

L'ARGOMENTO ORIGINALISTA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI (*)

Chiara Tripodina

SOMMARIO: 1. Note di metodo e prime conclusioni descrittive - 2. Argomento originalista come espressione di una concezione imperativistica del diritto e come elemento di rigida storicizzazione del dato normativo - 3. La confutazione della critica: l'argomento originalista (applicato al parametro) come elemento di evoluzione del diritto attraverso la scelta democratica - 4. Interpretazione originalista della costituzione e "nuovi diritti" fondamentali - 5. Argomento originalista (per interpretare il parametro) come sintomo di una concezione recessiva (*rectius tollerante e temperata*) di costituzione - 6. Il disuso dell'argomento originalista come sintomo dell'affermarsi di una concezione espansiva della costituzione e svalutativa del diritto legislativo - 7. Il nodo culturale della rivalorizzazione del testo normativo e del suo autore

1. Note di metodo e prime conclusioni descrittive

In questo studio sulle sentenze della corte costituzionale in materia di diritti fondamentali, che impiegano l'argomento originalista per interpretare il parametro o l'oggetto del giudizio di legittimità, il fine che mi sono posta è quello di valutare se vi sia una concezione di costituzione fondante l'uso di tale argomento e quale essa sia, sul presupposto che «una discussione sui metodi dell'interpretazione costituzionale è sempre anche una discussione sul concetto e sulla teoria della costituzione; e non è possibile scindere le due discussioni»¹.

Al fine di individuare le sentenze di interesse, ho fatto una prima ricerca "tematica" nei siti della *Corte costituzionale* (www.cortecostituzionale.it) e di *Consulta on line* (www.giurcost.org), volendo rintracciare le sentenze in cui ricorressero le seguenti preposizioni: *Lavori dell'assemblea Costituente; Atti dell'assemblea Costituente; Assemblea Costituente; Lavori preparatori*. Ho così trovato 549 sentenze.

(*) Questo lavoro, che nasce in occasione del Seminario di Studio dell'Associazione "Gruppo di Pisa" *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, svolto a Catania il 5 ottobre 2007 (atti a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Quaderni del "gruppo di Pisa", Torino, Giappichelli, 2008), trova la sua radice ideale nella ricerca condotta dall'*Archivio di diritto e storia costituzionali* (<http://www.dircost.unito.it/index.shtml>) del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Torino, e in particolare nella sezione intitolata *Tecniche interpretative della Corte costituzionale*, che raccoglie una selezione di sentenze della Corte costituzionale, analizzate con l'intento di individuare gli argomenti o canoni utilizzati dalla Corte per sostenere le decisioni assunte.

¹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, trad. it. Milano, Giuffrè, 2006, p. 101.

Il passo successivo è stato quello di verificare in quante di queste la ricorrenza della frase corrispondesse *prima facie* anche a un uso dell'argomento originalista. L'uso effettivo dell'argomento è stato riscontrato in 132 sentenze, di cui 90 attinenti alla tematica dei diritti fondamentali (intendendo "diritti fondamentali" in senso lato, includente libertà negative, diritti positivi, diritti politici, diritti processuali...).

Una lettura più attenta delle sentenze mi ha portato (con scelta discrezionale, e dunque fallibile) a circoscrivere a 58 il numero delle sentenze in cui è riscontrabile realmente l'uso dell'argomento originalista al fine di interpretare parametro o oggetto, nelle altre il richiamo a lavori preparatori e atti dell'assemblea costituente non essendo altro che mera clausola di stile². Delle 58 sentenze in cui ricorre l'argomento psicologico, in 31 esso viene impiegato per interpretare il parametro costituzionale³; in 22 per interpretare l'oggetto⁴; in 5 per interpretare tanto il parametro che l'oggetto⁵.

Su 58 sentenze, 42 conducono a una pronuncia di rigetto della questione di legittimità costituzionale (22 su parametro⁶; 17 su oggetto⁷; 3 su parametro/oggetto⁸), 16 al suo accoglimento (9 su parametro⁹; 5 su oggetto¹⁰; 2 su parametro/oggetto¹¹).

² Sentt. 2/1956; 9/1956; 107/1957; 121/1957; 56/1958; 19/1959; 29/1960; 30/1960; 54/1960; 1/1962; 15/1962; 7/1963; 67/1963; 21/1964; 68/1964; 77/1964; 11/1965; 42/1965; 12/1966; 65/1966; 70/1967; 101/1967; 1/1969; 26/1969; 27/1969; 28/1969; 79/1969; 43/1970; 46/1970; 137/1971; 161/1971; 169/1971; 124/1972; 16/1973; 125/1979; 62/1981; 31/1986; 184/1986; 237/1986; 269/1986; 364/1988; 24/1989; 277/1990; 388/1991; 430/1991; 407/1992; 274/1993; 344/1993; 62/1994; 422/1995; 429/1995; 143/1996; 223/1996; 28/1998; 113/1998; 202/1999; 301/2000; 518/2000.

³ Sentt. 2/1956; 9/1956; 107/1957; 121/1957; 19/1959; 29/1960; 54/1960; 15/1962; 67/1963; 68/1964; 12/1966; 101/1967; 26/1969; 79/1969; 43/1970; 161/1971; 169/1971; 124/1972; 16/1973; 125/1979; 62/1981; 31/1986; 237/1986; 269/1986; 364/1988; 277/1990; 388/1991; 274/1993; 429/1995; 223/1996; 28/2998.

⁴ Sentt. 1/1962; 21/1964; 77/1964; 11/1965; 42/1965; 65/1966; 70/1967; 27/1969; 28/1969; 46/1970; 137/1961; 184/1986; 24/1989; 430/1991; 407/1992; 344/1993; 62/1994; 143/1996; 113/1998; 202/1999; 301/2000; 518/2000.

⁵ 56/1958; 30/1960; 7/1963; 1/1969; 422/1995.

⁶ Sentt. 2/1956; 9/1956; 107/1957; 121/1957; 54/1960; 15/1962; 67/1963; 68/1964; 12/1966; 26/1969; 43/1970; 161/1971; 169/1971; 124/1972; 16/1973; 125/1979; 62/1981; 31/1986; 237/1986; 277/1990; 429/1995; 28/2998.

⁷ Sentt. 21/1964; 77/1964; 11/1965; 42/1965; 65/1966; 27/1969; 46/1970; 137/1961; 184/1986; 24/1989; 430/1991; 407/1992; 62/1994; 113/1998; 202/1999; 301/2000; 518/2000.

⁸ Sentt. 56/1958; 30/1960; 1/1969.

⁹ Sentt. 19/1959; 29/1960; 101/1967; 79/1969; 269/1986; 364/1988; 388/1991; 274/1993; 223/1996.

¹⁰ Sentt. 1/1962; 70/1967; 28/1969; 344/1993; 143/1996.

¹¹ Sentt. 7/1963; 422/1995.

A una prima lettura, si possono trarre alcune prime conclusioni descrittive: la prima è che l'uso dell'argomento originalista si trova in netta prevalenza in sentenze che rigettano la questione di legittimità costituzionale, e dunque fanno salva la legge ordinaria¹².

Quando ricorre, inoltre, l'argomento originalista non è mai l'argomento determinante, ma è impiegato sempre *ad adiuvandum* per rafforzare interpretazioni alle quali la corte perviene attraverso altri criteri, e particolarmente attraverso gli argomenti letterale, sistematico o della discrezionalità del legislatore.

Viene poi impiegato tanto per accreditare interpretazioni conformi alla volontà degli autori della legge che per screditare interpretazioni che manifestamente vanno contro quella volontà.

Altro dato di prima evidenza è che, nei primi anni di attività della corte, ricorrono in prevalenza sentenze che impiegano l'argomento originalista per interpretare il parametro e conducono al rigetto della questione (le prime cinque sentenze - anni 1956, 1957, 1958 - sono tutte di rigetto e interpretano 4 il parametro¹³, 1 sia parametro che oggetto¹⁴); negli anni più recenti, invece, l'argomento, pur conducendo sempre a sentenze di rigetto, viene impiegato prevalentemente per interpretare l'oggetto (le ultime cinque sentenze - anni 1998, 1999, 2000 - sono tutte di rigetto e interpretano 4 l'oggetto¹⁵, 1 il parametro¹⁶).

Dal 2000 in poi non si è più riscontrata la ricorrenza dell'argomento originalista per interpretare parametro o oggetto in sentenze in materia di diritti fondamentali (quando vi è, il richiamo ai lavori preparatori è mera clausola di stile).

¹² Quadro riassuntivo: *parametro* 31 sentenze: 2/1956; 9/1956; 107/1957; 121/1957; 19/1959; 29/1960; 54/1960; 15/1962; 67/1963; 68/1964; 12/1966; 101/1967; 26/1969; 79/1969; 43/1970; 161/1971; 169/1971; 124/1972; 16/1973; 125/1979; 62/1981; 31/1986; 237/1986; 269/1986; 364/1988; 277/1990; 388/1991; 274/1993; 429/1995; 223/1996; 28/2998 (9 sentenze di *accoglimento*: 19/1959; 29/1960; 101/1967; 79/1969; 269/1986; 364/1988; 388/1991; 274/1993; 223/1996; 22 sentenze di *rigetto*: 2/1956; 9/1956; 107/1957; 121/1957; 54/1960; 15/1962; 67/1963; 68/1964; 12/1966; 26/1969; 43/1970; 161/1971; 169/1971; 124/1972; 16/1973; 125/1979; 62/1981; 31/1986; 237/1986; 277/1990; 429/1995; 28/2998); *oggetto* 22 sentenze: 1/1962; 21/1964; 77/1964; 11/1965; 42/1965; 65/1966; 70/1967; 27/1969; 28/1969; 46/1970; 137/1961; 184/1986; 24/1989; 430/1991; 407/1992; 344/1993; 62/1994; 143/1996; 113/1998; 202/1999; 301/2000; 518/2000 (5 sentenze di *accoglimento*: 1/1962; 70/1967; 28/1969; 344/1993; 143/1996; 17 sentenze di *rigetto*: 21/1964; 77/1964; 11/1965; 42/1965; 65/1966; 27/1969; 46/1970; 137/1961; 184/1986; 24/1989; 430/1991; 407/1992; 62/1994; 113/1998; 202/1999; 301/2000; 518/2000); *parametro/oggetto* 5 sentenze: 56/1958; 30/1960; 7/1963; 1/1969; 422/1995 (2 sentenze di *accoglimento*: 7/1963; 422/1995; 3 sentenze di *rigetto*: 56/1958; 30/1960; 1/1969).

¹³ Sentt. 2/1956; 9/1956; 107/1957; 121/1957.

¹⁴ Sent. 56/1958.

¹⁵ Sentt. 113/1998; 202/1999; 301/2000; 518/2000.

¹⁶ Sent. 28/1998.

2. Argomento originalista come espressione di una concezione imperativistica del diritto e come elemento di rigida storicizzazione del dato normativo

L'*argomento originalista* (o psicologico o del ricorso alla volontà del legislatore concreto) è l'argomento per cui «a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico»¹⁷; vale a dire, dell'uomo o degli uomini che concretamente e storicamente hanno partecipato alla redazione e all'approvazione di un documento normativo. A tale argomento si richiama l'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale preliminari al codice civile, laddove prescrive, al primo comma: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»¹⁸.

Fondamento di questo argomento è la *dottrina imperativistica* della legge - cuore del positivismo teorico¹⁹ -, per la quale la legge è un comando rivolto dal superiore all'inferiore: se «il comando si manifesta in un documento», allora «attribuire significato al documento vuol dire risalire alla volontà di cui il documento è espressione»²⁰ (secondo l'antica massima hobbesiana, *auctoritas, non ratio, facit legem*).

¹⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 364.

¹⁸ È oggetto di contesa se l'art. 12 delle preleggi possa applicarsi anche all'interpretazione costituzionale, in ragione dell'essere contenuto in un testo avente forza di legge e antecedente all'emanazione della costituzione. Per una ricostruzione della contesa, si veda G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, con particolare riguardo ai saggi di Modugno e Pace. Quanto al rapporto che intercorre tra i due distinti metodi interpretativi - significato proprio delle parole e intenzione del legislatore - che prescrive l'art. 12, primo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile, si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 396 s.

