

Premessa

Questo libro rappresenta una tappa di un programma di ricerca di ampio raggio sull'interpretazione giuridica. In un primo volume, di alcuni anni fa (*Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*¹), ho posto le basi teoriche dell'intera ricerca. In questo secondo mi occupo di un settore particolarmente rilevante dell'attività interpretativa, l'*interpretazione costituzionale*, e in modo particolare di un esito di questa attività che oggi riveste un'importanza assolutamente decisiva: i *disaccordi interpretativi profondi* (d'ora in poi "DIP").

Il titolo del saggio riecheggia quello di un recente bel libretto di Mario Jori (*Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*²), se non per il fatto che io uso l'espressione "ricostruttiva", invece che "descrittiva", come attributo di metagiurisprudenza. La ragione è che, come i miei lettori sanno, sono da sempre un critico accanito della possibilità stessa che possa configurarsi un linguaggio "meramente descrittivo" (e questo in tutti gli ambiti della conoscenza).

Perché ho inserito nel titolo la locuzione "saggio di metagiurisprudenza"? Semplicemente perché il mio lavoro guarda al suo oggetto di studio (i DIP) non in modo diretto, ma attraverso il filtro e la mediazione dei discorsi interpretativi (e delle loro possibili giustificazioni metaetiche) di giudici e giuristi, che poi sono quelli che producono, appunto, i "disaccordi profondi". Ma il "diritto positivo" rimane pur sempre, in fondo, l'oggetto diretto della mia ricerca, visto che, comunque, questi discorsi fanno integralmente parte del diritto positivo, in quanto contri-

¹ Giappichelli, Torino, 2012.

² ETS, Pisa, 2010.

buiscono, dinamicamente, a delinearne il contenuto normativo (le “norme”).

Voglio subito precisare che il mio lavoro è tuttora un *work in progress*. Vi sono alcune parti che non sono sviluppate in modo compiuto, o la cui trattazione è stata quasi completamente tralasciata: i) è ancora esiguo il numero dei casi paradigmatici di DIP trattati; ii) è appena abbozzata la sezione dedicata alle concezioni metaetiche *espressiviste* e *oggettiviste* (ma c'è una ragione per questo, come dirò in seguito); iii) è stata omessa la questione dei giudizi di valore nell'interpretazione giuridica; iv) è stata tralasciata l'intera e importantissima parte dedicata al “dialogo incrociato” fra la nostra giurisprudenza, la Corte di Giustizia (a livello di diritto dell'Unione Europea), e la CEDU (a livello di diritto internazionale), con tutto quello che questo comporta per lo studio di questa dimensione sovranazionale e internazionale dei DIP. Mi è mancato il tempo e lo spazio per definire meglio questi aspetti importanti del mio progetto di ricerca. Conto di farlo in seguito.

È da circa tre anni che lavoro a questo tema. La mia ricerca ha conosciuto alcune importanti tappe intermedie: la prima ha avuto come suo esito il saggio *Deep Interpretive Disagreements and Theory of Legal Interpretation*³, uscito alcuni mesi fa; la seconda ha avuto come esito il libretto *Disaccordi interpretativi profondi*⁴, uscito alla fine del 2016, per la pubblicazione del quale ringrazio sentitamente Aljs Vignudelli, la cui efficienza, come direttore della collana “Piccole conferenze”, è ormai proverbiale.

L'idea di sviluppare questo particolare aspetto del mio programma di ricerca sull'interpretazione giuridica è nata a seguito di una discussione sul mio precedente libro, sopra citato, *Una teoria pragmaticamente orientata dall'interpretazione giuridica*. La discussione si è svolta nelle riviste “*Revus*” e “*Diritto e questioni pubbliche*”⁵. Riflettendo sulle critiche suscitate dal libro mi

³ In *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, ed. by A. Capone and F. Poggi, Springer, Switzerland, 2016, pp. 89-119.

⁴ Mucchi, Modena, 2016.

⁵ Il dibattito si è sviluppato nei numeri 17 (con gli interventi di Poggi e di Vignolo) e 18 (con le mie repliche) di “*Revus*” (2012), e nel numero 13

sono accorto dell'importanza rivestita dai disaccordi interpretativi negli stati di diritto costituzionali, ma soprattutto del fatto che la mia teoria dell'interpretazione non era in grado di renderne adeguatamente conto. Mi sembrava che fosse l'idea di *contesto di sfondo*, in particolare, a richiedere ampie modifiche.

Nel corso di queste riflessioni è accaduto che, a poco a poco, le mie tesi sui DIP cominciassero a prendere una consistenza autonoma rispetto agli esiti di quel dibattito; e questo perché mi sono accorto che il tema dei DIP ha progressivamente acquistato una sempre maggiore importanza all'interno della cultura giuridica che caratterizza – ma si dovrebbe dire, meglio, delle “culture giuridiche che caratterizzano” – i nostri stati di diritto costituzionali. A tale proposito, mi sembra importante sottolineare quantomeno due punti: i) il modo assolutamente peculiare in cui, proprio in relazione ai disaccordi, si atteggiano i rapporti fra diritto e morale all'interno di queste organizzazioni giuridiche; ii) il fatto che i DIP rappresentano un esempio importante di quei disaccordi *faultless* che sono attualmente oggetto di discussioni molto accese nella filosofia del linguaggio contemporanea.

