

Giorgio Pino

DI INTERPRETAZIONE E INTERPRETI DELLA COSTITUZIONE.

NOTE A MARGINE A 'INTERPRETAZIONE
E COSTITUZIONE' DI ALJS VIGNUDELLI

SOMMARIO: 1. Premessa: *l'ubi consistam* dell'interpretazione costituzionale. – 2. Sulla teoria dell'interpretazione (in generale). 2.1. Scientificità dell'interpretazione giuridica?. – 2.2. I soggetti dell'interpretazione. – 3. Sull'interpretazione costituzionale. – 4. Lo spazio della giustizia costituzionale nello Stato costituzionale contemporaneo

1. *Premessa: l'ubi consistam dell'interpretazione costituzionale*

L'interpretazione costituzionale è al centro, ormai da vari decenni, sia del dibattito teorico-giuridico, sia dei discorsi interni alle varie discipline giuridico-positive. I motivi sono numerosi, e tutti assai noti: lo sforzo di riqualificazione imposto ai giuristi, nei confronti di molte categorie dogmatiche e concettuali, dalla presenza del testo costituzionale nel panorama delle fonti del diritto, e dalla sua progressiva penetrazione nei più svariati settori dell'ordinamento (si pensi solo, a titolo di esempio, alla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, come risposta iniziale della cultura giuridica italiana ad un testo giuridico fraseggiato in gran parte tramite formulazioni di principio); il delicato rapporto tra la giurisdizione costituzionale e la sfera politico-legislativa, per un verso¹, e tra la giurisdizione costituzionale e la magistratura ordinaria, per altro verso²; il peculiare contenuto assiologico del testo costituzio-

¹ Cfr., per restare alla sola letteratura italiana, V. CRISAFULLI, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977, Vol. 4, 129-147; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari 2003.

² Su quest'ultimo aspetto si veda E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012; alcuni recenti episodi di mancata adesione, da parte dei giudici ordinari, alle prescrizioni della Corte costituzionale sono indicati da S. CAS-

nale (un elenco – peraltro progressivamente rielaborato dagli interpreti – di principi e valori etico-politici non sempre perfettamente armonizzabili tra loro³).

C'è però, all'interno del generale dibattito sull'interpretazione costituzionale, un problema specifico che spesso resta relativamente in ombra, ed è – paradossalmente – il seguente: come è strutturata *l'attività in sé* di interpretazione del testo costituzionale?

Il senso – e l'aspetto paradossale – di questa domanda emergono più precisamente se si pone mente alla circostanza che, sotto il nome di interpretazione giuridica, sono spesso ricondotte attività affatto eterogenee, che includono (a titolo esemplificativo): l'attribuzione di significato ad enunciati delle fonti; l'individuazione di tali enunciati; l'ascrizione (o, per converso, la negazione) di valore normativo ad uno o più enunciati delle fonti, o anche ad un intero documento; la qualificazione di una norma (cioè, del contenuto precettivo di un enunciato delle fonti) come “regola” o come “principio” o come “norma programmatica”; la soluzione di antinomie e lacune; l'elaborazione di principi inespressi (come il principio della separazione dei poteri, il principio della certezza del diritto, il principio di conservazione degli atti normativi, o il principio “iura novit curia”); il bilanciamento tra principi, il test di proporzionalità, il criterio di ragionevolezza; la creazione di gerarchie tra norme; il ragionamento o l'argomentazione volto a giustificare tutte le operazioni appena elencate; l'elaborazione di concetti dogmatici (come il concetto di “negozio giuridico”); la ricognizione o la previsione di altrui attività di attribuzione di significato ad enunciati delle fonti. Ebbene, in teoria dell'interpretazione (quantomeno in quella di marca analitica⁴) si suole qualificare come interpretazione *in senso stretto* solo la prima delle attività sopra indicate, cioè l'ascrizione di significato (o *l'individuazione* del significato, se l'espressione precedente sembri evocare un ruolo troppo

SESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 3, 603-624 (spec. 608-610).

³ Parla dello stato costituzionale come di “un laboratorio per l'etica normativa” M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena 2012, 51-72. Sulla conflittualità tra principi costituzionali, v. anche G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, cap. VI.

⁴ Che ha tra i propri principali esponenti Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Vittorio Villa, Mauro Barberis, Pierluigi Chiassoni. Alle correnti analitiche in teoria dell'interpretazione (spesso associate alla condivisione di un approccio giuspositivistico allo studio del diritto in generale) si contrappongono le correnti ermeneutiche, in Italia rappresentate specialmente da Baldo Pastore, Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria.

creativo per l'interprete) ad enunciati contenuti in un documento normativo. Di contro, tutte le altre operazioni, pur massicciamente svolte dagli interpreti, non sono normalmente qualificate come strettamente interpretative, ma sono piuttosto riconducibili di volta in volta alla "integrazione" del diritto, alla "costruzione giuridica", al "ragionamento giuridico" o alla "argomentazione", e in generale possono essere definite come interpretazione (solo) in senso ampio⁵.

Ora, a fronte di questa distinzione concettuale tra interpretazione in senso stretto e interpretazione in senso ampio⁶, le ricerche che hanno ad oggetto l'interpretazione costituzionale sembrano concentrarsi pressoché esclusivamente sul secondo tipo di attività interpretativa, mentre trascurano abbondantemente la prima. Esistono in verità vari scaffali di biblioteche giuridiche dedicati a tecniche interpretative-argomentative come il bilanciamento tra principi costituzionali, il test di ragionevolezza e di proporzionalità, la costruzione e l'uso di principi supremi dell'ordinamento costituzionale, e così via, mentre la discussione sull'interpretazione *testuale* della costituzione (le sue tecniche, i suoi problemi) è relativamente limitata. Di questa carenza intende farsi carico il poderoso studio di Aljs Vignudelli⁷, un volume le cui dimensioni tutt'altro che trascurabili, che ad una prima occhiata potrebbero terrorizzare anche il lettore più bulimico, in verità non intralciano lo svolgimento – lineare e appassionato – dell'argomentazione, a sua volta sostenuta da una scrittura brillante e colta e corroborata da una documentazione impeccabile sulla letteratura rilevante⁸.

In estrema sintesi, le principali tesi difese nel volume di Vignudelli a proposito dell'interpretazione costituzionale sono le seguenti: *a*) l'interpretazione è una attività che ha ad oggetto un testo; *b*) tale attività ha carattere scientifico-conoscitivo (l'accertamento del significato, o dei significati, del testo), e può essere svolta da chiunque: non esistono interpreti

⁵ Per questa distinzione, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, 32 ss.; M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino 2011, 218 (interpretazione "in senso specifico" e "in senso generico"); più sfumata la distinzione in P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna 2007, 60-64, che parla rispettivamente di interpretazione "testuale" e "meta-testuale".

