda riferirsi a enunciati normativi facenti parte del linguaggio-oggetto (il linguaggio del le-

---

<sup>26</sup> Per questa definizione concettuale di “giuspositivismo” rinvio di nuovo al mio *Il positivismo giuridico*, cit., cap. II.

<sup>27</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. VII, 13.

gislatore, ad esempio), ovvero a segmenti del linguaggio usato dai giuristi e dai giudici nell'interpretare il linguaggio del legislatore.

Anche a prescindere dal riferimento a Dworkin, tuttavia, il punto che voglio mettere in evidenza è che l'odierna svolta a favore di concezioni giuridiche "orientate verso la pratica"<sup>28</sup> non è riconducibile soltanto a studiosi di ispirazione neocostituzionalista, ma rappresenta un "cambiamento di paradigma" che coinvolge studiosi di orientamenti teorici diversi<sup>29</sup>.

Il paradigma della "teoria del diritto come pratica sociale interpretativa", reinterpreted in chiave giusfilosofica analitica, rappresenta uno dei presupposti teorici di sfondo della *teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica* che presento in queste pagine. La teoria del diritto *practice oriented* esprime una forte e netta presa di distanza dalle concezioni *oggettualistiche* del diritto, dominanti fino agli anni '60 del secolo scorso<sup>30</sup>. In accordo con queste ultime le regole giuridiche rappresentano dei *dati oggettivi* (normativi o fattuali che siano) che si offrono alla descrizione dei giuristi e dei teorici, e che preesistono rispetto alle varie attività (di interpretazione, di uso sociale, di applicazione giudiziale) che poi a tali dati faranno riferimento.

Molto diversamente stanno le cose secondo l'approccio che guarda al diritto come pratica sociale: secondo la versione che offre di questa teoria la filosofia del diritto analitica, versione che a mio avviso può senz'altro riconnettersi al lavoro pionieristico di Hart, le regole giuridiche (per gli scopi di questa analisi possiamo considerare i termini "regole" e "norme" come sinonimi) esistono, in senso proprio, solo in quanto sono inserite in una *pratica sociale normativa*, in quanto, cioè, vengono interpretate, usate, applicate, menzionate, considerate come base per critiche, giustificazioni, eccetera, da parte dei membri di una comunità di *rule followers*, quei membri che adottano il punto di vista interno<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Brian Bix parla in proposito, in termini generali, di *turn to practice-based theories* (B. Bix, *Questions in Legal Interpretation*, in *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, ed. by A. Marmor, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 137).

<sup>29</sup> Faccio queste considerazioni nel mio *La svolta verso la teoria del diritto come pratica sociale nella filosofia giuridica analitica*, in R. Frega-R. Brigati (a cura di), *La svolta pratica in filosofia*, I, *Grammatiche e teorie della pratica*, in "Discipline filosofiche", XIV, I, 2004, pp.183-200.

<sup>30</sup> Sulla opposizione fra concezioni oggettualistiche del diritto e concezioni del diritto come pratica sociale (reinterpretate, queste ultime, come uno degli esiti teorici dell'adozione di una prospettiva epistemologica *costruttivistica* in ambito giuridico), si veda il mio *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999.

<sup>31</sup> Qui l'ovvio riferimento è alla ormai classica analisi hartiana avente come oggetto l'*internal point of view* (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed. with a Postscript (1<sup>st</sup> ed. 1961), Clarendon Press, Oxford, 1994; trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 67-70, 105-108).