Vengo, adesso, alle occasioni di dibattito, ai convegni e seminari, agli incontri con colleghi che hanno in qualche modo stimolato lo sviluppo della mia ricerca. Mi corre l'obbligo di sottolineare, *in primis*, il grande debito che ho contratto nei confronti del mio collega di Palermo, il giurista Giovanni Fiandaca. Nel corso di questi ultimi anni Fiandaca ha prodotto alcuni contributi per me di grande importanza per lo studio dei DIP, soprattutto di quelli che si verificano nell'ambito della bioetica (che sono poi i disaccordi più profondi e di più ampio spessore etico)⁶. Ma è stata soprattutto la lettura del suo saggio *I temi eticamente*

(2013) di “Diritto e Questioni Pubbliche”, con interventi di Caterina, Diciotti, Fuselli, Kristan, Nivarra, Poggi, Sardo, Velluzzi e le mie repliche finali.

⁶ Si tratta, nell'ordine, di *Scelte in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in “Legislazione penale”, 3, 2005, pp. 339-344; *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e post-secolarismo*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, L, 2-3, 2007, pp. 546-562; *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in “Il foro italiano”, V, 227, 2009, pp. 3-20; *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in “Rivista italiana di diritto e procedura civile”, LIV, 4, 2011, pp. 1383-1414.

sensibili ... a influenzare, sin dagli inizi, la mia ricerca, rinforzando la consapevolezza della necessità che gli interpreti, nelle vicende giuridiche oggetto di DIP, adottino, come premesse dei loro ragionamenti interpretativi, assunzioni discendenti da concezioni etiche “di sfondo”. Personalmente credo che i saggi di Giovanni Fiandaca rivestano un grande interesse per i filosofi e i teorici del diritto, e che, più in generale, questi ultimi dovrebbero interessarsi maggiormente alle discussioni in corso, in questo periodo, fra civilisti, penalisti e giuspubblicisti sui temi dell’interpretazione giuridica (così come per tanti altri temi oggetto di comune interesse). In questo volume cercherò di tener conto di alcuni esiti di queste discussioni, con particolare riferimento all’ambito dell’interpretazione costituzionale.

Sempre a proposito delle occasioni di dibattito sul mio lavoro di ricerca, colgo l’occasione per ringraziare gli amici che mi hanno invitato a tenere relazioni a convegni e seminari, sottoponendo le mie tesi a un rigoroso vaglio critico. Mi piace menzionare, in modo particolare: Maurizio Manzin e Federico Puppo per gli inviti al Convegno “Processo e metodo nell’età del pluralismo” (28 marzo 2014, Trento) e al seminario “I disaccordi interpretativi profondi nella teoria e nella pratica del diritto” (14 gennaio 2016, Trento); Aldo Schiavello per il seminario “Disaccordi interpretativi”, tenutosi presso il dottorato “Diritti dell’uomo: evoluzione, tutela e limiti” (20 giugno 2014, Palermo); Pierluigi Chiassoni per le lezioni al master “Global Rule of Law and Constitutional Democracy” (febbraio 2015, Imperia); José Juan Moreso per il seminario “Palermo-Barcellona Albert Casamiglia” (14/15 maggio 2015, Barcellona); Mario Jori, Vito Velluzzi e Silvia Zorzetto per il convegno “Giornata di filosofia analitica del diritto per Mario Jori” (7 ottobre 2016, Milano).

Infine, ringrazio tutti gli amici che mi hanno aiutato, attraverso le loro osservazioni, a chiarirmi le idee su questo tema, così complesso e affascinante. In particolare voglio menzionare, in ordine sparso: Bruno Celano, Samuele Chilovi (grazie per Cappelen!), Gabriele Fornasari, Andrej Kristan, Alessandra Pera, Giorgio Pino (un doppio grazie!), Francesca Poggi, Alessandro Tesauro, Serena Tomasi (grazie per Vogelini!).

I

Disaccordi interpretativi profondi: il quadro concettuale di riferimento

SOMMARIO: 1.1. Una definizione preliminare di “disaccordi interpretativi profondi”. – 1.2. I disaccordi interpretativi e i conflitti fra principi. – 1.3. Importanza *qualitativa* e cause *general*i dei DIP. – 1.4. Le cause *specifiche* dei DIP e il dissenso sulla “lista aperta” o “chiusa” dei diritti. – 1.5. Due tesi centrali sui DIP e il rapporto con i casi concreti. – 1.6. La “lettura morale” della Costituzione. – 1.7. Valori costituzionali oggettivi? – 1.8. I DIP fra legislazione e giurisdizione. – 1.9. Lo schema dei prossimi capitoli.

1.1. *Una definizione preliminare di “disaccordi interpretativi profondi”*

È opinione comune che la presenza di disaccordi sia una caratteristica fondamentale delle società occidentali, a livello culturale, politico, etico, giuridico, ecc. Il pluralismo delle visioni del mondo, delle concezioni etiche, delle ideologie politiche, delle teorie giuridiche, dei modi di interpretare e di applicare il diritto, e così via, è un dato delle nostre comunità politiche che sembra ormai sufficientemente acquisito. In questo lavoro, tuttavia, non mi occuperò di questi tipi di disaccordi nel loro complesso; farò esclusivo riferimento a una piccola porzione di essi. Assumerò come oggetto della mia indagine, all’interno della categoria generale dei *disaccordi giuridici*, una particolare *species* della classe dei *disaccordi interpretativi*, quelli che conviene chiamare *disaccordi interpretativi profondi* (“DIP”).