⁶ Distinzione che non è del tutto esente da pecche, come più avanti dirò.

⁷ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino 2011.

⁸ In effetti, l'apparato delle note a piè di pagina rappresenta quasi un libro nel libro: una miniera di informazioni e di citazioni testuali, ma a volte anche l'occasione per l'Autore di approfondire percorsi paralleli rispetto all'argomento principale svolto nel testo.

privilegiati, meno che mai monopolistici, dei testi normativi; *c*) quando si parla, generalmente, di interpretazione costituzionale si fa in realtà riferimento ad una congerie di attività diverse rispetto all'interpretazione testuale, e queste diverse attività non hanno in alcun modo la natura conoscitiva cui può aspirare la sola interpretazione testuale (tale usurpazione del *nomen* di interpretazione non è affatto, secondo Vignudelli, innocente: mira piuttosto ad occultare, dietro il nobile schermo dell'interpretazione, l'elevato grado di discrezionalità che caratterizza tali diverse attività); *d*) l'interpretazione costituzionale, come attività genuinamente scientifica e conoscitiva, può e deve essere condotta secondo i criteri metodologici prescritti dall'art. 12 delle Preleggi.

Queste tesi, a cavallo tra (alta) dogmatica e teoria generale dell'interpretazione, fanno da sfondo ad una posizione più schiettamente politico-normativa (di politica del diritto, beninteso), volta a contrastare una duplice tendenza presente nei discorsi degli interpreti della costituzione negli ultimi due-tre decenni: per un verso, la tendenza alla autoreferenzialità dell'interpretazione costituzionale, come attività svolta da un solo soggetto epistemicamente privilegiato, la Corte costituzionale, che utilizza tecniche di argomentazione specificamente adatte al solo testo costituzionale. Per altro verso, la tendenza (che è l'altra faccia della precedente) ad assicurare alla Corte costituzionale, tramite il ricorso a tecniche quali il controllo di ragionevolezza, margini di discrezionalità valutativa in grado di sfuggire a qualunque speranza di controllo razionale, e che vanno specularmente a comprimere lo spazio di libertà politica del legislatore⁹. Secondo Vignudelli, tutto ciò potrebbe dunque essere scongiurato, o ridotto, anche partendo da un'opera di pulizia concettuale: su cosa è e cosa non è "interpretazione", e su come si fa "buona interpretazione" (anche alla luce delle regole sull'interpretazione direttamente o indirettamente desumibili dallo stesso diritto positivo)¹⁰.

Per parte mia, dunque, in queste brevi note di commento, intendo sollevare alcuni dubbi sia sul concetto generale di interpretazione utilizzato da Vignudelli (§ 2), sia sulla sua teoria dell'interpretazione costituzionale (§ 3). Da tutto ciò trarrò poi lo spunto per formulare qualche bre-

⁹ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 1246.

¹⁰ Ad onor del vero, peraltro, il libro di Vignudelli contiene anche tante altre cose: tra le quali, una ricca e assai dettagliata discussione del concetto di pluralismo, che Vignudelli seziona in ragione della sua centralità nei discorsi attuali sulle caratteristiche salienti della costituzione (cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 625-1166). Ma le tesi che ho appena isolato mi sembrano essere la struttura portante, dal punto di vista teorico, dell'argomento generale del volume.

vissima riflessione conclusiva sul posto della giustizia costituzionale nello Stato costituzionale contemporaneo (§ 4). Il fatto che in questo commento indirizzerò delle osservazioni per lo più critiche ad alcuni aspetti dell'argomento sviluppato nel volume di Vignudelli non intende affatto sminuirne le qualità scientifiche, e il rigore non solo dottrinario ma anche teorico-giuridico della riflessione ivi contenuta: tutt'al contrario le tesi, ampiamente esposte in *Interpretazione e costituzione*, meritano di essere discusse¹¹, e a questa discussione intendo qui partecipare¹², condividendo io con l'Autore sia l'interesse "teorico" per il tema dell'interpretazione in generale e dell'interpretazione costituzionale in specie, sia l'interesse "civile" per il funzionamento effettivo della separazione dei poteri del nostro stato costituzionale.

2. Sulla teoria dell'interpretazione (in generale)

Come ho anticipato, Vignudelli definisce l'interpretazione giuridica come una attività scientifica e avalutativa. Questa attività, inoltre, ha ad oggetto l'accertamento del significato (o, eventualmente, dei significati) presente in un testo normativo: è una attività che attiene alla conoscenza del diritto, non alla sua valutazione, integrazione o (co-)produzione¹³. Tale attività conoscitiva è retta da regole (sia metodologiche, sia specificamente giuridiche), e ha successo – dà luogo ad una interpretazione *vera* – quando tali regole sono rispettate¹⁴. Peraltro, si dà il caso che le regole metodologiche in fondo coincidano con le regole giuridiche dell'interpretazione, le une e le altre essendo riassumibili nelle prescrizioni compendiate all'art. 12, comma 1, delle Preleggi. Infine, l'interpretazione è una attività che può essere svolta da chiunque: non esistono interpreti privilegiati nel diritto: Vignudelli considera l'insistenza sulla figura del giudice, come interprete privilegiato del diritto, alla stregua di una arti-

¹¹ Sia perché tali tesi sono contrassegnate da quella serietà scientifica e rigore intellettuale che, di per sé, stimolano una discussione; e sia perché, come vedremo, sono in effetti discutibili.

¹² Il volume è già stato oggetto di una fitta e interessante discussione tra l'Autore e Mauro Barberis, avviata prima su *Costituzionalismo.it* (1, 2012), quindi approdata su *Diritto & Questioni Pubbliche* (12/2012), ed infine raccolta (con modifiche e integrazioni rispetto agli scambi precedenti) nel volume M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, "Nuovi" dialoghi sull'interpretazione, Modena 2013.

¹³ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 9, 83-84.

¹⁴ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 14-15.

ficiosa e non innocua delimitazione, uno stratagemma funzionale a (o che comunque ha l'effetto di) escludere o limitare l'utilizzo, nell'interpretazione giuridica, delle tecniche interpretative in uso nella comunicazione ordinaria¹⁵.

Questa è, molto in breve, la teoria *generale* dell'interpretazione sottoscritta da Vignudelli, che funge da sfondo e da premessa per la teoria dell'interpretazione *costituzionale*.

Orbene, e sempre che la mia sintesi sia fedele al pensiero dell'Autore, questo quadro teorico mi sembra suscettibile di due principali ordini di critiche: un ordine di critiche relativo al concetto di interpretazione, e uno relativo alla questione dei soggetti dell'interpretazione giuridica.