¹⁹ La definizione di positivismo teorico - a ripresa della nota distinzione di Bobbio tra positivismo metodologico, teorico e ideologico (N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1996, su cui si veda G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. Azzariti, *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 17 ss., già in «Diritto pubblico», n. 1, 2005) - si trova, da ultimo, in R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it» e in «Giurisprudenza costituzionale», n. 2, 2007: «Il positivismo teorico è, grosso modo, la teoria del diritto, dominante nel secolo XIX: quel modo di vedere secondo cui le norme giuridiche (ivi incluse quelle consuetudinarie) sono interamente riducibili a comandi coattivi del sovrano politico (i.e., di un legislatore umano), un ordinamento giuridico è un insieme di norme completo e coerente, l'interpretazione del diritto è atto di conoscenza (non di volontà), la sua applicazione è attività logica deduttiva».

²⁰ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 364.

Nel passaggio dalla legge come espressione della volontà di uno solo alla legge come espressione della volontà di un'assemblea, alla consultazione diretta della persona del singolo legislatore si sostituisce, per risalire alla volontà di cui il documento è espressione, la consultazione dei "lavori preparatori" dell'assemblea legislativa - dei progetti presentati ed emendati, delle discussioni in aula, dei voti e delle opinioni manifestate... -, dei quali si tiene traccia con registrazioni e pubblicazioni fedeli. Anche se non pochi revocano in dubbio che a un organo collegiale si possa riconoscere una volontà o un'intenzione nello stesso senso in cui si parla di volontà e intenzione in relazione a singoli individui²¹. Non è questo il solo tributo che l'argomento psicologico paga alla modernità: calato nella cultura giuridica moderna, l'argomento psicologico è stato spesso associato a letture forti della *dottrina della separazione dei poteri*, per le quali, se la funzione di fare le leggi e quella di giudicare in base alle leggi sono concettualmente separabili e devono essere affidate a organi distinti, allora il giudice non può e non deve mai ricorrere alla propria volontà per interpretare le leggi, ma deve sempre e solo attingere alla volontà del legislatore concreto²².

²¹ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit. pp. 365 s., per il quale è assai problematico ricostruire la volontà psicologica di un'assemblea legislativa e, prima, riscontrare se una tale volontà effettivamente sussista o possa sussistere. Non sussisterebbe, secondo Tarello, «quando l'*iter* e le procedure di formazione dei documenti legislativi sono troppo complessi e vi partecipano troppe persone in troppi successivi momenti. Ciò, in ogni caso, non avviene allorché all'*iter* di formazione del documento partecipano portatori di diversi e confliggenti interessi, volontà e pretese, e questi soggetti pervengono a una soluzione di compromesso non già sulla norma bensì sulla formula, cioè sull'*enunciato* normativo, proprio in grazia della sua interpretabilità in sensi diversi e confliggenti; in questi casi, ovviamente, si attua nella sostanza una delegazione di potere normativo agli operatori dell'interpretazione, i quali potranno basarsi o farsi convincere dai più disparati argomenti, tranne che da quello relativo alla volontà psicologica del legislatore storico». Nello stesso senso R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 394; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 399; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1988, pp. 73 s.

²² Talvolta, sulla scorta di simili letture, si è giunti sino all'estremo «di dover escludere l'attività interpretativa e di dover imporre al giudice, nel caso di oscurità o di dubbi sul significato dei documenti legislativi, di rivolgersi direttamente al legislatore per ottenere un'interpretazione autentica», rendendo di fatto superfluo l'uso dell'argomento psicologico come di qualsiasi altro argomento. Sul punto G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 364. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, cit., mostra come «il dilemma fra dottrina della separazione dei poteri (in senso stretto) – il giudice non deve partecipare alla creazione di diritto – e teoria giusrealista (moderata) – il giudice non può non partecipare a tale creazione, sia pure solo scegliendo entro una cornice di significati – dipende in gran parte dalla formulazione troppo generica delle due tesi; in particolare, basta specificare il senso del termine 'creazione', come si vedrà qui di seguito, per mostrare la loro perfetta compatibilità [...]. Nel caso della separazione dei poteri, 'creare' o 'produrre' (norme giuridiche) ha un senso forte: il legislatore crea nel senso di produrre norme valide *erga omnes*. Nel caso della teoria

Sul piano dell'interpretazione tutto ciò significa che trarre il significato normativo da un testo è attività non di creazione, ma di scoperta o conoscenza del significato stesso, «inteso indifferentemente o come contenuto concettuale di un testo in quanto tale ("significato oggettivo"), o come intenzione dell'autorità normativa ("significato soggettivo"). Il significato, pertanto, deve ritenersi incorporato ai testi normativi e precostituito all'interpretazione, che consiste appunto nel portarlo alla luce. Da questo punto di vista, ogni testo normativo è suscettibile di una, ed una sola, interpretazione vera (tutte le altre essendo false), ed ogni questione di diritto è suscettibile [...] di una ed una sola "soluzione corretta"»²³. È questa la *teoria cognitivista dell'interpretazione* (o del formalismo interpretativo), di cui evidentemente l'argomento originalista rappresenta un elemento cruciale.

Che la dottrina imperativistica del diritto e la teoria cognitivista dell'interpretazione, che della prima costituisce il corollario, non godano più di fortuna presso i teorici e i filosofi del diritto non è qui il luogo per dimostrare e si deve dare per presupposto²⁴. Ma resta tuttavia il fatto che esse resistono nella

giusrealista dell'interpretazione, invece, 'creare' o 'produrre' (norme giuridiche) ha senso debole: significa solo interpretare o anche integrare la legislazione, ma sempre e solo al fine di decidere il caso sottoposto al giudice [...]. Orbene, il giusrealismo moderato, a differenza del giusrealismo radicale, riconosce tutto questo: il giudice ordinario non crea diritto nel senso forte di legiferare, ma solo nel senso debole di interpretare (scegliere una norma generale entro la cornice della disposizione) o, al massimo, nel senso poco più forte di integrare (scegliere una norma generale fuori dalla cornice della disposizione). Ma la dottrina della separazione dei poteri in senso stretto vieta al giudice solo di legiferare (di creare norme generali valide o efficaci *erga omnes*): non anche di interpretare o persino di integrare il diritto prodotto dal legislatore».

²³ Così R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 27.

²⁴ Emblematiche le parole di V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 209, nt. 47: «Specie ritenendo che nell'atto interpretativo incidano giudizi di valore, viene a mancare (anche se fosse astrattamente ipotizzabile) qualsiasi parametro cui raffrontare il risultato dell'interpretazione per poterne predicare l'esattezza o l'erroneità. Al limite sono ipotizzabili tante ricostruzioni delle singole norme e dell'ordinamento, quanti gli interpreti. L'idea della norma "vera" è un'ipostasi, per quanto necessaria ai fini della certezza del diritto, strettamente connessa all'ipostasi dell'ordinamento (come sistema normativo)». Sul superamento della dottrina imperativistica e della teoria cognitivistica si vedano anche M. DOGLIANI, *Interpretazione* (voce), *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3179 ss.; IDEM, *Il "posto" del diritto costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 526 ss.; A. PACE, *Una proposta: introdurre il référendé législatif*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it» (e in «Questione giustizia», n. 6, 2003); G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, cit., p. 34. Nella giurisprudenza costituzionale, per tutte, sent. 364/1988, per la quale è evidente che «l'assoluta, "illuministica" certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di "entrate in vigore" di

mentalità dei giuristi positivi, che «continuano infatti a parlare di volontà del legislatore, delle norme come comandi di qualcuno (lo Stato, il legislatore), e soprattutto a descrivere il processo interpretativo come se si trattasse di accertare una volontà: è certo che questa terminologia non sempre è usata in senso metaforico»²⁵. E l'uso - pur sporadico - dell'argomento da parte della corte costituzionale non è che un frammento di questa mentalità diffusa.

nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviano, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori "seconde" mediazioni».

²⁵ M. JORI - A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, p. 45. Si veda anche V. VILLA, *L'intenzione del legislatore nell'art. 12 disp. prel.*, in F. Viola - M. Villa - V. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, CELUP, 1974, pp. 125 ss. Assertore fortemente critico della persistenza di una mentalità positivista nella cultura giuridica italiana, e in particolare nella cultura costituzionalista, è A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 201 ss., che afferma: «Nella storia della cultura moderna è molto difficile trovare una fedeltà così duratura e così impermeabile ai cambiamenti come quella che è manifestata nell'adesione della dottrina italiana del diritto costituzionale al positivismo giuridico. Salve rarissime eccezioni, la grande maggioranza dei costituzionalisti italiani non ha mai percorso strade alternative al positivismo giuridico [...]. Chiuso nella sua orgogliosa indifferenza verso le umane cose, ma vivificato da un'eccezionalmente rigogliosa auto-referenzialità, il positivismo giuridico dei costituzionalisti italiani sopravvive, pure ai nostri giorni, nelle tecniche interpretative e nella spiegazione dei fenomeni giuridici, nutrito dalla convinzione profonda, anche se quasi mai illustrata e men che meno dimostrata, che non di un semplice metodo si tratta. Ciò di cui si parla è molto di più: è l'incarnazione stessa della scienza del diritto», la scienza rivelata che «si nutre di "misteri" e "dogmi", come si conviene a un'autentica rivelazione: l'onniscienza del legislatore, la completezza dell'ordinamento giuridico, l'onnipotenza della legge, l'irresistibilità dell'atto sovrano e così via». Attributi che oggi, «di fronte all'inconsistente fantasma di tanta immensità, si mostrano nella loro luce effettiva: povere elucubrazioni ideologiche dovute a un'esaltazione collettiva» (tale scritto è il bersaglio polemico del saggio di R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, cit.). Sottolineata «la povertà culturale - la "miseria"» del positivismo giuridico dei costituzionalisti italiani, con pari forza, in uno scritto di poco successivo (*Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it»), Baldassarre si schiera però anche contro il "positivismo giudiziale": cioè contro l'«arroganza intellettuale» di quanti ritengono che «la Costituzione non sarebbe di per sé un atto contenete norme valide *a priori*, ma risulterebbero soltanto *a posteriori* come prodotto delle decisioni prestate di volta in volta dai giudici competenti». Per l'autore «un giudice che non sia sottoposto (soltanto) alla legge non è un giudice: è, nella migliore delle ipotesi, un "arbitro" (*merum arbitrum*) [...] fuori dalla legalità il giudice, ogni giudice, non ha alcuna legittimazione, poiché il giudice (incluso quello della costituzionalità) è legittimato soltanto nella misura in cui "applica" il diritto stabilito dal "sovrano" (che, in una democrazia, è sempre il popolo), e non se stabilisce egli stesso il diritto in luogo del "sovrano"». L'ipotesi che l'interprete o il giudice siano chiamati a «individuare significati i quali risultino totalmente smarcati da qualsiasi discorso di tipo legalitario e completamente assorbiti nella ricerca di soluzioni socialmente accettabili - l'ipotesi che, cioè, si passi da un (impossibile) positivismo legislativo (= della costituzione) a un (immaginario) "positivismo

Perché questa "resistenza"? E' il sintomo di che cosa?

Nel tentare una risposta, prendo le mosse dalla più forte critica che viene mossa all'uso dell'argomento originalista: privilegiarne l'impiego promuove «la fissità dell'applicazione normativa, richiede per ogni mutamento l'azione dell'organo legislativo e - nei casi in cui questo è immobilista o è costretto ad essere immobile - può concorrere a determinare notevoli tensioni all'interno della società e dell'organizzazione giuridica»²⁶.

L'uso dell'argomento originalista viene dunque inteso come elemento di fissità, immobilità, rigida storicizzazione: esso impedisce di far evolvere l'ordinamento giuridico facendo ricorso a «quelle operazioni di scomposizione e ricomposizione degli enunciati legislativi prodotti in tempi ed in settori diversi, che consentono agli operatori giuridici di variamente adattare e piegare il complesso legislativo a scopi mutevoli pur nel permanere degli stessi enunciati normativi»²⁷.