Preciso subito che il mio obiettivo, nell’esaminare questo ti-

po di disaccordi, non è quello di prendere posizione nel merito, per giustificare l'una o l'altra delle decisioni interpretative e applicative che sono oggetto di dissensi così radicali. Naturalmente ho le mie idee in proposito, e verranno inevitabilmente fuori qui e là, nel corso della trattazione. Il mio compito principale, tuttavia, è render conto della loro *natura* (*inquadramento concettuale*), del loro *fondamento* (*giustificazione in sede metaetica*), e del *modo in cui vengono creati e discussi* (*teoria dell'interpretazione*).

Le tesi che sosterrò sui DIP intendono riferirsi, in prima approssimazione, al campo di riferimento rappresentato dal nostro stato di diritto costituzionale. Gli esempi che discuto, e che esprimono la base di controllo "empirica" delle mie tesi, sono tratti quasi esclusivamente da vicende interpretative e applicative che si sono verificate all'interno della nostra organizzazione giuridica. Tuttavia, le notevoli somiglianze che vi sono negli assetti costituzionali delle democrazie occidentali (nelle forme e nei contenuti dei *principi apicali*), e la presenza, anche in ordinamenti diversi dal nostro, di disaccordi interpretativi della stessa natura di quelli di "casa nostra", consentono di presumere che le mie tesi abbiano in realtà un campo di estensione più ampio. A favore di questa presunzione gioca l'ampia messe di studi sui disaccordi interpretativi aventi per oggetto altre organizzazioni giuridiche (francese, inglese, tedesca statunitense), studi di cui purtroppo non si potrà tener conto, se non in minima parte, nel presente lavoro, ma che delineano una trama di disaccordi per nulla diversa dalla nostra. Naturalmente, i modi di ricostruirne la natura, il fondamento, le possibili modalità di soluzione, ecc., possono essere anche molto differenti; ma questo non deve per nulla stupirci, perché questo è quello che accade anche all'interno stesso della nostra cultura giuridica (come vedremo nelle prossime pagine).

Mi pare quanto mai opportuno, all'inizio dell'indagine, fornire una definizione orientativa dei DIP e dare anche alcune delucidazioni sugli "oggetti" su cui essi vertono. Per "disaccordi interpretativi profondi" intendo quelle *divergenze particolarmente radicali* che occorrono nell'attività interpretativa di giu-

dici e giuristi nei casi in cui essi hanno a che fare con espressioni e locuzioni valutative contenute in disposizioni *esplicite*, ovvero in norme *implicite* (costruite per via dogmatica o giurisprudenziale, e poi nuovamente suscettibili di interpretazione), disposizioni e norme che, nella maggior parte dei casi (e certamente nei casi più interessanti), fanno parte della categoria dei *principi costituzionali a carattere fondamentale*, che riconoscono e garantiscono *diritti*, appunto, *fondamentali*. Per inciso, quando, nel proseguo dell'indagine, farò riferimento a questi contenuti etici presente nei principi costituzionali fondamentali, userò la locuzione "formule valutative".

Questa definizione riguarda i *disaccordi interpretativi profondi diretti*, che hanno come oggetto il contenuto sostanziale delle disposizioni oggetto di interpretazione. Ma si deve precisare che esistono anche *disaccordi interpretativi profondi indiretti* (uno dei quali, di una certa importanza, sarà brevemente esaminato nel par. 1.4), che riguardano non tanto il contenuto delle disposizioni, ma, piuttosto, il modo di accostarsi a esse, l'approccio interpretativo da adottare. Va da sé, però, che, a partire dalle scelte strategiche divergenti in ordine a tale approccio, possono poi discendere ulteriori disaccordi, questa volta di carattere sostanziale.

Da quanto sopra affermato si desume che l'ascrivibilità all'ambito dei principi costituzionali fondamentali non è una *condizione necessaria* dei DIP. Non escludo, quindi, che possano darsi disaccordi profondi anche a livello di disposizioni costituzionali di carattere non fondamentale, oppure anche a livello di disposizioni legislative. Ad esempio, i disaccordi interpretativi sulla vicenda del "comune sentimento del pudore", legata all'interpretazione dell'art. 529 del codice penale¹, possono ben essere considerati come un caso di DIP: un caso, appunto, in cui oggetto di controversia è una *clausola generale* (ma sulle clausole generali mi soffermerò in seguito). I casi più interessanti e dirompenti di disaccordi interpretativi, quelli che richiedono *necessariamente* un "aggancio" a concezioni etico-politiche di sfon-

¹ Ricostruisco la vicenda del "comune sentimento del pudore" nel mio *Una teoria pragmaticamente orientata ...*, cit., pp. 197-215.

do e a visioni del mondo più complessive, sono però quelli che fanno capo ai principi costituzionali fondamentali.

Ho detto prima che i disaccordi interpretativi più “intrattabili” riguardano l’interpretazione di principi che riconoscono *diritti fondamentali*. Ebbene, ai fini del discorso che voglio sviluppare, non ho bisogno, per fortuna, di impegnarmi nella complicatissima discussione sulla definizione di “diritti fondamentali”. Mi basta tener ferma la definizione data da Giorgio Pino, secondo cui sono diritti fondamentali quei *diritti soggettivi* riconosciuti da norme (principi) a carattere fondamentale². Questa affermazione, come si può vedere, sposta opportunamente il peso della definizione da “diritto fondamentale” a “principio fondamentale”. A questo punto, sempre seguendo Pino, possiamo adottare una definizione di “principi fondamentali” che fa riferimento alla loro *collocazione apicale* nella gerarchia delle norme, definizione che utilizza due tipi di gerarchie fra i principi fondamentali e le altre norme. Ne deriva che, secondo una *gerarchia in senso materiale*, sono principi fondamentali «le norme che non possono 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)»; e che, *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»³.