2.1. *Scientificità dell'interpretazione giuridica?*

Per quanto riguarda il concetto di interpretazione, ho seri dubbi sulla possibilità di qualificare l'attività interpretativa come una attività scientifica, avalutativa e conoscitiva. In realtà, credo che sia irrealistico attribuire all'interpretazione giuridica tali proprietà, e non perché *di fatto* i giuristi non riescono o non vogliono comportarsi da scienziati mossi da fini conoscitivi, ma perché l'oggetto dell'attività interpretativa (il diritto) è tale da rendere inattuabili le qualità di scientificità, avalutatività e conoscitività che Vignudelli vorrebbe per l'interpretazione giuridica.

La premessa indispensabile per suffragare questa tesi è che il diritto (moderno) è un fenomeno linguistico: la comunicazione giuridica, come Vignudelli mostra bene in questo libro, avviene tramite l'emissione di enunciati linguistici, solitamente (ma non necessariamente) scritti¹⁶. Ora, la comunicazione giuridica presenta quantomeno le seguenti caratteristiche, rilevanti al fine di revocare in dubbio l'idea che negli enunciati giuridici vi sia un significato che attende di essere scoperto, con un'operazione di carattere conoscitivo, dagli interpreti giuridici (farò riferimento alle forme di comunicazione giuridica che avvengono in via generale e astratta, come tipicamente avviene con la legislazione). Innanzitutto, si tratta di una forma di comunicazione che non avviene in tempo reale, faccia a faccia: il contesto di emissione e quello di ricezione del messag-

¹⁵ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 75-76.

¹⁶ Su questa caratteristica della comunicazione giuridica moderna e le sue implicazioni, v. ulteriori riflessioni in G. PINO, *Norma giuridica*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino 2013, 144-183.

gio giuridico non coincidono, e tali due contesti possono essere separati da una sfasatura temporale di anni o anche di decenni; questo comporterà la possibilità di un cambiamento negli usi linguistici rilevanti, o di un mutamento nell'ambiente fattuale (la realtà sociale, economica, tecnologica, cui il precetto giuridico dovrà applicarsi) o normativo (l'evoluzione dell'ordinamento giuridico) tra i due contesti. L'emittente peraltro non è un individuo, ma un organo collegiale, del quale non è chiaramente individuabile una unica intenzione. Inoltre, essendo la comunicazione giuridica una forma di comunicazione solitamente generale e astratta, essa utilizzerà talvolta termini generali (che si riferiscono in maniera indifferenziata a tutti gli enti appartenenti ad una certa classe), e talvolta termini generici, vaghi e indeterminati.

Ora, su questo sfondo generale relativo alla comunicazione giuridica, si inseriscono tutta una serie di fattori che rendono pressoché inevitabile l'insorgere di dubbi interpretativi. Mi limiterò ad elencare le seguenti occasioni di dubbi interpretativi (e di conseguenti scelte in capo all'interprete), che sono probabilmente quelle più evidenti:

- Sovra-inclusività dei termini (e degli enunciati) generali e astratti: la classe dei soggetti e delle situazioni "fotografata" dall'uso di una terminologia generale e astratta può spesso risultare troppo ampia rispetto agli scopi perseguiti dalla norma¹⁷.
- Incertezza nel significato dei termini (e degli enunciati) impiegati nella comunicazione giuridica, a causa della loro vaghezza, genericità o indeterminatezza¹⁸.
- Verificarsi di casi non previsti al momento di redazione della disposizione normativa: la c.d. *open texture*, o "struttura aperta", del diritto (ai fini dell'applicazione di un divieto di fumo, le sigarette elettroniche sono sigarette? Ai fini dell'applicazione di un divieto di circolazione, il monopattino è un veicolo?)¹⁹.
- Formulazione della fattispecie normativa tramite elencazioni: sono da considerarsi tassative oppure esemplificative? L'interprete può

¹⁷ Per la nozione di sovra-inclusività, v. F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), Bologna, 2000.

¹⁸ Su queste potenziali caratteristiche della comunicazione giuridica, e per le relative distinzioni tra vaghezza, genericità, indeterminatezza, ed altri fenomeni analoghi, v. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford 2000.

¹⁹ Per la nozione di *open texture*, v. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, 1994², cap. VII.

integrarle? E se sì, in base a cosa (principi, analogie, considerazioni teleologiche, considerazioni consequenzialiste)?

- Disponibilità, in una cultura giuridica appena minimamente complessa, di una molteplicità di differenti tecniche interpretative e argomentative, ciascuna delle quali può potenzialmente suffragare conclusioni interpretative diverse.
- Verificarsi di lacune e di antinomie.
- Non chiarezza degli scopi perseguiti dall'autorità normativa; loro possibile obsolescenza²⁰.
- Divergenza tra il linguaggio comune (ivi inclusi anche altri linguaggi settoriali extragiuridici, come il linguaggio di una certa disciplina scientifica, di una certa professione, di uno sport, ecc.) e il linguaggio tecnico-giuridico.
- Tecnicizzazioni non univoche (la possibilità che un vocabolo abbia o sembri avere un certo significato in una disposizione normativa, ed un altro significato in un'altra disposizione normativa, o in settori disciplinari diversi, o in relazione ad istituti diversi entro lo stesso settore disciplinare)²¹.
- Necessità di evitare applicazioni irragionevoli o assurde di una norma.
- Carattere alluvionale della produzione giuridica contemporanea, e – allo stesso tempo – sua aspirazione sistematica: si tratta evidentemente di due spinte divergenti, entrambe collegate al fatto che gli enunciati giuridici non si leggono mai in isolamento, ma in connessione con plurime altre istanze di comunicazione giuridica (il c.d. co-testo²²). Ebbene, questi due caratteri della comunicazione giuridica comportano che, per un verso, un enunciato delle fonti potrà essere letto in connessione con altri enunciati delle fonti (il postulato delle coerenza del legislatore, la natura sistematica del

²⁰ Sugli usi del brocardo *cessante razione legis cessat ipsa lex*, W. TWINING, D. MEYERS, *Come far cose con regole* (1982²), Milano, 1990, 266-272.

²¹ Su questo fenomeno, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 112-113.

²² Si noti peraltro che il co-testo di un enunciato da sottoporre ad interpretazione è verosimilmente composto non solo da altri enunciati delle fonti, ma anche *da altri discorsi interpretativi*: le interpretazioni di un certo enunciato delle fonti che circolano nella cultura giuridica, e che fatalmente condizionano le successive interpretazioni (sarebbe possibile – sensato – leggere oggi l'art. 2043 c.c. senza tenerne presenti almeno le principali interpretazioni rese dalla Cassazione?). Per ulteriori riflessioni in proposito, G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, 263-299 (spec. 265-266, sul concetto di “disposizione in senso ampio”, o disposizione spuria).

diritto); e che per altro verso sarà anche possibile, entro certi limiti, leggere un enunciato isolatamente da vari altri enunciati (la divisione dell'universo dei discorsi giuridici in sotto-sistemi, e in sotto-sotto-sistemi, ciascuno con diversi linguaggi settoriali, diversi scopi e principi ispiratori – il *favor rei*, il principio di stretta legalità in materia penale, il *favor debitoris*, il *favor lavoratoris*, ecc.).