Legare il testo al suo autore equivale - per chi si fa portatore di tale critica - a pietrificarlo, a impedirne qualsiasi evoluzione che non sia dall'autore stesso del testo consentita attraverso una nuova manifestazione di volontà; equivale a un diritto che non può avvalersi, per la sua interpretazione, del contributo dei giudici e dei dottori; che non può richiamarsi al "diritto vivente" nelle aule dei tribunali e, più diffusamente, nella società.

3. La confutazione della critica: l'argomento originalista (applicato al parametro) come elemento di evoluzione del diritto attraverso la scelta democratica

La lettura delle sentenze della corte costituzionale italiana in materia di diritti fondamentali conduce a porre in discussione la critica - che ha invece fondamento nel contesto Nord-americano, dove l'*original intent of the Framers* è stato ed è impiegato prevalentemente col fine di dare legittimazione a politiche sociali reazionarie e anti-egualitarie²⁸ -, per cui il ricorso all'argomento psicologico impedirebbe

giudiziale" (come lo definisce Böckenförde) - si pone in contraddizione con il principio stesso che legittima la giurisdizione costituzionale».

²⁶ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 367. Nello stesso senso M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in [«http://www.univ.trieste.it/~etica/2006_1/BARBERIS.htm»](http://www.univ.trieste.it/~etica/2006_1/BARBERIS.htm); ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 73.

²⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 367.

²⁸ L'argomento dell'*original intent of the Framers* è stato infatti uno dei più efficaci strumenti per affermare la legittimità costituzionale della schiavitù (emblematica la sentenza *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393, 408, del 1857, che espressamente afferma: «Noi pensiamo che queste [persone di origine africana] non siano incluse, e non si era inteso includerle, nella categoria di "cittadini" ai sensi della Costituzione»); del regime di *apartheid* instaurato in diversi stati del

un'evoluzione del sistema giuridico, calcificando l'interpretazione della legge in un significato anacronistico.

La critica va posta in discussione, intanto per il rilievo che nulla vieta, come infatti accade, che si possa realizzare una coincidenza tra interpretazione originalista e interpretazione evolutiva: laddove, per esempio, a un legislatore lungimirante che detti una disciplina precorritrice dei tempi, faccia seguito un'epoca reazionaria in cui il dato normativo viene applicato e interpretato in termini conservatori, per poi addivenire a un'epoca in cui i tempi sono finalmente maturi per approdare all'interpretazione che era nella mente del legislatore concreto; epoca in cui, dunque, l'argomento originalista viene impiegato per rafforzare un'interpretazione evolutiva (cosa che accade soprattutto quando ad essere lungimirante fu il *legislatore costituente*, con la conseguenza che viene dichiarata incostituzionale la fonte primaria che abbia disposto in contrasto con la volontà costituente)²⁹. Altro caso: quello in cui dagli atti

Sud (per esempio, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 del 1896) e, più di recente, per contrastare le azioni positive in favore dei neri, in base all'argomento che l'*equal protection clause* del XIV emendamento avrebbe sancito il carattere *color-blind* della costituzione americana, talché essa non tollererebbe alcuna distinzione razziale a svantaggio, ma neppure a vantaggio, della minoranza di colore (si veda, da ultimo, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District no. 1 et al.*, decisa il 28 giugno 2007). Sull'uso dell'argomento originalista nella giurisprudenza e nella dottrina nord-americana, A. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell'"original intent of the farmers"*, in «Diritto pubblico», n. 1, 1997 pp. 161 ss.; M. CAIELLI, *Il fondamento costituzionale delle azioni positive*, Napoli, Jovene (in corso di pubblicazione), specc. capp. II e V.

²⁹ Esempio paradigmatico di coincidenza tra interpretazione originalista e interpretazione evolutiva - in cui l'argomento originalista viene impiegato per interpretare il parametro - mi pare la vicenda circa la legittimità costituzionale degli artt. 467, 468 e 577 del codice civile, in riferimento all'art. 30, terzo comma, della costituzione, nella parte in cui la "famiglia legittima", da tutelare con prevalenza rispetto ai diritti del figlio naturale nato fuori del matrimonio, viene intesa con una portata più estesa rispetto a quella ristretta includente il solo coniuge e i soli figli legittimi derivanti dal matrimonio del genitore del figlio naturale, fino a comprendere anche ascendenti e collaterali. Portata la questione di fronte alla Corte nel 1960, essa con la sentenza 54/1960, la rigettò, confermando l'interpretazione conservatrice del codice civile e dichiarando non decisivi gli indizi in senso contrario che potevano ricavarsi dai lavori dell'assemblea costituente («*Ritiene, invece, la Corte che a interpretare l'art. 30, terzo comma, in questo senso [ristretto] non bastino né le parole, a cui allude anche l'ordinanza di rinvio, di chi nell'Assemblea costituente propose il testo definitivo della norma né gli analoghi rilievi che altri fecero nella stessa Assemblea e che rivelano una preoccupazione limitata ai diritti della sola famiglia formatasi col matrimonio del genitore naturale. Il fatto è, invece, che queste preoccupazioni, indirizzate in tal modo, non si sono tradotte in una formula costituzionale concreta: evidentemente il testo dell'art. 30, terzo comma, poiché accenna genericamente alla famiglia legittima, non dà a questa espressione la portata ristretta che essa avrebbe se dovesse riguardare soltanto il gruppo composto dal coniuge e dai discendenti del padre. [...] Quel che si desume sia dal testo dello stesso art. 30, terzo*

comma, sia dal travaglio che portò, nell'Assemblea costituente, alla sua formulazione definitiva, è soltanto un innegabile favore per la prole naturale. Questo favore, tuttavia, non si poté concretare in una disciplina precisa da contenere in un articolo, tanto più in quanto un'ampia tutela del figlio naturale poteva e potrebbe anche portare a una profonda revisione di molte norme, e perfino del sistema familiare e successorio, del Codice. Ad avviso della Corte questa è la ragione per cui il terzo comma dell'art. 30 si apre con un accenno al legislatore ordinario e contiene per così dire una riserva che solo la legge potrà sciogliere: sarà il legislatore a stabilire fino a che punto la maggiore tutela del figlio naturale sia, caso per caso, cioè nella eventuale determinazione di uno status e delle conseguenze di esso anche in campo successorio, compatibile coi diritti dei componenti la famiglia legittima. Dato ciò, non si può dire che gli artt. 467, 468 e 577 Cod. civ. contrastino col terzo comma del citato art. 30»). Nel 1969, riproposta la medesima questione, la Corte costituzionale, con sentenza 79/1969, dando rilievo ai lavori preparatori in Assemblea costituente, oltre che alla collocazione sistematica dell'art. 30, terzo comma, della costituzione, dichiara costituzionalmente illegittima la disciplina conservatrice codicistica e impone l'interpretazione evolutiva, coincidente con la volontà dei costituenti («che solo del coniuge e dei discendenti si sia preoccupato il Costituente risulta anche dall'art. 31, dove la famiglia e i suoi compiti sono quelli che derivano dal matrimonio; risulta inoltre dall'art. 30, comma primo, che riconosce doveri e diritti dei genitori nei confronti dei figli e non nei riguardi dei propri ascendenti o collaterali. Da questo quadro non è verosimile che sia uscito il terzo comma dell'art. 30: anche qui, l'accenno alla famiglia legittima di chi ha figli naturali, evidentemente, non comprende gli ascendenti o i collaterali; poiché si contrappongono i figli nati fuori del matrimonio di lui alla sua famiglia legittima, questa non può essere che il gruppo costituitosi col suo matrimonio. In tal senso depongono inoltre innumerevoli testimonianze dei lavori preparatori che sovrastano a un isolato indizio contrario [...]. In conclusione, se il genitore naturale non ha coniuge né figli legittimi, manca una famiglia legittima nel senso dell'art. 30, terzo comma, e si apre per il figlio naturale la tutela garantita da questa norma»). Ma anche importante il caso della sentenza 29/1960, che dichiara illegittimità costituzionale dell'art. 501, primo (divieto penale di serrata) e secondo comma (divieto penale di sciopero) del codice penale in riferimento agli artt. 39 e 40 della costituzione («Sebbene enunciati in due distinte norme, il principio della libertà di sciopero e il principio della libertà sindacale non possono non considerarsi logicamente congiunti. Non senza significato, a tale proposito, è il fatto che, in qualcuna delle prime proposte presentate in seno alla Costituente, la dichiarazione dei due principi era contenuta in un unico testo. L'art. 39 e l'art. 40 sono da considerare come espressione unitaria del nuovo sistema; e pertanto il significato dell'art. 39 non può essere circoscritto entro i termini angusti di una dichiarazione di mera libertà organizzativa, mentre invece, nello spirito delle sue disposizioni e nel collegamento con l'art. 40, esso si presenta come affermazione integrale della libertà di azione sindacale [...]. Un dato, inoltre, non trascurabile nei rapporti tra la norma penale in questione e il sistema della costituzione può cogliersi anche nelle tendenze che si manifestarono in seno alla Costituente e nello spirito che, rispetto alla materia in questione, ne animò i lavori. La serrata non venne in considerazione come possibile oggetto di divieto penale; che anzi un motivo insistente delle discussioni, in sotto-commissione e in assemblea, fu quello relativo alla opportunità del riconoscimento costituzionale anche di un diritto di serrata accanto al diritto di sciopero. Vi furono manifestazioni, anche vivaci, di avverse opinioni, vi furono votazioni contrarie alle proposte di riconoscimento, ma non si manifestò alcun positivo orientamento verso la incriminazione della serrata quale contrapposto al riconoscimento del diritto di sciopero. Una isolata proposta, presto respinta, poneva, ai fini della incriminazione, accanto alla serrata anche lo sciopero»); della sentenza 269/1986, che dichiara l'illegittimità

preparatori risulti che il *legislatore ordinario* pose una disciplina per innovare rispetto al passato e offrire così una tutela più evoluta a una determinata situazione giuridica e, nel momento del giudizio sulla legge, la corte constatò che le intenzioni che condussero all'approvazione della legge sono ancora