L’aspetto che a me più interessa dei principi oggetto di DIP è che essi contengono locuzioni valutative⁴ (“rispetto della persona umana”, “diritto alla vita”, “pari dignità sociale”, “famiglia come società naturale”, “libertà come autodeterminazione”, “rieducazione del condannato”, “diritto alla salute”, “consenso infor-

²G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 12.

³*Ibidem*, p. 49.

⁴A proposito di termini come questi, alcuni filosofi del linguaggio contemporanei parlano di *interpretation sensitive terms* (cfr. H. Cappelen, *The Creative Interpreter: Content Relativism and Assertion*, in “Philosophical Perspectives”, 22, 2009, pp. 23-46).

mato alle cure mediche”, ecc.), e dunque locuzioni che fanno riferimento a valori. Si tratta, cioè, di locuzioni che designano beni e interessi che sono considerati di importanza primaria per gli individui, e ai quali, pertanto, lo Stato (*rectius*, il legislatore costituzionale) ha accordato e accorda una speciale protezione, traducendoli in orientamenti normativi della condotta, e dunque facendo sì che questi contenuti valutativi vengano inglobati in principi fondamentali di rango costituzionale⁵.

La natura scopertamente *compromissoria* di queste formule (il compromesso fra ideologie etico-politiche diverse all’origine del patto costituzionale), e la loro *indeterminatezza semantica* (che viene ulteriormente amplificata dall’esigenza di non privilegiare una ideologia rispetto alle altre), concorrono a determinare, come vedremo, esiti interpretativi radicalmente divergenti.

1.2. *I disaccordi interpretativi e i conflitti fra principi*

Molto spesso si sostiene che i disaccordi interpretativi più radicali nascano da conflitti fra diritti contenuti in principi fondamentali⁶. Con ciò ci si vuole riferire alle situazioni in cui due o più principi sono potenzialmente applicabili a un caso concreto, e bisogna allora operare un bilanciamento⁷ fra essi, scegliendo il principio che si ritiene più adatto per la soluzione del caso concreto e sacrificando, di conseguenza, gli altri principi applicabili. Vi è chi descrive questa situazione “standard” di

⁵Avanzo questa concezione del rapporto fra valori e principi nella nostra Costituzione nel mio *Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 258-260. Questo tipo di approccio trova dei consensi anche fra gli studiosi di diritto costituzionale: si veda, ad esempio, P. Veronesi, *La dignità umana tra teoria dell’interpretazione e topica costituzionale*, in “Quaderni costituzionali”, XXXIV, 2, 2014, pp. 319-322.

⁶Un’ottima analisi dei conflitti negli stati di diritto costituzionali è offerta da L. Zucca, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, New York, 2007.

⁷Sulla nozione di “bilanciamento” cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

conflitto fra principi usando l'immagine dei diritti che si presentano sempre "a grappoli"⁸, ovvero quella dei diritti che formano una "costellazione di vettori"⁹. Le operazioni di soluzione giurisprudenziale di un conflitto presuppongono, naturalmente, che si forniscano le relative interpretazioni del contenuto semantico delle disposizioni potenzialmente applicabili (formule valutative incluse); e queste interpretazioni, nella misura in cui operino selezioni diverse dei principi in gioco, producono anche risultati radicalmente divergenti.

Esempi classici di conflitti di questo tipo, e di relativi disaccordi che ne conseguono (ma l'elenco completo sarebbe molto lungo), sono quelli: i) fra *diritto alla vita* e *diritto all'autodeterminazione* nei casi di "fine vita" (sui quali tornerò nella parte dedicata ai casi paradigmatici di DIP); ii) fra *diritto di libertà*, nella sua espressione più ampia, e *diritto di autodeterminazione* (ad esempio, nel caso in cui sia in questione la legittimità dell'ingerenza statale nelle decisioni private di un soggetto, qualora si ritenga che tali decisioni producano comunque una perdita di autonomia del soggetto stesso¹⁰); iii) fra *diritto di manifestazione del pensiero*, libertà di stampa inclusa, e *principio di dignità* (ad esempio nel caso in cui la stampa pubblici immagini "compromettenti", a sfondo sessuale, di una donna avente un rilevante ruolo pubblico).

La questione che mi interessa, a proposito di questi tipi di conflitti, è se sia possibile compiere delle *generalizzazioni* a partire da questi esempi paradigmatici di conflitto, e cioè sostenere che vi sia una *connessione concettuale necessaria* fra la nozione di "conflitto fra principi" e quella di "disaccordo interpretativo profondo", sulla base della quale si possa affermare che "dove c'è disaccordo c'è sempre un precedente conflitto".

⁸ B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 88-89.

⁹ P. Zatti, *Note sulla "semantica della dignità"*, in *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, a cura di E. Furlan, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 95-111.

¹⁰ M. Iglesias Vila, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, in "Doxa", 23, 2000, pp. 84-85.