- Presenza di molteplici livelli di legalità (infra-legislativa, legislativa, costituzionale, dell'unione europea, della convenzione europea dei diritti dell'uomo, del diritto dei privati): da ciò, la possibile tensione tra le logiche, le concettuologie, e i fini interni a ciascuno di tali livelli di legalità, da una parte, e la necessità o opportunità di intraprendere qualche forma di interpretazione adeguatrice, dall'altra.
- Molteplicità di attori giuridici (giudici, avvocati, cittadini, pubblici funzionari), tipicamente dotati di interessi divergenti, e con ideologie delle fonti del diritto non del tutto coincidenti²³, da cui discende una diversa gerarchizzazione degli argomenti e delle tecniche interpretative disponibili per ciascuno di tali soggetti.

Ora, vero è che talvolta – come è di fatto il caso nell'ordinamento italiano – esistono norme giuridiche sull'interpretazione, che possono servire a selezionare il novero delle interpretazioni giuridicamente ammissibili. Tuttavia, è noto che i criteri indicati dall'art. 12 Preleggi non hanno resistito al vaglio delle analisi più accurate²⁴: non è possibile trarne una metodologia interpretativa *univoca*²⁵, né (conseguentemente) un unico risultato interpretativo; può semmai servire ad individuare una cornice di plurimi significati possibili.

²³ Sul concetto di ideologia delle fonti del diritto, v. G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 11/2011, 797-871.

²⁴ Tra le analisi più attente, che hanno mostrato l'insufficienza (e la contraddittorietà) dei criteri indicati dall'art. 12 a fungere da guida per l'interpretazione, L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, 83 ss.; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano 1999, 496 ss.

²⁵ Si veda, a titolo di esempio, il modo in cui i criteri indicati dall'art. 12 sono rielaborati da Pierandrei, al fine di propugnarne l'applicabilità al campo dell'interpretazione costituzionale (una strategia, come abbiamo visto, alquanto in sintonia con quella perseguita da Vignudelli): in tale rielaborazione, infatti, l'art. 12 arriva a fungere da fondamento per l'utilizzo di pressoché tutte le tecniche interpretative conosciute, inclusa l'interpretazione sistematica e quella teleologica: cfr. F. PIERANDREI, *L'interpretazione della costituzione*, in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano 1952, 457-524.

Di fronte a tutte queste circostanze, risulta pressoché fantascientifico ipotizzare che l'attività interpretativa possa mettere capo ad un unico significato *atingibile in via esclusivamente scientifica*, cioè senza che il giurista-interprete abbia messo in atto scelte sostanziali tra più alternative possibili. Piuttosto, quell'unico significato sarà raggiunto solo grazie a scelte e valutazioni; alcune di queste scelte potranno essere (o apparire) del tutto ovvie, altre saldamente radicate nella cultura giuridica, altre ancora fantasiose ed elaborate ma sempre di scelte si tratta.

Tutto ciò non toglie che in alcuni casi vi possano essere significati (interpretazioni) consolidate, o pacifiche, di modo che l'interprete sembri non aver alcuna scelta, per così dire. Ma, anche a fronte di tali interpretazioni consolidate, niente impedisce che l'enunciato del discorso delle fonti sia non irragionevolmente interpretabile anche in un altro modo, ad esempio di fronte ad un caso inedito, non previsto dagli interpreti (per riprendere un esempio già introdotto poco sopra, il divieto di fumo si applica anche alle sigarette elettroniche? Ecco che l'interpretazione dell'enunciato "vietato fumare", e la correlata nozione di "sigaretta", prima pacifiche, diventano incerte ed è necessario fare scelte interpretative per decidere dove sta la sigaretta elettronica rispetto al divieto). E, di conseguenza, il fatto che l'interprete si attesti su una interpretazione consolidata o pacifica non può che essere una scelta, e non un mero atto di conoscenza.

È del tutto ovvio, peraltro, che non è necessario che le diverse interpretazioni *possibili* siano anche necessariamente *equivalenti*: alcune possono essere più ragionevoli e altre meno, alcune possono essere più opportune e altre meno, alcune possono ricevere maggiore sostegno dal diritto positivo e altre meno. Ma si noti comunque che: 1) osservare che le varie scelte interpretative non sono equivalenti significa, di fatto, ribadire che ciascuna scelta interpretativa chiama in causa elementi valutativi (nel nostro esempio: valutazioni di ragionevolezza, di opportunità, di congruenza con il sistema)²⁶; e 2) è possibile argomentare l'eventuale preferibilità di una interpretazione su un'altra solo dall'interno di una certa ideologia delle fonti del diritto: il giurista non si pone davanti al diritto con "uno sguardo da nessun luogo", e dunque l'eventuale "oggettività" del giurista (cioè, in ipotesi, l'uso corretto di determinati criteri interpretativi) presuppone a monte una scelta, che – se consapevole – non può

²⁶ «Value-free adjudication is not an option», nella iastica, ma corretta, espressione di J. WALDRON, *How Judges Should Judge*, in *The New York Review of Books*, 10, 2006 (August), 54-59, § 4.

che essere di carattere politico-ideologico, una scelta a favore di una certa ideologia delle fonti del diritto²⁷.

La conclusione di quanto detto fin qui è scontata: l'interpretazione giuridica è una attività prettamente decisoria, non conoscitiva; essa mira, tipicamente, ad accreditare una interpretazione come migliore di altre²⁸, e la valutazione di una certa interpretazione (di una certa decisione interpretativa) come "vera", "giusta", "corretta" – o come più giusta, più corretta – dipende non da adiafori ideali di oggettività scientifica, ma da opzioni di fondo di carattere politico-ideologico: ad esempio, opzioni di volta in volta in favore della certezza del diritto, o della supremazia della costituzione, o del primato del legislatore democratico, o della *primauté* del diritto comunitario, o del valore dell'efficienza, ecc.²⁹

Per essere corretti verso l'argomento sviluppato da Vignudelli, comunque, occorre pur sempre tenere presente per un verso che quella proposta da Vignudelli è, dichiaratamente, una stipulazione. E per altro verso che Vignudelli ovviamente non intende affatto ignorare che i giuristi facciano, oltre all'interpretazione testuale, anche tante altre attività (come quelle che ho sommariamente provato ad elencare *supra*, § 1), né intende sostenere che tali ulteriori attività siano illegittime o necessariamente inopportune³⁰: solo, è meglio, secondo Vignudelli, non chiamarle "interpretazione", nome questo da riservare alla sola conoscenza scientifica del significato delle norme giuridiche; le attività diverse ed ulteriori rispetto all'interpretazione in senso proprio, avendo carattere discrezio-

²⁷ G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, cit.; e più in generale, sulla dimensione politica dell'attività del giurista (presente anche nell'approccio "scientifico" predicato dal positivismo giuridico), U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965.