costituzionale della norma di cui al primo comma dell'art. 5 della legge 1278/1930, che punisce il reato di eccitazione all'emigrazione («*La precitata ratio ed il bene giuridico tutelato [l'interesse dello Stato a che il cittadino non sia indotto ad emigrare dalla propaganda realizzata con mezzi di pubblicità] attraverso l'incriminazione del fatto in esame non sono, oggi, in alcun modo compatibili con le visioni ideologiche poste a fondamento della vigente Costituzione e contrastano con precise ed inequivocabili norme espressamente previste dalla medesima. Va, anzitutto, rilevato che l'espressa menzione della libertà d'emigrazione, di cui all'art. 35, quarto comma, Cost. e la sottoposizione della medesima ai soli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale sono, appunto, diretta derivazione della volontà del Costituente di contrastare la visione, in materia, del legislatore del 1930 [...]. Né va taciuta l'esatta visione che il Costituente ebbe della complessità del fenomeno emigratorio e dell'evoluzione che il medesimo andava rivelando in Italia. Non è senza rilievo che, durante i lavori dell'Assemblea costituente, il tema dell'emigrazione, inizialmente proposto in sede di discussione dell'art. 10 del Progetto (attuale art. 16 Cost.) fu, nella seduta antimeridiana dell'11 aprile 1947 dell'assemblea plenaria, rimandato all'esame dell'art. 30 del Progetto (attuale art. 35 Cost.) appunto in considerazione dell'incidenza del tema anche sulla materia della libertà di lavoro. E va ricordato altresì che, nella precitata seduta, uno dei Costituenti sottolineò che i nuovi emigranti non costituivano più le "turbe cenciose di un tempo ma i cittadini nuovi della vera civiltà italiana, la civiltà del lavoro...". [...] Da quanto precede risulta che non è condivisibile l'affermazione secondo la quale la Costituzione riconosce il diritto soggettivo d'emigrare ma non il diritto di far propaganda "per far emigrare"»); della sentenza 364/1988, che - con l'uso più esteso dell'argomento originalista che si sia riscontrato nelle sentenze analizzate - dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del codice penale nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile («[...] Alcuni Costituenti mostrarono, con felice intuizione, davvero premonitrice, forti preoccupazioni sulla possibilità di equivoci nell'interpretazione della formula "La responsabilità penale è personale" e ne chiesero la soppressione, temendo si potesse ritenere "configurabile" una responsabilità penale senza elemento subiettivo. La terminologia è spesso imprecisa ma la volontà certa [...]. Intorno ai "dubbi" (ripetiamo, non sulla necessità dell'elemento subiettivo per la responsabilità penale ma sulla possibilità che, interpretando erroneamente la formula, si potesse ritenere ammissibile una responsabilità senza elemento subiettivo) si chiesero "chiarimenti" sui "fatti penali commessi per ordine altrui" e, dando all'espressione "fatto altrui" un significato che includeva nel termine "fatto" anche l'elemento subiettivo, si osservò che quest'ultimo manca, talvolta, in chi pur consuma materialmente il reato e che, appunto per tale mancanza, non può esser chiamato a rispondere penalmente [...]. In conclusione, va confermato che, per quanto si usino le espressioni fatto proprio e fatto altrui, che possono indurre in errore, in realtà, in tutti i lavori preparatori relativi al primo comma dell'art. 27 Cost., i Costituenti mirarono, sul piano dei requisiti d'imputazione del reato, ad escludere che si considerassero costituzionalmente legittime ipotesi carenti di elementi subiettivi di collegamento con l'evento e, sul piano politico, a non far ricadere su "estranei" "colpe altrui". E mai, in ogni caso, venne usato il termine fatto come comprensivo del solo elemento materiale, dell'azione cosciente e volontaria seguita dal solo nesso oggettivo di causalità: anzi, sempre venne usato lo stesso termine come comprensivo anche d'un minimo di requisiti subiettivi, oltre a quelli relativi alla coscienza e volontà dell'azione»).*

attuali, tali da far ritenere razionalmente giustificabile la disciplina dettata, e dunque non fondata la questione di legittimità costituzionale³⁰.

Al di là del caso del "legislatore lungimirante", la critica dell'irrigidimento storico potrebbe avere fondamento soprattutto per quel che riguarda il ricorso all'argomento originalista per interpretare fonti

³⁰ L'argomento originalista per interpretare l'oggetto e affermare così un'interpretazione evolutiva, si trova nella sentenza 27/1969, che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, ultimo comma, della legge 7/1963, contenente disposizioni sul "divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio", in riferimento agli artt. 2, 3, 37, 41 e 47 della costituzione («Dai lavori preparatori - ed in particolare dalla relazione del Governo e dal parere espresso dal Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro nella seduta del 24 maggio 1962 - risulta che prima dell'emanazione della legge impugnata era diffusa la prassi dei licenziamenti delle donne in caso di matrimonio e che tale fenomeno aveva assunto dimensioni ancora più gravi a seguito dell'entrata in vigore della legge 26 agosto 1950, n. 860, sulla tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri ed a causa dei disagi ed oneri che questa aveva imposto agli imprenditori. È tale situazione di fatto - convalidata dalla comune esperienza e confermata dai frequenti dibattiti sindacali e dottrinali, da studi condotti dallo stesso C.N.E.L., da indagini disposte dal Governo e da varie proposte legislative di iniziativa parlamentare - che ha indotto il legislatore a valutare l'interesse delle lavoratrici alla conservazione del posto di lavoro ed il contrapposto interesse dei datori di lavoro e ad introdurre una disciplina idonea a dirimere il conflitto nel senso ritenuto più rispondente alle esigenze della società: finalità, giova rilevarlo, che la legge ha perseguito non solo con le disposizioni relative ai licenziamenti, ma anche attraverso una più ampia mutualizzazione degli oneri finanziari derivanti dal trattamento concernente le lavoratrici madri (cfr. artt. 3 e seguenti)»; nella sentenza 46/1970, che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 570, primo comma, del codice penale (violazione degli obblighi di assistenza familiare) in riferimento all'art. 29 della costituzione («Il contrasto che viene allegato con l'art. 29, prospettato com'è sotto la specie del pregiudizio all'unità della famiglia, è fatto discendere dalla considerazione che il promuovimento ex officio dell'azione penale fa venire meno gli effetti riparatori di una riconciliazione fra i coniugi che abbia a verificarsi prima del giudizio. Che siffatte considerazioni non siano decisive a far ritenere la fondatezza dell'assunto, ed anzi appaiano in certo modo reversibili, è dimostrato dalla constatazione che, allorché il legislatore del 1930 ebbe ad introdurre il reato in parola, innovando al precedente codice che lo ignorava, a giustificare la perseguibilità di ufficio si fecero valere, non solo ragioni attinenti alla tutela dell'interesse generale al mantenimento di un sano ordine familiare (che sarebbe potuto rimanere pregiudicato dal sistema della querela, il cui esercizio avrebbe potuto trovare una remora nel timore suscitato nell'animo del soggetto passivo dall'indole violenta del coniuge colpevole, oppure dalla tendenza del soggetto stesso a sopportare sofferenze, pur se gravi, compatendo quegli che ne è causa), ma anche motivi desunti dalla preoccupazione di evitare ragioni di rancore fra i coniugi, come quella derivabile dalla proposizione della querela. Risulta pertanto come non sussistano elementi così decisivi da fornire un sicuro criterio atto a vincolare il legislatore (sotto il riguardo della preservazione dell'unità della famiglia voluta garantire dalla Costituzione) nella scelta del modo di procedibilità pel reato in esame. Scelta che deve di conseguenza rimanere affidata a valutazioni discrezionali, insindacabili in questa sede, circa l'opportunità di attribuire peso prevalente all'una o all'altra serie di motivi addotti a sostegno dei due orientamenti prospettati)[...].».

primarie; l'*oggetto*, dunque, dei giudizi di legittimità costituzionale. Un secco richiamo alla volontà del legislatore concreto potrebbe senz'altro avere l'effetto paventato di porsi come ostacolo all'evoluzione e alla combinazione armonica dell'ordinamento giuridico in tutte le sue parti, e questo tanto più quanto più il legislatore concreto fosse situato in un tempo remoto. È evidente che se ciascuna legge o atto avente forza di legge fosse interpretato esclusivamente facendo ricorso all'argomento psicologico con un ancoraggio rigido e ottuso a una volontà e a un tempo passati, ne risulterebbe un tutto disarmonico, incoerente, cronologicamente segmentato in maniera esasperata. Ma, come detto, il dato di realtà - la lettura delle sentenze della corte in materia di diritti fondamentali che usano l'argomento originalista per interpretare l'*oggetto* - dice che la consulta non vi ricorre mai nella maniera secca ed esclusiva che si è detta, e dunque non lo usa mai per affermare interpretazioni anacronistiche del dato normativo, ma esclusivamente al fine di suffragare interpretazioni che si ricavano altrimenti, attraverso l'uso di altri argomenti (letterale, sistematico, della discrezionalità del legislatore), puntellandole con il richiamo agli "intenti originari" o "ispiratori" o al "vero spirito della norma", quali si deducono dalla lettura dei lavori preparatori o dalle relazioni delle disposizioni impugnate³¹. E ciò sia che l'uso dell'argomento abbia il fine di confermare una dichiarazione di infondatezza³², che di fondatezza³³ della questione di legittimità costituzionale.

Ma la critica dell'irrigidimento storico ha scarso fondamento soprattutto con riguardo al caso in cui all'argomento originalista si ricorra per interpretare la costituzione, e dunque il *parametro* dei giudizi di legittimità costituzionale³⁴. E questo, intanto, per la specificità dell'intenzione del legislatore costituente: al costituente - diversamente che a qualsiasi altro legislatore storicamente situato - si deve

³¹ Nello stesso senso A. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale*, cit., p. 159: «Nell'interpretazione della legge la dottrina ha, come noto, giustamente screditato il ricorso all'argomento del legislatore storico (o argomento psicologico) [...]. I suoi legami con una stretta visione positivista del diritto e del formalismo interpretativo, non consentono di considerarlo l'elemento più importante nella ricostruzione del significato da attribuire ad una disposizione, ma tutt'al più elemento al quale si fa riferimento soltanto per ottenere una conferma dei risultati raggiunti con altri metodi».

³² Sentenze 56/1958; 30/1960; 21/1964; 77/1964; 11/1965; 42/1965; 65/1966; 1/1969; 27/1969; 46/1970; 137/1961; 184/1986; 24/1989; 430/1991; 407/1992; 62/1994; 113/1998; 202/1999; 301/2000; 518/2000.

³³ Sentenze 1/1962; 7/1963; 70/1967; 28/1969; 344/1993; 422/1995; 143/1996.

³⁴ Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale rispetto agli altri documenti normativi, da ultimo si veda la ricostruzione delle diverse teorie in A. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., nonché il confronto tra G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, e R. GUASTINI, *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, sulle pagine di «Diritto pubblico», 2005, rispettivamente alle pp. 19 ss. e 457 ss.

riconoscere la volontà di scrivere un testo atto a durare nel tempo e rimanere nel futuro, superando interessi e contingenze storiche, sicché «il richiamo ai termini ed al significato dell'intenzione originaria conservano in relazione alla costituzione un rilievo che non hanno, e non potrebbero avere, in riferimento ad altri testi»³⁵. La costituzione, a differenza di qualsiasi altro documento normativo, «contiene regole che aspirano a quella che potremmo chiamare *eternità ordinamentale*»; in essa «le regole del gioco sono fissate "allora per ora"», e sono espressione del patto fondamentale su cui si struttura la società e l'ordinamento. Sicché all'interprete della costituzione, più che all'interprete di qualsiasi altro testo normativo, si chiede di mantenere il più possibile stabile l'interpretazione, con un «robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico»³⁶.

³⁵ A. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale*, cit., p. 159. Dice S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 95: «se è indubbio che [...] "a cagione dell'elemento politico, il diritto costituzionale muta ...rapidamente", è anche patrimonio dell'insegnamento storico del diritto costituzionale che in questo campo si deve accordare speciale considerazione "allo spirito delle leggi medesime, ai fini che il legislatore si propone"». Si veda anche, come indice della peculiarità dell'uso dell'argomento originalista per interpretare il testo costituzionale rispetto agli altri testi normativi, la sentenza 429/1992; si dice in essa: «l'ermeneutica costituzionale non può in alcun caso prescindere dall'ispirazione che presiedette al processo formativo della norma costituzionale *assumendo in essa particolare rilievo l'essenza storico-politica*». Per una nota a questa sentenza e all'uso che in essa si fa dell'argomento originalista, per tutti M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, cit., pp. 526-544, che definisce la sentenza come «un "manifesto" della trasposizione nella teoria della costituzione della dottrina imperativistica della legge, e conseguentemente, della priorità del criterio del ricorso all'intenzione del costituente».

³⁶ Le ultime citazioni sono da M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 48. Anche per C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, Jovene, 2004, p. 1681, «ogni costituzione porta con sé una superba pretesa di durare, che la differenzia da ogni altra disposizione del potere statale». Per S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, Utet, Vol. IV, 1989 (IV ed.), p. 317, «la necessità di muovere dalle prime interpretazioni della costituzione è ineludibile, perché ogni interpretazione che a quella si affianca, si raccorda o si sovrappone, non può non tener conto dei punti di partenza, deve ad essi rapportarsi non per meramente ribadirli acriticamente, ma anche per qualificarli, ridimensionarli, eventualmente rifiutarli, sempre però nella logica di un discorso che non conosce cesure e mantiene, sul breve come sul lungo periodo, una sua coerenza e continuità». Specialmente nel diritto costituzionale «l'interpretazione del testo va a depositarsi su un tessuto articolato di istituzioni, prassi e orientamenti operativi e di valore con il quale deve necessariamente fare i conti. Ogni atto interpretativo della costituzione va a collocarsi non già in uno spazio vuoto, ma in una trama fitta e composita, ai cui condizionamenti non riesce a sfuggire, se non altro ai fini della sua stessa implementazione».