La risposta alla domanda richiede un chiarimento della nozione di “conflitto fra principi”. Se, infatti, si intende l’espressione “conflitto” in senso *ampio* e *generico*, come un qualsiasi tipo di divergenza molto forte che possa sorgere nell’interpretazione e nell’applicazione di disposizioni di principio, allora tutti i disaccordi implicano conflitti, anche quelli che riguardano l’interpretazione di un singolo principio. Se, invece, si intende “conflitto”, in un senso *stretto* e *specifico*, come di una situazione in cui più principi che producono soluzioni divergenti sono potenzialmente applicabili a un singolo caso, allora ci possono benissimo essere casi di disaccordo che non nascono da conflitti, ma che riguardano interpretazioni discordanti di una singola disposizione (ad esempio della locuzione “rieducazione del condannato”, contenuta nell’art. 27 Cost.); e questo può avvenire sia a livello di interpretazione operativa, e cioè in vista dell’applicazione a un caso concreto, sia a livello di *interpretazione dottrinale*, fornita dagli studiosi del diritto a fini teorico-dogmatici. Da questo punto di vista, insomma, è opportuno distinguere fra casi di disaccordi *single-principled* (disaccordi che coinvolgono interpretazioni divergenti di una stessa singola disposizione) e di disaccordi *multi-principled* (che fanno capo a interpretazioni divergenti di più disposizioni)¹¹.

È utile sottolineare, a questo proposito, che nella mia prospettiva di teoria dell’interpretazione il fatto, ovvio, che l’interpretazione dottrinale non si misuri con singole situazioni applicative concrete non vuol dire affatto che, nell’attività di attribuzione di significato alle disposizioni, il giurista possa omettere il collegamento con il variegato “mondo dei casi” (sia pure nelle diverse forme dei “casi-tipo”, dei casi introdotti per via di mera ipotesi, dei casi già risolti a livello giurisprudenziale, da sottoporre ad analisi critico-ricostruttiva, ecc.). La teoria del signifi-

¹¹ La distinzione è proposta, ad esempio, da S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreements and the Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, p. 56, e da Bruno Celano (*Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in “Analisi e diritto”, 2004, p. 64), che parla in proposito di *intra-right conflicts* e di *inter-rights conflicts*, adottando il senso ampio e generico di “conflitto” di cui sopra.

cato da me adottata prevede, infatti, che l'interpretazione debba necessariamente snodarsi, dinamicamente, sia lungo la dimensione del *sensu* (la dimensione intra-linguistica), che lungo quella del *riferimento* (la dimensione del rapporto fra il linguaggio e il campo degli oggetti che rappresentano l'ambito di estensione dei nostri termini)¹².

1.3. *Importanza qualitativa e cause generali dei DIP*

Il tema dei disaccordi conosce da qualche decennio una notevole fortuna, e non soltanto nell'ambito della filosofia del diritto, ma anche in quello della filosofia politica¹³ e dell'etica¹⁴. Nella filosofia e nella teoria del diritto, dopo anni di sostanziale disinteresse, il tema è stato recentemente fatto oggetto di discussioni piuttosto vivaci¹⁵, anche a seguito delle – piuttosto controverse – tesi di Ronald Dworkin sui disaccordi interpretativi¹⁶.

¹² Per la distinzione fra *sensu* e riferimento, si veda il mio *Una teoria pragmaticamente orientata ...*, cit., pp. 163-187.

¹³ Si vedano, a titolo di meri esempi: C. Mouffe, *The Democratic Paradox*, Verso, London-New York, 2000; S. Benhabib, *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*, in *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, ed. by S. Benhabib, Princeton University Press, Princeton, 1996, pp. 67-94; S. Macedo (ed. by), *Deliberative Politics. Essay on Democracy and Disagreement*, Oxford University Press, New York, 1999.

¹⁴ Si consultino, fra i molti altri, M. Kölbel, *Moral Relativism*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015; G. Harman (ed. by), *Explaining Value and Other Essays in Moral Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2000; C. Gowers (ed. by), *Moral Disagreements. Classic and Contemporary Readings*, Routledge, London and New York, 2000.

¹⁵ Testimoniano l'esistenza di questa ricca discussione i seguenti studi: *Acordes y desacuerdos. Como y por qué los juristas discrepan*, a cargo de P. Luque Sanchez y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2012; S. Besson, *The Morality of Conflict ...*, cit.; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999; L. Zucca, *Constitutional Dilemmas ...*, cit.; J. Perry, *Textualism and the Discovery of Rights*, in *Philosophical Foundations of Language in the Law*, ed. by A. Marmor and S. Soames, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 105-129.

¹⁶ Cfr. in particolare R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, p. 4 ss.

A mio avviso questo interesse è dovuto al fatto che i DIP rappresentano un fenomeno molto rilevante della struttura e delle modalità di funzionamento degli stati di diritto costituzionali¹⁷. La loro incidenza non ha però carattere *quantitativo*, quanto, piuttosto, *qualitativo*¹⁸. Voglio dire che il numero dei DIP è molto piccolo rispetto alla grande massa di casi, tutto sommato “facili”, che sono oggetto di interpretazioni dottrinali e giudiziali; tuttavia i casi di DIP richiedono quasi sempre, in via più o meno diretta, l’intervento di principi costituzionali fondamentali, che fanno riferimento a valori (e prima di tutto ai valori della “persona umana”). Questo intervento solleva questioni importanti, in ordine al *rapporto fra diritto e morale* negli stati di diritto costituzionali, alla *correttezza* o meno delle risposte giudiziali negli *hard cases*, alla natura e al ruolo dei giudizi di valore coinvolti nell’interpretazione, ecc. Insomma, ci sono molte ragioni per affermare che i DIP vadano presi molto sul serio¹⁹, e che quindi valga la pena di condurre un’indagine che li assuma come oggetto specifico di studio.