²⁸ Cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 50.

²⁹ Mi sembra evidente che l'opzione politico-ideologica sottesa alla teoria (o dottrina) dell'interpretazione costituzionale di Vignudelli rimandi ad una concezione forte della separazione dei poteri, al primato (o monopolio) del legislatore democratico nella produzione del diritto oggettivo, e ad una funzione della Costituzione come puro *limite* alla legislazione, anziché come *fondamento* di tutto il diritto oggettivo. Una posizione analoga è stata recentemente espressa anche da L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3, 2771 ss. (e, per una critica della posizione di Ferrajoli, v. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, ivi, 2011, 1, 965-997). Per la distinzione tra costituzione "come limite" e costituzione "come fondamento", v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 335-337; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.

³⁰ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 1246.

³¹ Un punto di vista analogo è espresso da R. GUASTINI, *Interpretazione e dintorni*.

nale ed in ultima analisi politico (perché contribuiscono alla produzione del sistema normativo, non alla sua conoscenza), devono dunque essere chiamate con il loro nome, senza che si facciano schermo – già a livello nominalistico – del carattere scientifico che caratterizza (secondo Vignudelli) l'interpretazione in senso proprio: questo sia per ragioni di chiarezza analitica e onestà intellettuale, sia perché ciò facilita quella assunzione di responsabilità del giurista che è il necessario contraltare allo svolgimento di attività in qualche senso politiche³¹. Tre brevi osservazioni su questi due punti.

In primo luogo, è vero che una stipulazione non ha valori di verità: non può essere confutata in quanto falsa, proprio perché non mira a descrivere la realtà. Tuttavia, una definizione stipulativa può comunque essere valutata sotto il profilo della sua maggiore o minore utilità, adeguatezza a fini teorico-esplicativi, e così via. E ad una stipulazione se ne può sempre contrapporre un'altra, se quest'ultima può rivelarsi più utile, più adeguata a fini teorico-esplicativi, e così via. Ora, se è vero quanto detto poco sopra sulle caratteristiche della comunicazione giuridica, non è forse maggiormente adeguata a fini teorico-esplicativi (cioè, al fine di capire cosa fanno realmente i giuristi quando fanno il loro lavoro, o comunque cosa fa chiunque quando intenda capire come comportarsi sulla base di norme giuridiche) una definizione di interpretazione che metta debitamente in luce l'aspetto della scelta, delle valutazioni sempre presenti in un atto di interpretazione giuridica? Certo, è vero che i giuristi talvolta sembrano di fatto impegnarsi in una attività di apparentemente adiafora ricognizione di significati (anziché apparentemente di scelta di un significato) ascrivibili ad un enunciato delle fonti. E questa sembrerebbe essere un'attività scientifica, puramente conoscitiva. Tuttavia, come ormai sappiamo le variabili da prendere in considerazione in questa ricognizione sono tante e tali (molteplicità di criteri interpretativi, molteplicità di interpretazioni di fatto rese dagli operatori giuridici, ecc.), che a ben vedere questa non potrà essere un'impresa "oggettiva", "avalutativa": sarà invece un'impresa selettiva dei significati più rilevanti, più ragionevoli, più accreditati (dagli operatori giuridici), alla luce dunque di criteri *sostanziali* di selezione delle ipotesi interpretative³²; e questo vale anche

Esercizi di nominalismo esasperato e positivismo desueto, in *Studi in onore di Franco Modugno*, a cura di M. RUOTOLO, Napoli 2011, vol. II, 1797-1807 (si noti però che Guastini definisce il contenuto dell'interpretazione in senso stretto in termini assai più ampi di come non faccia Vignudelli, cioè come non limitato ai soli criteri dell'art. 12).

³² Ho argomentato più distesamente a favore di questa conclusione in G. PINO, *In-*

se i criteri di selezione dei significati sono limitati a quelli indicati dall'art. 12 – come Vignudelli auspica – a causa dell'indeterminatezza dei criteri stessi indicati da questo articolo. Detto in estrema sintesi: una interpretazione ricognitiva è ben possibile, e spesso anche utile e financo necessaria³³, ma non si può trattare di una attività scevra da scelte e valutazioni. Se è così, e se non vogliamo rinunciare ad utilizzare del tutto il termine “interpretazione”, così radicato nel linguaggio dei giuristi, allora è forse preferibile distinguere tra una interpretazione *ricognitiva* o *ricostruttiva*, da una parte, e una interpretazione *decisoria* (o interpretazione *tout court*) dall'altra. Tanto più se la linea di demarcazione tra l'interpretazione testuale (secondo Vignudelli: potenzialmente conoscitiva e scientifica) e le attività integrative (secondo Vignudelli: discrezionali e di co-produzione giuridica) non è affatto chiara, come vedremo subito.

In secondo luogo, infatti, in molti casi, la linea di demarcazione tra interpretazione e integrazione del diritto non è netta: l'esempio più chiaro al riguardo è la (probabilmente impossibile) distinzione tra interpretazione estensiva e analogia. Un altro esempio è il rapporto tra l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che esprimono diritti fondamentali, e il bilanciamento tra diritti fondamentali in conflitto; talvolta si è sostenuto che solo la prima attività sarebbe interpretazione in senso stretto, mentre la seconda attività interverrebbe (ad interpretazione già avvenuta) a dirimere quel particolare tipo di antinomia che è il conflitto tra diritti fondamentali³⁴; tuttavia, a ben vedere, il bilanciamento potrebbe ben essere qualificato anche come una attività strumentale all'attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali che esprimono diritti fondamentali: ad esempio, nel processo di attribuzione di significato all'art. 21 cost. (che all'apparenza è formulato in termini tendenzialmente assoluti, con la sola eccezione del buon costume), l'interprete si potrebbe rendere conto che alcune forme di manifestazione del pensiero

terpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2013, 1, 77-102. Peraltro, che la ricerca scientifica non sia un'impresa avalutativa è ormai un luogo comune in filosofia della scienza; v. in proposito V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Milano 1984; ID., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino 1999.