Il contesto storico-politico, le aspirazioni, le idealità, le lotte, i contrasti e i compromessi che condussero all'approvazione della carta costituzionale del 1948 rendono dunque, con tutta evidenza, il richiamo ai lavori preparatori dell'assemblea costituente qualitativamente diverso rispetto al richiamo ai lavori preparatori di qualunque altra successiva assemblea parlamentare legata a bisogni presenti, equilibri precari, fini parziali; rendono interessante e importante sapere cosa intesero dire non tanto «i padri da celebrare», ma «i protagonisti concreti dei conflitti che l'hanno determinata»³⁷, non potendosi da questo punto di partenza - se non di arrivo - prescindere. In questo senso «la storia costituzionale è parte integrante del diritto costituzionale positivo»³⁸.

Posta questa specificità dell'intenzione costituente rispetto a qualsiasi altra intenzione legislativa, quel che emerge dalla lettura delle sentenze in materia di diritti fondamentali è che l'argomento originalista, quando impiegato per interpretare il parametro, qualche volta conduce a dichiarare illegittima una disposizione, perché costituisce violazione della costituzione nell'interpretazione che se ne trae (anche) dalla lettura degli atti dell'assemblea costituente³⁹; qualche altra, sia pur raramente, conduce a ritenere

³⁷ M. DOGLIANI, *La concezione della costituzione in Togliatti*, in C. Franceschini - S. Guerrieri - G. Monnina (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Atti del convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 19-21 Ottobre 1995, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1997, p. 382.

³⁸ M. DOGLIANI, *La concezione della costituzione in Togliatti*, cit., p. 382, che continua (pp. 384 s.): la storia costituzionale «non coincide con la storia politica perché non mira a spiegazioni individualizzanti, ma tende a rintracciare e a far emergere la continuità, a “stabilire” una tradizione, a “costituire una convenzione” il più ampiamente diffusa e condivisa sulla interpretazione che un popolo ha della propria storia. Il diritto costituzionale, secondo la prospettiva istituzionalistica, è, come scienza, essenzialmente la illustrazione delle domande per rispondere alle quali nasce la costituzione, e delle domande che vengono continuamente poste alla costituzione. È dunque la illustrazione di un atteggiamento (di una *opinio*), del suo formarsi, radicarsi, modificarsi: è la storia delle sedimentazioni di opinione attraverso cui si stabilisce la “consuetudine di riconoscimento” della costituzione (e in realtà si stabilisce la costituzione stessa, perché si determinano i significati normativi del testo scritto di volta in volta fatti valere). In quanto tale, il diritto costituzionale come storia costituzionale è costruzione della costituzione positiva, e non coincide con la storia politica. La storia costituzionale come “stabilimento” della costituzione positiva è storia di precedenti».

³⁹ Tra le sentenze di accoglimento nelle quali l'argomento originalista è impiegato per interpretare il parametro, si vedano particolarmente la sentenza 19/1959, che dichiara l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 158 del T.u. delle leggi di p.s., che contempla il reato di espatrio per motivi politici, in riferimento all'art. 16 della costituzione («*Anche la genesi della norma costituzionale conferma che il divieto di restrizione per ragioni politiche è comune ai due commi dell'art. 16 [anche all'espatrio e non solo alla circolazione]. È noto, infatti, che l'originario articolo 10 del progetto costituzionale presentato dalla commissione dei 75 non conteneva il secondo comma relativo all'espatrio, ma due commi, invece, relativi alla libertà di emigrazione. Dai lavori preparatori risulta che questi commi furono poi inseriti nell'art. 35; il comma relativo all'espatrio fu aggiunto in un momento successivo, e soltanto per un difetto di coordinamento il divieto di*

restrizione per ragioni politiche non fu esplicitamente riferito a tutta la materia regolata dall'art. 16»); la sentenza 29/1960, che dichiara illegittimità costituzionale dell'art. 501, primo (divieto penale di serrata) e secondo comma (divieto penale di sciopero) del codice penale in riferimento agli artt. 39 e 40 della costituzione (nei passi citati in nt. 28); la sentenza 79/1969, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 577 e l'illegittimità parziale degli artt. 467 e 68 del codice civile in riferimento agli artt. 3 e 30, terzo comma, della costituzione (nei passi citati in nt. 28); 269/1986, che dichiara l'illegittimità costituzionale della norma di cui al primo comma dell'art. 5 della legge 1278/1930, che punisce il reato di eccitazione all'emigrazione (nei passi citati in nt. 28); la sentenza 364/1988, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del codice penale nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile (nei passi citati in nt. 28); la sentenza 388/1991, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, terzo comma, della legge 154/1981, nella parte in cui non prevede che la causa di ineleggibilità a consigliere regionale del dipendente regionale cessi anche con il collocamento in aspettativa, ai sensi del secondo comma dello stesso art. 2 («L'argomento conclusivo che induce ad escludere che il legislatore abbia operato una scelta legittima nell'esercizio del potere espressamente riconosciutogli dall'art. 51, primo comma, della Costituzione, più volte analizzato dalla giurisprudenza di questa Corte, è offerto dalla lettura del terzo comma dello stesso art. 51. Il diritto ivi sancito per chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive "di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro" costituisce una innovazione di vasta portata nell'ordinamento positivo italiano ed appare del resto una coerente e necessaria derivazione dei principî e valori supremi e fondamentali affermati negli artt. 1, 2, 3 e 4 della Costituzione [...]. Ciò non significa beninteso che non possano configurarsi cause di ineleggibilità per chi ricopra uffici o cariche che presuppongono anche l'esistenza di un rapporto di impiego: una siffatta previsione non contrasta con la norma costituzionale, purché essa sia legata all'esercizio dell'ufficio o della funzione, di guisa che l'ineleggibilità venga rimossa con la cessazione di tale esercizio, senza però compromettere la permanenza del rapporto di impiego e quindi la conservazione del posto di lavoro. Lo stesso costituente aveva inteso in questo modo il diritto enunciato dal terzo comma dell'art. 51: il relatore della prima sottocommissione aveva infatti osservato che scopo della norma è "di fissare il principio che, quando un lavoratore viene ad essere investito di una carica pubblica non deve essere per questo licenziato ma ritenuto in congedo o in aspettativa per modo che quando cessi l'incarico pubblico egli possa riprendere il suo posto" (cfr. Assemblea Costituente, prima sottocommissione, pag. 391)»; la sentenza 223/1996, che dichiara illegittimità costituzionale dell'art. 698, comma 2, del codice di procedura penale, e della legge 225/1984, nella parte in cui dà esecuzione all'art. IX del trattato di estradizione tra il Governo italiano e quello degli Stati Uniti d'America (nell'art. IX del trattato si prevede l'extradizione anche per i reati puniti con la pena capitale a fronte dell'impegno assunto dal paese richiedente - con garanzie ritenute "sufficienti" dal paese richiesto - a non infliggere la pena di morte o, se già inflitta, a non farla eseguire), per contrasto con gli artt. 2 e 27, quarto comma, della costituzione («Il divieto della pena di morte ha un rilievo del tutto particolare - al pari di quello delle pene contrarie al senso di umanità - nella prima parte della Carta costituzionale. Introdotto dal quarto comma dell'art. 27, sottende un principio "che in molti sensi può dirsi italiano" - sono parole tratte dalla relazione della Commissione dell'Assemblea costituente al progetto di Costituzione, nella parte dedicata ai rapporti civili - principio che, "ribadito nelle fasi e nei regimi di libertà del nostro Paese, è stato rimosso nei periodi di reazione e di violenza", configurandosi nel sistema costituzionale quale proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2. L'assolutezza di tale garanzia costituzionale incide sull'esercizio delle potestà

non illegittima, per i profili sollevati, la disposizione impugnata, perché essa costituisce invero la volontà costituente⁴⁰; ma, nella grande maggioranza dei casi, il richiamo alla volontà storica

attribuite a tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento repubblicano, e nella specie su quelle potestà attraverso cui si realizza la cooperazione internazionale ai fini della mutua assistenza giudiziaria. Si che l'art. 27, quarto comma, letto alla luce dell'art. 2 della Costituzione, si pone quale essenziale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della norma generale sulla concessione dell'estradizione (art. 698, comma 2, del codice di procedura penale), e delle leggi che danno esecuzione a trattati internazionali di estradizione e di assistenza giudiziaria [...]. nel nostro ordinamento, in cui il divieto della pena di morte è sancito dalla Costituzione, la formula delle "sufficienti assicurazioni" - ai fini della concessione dell'estradizione per fatti in ordine ai quali è stabilita la pena capitale dalla legge dello Stato estero - non è costituzionalmente ammissibile. Perché il divieto contenuto nell'art. 27, quarto comma, della Costituzione, e i valori ad esso sottostanti - primo fra tutti il bene essenziale della vita - impongono una garanzia assoluta». Anche nelle altre sentenze di accoglimento, com'è chiaro, l'argomento originalista impiegato per interpretare il parametro ha come fine la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione oggetto del giudizio (tranne nella sentenza 274/1993, che funzione meramente di monito nei confronti del legislatore), ma con logica meno stringente e vincolante che nelle sentenze di cui si sono riportati i passi.

⁴⁰ Tra le sentenze di rigetto in cui l'argomento originalista è impiegato per interpretare il parametro, si vedano la sentenza 16/1973 («L'istigazione di militare all'infedeltà, o al tradimento, in tutte le forme previste dall'art. 266 c.p. (disobbedire alle leggi, violare il giuramento dato o i doveri della disciplina militare o altri doveri inerenti al proprio stato), offende e minaccia un bene cui la Costituzione riconosce un supremo valore e accorda una tutela privilegiata, in conformità di tutte le costituzioni moderne, da qualsiasi ideologia siano ispirate e da qualunque regime politico-sociale siano espresse. Una volta soltanto si ritrova nella nostra Carta fondamentale la locuzione sacro dovere, e ciò avviene appunto nell'art. 52 per qualificare più fortemente, rispetto a tutti gli altri doveri, quello di difesa della Patria. La formula, approvata all'unanimità dalla Prima Sottocommissione della Costituente nella seduta del 15 novembre 1946, fu riprodotta identicamente nell'art. 49 del Progetto della Commissione plenaria e votata dall'Assemblea (col numero 52) nomine contraddicente. Tutti gli interpreti riconoscono che il dovere di difesa della Patria, specificazione del più generico dovere di fedeltà alla Repubblica e di obbedienza alla Costituzione e alle leggi (articolo 54), contempla in primo luogo il dovere militare, organizzato nelle forze armate, presidio dell'indipendenza e libertà della nazione. È, dunque, antinomico immaginare che l'istigazione di militari a violare il giuramento prestato, disobbedire alle leggi e ai doveri inerenti al loro stato, possa considerarsi una forma indiretta e lecita di esprimere il proprio pensiero»); la sentenza 125/1979 («E' del tutto pacifico che tale disposto [art. 24 Costituzione] contiene una norma di carattere generale, intesa a garantire indefettibilmente l'esercizio della difesa in ogni stato e grado di qualunque procedimento giurisdizionale. Il generale ambito di applicabilità di questa norma ben venne chiarito nella discussione avanti l'Assemblea Costituente (seduta del 15 aprile 1947) allorché l'on. Tupini, presidente della I sottocommissione, affermò che "tenuto conto degli abusi, delle incertezze e delle deficienze che hanno vulnerato nel passato l'istituto della difesa, specie per quanto attiene alla sua esclusione dai vari stati e gradi del processo giurisdizionale" si volle "con una norma chiara, assoluta, garantirne la presenza e l'esperimento attivo in tutti gli stati del giudizio e davanti a qualunque magistratura". Il testo complessivo dell'art. 24 Cost., nella successione dei vari commi, esclude qualsiasi perplessità in proposito e porta a concludere che essenziale finalità delle norme in esame è quella di

dell'assemblea costituente è impiegato *in negativo*: non per affermare e imporre quella volontà, ma al contrario per circoscriverla, tracciarne il perimetro e, dunque, dichiarare - esplicitamente o implicitamente - libera la scelta discrezionale del legislatore su tutto ciò che oltre quel perimetro si pone⁴¹. La legge viene giudicata non contraria a costituzione per i profili sollevati, perché dagli atti dell'assemblea costituente risulta che sul punto il costituente nulla volle, lasciando libero il legislatore. Ne è riprova il fatto che l'argomento originalista sulla costituzione svolge spesso funzione ancillare rispetto all'argomento della discrezionalità del legislatore⁴².