Passo, adesso, alle *cause* che hanno determinato, negli ultimi decenni, l’accentuarsi del peso e dell’importanza di questo fenomeno negli stati di diritto costituzionali. Un’analisi approfondita di queste cause, tuttavia, fuoriesce dal campo di estensione di questa indagine. Mi limiterò, pertanto, a quelle osservazioni che contribuiscono a una migliore comprensione della natura del fenomeno e della sua incidenza nei meccanismi di

¹⁷ Cfr. in proposito P. Comanducci, *Problemi di compatibilità fra diritti fondamentali*, in “Analisi e diritto”, 2002-2003, pp. 317-329.

¹⁸ Su questo punto mi trovo in dissenso con Luigi Ferrajoli (*I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 328-329, sulle cui tesi mi soffermerò in seguito, e con Brian Leiter, secondo il quale i disaccordi interpretativi non costituiscono un fenomeno-chiave dei nostri sistemi giuridici, né in termini quantitativi né in termini qualitativi (cfr. B. Leiter, *Cómo explicar los desacuerdos entre juristas*, in *Acordes y desacuerdos ...*, cit., p. 79 ss., 85-87). Una opinione decisamente critica nei confronti delle tesi di Ferrajoli, e che riconosce la presenza rilevante di conflitti fra diritti fondamentali (e dunque di disaccordi) nelle democrazie costituzionali, è quella espressa da Anna Pintore (*Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, ETS, Pisa, 2010, pp. 83-99).

¹⁹ Così S. Besson, *The Morality of Conflict ...*, cit., p. 1.

funzionamento delle organizzazioni giuridiche occidentali, e della nostra in particolare.

Pregiudizialmente, però, è opportuno distinguere fra *cause di carattere generale*, che sono comuni, in linea di massima, a tutti gli stati di diritto occidentali, e *cause più specifiche*, che riguardano soltanto il nostro.

Per quanto concerne le cause di carattere generale, la più importante, a mio avviso, è quella legata alla presenza, nelle nostre società, di un diffuso e ben consolidato *pluralismo etico*. Per definire questa nozione, non c'è modo migliore che far riferimento a quanto dice John Rawls nel suo ormai classico *Political Liberalism*²⁰. Secondo Rawls, dunque, le società democratiche moderne sono caratterizzate da una pluralità di *concezioni comprensive, ragionevoli ma incompatibili*; nessuna di esse è condivisa da tutti i cittadini, né ciò potrebbe accadere in futuro. Ciascuna di esse esprime una particolare prospettiva su ciò che ha valore per la vita umana e sui suoi fini ultimi; prospettiva che tiene insieme un certo modo di intendere i più importanti aspetti filosofici, religiosi e morali della vita umana e li organizza in modo coerente²¹.

Nel corso di questo lavoro, con riferimento alle concezioni etico-politiche di sfondo che orientano l'interpretazione nelle situazioni di DIP, userò la locuzione rawlsiana "concezioni comprensive", senza che ciò comporti, tuttavia, l'adesione al modo in cui lo stesso Rawls utilizza questa nozione, separandone la dimensione etica da quella più squisitamente politica.

La massiccia presenza di concezioni comprensive alternative nelle nostre comunità politiche costituisce una delle ragioni più importanti per cui le espressioni usate nei nostri testi costituzionali, per connotare i valori etico-politici di riferimento, sono co-

²⁰ Expanded Edition, Columbia University Press, New York, 2005.

²¹ *Ibidem*, pp. XVI-XVII, 19-20, 58-66. A proposito del pluralismo etico, mi pare utile menzionare anche alcune affermazioni di Tristram Engelhardt. Questo studioso osserva che nelle società occidentali conviviamo con visioni morali sorprendentemente diverse e, conseguentemente, con diverse concezioni degli obblighi, dei diritti e dei valori morali, ciascuna delle quali "reclama la propria priorità" (H.T. Engelhardt Jr., *Manuale di bioetica*, seconda edizione, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1999, p. 25).

sì *generiche e indeterminate*: nello specifico caso della nostra organizzazione giuridica l'accordo sui principi fondamentali, da parte delle forze politiche che siglarono il patto costituzionale, venne ottenuto, appunto, al prezzo di una radicale indeterminatezza nei contenuti. Come ben sappiamo, il nostro testo costituzionale ha sancito l'incontro di culture politiche profondamente diverse (una cultura politica di ispirazione cattolica, una di ispirazione laico-liberale, un'altra ancora di ispirazione marxista).

Le caratteristiche di genericità e di indeterminatezza con cui sono state concepite queste formule etico-politiche concede agli interpreti, come si può ben capire, ampi spazi di *discrezionalità*: una discrezionalità, tuttavia, che nella normalità dei casi non si trasforma in *arbitrarietà*, perché le opzioni a disposizione dell'interprete, nei casi in cui sia "costretto" a ricorrere alle concezioni comprensive, sono di fatto condizionate da una serie di vincoli abbastanza stringenti. Ne segnalo alcuni: i) il risultato della sua attività interpretativa deve "far senso" (in termini di *coerenza* e di *congruenza*) rispetto al sistema giuridico di riferimento; ii) le risorse argomentative adottate devono essere quelle sui cui verte, al momento, il consenso della cultura giuridica all'interno della quale egli si muove; iii) l'opzione semantica prescelta deve produrre un risultato che vada oltre la "soglia di tollerabilità" stabilita, in qualche senso, da quella stessa cultura giuridica di riferimento; iv) le concezioni comprensive utilizzate devono rappresentare le tradizioni etico-politiche che stanno sullo sfondo di quel determinato "compromesso costituzionale".