³³ Che l'interpretazione cognitiva (ricognizione dei significati possibili) sia un necessario presupposto di quella decisoria (scelta di un significato) è affermato da R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Diritto pubblico*, 2004, 3, 927-938.

³⁴ Questa posizione è difesa ad esempio da R. GUASTINI, *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2005, 457-465 (spec. 462).

confliggono con la libertà religiosa, altre con l'integrità sessuale dei minori, altre ancora con l'ordine pubblico e con il divieto di discriminazione su base etnica e razziale, e così, *bilanciando* la libertà di manifestazione del pensiero con questi altri diritti e beni costituzionali, perverrà ad una ricostruzione del significato dell'art. 21 che – in ipotesi – escluderà dalla sfera protetta dal diritto la blasfemia, la pedopornografia, e la propaganda razzista³⁵. E altri esempi ancora si potrebbero fare. Se tutto questo è vero, allora si può dubitare della possibilità di fare affidamento, a livello teorico-giuridico, su una rigida distinzione tra le attività di interpretazione in senso stretto e quelle di integrazione del diritto³⁶.

In terzo luogo, se il fine della stipulazione proposta da Vignudelli è quello di favorire una maggiore assunzione di responsabilità politica da parte degli interpreti per le loro scelte (scelte presenti, in ipotesi, solo nelle attività diverse da quelle strettamente interpretative), allora non è forse meglio riconoscere la politicità di *tutte* le attività interpretative? Oltre ad aderire meglio alla realtà dell'interpretazione giuridica come attività necessariamente valutativa, credo che questa ammissione sarebbe anche più coerente con questa parte del progetto culturale di Vignudelli.

2.2. *I soggetti dell'interpretazione*

Un punto su cui Vignudelli insiste riguarda la critica ad un modo di vedere diffuso, secondo cui il caso paradigmatico di interpretazione giuridica è rappresentato dall'interpretazione giudiziale. Da ciò, secondo Vignudelli, derivano varie distorsioni nella comprensione del fenomeno interpretativo, tra le quali il postulare che l'interpretazione sia sempre rivolta a casi, che l'interpretazione sia sempre decisoria, il confondere l'interpretazione e l'applicazione del diritto, e il sottovalutare la circostanza che i soggetti dell'interpretazione giuridica sono potenzialmente tutti i consociati³⁷. Di contro, riconoscere che l'interpretazione giuridica è un discorso che coinvolge tutti i consociati è essenziale per confutare l'idea che il diritto sia un affare per pochi iniziati, avvolti in (e protetti da) un linguaggio tecnico inaccessibile ai più. A maggior ragione, questo, se il

³⁵ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 28, 2007, 219-273; R. BIN, *La costituzione tra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi*, 14, 2009, 111-129.

³⁶ G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, cit. (anche per ulteriori esempi al riguardo).

³⁷ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 66 ss.

discorso riguarda specificamente l'interpretazione costituzionale: infatti, parafrasando il titolo di un bel libro recente di Sergio Bartole, la Costituzione è di tutti³⁸, e non di pochi addetti ai lavori. L'idea è allettante, il sottostante progetto politico-pedagogico commendevole. Ma ci sono alcune complicazioni che è opportuno tenere a mente.

Che il diritto sia un fenomeno sostanzialmente precettivo, normativo, volto ad influire sulla condotta dei suoi destinatari, è una ovvietà. Come tale deve (poter) essere compreso dai suoi destinatari, e dunque è naturale pensare che i consociati, in quanto destinatari delle norme giuridiche, siano gli interpreti "naturali" dei precetti giuridici. Tutto questo è vero, ma è solo una parte della storia.

Il diritto, infatti, non è solo un fenomeno normativo: è anche un fenomeno *istituzionale*. In altre parole, il diritto non si limita a prescrivere, vietare, o permettere comportamenti, ma istituisce altresì un apparato, talvolta straordinariamente complesso, volto alla creazione e al mutamento delle norme giuridiche, e alla loro applicazione; e questo aspetto istituzionale differenzia nettamente il diritto da altri fenomeni normativi come la morale, o le varie forme di pressione sociale non istituzionalizzate (l'etichetta, la moda, ecc.)³⁹. Ora, è del tutto evidente che, essendo il diritto un fenomeno istituzionalizzato, all'interno di esso vi saranno certamente interpreti *privilegiati* delle direttive giuridiche, e che questi interpreti privilegiati sono gli organi dell'applicazione (tipicamente i giudici): non nel senso che i soggetti che svolgono il ruolo di organi dell'applicazione sono più bravi, più saggi, o più abili a conoscere il diritto rispetto ad altri attori giuridici (come la dottrina, gli avvocati, o i privati cittadini), ma nel senso che le loro decisioni hanno un *peso* maggiore rispetto a quelle degli altri attori all'interno del gioco del diritto: solo le interpretazioni degli organi dell'applicazione sono destinate a trasformarsi in presupposto per l'uso legittimo della coazione giuridica⁴⁰. E peraltro, risulta difficile immaginare che il cittadino sia interessato ad una conoscenza puramente scientifica del diritto: il cittadino, verosimilmente, vuole sapere cosa deve o non deve, cosa può o non può fare alla luce del

³⁸ S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna 2012.

³⁹ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* (1958), in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 3-155 (spec. cap. V); H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., cap. V (il diritto come unione di norme primarie e secondarie); J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico* (1970), Bologna 1977.

⁴⁰ Per la distinzione tra definitività e infallibilità della sentenza v. ancora H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 141 ss.

diritto vigente (da ciò deriva, ulteriormente, che anche la conoscenza giuridica “comune”, così come quella giurisprudenziale, è orientata primariamente a *casi*, e non a *testi*). Parimenti, risulta difficile immaginare che il cittadino, quando si accosta ad una disposizione normativa per sapere cosa il diritto richiede in un certo caso, non si ponga (o non ponga al suo consulente legale) il problema di come quella disposizione sia di fatto interpretata in giurisprudenza.

Inoltre, gli organi dell'applicazione sono tipicamente strutturati su vari livelli o su vari ambiti di competenza (anche se non si tratta propriamente di una strutturazione gerarchica); è altrettanto naturale pensare, dunque, che vi possano essere – anche tra gli organi dell'applicazione – interpreti diversi le cui interpretazioni hanno un peso diverso all'interno della pratica giuridica. Pur essendo ogni interpretazione perfettamente soggetta alla critica razionale, giuridica ed etico-politica da parte di chiunque (dottrina giuridica, opinione pubblica, ecc.), è innegabile che all'interno della pratica giuridica, in quanto pratica istituzionalizzata, le interpretazioni di *alcuni* organi dell'applicazione sono destinate a pesare più di altre.