garantire a tutti la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni»); la sentenza 237/1986 («L'art. 29 riguarda, infatti, la famiglia fondata sul matrimonio (sent. n. 30 del 1983): come del resto fu pressoché univocamente palesato in sede di Assemblea Costituente la compagine familiare risulta, nel precetto, strettamente coordinata con l'ordinamento giuridico, sì che rimane estraneo al contenuto delle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale. E che gli stessi Costituenti così divisassero doversi intendere la ripetuta norma, fornisce una obiettiva riprova la votazione per divisione, che ne seguì in aula. Fu esplicitamente rifiutato, infatti, un voto inteso a disgiungere, nell'art. 29, primo comma, la locuzione "diritti della famiglia come società naturale" dall'altra "fondata sul matrimonio"; si procedette - all'incontro - dapprima al voto sul riconoscimento dei diritti familiari, accorpandosi, in successiva votazione, la frase "come società naturale fondata sul matrimonio", rimasta avvinta in inscindibile endiadi»); la sentenza 28/1998 («l'espressione dell'art. 51 "conservare il posto di lavoro", interpretata anche alla luce del dibattito all'Assemblea Costituente, in cui si manifestò l'intento di "fissare il principio che, quando un lavoratore viene ad essere investito di una carica pubblica, non deve essere per questo licenziato ma ritenuto in congedo o in aspettativa" (Assemblea Costituente, prima sottocommissione, seduta del 15 novembre 1946), garantisce soltanto "il diritto a mantenere il rapporto di lavoro o di impiego" (sentenza n. 111 del 1994) e non tutela affatto -come invece afferma il giudice rimettente- "l'interesse alla conservazione tout court dell'originario luogo di lavoro"»).

⁴¹ Si vedano le sentenze di rigetto 2/1956; 9/1956; 107/1957; 121/1957; 56/1958; 30/1960; 54/1960; 15/1962; 67/1963; 68/1964; 12/1966; 1/1969; 26/1969; 43/1970; 161/1971; 169/1971; 124/1972; 62/1981; 31/1986; 277/1990; 429/1995.

⁴² Ricorre l'uso congiunto dell'argomento psicologico e della discrezionalità del legislatore nell'interpretazione del parametro della sentenza di rigetto 9/1956 («È normale che il precetto costituzionale non copra, per tutta la sua estensione, la materia regolata dalle norme ad essa sott'ordinate nella scala dei valori normativi. L'art. 17 della Costituzione, per le riunioni in luogo pubblico - come chiaramente risulta da tutti i lavori preparatori - è confermativa della disciplina preesistente. Pertanto la sanzione penale contenuta nell'art. 18 del T.U. delle leggi di p.s., nella parte che si riferisce alle riunioni in luogo pubblico, integra e completa, sotto il relativo profilo, la disposizione costituzionale, non essendo nemmeno pensabile che il precetto costituzionale possa, se veramente se ne vuole il rispetto, essere sprovvisto di sanzione»); della sentenza 56/1958 («Era naturale che, pur avendo posto il precetto dell'eguaglianza giuridica delle persone dei due sessi, i costituenti abbiano ritenuto che restasse al legislatore ordinario una qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici, anche nell'intento di meglio utilizzare le attitudini delle persone»); della sentenza 54/1960 («sarà il legislatore a stabilire fino a che punto la maggiore tutela del figlio naturale sia, caso per caso, cioè nella

eventuale determinazione di uno status e delle conseguenze di esso anche in campo successorio, compatibile coi diritti dei componenti la famiglia legittima»); della sentenza 1/1969 («per la sua formulazione in termini estremamente generali, il principio della riparazione degli errori giudiziari postula l'esigenza di appropriati interventi legislativi, indispensabili per conferirgli concretezza e determinatezza di contorni, dandogli così pratica attuazione»); della sentenza 26/1969 («Non ha pregio poi il rilievo che il decorso del tempo non sia stato espressamente previsto dal costituente come valida giustificazione di una riduzione della protezione da accordare ai figli naturali, poiché risulta dai lavori preparatori che l'aggiunta di un ultimo comma all'art. 24 del progetto (il quale non conteneva alcuna menzione della ricerca della paternità) ubbidì all'intento di porre una direttiva affinché la materia fosse oggetto di un "oculata legislazione"; con che si intese rilasciare al legislatore un margine di discrezionalità nel disporre limiti all'esercizio dell'azione (non solo di carattere sostanziale ma anche temporale), il cui esercizio si rende pertanto possibile fino a quando non venga a confliggere con altre norme della stessa Carta fondamentale»); della sentenza 43/1970 («L'art. 48 della Costituzione, è vero, rimise alla legge ordinaria l'individuazione dei casi di indegnità che legittimano l'esclusione dal diritto elettorale; ma, diversamente da quanto sostiene l'Avvocatura dello Stato, la Corte non tocca la discrezionalità che accompagna l'esercizio della potestà legislativa quando accerta se la norma impugnata è coerente alle tendenze affiorate durante il dibattito svolto in sede di formulazione della norma costituzionale alla quale si doveva adeguare, e soprattutto quando verifica se quella norma corrisponde al concetto di indegnità morale così come, in una variabilità di contenuto, può essere delineato»); della sentenza 161/1971 («Nella formulazione del testo dell'art. 113, come è dato desumere dai relativi lavori preparatori, il Costituente tenne presente il problema che già formò oggetto della legge abolitrice del contenzioso amministrativo e lo risolse non già conferendo alla giurisdizione ordinaria il potere di annullamento degli atti amministrativi, ma demandando alla legge la disciplina delle forme e dei modi d'esercizio di detto potere. È rimasta in tal modo inalterata l'attuale regolamentazione che riserva in via generale il potere di annullamento degli atti amministrativi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e riconosce invece un potere di annullamento alla autorità giudiziaria ordinaria non in via generale, ma solo per determinate categorie di atti»); della sentenza 31/1986: («In maniera chiarissima deve, dunque, desumersi che il secondo comma dell'art. 38 Cost., mentre implicitamente rinvia ai criteri di assistenza mutualistica in vigore al momento dell'emanazione della Costituzione non solo non esclude che il legislatore futuro delinea altre figure svincolate dalla logica meramente mutualistica-assicurativa ma lascia allo stesso legislatore ampia libertà nell'attuazione delle finalità perseguite con l'emanazione dell'articolo in esame. La pensione minima dei lavoratori è frutto dell'esercizio, da parte del legislatore del 1952, dell'"ampia libertà" offertagli dal Costituente»); della sentenza 277/1990 («chiarire da una parte che quasi tutti i Costituenti non furono per nulla alieni dal costituzionalizzare anche il principio di retroattività della legge penale, successiva al fatto, favorevole al reo e d'altra parte che gli stessi Costituenti furono ben "attenti e preoccupati" delle eccezioni al principio della predetta retroattività. Resta da vagliare - ma non è questa la sede - se la rimessione al legislatore ordinario della risoluzione delle questioni attinenti alla successione di leggi penali nel tempo (così si esprimevano i Costituenti) esprima disinteresse, da parte degli stessi Costituenti, per il tema, con la conseguenza dell'assoluta "libertà", in proposito, del legislatore ordinario oppure equivalga a concessione a quest'ultimo della sola discrezionale valutazione in ordine alle leggi eccezionali, temporanee (e finanziarie) uniche idonee a derogare al principio di retroattività delle leggi penali "posteriori" favorevoli al reo»); della sentenza 429/1995 («Difatti l'Assemblea costituente, pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei

Il fine - se non esclusivo, comunque prevalente⁴³ - che la corte si pone quando usa l'argomento psicologico per interpretare la costituzione, insomma, non è appellarsi a una «volontà che si arresta», una «volontà esclusiva ed esaurita in se stessa»⁴⁴; non è pietrificare al 1948 la risposta alla pressione dei casi e alla domanda sociale, infliggendo alla costituzione la sorte della moglie di Lot, statua di sale, per sempre rivolta al passato, incapace di proiettarsi nel futuro, rimanere significativa con il trascorrere del tempo, il mutare della società. Il fine che la corte si pone è lasciare che la risposta alla pressione dei casi e alla domanda sociale provenga dalla rappresentanza politica a essi coeva. Non per ancorare al passato la costituzione, dunque, ma per consentire che sua la modernizzazione, innovazione ed evoluzione dipenda dalla volontà del legislatore (la maggioranza politica dei rappresentanti) e da essa sola (e non dalla volontà di qualsivoglia interprete), nel rispetto dei confini tracciati dalle parole dei costituenti.

membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul piano normativo costituzionalizzando una scelta proporzionalista o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, la configurazione dei quali resta affidata alla legge ordinaria»). Come detto nel testo, l'uso dell'argomento della discrezionalità del legislatore ricorre anche in sentenze in cui l'argomento originalista è impiegato per interpretare l'oggetto. Così nella sentenza 46/1970 («Risulta pertanto come non sussistano elementi così decisivi da fornire un sicuro criterio atto a vincolare il legislatore (sotto il riguardo della preservazione dell'unità della famiglia voluta garantire dalla Costituzione) nella scelta del modo di procedibilità pel reato in esame. Scelta che deve di conseguenza rimanere affidata a valutazioni discrezionali, insindacabili in questa sede, circa l'opportunità di attribuire peso prevalente all'una o all'altra serie di motivi adottati a sostegno dei due orientamenti prospettati»); nella sentenza 62/1994 («Il complesso degli elementi normativi ora ricordati induce a ritenere non arbitraria, né palesemente irragionevole, la scelta del legislatore di permettere la sospensione dell'esecuzione della misura custodiale, o della pena, contestualmente all'allontanamento definitivo dello straniero dal territorio dello Stato, come previsto dalla norma impugnata»); nella sentenza 518/2000 («Non c'è nessuna ragione per escludere che il legislatore possa dettare norme per il perseguimento di queste finalità: finalità che non corrispondono solo a punti di vista morali o religiosi circa la concezione della famiglia. E, allo stesso modo, non c'è motivo di dubitare che al legislatore spetti altresì il potere – da esercitare nell'ambito delle sue facoltà di apprezzamento discrezionale, censurabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale nei soli limiti della manifesta arbitrarietà – di valutare l'estensione dei tipi di relazione familiare, cioè di definire i confini della famiglia nella specie rilevante, in cui il divieto penalmente sanzionato viene fatto operare»).

⁴³ È questo il fine in 21 sentenze di rigetto (in cui l'argomento originalista viene impiegato per interpretare il parametro e l'oggetto) su 25. Le sentenze di accoglimento che impegnano l'argomento originalista per interpretare il parametro, lo ricordo, sono 9.

⁴⁴ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica giuridica*, Torino, Giappichelli, 1938, p. 115.

L'argomento originalista diviene così strumento per accertare e accettare la finitudine della costituzione, e per permettere che i suoi contenuti siano storicizzati attraverso la normazione ordinaria⁴⁵.

In ultima analisi, in contrapposizione alla *teoria gius-realista* dell'interpretazione, secondo la quale se i padri costituenti si trovassero di fronte alla pressioni dei casi di oggi essi stessi ne detterebbero la disciplina, ed è dunque giusto che gli interpreti della costituzione traggano dalla costituzione la risposta adeguata a quei casi, anche se su di essi la costituzione non dice, la teoria *originalista* dell'interpretazione afferma che il testo costituzionale vale per quel che dice, e non può essere forzato per dare copertura a casi che mai furono nella mente dei costituenti⁴⁶. Quello che il costituente non ha scritto non ha deciso. E la scelta democratica è libera.