Su alcuni dei temi or ora sollevati, in modo appena abbozzato, mi soffermerò nelle pagine seguenti. Adesso vorrei introdurre brevemente un'altra causa di carattere generale, che si colloca, questa volta, non più all'interno del contesto degli stati di diritto in generale, ma all'interno di quello degli stati europei. Il tema è troppo complesso per poter essere affrontato in questo breve spazio; inoltre, la dimensione *sovranazionale* (collegata al diritto e alla giurisprudenza – la Corte di giustizia – dell'Unione Europea) e quella *internazionale* (collegata soprattutto al ruolo della CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU) dei DIP

non sarà oggetto di questa ricerca, anche se ne può costituire un importante sviluppo.

Mi limiterò quindi a rilevare, servendomi delle tesi sostenute da Massimo Luciani²², che la presenza di più sedi di riconoscimento e di garanzia dei diritti, a livello europeo e internazionale, rappresenta senza dubbio un elemento moltiplicatore di conflitti e di relativi disaccordi. Si registra, in effetti, una sempre più accentuata incidenza, all'interno delle organizzazioni giuridiche europee, di più sedi sovranazionali di produzione, di riconoscimento e di garanzia di diritti fondamentali (CEDU, Carta di Nizza, Convenzioni e Trattati internazionali); e questa incidenza non dipende soltanto dal riconoscimento ufficiale, da parte della legislazione o delle Corti nazionali, di fonti di diritto ulteriori rispetto a quelle "locali", ma anche dal fatto che frequenti sono i richiami, nelle sentenze delle Corti nazionali, ad argomenti utilizzati da Corti straniere (il c.d. "dialogo fra le corti"). Quello che accade, insomma, visto dalla prospettiva delle nostre Corti nazionali, è, con le parole di Luciani²³, il sovrapporsi e l'incrociarsi di ben cinque sfere di legalità, la cui custodia è affidata a cinque diversi ordini di giudici: i) la *legalità legale*, la cui custodia è affidata alla Cassazione; ii) la *legalità costituzionale*, la cui custodia è affidata alla Corte costituzionale; iii) la *legalità comunitaria*, la cui custodia è affidata alla Corte di giustizia; iv) la *legalità convenzionale a livello europeo*, la cui custodia è affidata alla Corte EDU; v) la *legalità internazionale*, la cui legalità è affidata a una svariata serie di Corti giudiziarie, con competenze e caratteri diversi.

È naturale che questo moltiplicarsi di sedi giudiziarie di riconoscimento e di garanzia dei diritti faccia aumentare le situazioni di interpretazioni divergenti delle disposizioni che incorporano tali diritti. Tuttavia, come ho già detto, il livello sovranazionale dei DIP non sarà oggetto della mia ricerca; i casi paradigmatici di disaccordo profondo che discuterò saranno tutti da ascrivere alla giurisprudenza italiana. Altro discorso deve

²² M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in "Giurisprudenza costituzionale", 51, 2, pp. 1643-1668.

²³ *Ibidem*, p. 1643 ss.

farsi per il dibattito teorico su tali questioni, che naturalmente non può conoscere confini nazionali; a questo dibattito teorico attingerò largamente.

1.4. *Le cause specifiche dei DIP e il dissenso sulla “lista aperta” o “chiusa” dei diritti*

Le *cause specifiche* dei DIP sono quelle che riguardano direttamente l'organizzazione giuridica del nostro paese. Un modo economico, ma anche molto fecondo a livello esplicativo, di render conto di queste cause è quello di considerarle, quantomeno in parte, come una sorta di “effetti a cascata” di un processo culturale molto importante che ha attraversato – e continua ad attraversare – la nostra cultura giuridica a partire dagli anni '60 e che, seguendo una fortunata locuzione introdotta da Riccardo Guastini, possiamo chiamare *costituzionalizzazione* dell'ordinamento giuridico²⁴.

Con questa locuzione ci si riferisce a «un processo di trasformazione dell'ordinamento al termine del quale l'ordinamento in questione risulta totalmente “impregnato” dalle norme costituzionali»²⁵. Si tratta di un processo 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 nei confronti della legislazione ordinaria, all'interno della quale è assicurato un controllo sulla conformità delle leggi alla costituzione stessa); sta di fatto che, come ho già detto, questo processo si è realizzato nel nostro paese, in un arco di tempo che va dagli inizi degli anni '60 (anche a seguito della entrata in funzione della Corte costituzionale, nel 1956) ai nostri giorni, e che adesso si presenta come un insieme di idee e di atteggiamenti assolutamente dominanti. Tale processo consiste nella «progressiva

²⁴ R. Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell'ordinamento italiano*, in “Ragion Pratica”, 11, 1990, pp. 185-206.

²⁵ *Ibidem*, p. 185.

“scoperta” della costituzione da parte della cultura giuridica»²⁶, 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.

È chiaro che, in un contesto del genere, aumenta il peso e l'importanza dell'interpretazione, e proprio perché si allarga a dismisura l'ambito di una sua parte importante, l'*interpretazione costituzionale*; e aumenta anche, di conseguenza, il numero e il peso qualitativo dei disaccordi, in quanto l'interpretazione costituzionale si rivolge sovente a disposizioni contenenti termini e locuzioni valutative che sono estremamente indeterminate.