Tutto ciò può essere convenientemente espresso evidenziando che il linguaggio giuridico ha un carattere di “linguaggio amministrato”⁴¹: nel linguaggio giuridico, a differenza che nel linguaggio comune, vi sono soggetti che possono decidere, e che di fatto decidono, in maniera autoritativa sul significato dei termini impiegati in quel linguaggio.

Quindi, sono del tutto d'accordo con Vignudelli sulla necessità di differenziare attentamente le posizioni e le attività dei diversi attori giuridici, a fini di chiarezza teorica nella spiegazione del fenomeno giuridico⁴². Ma è alquanto difficile accettare l'idea che, essendo il diritto un fenomeno istituzionale (ed essendo il linguaggio giuridico un linguaggio amministrato), le interpretazioni degli organi dell'applicazione stiano *sullo stesso piano* di quelle di tutti gli altri soggetti interessati dalla comunicazione giuridica (in breve: i cittadini). Chiunque può interpretare il

⁴¹ La fortunata espressione è di M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto*, 1995, 109 ss.; ID., *Linguaggio giuridico*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino 2013.

⁴² Sulla varietà di interpreti nel diritto, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 49 ss.; sulla varietà di “giochi interpretativi” nel diritto, P. CHIASSONI, *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Vol. II, Saggi teorico-giuridici*, Milano 1990, 121-161.

diritto in generale, o la Costituzione in particolare, ma quando vogliamo sapere cosa di fatto significa la Costituzione in un certo momento storico, non è possibile tralasciare le interpretazioni degli organi dell'applicazione e, in questo caso, specialmente della Corte costituzionale.

3. *Sull'interpretazione costituzionale*

La proposta di Vignudelli sul piano più specifico dell'interpretazione costituzionale si articola in un versante positivo ed in uno negativo. In positivo Vignudelli propone, che abbiamo visto, di applicare all'interpretazione costituzionale le tecniche indicate dall'art. 12 Preleggi. In negativo, Vignudelli respinge recisamente il ricorso a metodologie interpretative opache come quelle dell'interpretazione costituzionale "per valori", con la loro programmatica svalutazione del testo costituzionale e l'utilizzo potenzialmente (e forse tendenzialmente) incontrollabile al principio di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

La critica alle teorie dell'interpretazione costituzionale "per valori" mi trova sostanzialmente d'accordo⁴³, anche se non credo che il loro rifiuto debba necessariamente precludere l'utilizzo del canone di ragionevolezza. Contro l'interpretazione costituzionale "per valori", concordo con Vignudelli che il testo della costituzione debba essere preso sul serio. Ma il mio accordo con Vignudelli finisce più o meno qui: non ritengo infatti che l'interpretazione costituzionale possa essere condotta sulla base di criteri dell'art. 12 delle Preleggi, e ciò per ragioni sia giuridiche che metodologiche.

Da un punto di vista giuridico, l'art. 12 è ovviamente collocato su un piano sub-costituzionale nella gerarchia delle fonti, e dunque utilizzarlo per interpretare la costituzione consiste in una sovversione della gerarchia delle fonti (infatti, i principali tentativi di applicare l'art. 12 all'interpretazione costituzionale passano solitamente per una sua previa "costituzionalizzazione": siccome la materia dell'interpretazione e applicazione del diritto è materia costituzionale, si dice, allora l'art. 12 è equiordinato alle disposizioni costituzionali la cui interpretazione dovrebbe governare)⁴⁴. Né vale osservare, come fa Vignudelli, che l'art. 12 si riferisce all'interpretazione della legge, e che anche la costituzione è

⁴³ Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 147-149.

⁴⁴ Per questa linea di argomentazione si veda ad es. F. PIERANDREI, *L'interpretazione della costituzione*, cit.

una legge. L'argomento prova troppo (all'interno del testo costituzionale, ad esempio, il termine "legge" ricorre con un senso specifico: v. gli articoli sulla "formazione delle leggi", o le numerose riserve di legge contenute in costituzione⁴⁵), e finisce per essere controproducente per l'argomento generale di Vignudelli, visto che legittimerebbe il più ampio uso giudiziale del testo costituzionale in base al precetto dell'art. 101 (i giudici sono soggetti solo alla legge).

Da un punto di vista metodologico, i criteri indicati dall'art. 12 si rivelano, per l'interpretazione costituzionale, ampiamente inservibili. Si ricordi che le costituzioni contemporanee, e di certo la costituzione italiana, sono formulate con una terminologia indeterminata, generica, e connotata valutativamente: specialmente le parti della costituzione che contengono diritti e principi fondamentali ricorrono a termini quali "dignità", "libertà", "eguaglianza", e a numerosi altri termini che rimandano a concetti etico-politici⁴⁶. Ora, il problema con questo tipo di terminologia è che non può essere compresa semplicemente sfogliando un dizionario⁴⁷: essendo tali concetti vaghi, indeterminati e controversi, il significato letterale, o ordinario, o comune, di questi termini è esattamente il problema che l'interprete deve risolvere, non la sua soluzione.

Parimenti inappropriato pare, nell'interpretazione costituzionale, il ricorso all'intenzione dei costituenti, e per varie ragioni: innanzitutto per la difficoltà di ricondurre ad unità le informazioni rilevanti (quali erano le intenzioni dei costituenti; quali conoscenze di sfondo potevano avere al momento della redazione del documento normativo); poi perché i problemi principali di interpretazione di queste disposizioni hanno a che fare esattamente *con casi che i costituenti non avevano previsto*: e in questi casi, o si conclude che l'argomento dell'intenzione del costituente non ha nulla da dire (e questa mi sembra essere la posizione di Vignudelli), o ci

⁴⁵ E si veda anche l'uso disgiunto di "Costituzione" e di "legge" all'art. 54 cost.

⁴⁶ Alcuni esempi: "diritti inviolabili", "personalità", "solidarietà politica, economica e sociale" (art. 2); "pari dignità sociale", "opinioni politiche", "condizioni personali e sociali", "libertà", "eguaglianza", "ostacoli di ordine economico e sociale", "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3), "ragioni politiche" (art. 16), "pacificamente" (art. 17), "fede religiosa" (art. 19), "buon costume" (artt. 19 e 21), "manifestare liberamente il proprio pensiero" (art. 21), "trattamenti contrari al senso di umanità" (art. 27), "società naturale", "eguaglianza morale" (art. 29), "salute", "rispetto della persona umana" (art. 32), "esistenza libera e dignitosa" (art. 36), "essenziale funzione familiare" (art. 37), "utilità sociale", "sicurezza", "libertà", "dignità umana" (art. 41).

⁴⁷ Cfr. C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford 1996, p. 86: «in such cases, we need an argument rather than a language lesson».

si imbarca in un esercizio di speculazione, altrettanto discrezionale di qualsiasi altro (come ad esempio le speculazioni sulla *ratio legis*).