⁴⁵ Sul fatto che non solo la costituzione debba e possa illuminare la normazione ordinaria, ma talvolta possa anche da questa essere illuminata A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in «Politica del diritto», n. 4, 2006, p. 549: «l'interpretazione [costituzionale] non risulta essere, come a molti appare, meramente “discendente”, coi principî che danno luce senza riceverla e tutte le norme restanti, comprese quelle contenute nella stessa Carta, che attingono ai principî stessi, volgendosi naturalmente verso di essi e ad essi sostanzialmente “adeguandosi”. Il carattere piatto e statico di questa semplicistica e, a conti fatti, forzosa rappresentazione è testimoniato già dal solo fatto che i principî sono, per essa, visti come un dato aprioristico, preconfezionato, e non già quale l'esito di processi interpretativi complessi e – come si è venuti dicendo – obbligati ad aprirsi sia ai gradi sottostanti dell'esperienza giuridica che agli stessi dati extragiuridici. Solo l'immagine “circolare”, che veda uniti ed anzi confusi i materiali di cui si compone la normazione, nel farsi e rinnovarsi incessante di questa, per l'apporto che essi reciprocamente si danno in ordine alla loro rigenerazione semantica, può rendere appieno l'idea del moto che senza sosta attraversa e connota ciascuno dei materiali suddetti e tutti assieme nel loro vario combinarsi in ragione delle esigenze dei casi. Un moto – come si è venuti dicendo – non “monodirezionale” (volgendo l'interprete le norme “comuni”, ancorché provviste di veste costituzionale, verso i principî fondamentali ed interrogando questi ultimi allo scopo di avere lumi circa il significato di quelle) bensì “pluridirezionale”, in esso prendendo forma e risolvendosi lo stesso riconoscimento dei principî nella loro storicizzazione complessiva».

⁴⁶ R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 1, 2006, pp. 743 ss. (ora anche in ID., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006) riconduce alla dicotomia interpretazione originalista-interpretazione evolutiva la dicotomia dottrina statica-dottrina dinamica dell'interpretazione (pp. 760 s.): la prima «ispirata ai valori della stabilità della disciplina giuridica, della certezza del diritto, della prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Essa raccomanda perciò agli interpreti di praticare una interpretazione stabile, fissa diacronicamente costante, senza *revirements*»; la seconda ispirata, invece, «al valore dell'adattamento continuo del diritto alle esigenze della vita sociale (politica, economica, ecc.). Essa incoraggia perciò gli interpreti a non praticare una interpretazione fissa, ma, al contrario, a cambiare il significato del testo alla luce delle circostanze (e, beninteso, alla luce dei loro sentimenti di giustizia)».

4. Interpretazione originalista della costituzione e "nuovi diritti" fondamentali

In materia di diritti fondamentali, la contrapposizione tra realisti e originalisti coincide in buona parte con la contrapposizione sulla *vexata quaestio* intorno alla natura aperta o chiusa del catalogo dei diritti inviolabili tutelati dalla costituzione. Per il primo orientamento dottrinale, una lettura chiusa dell'articolo 2 della costituzione equivarrebbe ad attribuirgli un significato pleonastico e tautologico; sicché non dovrebbe escludersi la copertura costituzionale per altre posizioni inviolabili oltre quelle espressamente disciplinate dalla costituzione, sia integrando eventuali lacune, sia interpretando per via giurisprudenziale le evoluzioni e gli sviluppi del sentimento di giustizia e della coscienza sociale dei cittadini⁴⁷.

⁴⁷ Così G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in «Politica del diritto», n. 1, 1990, pp. 47 ss.; A. BARBERA, *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli – Roma, Foro Italiano, 1975, pp. 84 ss.; F. CUOCOLO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 347 s.; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 77; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, Il foro italiano, 1978, p. 97; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 46 ss.; A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in «Diritto e società», n. 1, 1991, pp. 458 ss. Per alcuni rappresentanti di questo orientamento, proprio l'interpretazione come fattispecie aperta dell'articolo 2 sarebbe quella più rispettosa della volontà del legislatore costituzionale: «se è vero – a seguire la Corte e la dottrina conforme – che diritti inviolabili sono solo quelli "promanati" direttamente dalle prescrizioni degli art. 13 ss.; se – in altri termini – non si accetta un'interpretazione "estensiva" dell'art. 2 proprio per non consentire e dunque per impedire che una formula considerata "clausola aperta" finisca con l'essere "riempita" più o meno arbitrariamente dall'interprete di turno, allora non è seriamente pensabile che fra i diritti inviolabili vengano inseriti – con tecnica ermeneutica che non esitiamo a definire temeraria – alcune situazioni giuridiche soggettive che sinceramente non sappiamo se qualificare come semplicemente "protette" o appena "tollerate" (o, addirittura, talvolta "vietate") dall'ordinamento [...]. Di tale passo non solo facciamo dire ai costituenti tutto quello che noi *vogliamo* (e che essi nemmeno si immaginavano di affermare, soprattutto in relazione alle delicatissime questioni connesse alla bioetica) ma – quel ch'è peggio, dal punto di vista dell'ermeneutica giuridica – non utilizziamo la norma (art. 2) che oggettivamente consente, per la sua genericità, un certo margine (seppur, si badi, non così ampio e arbitrario, a parer nostro) di discrezionalità, per far discendere invece le "tutele desiderate" dall'elenco delle libertà di cui agli artt. 13 ss., sì puntualmente e chiaramente definite dal Costituente (almeno considerate una per una), da rendere tale operazione ermeneutica simile a un'arrampicata sugli specchi» (A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti fondamentali*, in «Diritto e società», n. 1, 1991, pp. 461 s.). Proprio l'articolo 2, in altri termini, conterrebbe la volontà costituente di «proiettarsi nel futuro e collegare una volta per tutte - senza quindi uno specifico intervento del legislatore costituzionale - la persona umana al rinnovarsi della vita e della realtà sociale» (A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 46 ss.).

Per il secondo orientamento, invece, attribuire alla clausola dei diritti inviolabili di cui all'articolo 2 della costituzione un contenuto aperto e indeterminato equivarrebbe a rendere estremamente incerta l'esatta estensione della norma e perciò stesso ad aprire la via alle più varie e arbitrarie esegesi soggettive. I diritti inviolabili dovrebbero essere interpretati, pertanto, come catalogo chiuso riassuntivo delle altre previsioni costituzionali. Ma come l'interpretazione originalista non è necessariamente sinonimo di congelamento al 1948 della costituzione, allo stesso modo la lettura dell'articolo 2 come "fattispecie chiusa" non condurrebbe perciò solo a pietrificare il contenuto normativo dei diritti inviolabili ai "diritti che la tradizione ha tramandato": gli articoli 13 e seguenti potrebbero, infatti, essere soggetti a un'interpretazione estensiva ed evolutiva, tale da ricomprendere tutti quelli che vengono comunemente definiti "nuovi diritti", purché ricostruibili come aspetti o sviluppi, impliciti o trasversali, di diritti tipizzati ed enumerati in costituzione⁴⁸. Laddove questa germinazione dai diritti costituzionali non fosse rinvenibile, allora lì ci si troverebbe realmente al cospetto di nuovi diritti, che, non possedendo alcuna copertura costituzionale (ma essendo al più "materia costituzionale"), spetterebbe al legislatore, costituzionale od ordinario, disciplinare nell'oggetto, nelle forme e negli

⁴⁸ In questo senso A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (parte generale)*, Padova, Cedam, 1985, pp. 3 ss.; IDEM, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in «Politica del diritto», n. 1, 1993, pp. 3 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, cit., p. 47; F. MODUGNO, *La tutela dei «nuovi diritti»*, in F. Riccobono (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, cit., pp. 88 ss.; IDEM, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., pp. 54 ss.; P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, p. 172; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, Treccani, 1989, pp. 18 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 746 s.). In realtà le due posizioni sono meno lontane di quanto non parrebbe, in quanto entrambe tendono a ricondurre il "nuovo" diritto a una lettura estensiva di un diritto di libertà già presente nella Carta: la differenza tra le due impostazioni dottrinali rimane solo quella per cui «l'una ugualmente acconsente alla positivizzazione di "nuovi" diritti fondamentali (che, tuttavia, non chiama così...), sempre che se ne dimostri la strutturale connessione coi (o, ad essere ancor più giusti, la filiazione dai) diritti iscritti dallo stesso Costituente [...]; l'altra impostazione, potrebbe, volendo, portare ancora più in là alla creazione di diritti autenticamente nuovi» (A. RUGGERI, *"Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 63). Per una ricostruzione del dibattito, si veda anche S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in <http://www.giurcost.org/studi/mangiameli.html>, pp. 5 ss.

strumenti di tutela, con il solo limite di non porre discipline limitativa dei diritti costituzionalmente garantiti⁴⁹.

5. Argomento originalista (per interpretare il parametro) come sintomo di una concezione recessiva (rectius tollerante e temperata) di costituzione

Le riflessioni che seguono si riferiscono all'impiego dell'argomento originalista per interpretare il parametro, e in particolare alla concezione di costituzione che questo impiego può presupporre.

Come è noto, è possibile tracciare un parallelismo tra teorie sull'interpretazione costituzionale e teorie sulla concezione della costituzione, che trova il suo punto di raccordo nell'alternativa di fondo tra concezioni della costituzioni come insieme di norme da interpretare in modo recessivo oppure come insieme di norme da interpretare in modo espansivo⁵⁰.

Per ciò che si è più sopra detto - "quello che il costituente non ha scritto non ha voluto" -, si può affermare che dietro alla teoria originalista dell'interpretazione stia una *concezione recessiva* di costituzione⁵¹: una concezione per la quale i comandi costituzionali sono eccezioni a una *norma generale esclusiva*, in base alla quale là dove il costituente non ha comandato o non ha vietato, li

⁴⁹ A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2001, pp. 38 e 43; G. ROLLA, *La prospettiva dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1472; S. FOIS, «Nuovi» *diritti di libertà*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, (Scritti in onore di P. Barile), Padova, Cedam, 1990, p. 85: «Mentre i tradizionali diritti possono al più *ammettere* (nel senso di tollerare) l'esercizio della discrezionalità legislativa in questione, i nuovi diritti, invece, ed all'opposto, sembrano *esigere* tale esercizio quale momento determinante per l'individuazione del contenuto del diritto, e comunque per la possibilità di un suo giuridico godimento»; M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica Amministrazione*, in «Rivista critica del diritto privato», 1985, pp. 61 ss., per il quale «lo sviluppo di "diritti" sinora sconosciuti e ancora privi di formale riconoscimento e tutela, che vengono però percepiti come "fondamentali" dalla collettività», imporrebbe «un intervento normativo adeguato alla nuova realtà dei fatti ed alle nuove esigenze individuali indotte dalla trasformazione dei rapporti economici e sociali».

⁵⁰ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, pp. 88 ss.; ID., *Il "posto" del diritto costituzionale*, cit., pp. 538 ss. Sul punto anche G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 335 ss.; R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, Giappichelli, 1985, pp. 121 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principî*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1985, pp. 65 ss.; G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in «Quaderni costituzionali», 1989, pp. 229 ss.; I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in «Diritto Pubblico», n. 3, 2001, pp. 1095 ss.