Alcune caratteristiche particolarmente significative di questo processo riguardano proprio il modo di interpretare le disposizioni costituzionali. Si ritiene, infatti, che queste ultime: i) esprimono norme che si applicano anche ai rapporti fra privati; ii) sono oggetto di interpretazione diretta da parte dei giudici ordinari; iii) sono costante oggetto di *sovra-interpretazione* o *interpretazione estensiva*, nel senso che da esse possano essere ricavate *norme implicite* (norme che non sono direttamente prodotte, mediante interpretazione, da una specifica disposizione o combinazione di disposizioni²⁷).

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 a una disposizione possono essere attribuiti più significati. In queste situazioni l'atteggiamento dominante di dottrina e giurisprudenza è quello di accordare la preferenza, fra tutti i significati possibili, a quello che si “armonizza meglio” con i principi costituzionali (previamente interpretati, ovviamente) rilevanti per il singolo caso concreto (*interpretazione operativa*) o per i “casi-tipo” costruiti in sede dogmatica (*interpretazione dottrinale*).

²⁶ G. Pino, *Diritti e interpretazione* ..., cit., p. 121.

²⁷ La definizione è di R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 31.

Sulla scorta di quanto detto, è adesso possibile isolare tre aspetti del processo di costituzionalizzazione: quelli, per l'esattezza, che giocano da "effetto moltiplicatore" del numero e del peso dei DIP. In tutti e tre gli aspetti svolgono un ruolo decisivo gli atteggiamenti interpretativi della Corte costituzionale.

1) Il primo aspetto riguarda l'obbligo, che, secondo la Corte costituzionale, spetta ai giudici ordinari, di applicare direttamente i principi costituzionali ai casi di loro competenza, qualora si tratti di fornire protezione a beni costituzionalmente rilevanti, e in assenza di un intervento nel merito del legislatore²⁸.

2) Il secondo aspetto riguarda un altro obbligo, che nuovamente la Corte costituzionale ritiene che sussista per i giudici: quello di procedere all'interpretazione *conforme* o *adeguatrice prima*, e preferibilmente *al posto*, dell'intervento della Corte stessa²⁹. Si tratterebbe, insomma, di una terza verifica che la Corte ritiene spetti al giudice che ha intenzione di sollevare una questione di costituzionalità. Dopo l'esame della *rilevanza* e della *fondatezza* della questione da sottoporre, verrebbe quello sulla *possibilità o meno di adottare una interpretazione conforme*³⁰.

3) Il terzo aspetto concerne la tesi, ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui l'art. 2 del testo costituzionale deve essere interpretato come una "norma di apertura", che consente l'introduzione di altri diritti fondamentali rispetto a quelli formalmente riconosciuti (ad esempio il "diritto alla *privacy*", il "diritto alla identità personale", il

²⁸ Si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 347/1998. Su questo potere di applicazione diretta si vedano le osservazioni di E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in "Quaderni costituzionali", XXXVIII, 2, 2008, pp. 277-280.

²⁹ Si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 356/1996 e 347/1998. Che la Corte ritenga che ci sia un vero e proprio obbligo di fornire una interpretazione conforme è la tesi di E. Lamarque, *Le relazioni fra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in "Diritto pubblico", 3, 2013, pp. 786-791.

³⁰ Su questo punto si vedano le osservazioni di T. Groppi, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, relazione al Seminario di Astrid su "Il potere, le regole i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro", Roma, 5 marzo 2009.

“diritto alla libertà sessuale”, il “diritto alla abitazione”, ecc.), diritti che sono riconosciuti da principi *impliciti*, costruiti per via dogmatica e/o giurisprudenziale. Si tratta di principi in qualche modo derivabili, per via argomentativa (e non certo per via di deduzione logica), da principi già presenti nella carta (ma talvolta anche da norme di legge), ovvero da convenzioni internazionali o da Carte di diritti già formalmente riconosciute all’interno del nostro ordinamento, o dotate comunque di una qualche forma di particolare autorevolezza.

Quest’ultima tesi giurisprudenziale merita alcune considerazioni ulteriori, sia perché è fortemente controversa nella dottrina costituzionalistica (un vero e proprio caso di disaccordo profondo *indiretto*), che perché l’adozione strategica di questa tesi, in sede di interpretazione costituzionale, rappresenta una importante fonte, sia pure indiretta, di disaccordi profondi.

Andiamo con ordine. Su questa delicata questione si registra, in effetti, un forte dissenso in dottrina³¹, un dissenso che si polarizza intorno a due posizioni contrapposte: un dissenso che possiamo qualificare come un caso di disaccordo interpretativo profondo *indiretto*, proprio sulla scorta della definizione datane nel par. 1.1. Tale disaccordo, infatti, riguarda il modo di interpretare l’art. 2 e non, quantomeno direttamente, il suo contenuto. Il che non vuol dire, però, che le due strategie interpretative che si confrontano non siano motivate anche da opzioni etico-politiche di sfondo, e che quindi tale disaccordo non vada poi a tradursi, come gli altri, in un dissenso sulle concezioni etico-politiche comprensive.

Una prima parte della dottrina costituzionalistica³² ritiene che l’art. 2 esprima una “lista chiusa” dei diritti fondamentali, e

³¹ Una buona ricostruzione di questa discussione si trova in M. Di Ciommo, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze, 2010, pp. 129-139.

³² Esempi particolarmente significativi di questo orientamento sono: P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 54; P. Grossi, *Introduzione allo studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, p. 160 ss.; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in “Quaderni costituzionali”, XXI, 2001, pp. 35-61.