Infine, Vignudelli impiega l'argomento dell'intenzione del legislatore a fini di "fissazione del significato" al momento della produzione del testo normativo⁴⁸. È possibile che questo approccio sia legittimo e opportuno in alcuni campi del diritto, specialmente quelli limitativi degli spazi di libertà (ad es. il diritto penale e il diritto tributario). Per parte mia, però, tenderei ad escluderne l'opportunità nel campo specifico dell'interpretazione costituzionale: la costituzione (per come è intesa nel costituzionalismo contemporaneo) è infatti un documento che ha varie caratteristiche tipiche, tra cui: *a*) è frutto di compromessi tra forze politiche diverse ed esprime visioni diverse della società; *b*) assume il pluralismo (la diversità delle concezioni del bene, della libertà, dei rapporti umani e sociali) non solo come un dato di fatto ma anche come un valore da preservare, e forse l'unico (meta-)valore più importante di tutti gli altri; *c*) deve applicarsi, potenzialmente, a tutta la società: una costituzione è, quasi alla lettera, un progetto organico di fondazione di un ordine sociale; *d*) è pensata per durare a lungo; *e*) è difficilmente emendabile. Ora, alcune di queste caratteristiche, e specialmente la *c*), la *d*) e la *e*), rendono inevitabile che la costituzione debba evolversi soprattutto in sede interpretativa. La costituzione è (anche) un progetto che guarda al futuro, e questo progetto sarebbe falsato se lo si interpretasse con gli occhi rivolti solo al passato⁴⁹.

4. *Lo spazio della giustizia costituzionale nello Stato costituzionale contemporaneo*

Concludo questa breve nota di commento ad un libro straordinariamente ricco, stimolante, e provocatorio, con alcune sintetiche osservazioni sull'immagine di fondo che Vignudelli sembra disegnare per la giustizia costituzionale.

Se non lo fraintendo (e probabilmente non si tratterebbe nemmeno dell'unico fraintendimento contenuto in queste poche pagine), Vignu-

⁴⁸ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 189.

⁴⁹ Sui tempi della costituzione, v. L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Politica del diritto*, 4, 1997, 527-551; M.R. FERRARESE, *L'inter-temporalità e i tempi vari del mondo giuridico globale*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari 2013, 332-347.

delli presuppone – e caldeggia – un’immagine kelseniana della giustizia costituzionale: il giudice costituzionale come legislatore puramente negativo, che interviene in veste esclusivamente difensiva a sanzionare gli scantonamenti del legislatore rispetto al perimetro rigidamente disegnato dalle norme costituzionali. Correlativamente, in questo quadro la costituzione assume il ruolo di puro limite: una cassaforte in cui sono riposti certi beni fondamentali della comunità, al sicuro da possibili episodi di devianza della politica.

Questa immagine della costituzione e della giustizia costituzionale è legittima e sensata, ma non è l’unica possibile in uno stato costituzionale contemporaneo. Anche a respingere gli eccessi della teoria della costituzione per valori, cosa su cui concordo con Vignudelli, è comunque possibile argomentare a favore di un diverso modello⁵⁰ di costituzione e di giustizia costituzionale, un modello che qui non posso che limitarmi a delineare nei suoi contorni più generali.

Molto brevemente, il modello che ho in mente concepisce la costituzione non solo come *limite* al potere politico, ma anche come *fondamento* di un ordine sociale⁵¹. Concepire la costituzione come fondamento di un ordine sociale vuol dire almeno due cose: la costituzione è per un verso fondamento della validità materiale di tutte le altre norme appartenenti all’intero ordinamento giuridico; e per altro verso è fondamento della legittimità sia del potere politico, sia del potere giudiziario, l’uno e l’altro chiamati, seppure in modi e forme diverse, ad attuare la costituzione stessa. In questo quadro, di conseguenza, la giustizia costituzionale (e in qualche misura l’intero ordine giudiziario) si pone come contropotere e come interlocutore della politica⁵².

⁵⁰ Si tratta, evidentemente, di un argomento che si colloca innanzitutto su un piano normativo, filosofico-politico, e non meramente descrittivo dell’esistente. Ma non è da escludere che tale diverso modello risulti, qui e ora, preferibile anche rispetto alla sua maggiore capacità esplicativa del posto della costituzione e della giustizia costituzionale in una democrazia costituzionale contemporanea.

⁵¹ Ho già introdotto questa contrapposizione *supra*, nt. 29.

⁵² Questo modello si accompagna, in effetti, ad una rivisitazione del rapporto tra interpretazione giuridica e separazione dei poteri. La separazione dei poteri infatti non deve essere necessariamente intesa come una distinzione specializzata tra poteri statali, ciascuno dei quali esercita una attribuzione pubblica in maniera monopolistica: è possibile invece che le funzioni pubbliche siano distribuite ed esercitate in maniera non specializzata tra poteri statali, che dunque si trovano ad esercitarle in maniera al contempo cooperativa e conflittuale. Montesquieu verosimilmente concepiva proprio in questo modo il rapporto tra potere legislativo e (ciò che noi oggi chiamiamo) potere esecutivo; ma le moderne teorie dell’interpretazione, avendo decretato l’impossibilità del formali-

La giustizia costituzionale è allora uno dei luoghi in cui si costruisce l'ordinamento prefigurato dalla costituzione, e dove lo si può costruire anche in positivo, per addizione e non solo per sottrazione (come invece avverrebbe, nella pratica costituzionale italiana, con le sole pronunce di accoglimento): la giustizia costituzionale è uno dei luoghi in cui si mantiene aperta la discussione pubblica sui principi fondamentali sottoscritti dalla comunità politica, in cui si chiede al potere politico di giustificare le scelte compiute, di fornire ragioni, e in cui si può esercitare una forma di controllo democratico del potere politico⁵³.

simo interpretativo, portano a concepire in questo modo anche il rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario: il “diritto oggettivo” è prodotto in modi complessi – parzialmente cooperativi e parzialmente conflittuali – sia dal legislatore sia dagli interpreti. L'interpretazione giuridica non prende atto di un diritto preesistente, ma contribuisce a costruirlo. Per ulteriori riflessioni in tal senso, si veda M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 1-21.

⁵³ Alcuni spunti su questo modo di integrare la giustizia costituzionale (e l'interpretazione costituzionale in genere, anche se svolta da giudici comuni) e la democrazia si possono individuare in G. POSTEMA, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (eds.), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen 1989, 107-133; P. PETTIT, *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. SHAPIRO, S. MACEDO (eds.), *Designing Democratic Institutions*, Nomos XLII, New York 2000, 105-144; M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010, 2, 140-175.