⁵¹ Sulle concezioni recessiva ed espansiva di costituzione, M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., pp. 88 ss.

sussiste un'area di libertà in capo ai soggetti titolari della funzione di indirizzo politico. Sicché la portata normativa dei comandi e dei divieti va riferita solo alle ipotesi che non possono non esservi ricondotte, dovendosi interpretare la costituzione nel senso meno costrittivo, quello ridotto al minimo consentito dalla formulazione linguistica degli enunciati, e conseguentemente «ciò che non confligge con il divieto potrà essere dichiarato, *sic et simpliciter*, rientrante nella discrezionalità legislativa»⁵². Costituzione, dunque, come limite estremo ed esterno alla discrezionalità politica del legislatore, in capo al quale grava il vincolo di non contraddirla, non necessariamente di svolgerla⁵³ (in alternativa a una concezione espansiva di costituzione, per la quale la costituzione va interpretata *magis ut valeat*, considerando i comandi costituzionali come accompagnati da una norma generale inclusiva, in base alla quale sono escluse dalla disciplina costituzionale solo quelle ipotesi che non possono esservi assolutamente ricondotte e le eventuali lacune «devono essere disciplinate dalle stesse norme costituzionali in quanto regolatrici di casi simili o materie analoghe, o comunque come principî dai quali siano desumibili criteri di legittimità che estendono la loro efficacia anche su settori non direttamente disciplinati»⁵⁴. Anche all'interno di questa concezione non è escluso, in verità, il ricorso all'interpretazione originalista, ma come argomento, tra altri, «utile a "ridurre" (per risolvere un'antinomia) la portata della disposizione»⁵⁵).

⁵² M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, cit., p. 538.

⁵³ M. DOGLIANI, *Interpretazione della costituzione*, cit., pp. 81 s.: «La norma costituzionale viene così ad essere "qualificata" da questa normazione ulteriore, senza che ne risulti però completamente sterilizzata, in quanto, anche se perde il ruolo di vincolo assolutamente obbligante, conserva la capacità di vietare il proprio contrario [...]. Tra la previsione costituzionale e l'effettiva disciplina dell'istituto non esiste più, allora (o comunque non esiste più necessariamente), il rapporto tra norma di principio e norma di attuazione, ma un rapporto più labile, che può giungere fino ad essere soltanto di non incompatibilità», in quanto la norma costituzionale «tende a porsi come un limite solo negativo».

⁵⁴ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., p. 89. Per l'assunzione del criterio per il quale la costituzione deve essere interpretata in tutte le sue parti *magis ut valeat*, P. BARILE, *Le Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, pp. 48 ss.; V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 11; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967.

⁵⁵ M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, cit., p. 542, che continua (p. 544): «se si accetta la concezione espansiva della Costituzione, pur continuando a configurare il testo come il limite esterno della legislazione, si deve però ammettere che il limite "estremo" alla sua interpretazione (e dunque il limite estremo di costituzionalità, in ultima istanza) è dato dalla volontà del costituente storico. I principî essenziali del compromesso costituzionale (nella loro identità storico-politica) rappresentano il confine ultimo della libertà dell'interprete e della libertà del legislatore "revisione" della Costituzione. [...] Se si riconosce che la volontà costituente storica è il criterio di ultima istanza per risolvere tali antinomie (o per lo meno per circoscrivere l'area di significanza entro la quale tali antinomie possono prodursi), si dovrà anche

Si potrebbe obiettare che si cade così in un paradosso, «perché proprio coloro che vorrebbero più valorizzare la volontà dei costituenti fanno poi assumere alla costituzione un ruolo recessivo»⁵⁶. Ma la valorizzazione della volontà dei costituenti non è affatto in contraddizione con il far assumere alla costituzione un ruolo recessivo. E in realtà il paradosso si scioglie se non si cade nell'errore di intendere "recessivo" come sinonimo di "svalutativo".

Non di svalutazione della costituzione si tratta, ma piuttosto di ipervalutazione della rigidità della costituzione e del suo carattere di documento scritto nella sua lettura stretta, storicamente autentica. Come dire: non si pronunci il nome della costituzione invano. Non vi si ricorra, ove non dice; la si rispetti, per quel che dice. Quel che indubabilmente si volle - «il limpido significato del testo della norma»⁵⁷ -, non si metta in discussione; su tutto il resto la lotta politica sia aperta⁵⁸. L'ipervalorizzazione della documento costituzionale scritto reca, infatti, come retro della medaglia, la valorizzazione della volontà del legislatore ordinario, reputato capace di gestire adeguatamente e responsabilmente gli spazi di libertà affidatigli dal costituente.

Se così è, allora, - se l'uso dell'argomento originalista per interpretare il parametro è da ricondurre a una teoria dell'interpretazione che intende il testo costituzionale e la volontà costituente come limite vincolante, ma anche unico, delle scelte del legislatore ordinario, e dunque si attiene al principio di

riconoscere che la "tenaglia" dell'antico principio che vuole stringere l'interpretazione tra il significato delle parole e la volontà del legislatore (tra i confini del linguaggio e quelli della continuità di una volontà politica) è meno ingenua di quanto possa apparire».

⁵⁶ A. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale*, cit., p. 170.

⁵⁷ Sentenza della corte costituzionale 107/1957.

⁵⁸ Nello stesso senso A. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale*, cit., p. 170, che scrive: «A ben riflettere, tuttavia, non c'è altro e ragionevole modo di spiegarsi l'ossessione di questa parte della dottrina originalista sulla immobilizzazione nel tempo della volontà originaria. Una ossessione che trova, invece, una plausibile spiegazione nel fine di bloccare l'espansività dei principî costituzionali, nell'intento di considerare la normativa costituzionale come una normativa 'eccezionale' che non consente lo sviluppo di principî, ma tollera unicamente applicazioni tassative». Così pure, mi pare, A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in «Rivista Trimestrale di diritto pubblico», 1989, p. 6, quando si esprime contro un'idea della legge come funzionalizzata all'attuazione costituzionale: «la legge conserva, anche in regime di costituzione rigida, un ruolo centrale nell'ambito del sistema delle fonti, mentre la costituzione, oltre a disciplinare (quanto meno a livello di principî generali) tutta quanta l'attività di produzione normativa, rappresenta soprattutto un limite rispetto ai suoi possibili contenuti, talché devono ritenersi inaccettabili i tentativi, che talora sono stati compiuti, per configurare l'intera attività legislativa, regolamentare, ecc. come funzionalizzata all'attuazione dei principî costituzionali» (il riferimento è a F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970, I, p. 48).

libertà del non preveduto - e per fugare il fraintendimento che può recare l'uso del termine "recessivo", si potrebbe parlare anche di *concezione tollerante di costituzione*⁵⁹. Una concezione tale per cui la costituzione non avrebbe affatto la missione di assicurare che ogni conflitto sociale sia da essa placato, risolto o comunque disciplinato, ma che al contrario percepisce come un'evenienza fisiologica il fatto che, anche dopo la sua emanazione, «il corpo sociale resti “pluralistico”, o, se si preferisce, internamente diviso»⁶⁰, offrendo come strumento di pacificazione del conflitto il procedimento legislativo.

Questa idea tollerante di costituzione riconosce che il documento costituzionale è «complesso normativo troppo stretto e povero di fronte ai problemi da risolvere»⁶¹ e ammette che la sua disciplina debba essere definita e integrata da una disciplina di livello legislativo, «che non è in essa implicita né, conseguentemente, individuabile in via deduttiva, in quanto il contenuto della norma integratrice è conseguenza di scelte ulteriori, non predeterminate dalle norme esistenti»⁶².

Tutto ciò, naturalmente, senza mai tradire il nucleo delle scelte e senza mai travalicare il perimetro di limiti che la costituzione pone (che, questi sì, non hanno bisogno di integrazione, ma sono direttamente vincolanti e immediatamente applicabili): tra quel nucleo e quei limiti vi è uno "spazio residuo" in cui la costituzione tollera il conflitto politico-sociale e riconosce la legittimità e la libertà della scelta democratica⁶³.

⁵⁹ Per riprendere la dicotomia utilizzata da V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale ed interpretazione nella disciplina della libertà*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, cit., pp. 15 s., che, in relazione alla disciplina della libertà, individua i due possibili modi di essere della costituzione: “totale”, come Kelsen chiama la concezione di stato e di costituzione di Schmitt, con il compito «di mettere riparo, di fronte a una società la quale è evidentemente presunta incapace di autogestirsi, a qualsiasi evento sociale conflittuale»; o “tollerante”, come per convenzione Angiolini chiama quella pensata da Kelsen stesso, che, appunto, «non avrebbe affatto la missione di assicurare che ogni conflitto sociale sia placato, che le tensioni sociali siano cancellate dalla “forza” di un qualche “sovrano”, sia esso pure lo Stato. Per Kelsen, sarebbe un'evenienza puramente fisiologica che, al di sotto degli strumenti sempre circoscritti offerti dal diritto costituzionale alla società per organizzarsi, il corpo sociale resti “pluralistico”, o, se si preferisce, internamente diviso».

⁶⁰ V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, cit., p. 15.

⁶¹ M. DOGLIANI, *Interpretazione della costituzione*, cit., p. 91.

⁶² M. DOGLIANI, *Interpretazione della costituzione*, cit., p. 87.

⁶³ Parla di "spazio residuo" A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti, *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 90 s.: per il quale «gli enunciati costituzionali, quando contengono regole [e per l'autore si tratta della maggioranza degli enunciati costituzionali], si limitano a disciplinare solo singoli aspetti della situazione giuridica soggettiva proclamata, lasciando, per il resto, spazio (talvolta assai ampio) alle fonti primarie, se non

Per questa ricostruzione della costituzione - per l'inviolabilità del nucleo delle scelte testimoniato dal testo, e per la tolleranza per tutto ciò che gravita nello spazio residuo tra quel nucleo e i limiti costituzionalmente imposti - si potrebbe anche parlare di *concezione temperata di costituzione*, intendendo l'aggettivo "temperato" in due dei significati semantici di cui è portatore: sia nel senso di "passato alla tempera, temprato", e dunque duro, rigido, con riferimento al testo; sia in quello di "moderato, limitato", per tutto quello che oltre il testo si pone.

La tendenza oggi prevalente, se non imperante, pare essere in senso opposto rispetto a un modello di costituzione tollerante e temperata, considerando piuttosto la costituzione come "totale": tutti i problemi giuridici più rilevanti posti dalla vita collettiva vanno affrontati «come problemi, in ultima istanza, di interpretazione delle disposizioni costituzionali»⁶⁴, appellandosi alla costituzione come a «un "sovrano" onnipotente, il quale tutto possa, all'occorrenza, nei riguardi dei conflitti sociali in atto»⁶⁵, anche e soprattutto laddove la costituzione non dice.

Ma costituzione totale non è necessariamente sinonimo di costituzione forte e autorevole. Soprattutto se, come oggi accade, l'attitudine della costituzione a coprire qualunque lembo della società viene affermata sottoponendo il suo testo ogni volta a una decisione complessiva circa il suo senso⁶⁶. Se, a ogni conflitto che si affacci nella società, la costituzione viene trascinata nella lotta dei "valori" e il suo senso complessivo posto in discussione, il pericolo concreto è che essa sia ridotta a una «babele di

anche alle fonti secondarie. Ciò però non implica che siffatto "spazio residuo" refluiscia nel "costituzionalmente irrilevante". La predeterminazione di tali "spazi residui" da parte della singola disposizione costituzionale consente infatti al valore sotteso alla disposizione costituzionale di indicare all'interprete la via da seguire ovvero consente, in un'ottica giuspositivistica, al principio (in senso stretto) desumibile dalla "regola" di impostare correttamente i problemi che sorgono in quello che si è chiamato lo "spazio residuo"».

⁶⁴ M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in «Ars interpretandi», n. 2, 1997, pp. 107 s. Nello stesso senso V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, cit., pp. 16 ss.: «L'interpretazione costituzionale sembra avere attualmente maggiore importanza che non nel passato anche recente: in Italia come altrove, parecchi problemi che solo venti anni addietro si discutevano in chiave "politica", e cioè come problemi non giuridici, sono oggi discussi come problemi interpretativi del diritto costituzionale. Si possono menzionare, a titolo soltanto esemplificativo, i problemi attinenti ai "nuovi diritti", così definiti, talora, proprio perché la loro tutela parrebbe basata su disposizioni costituzionali che non erano state interpretate in tal senso [...] La tendenza ad incrementare il peso dell'interpretazione giuridica nell'attuazione della carta del 1948 può comprovare l'attaccamento della cultura giuspubblicistica italiana alle premesse di una costituzione totale».

⁶⁵ V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, cit., p. 15.

⁶⁶ L'espressione «decisione complessiva» sul senso della costituzione è di G. PALOMBELLA, *I limiti del diritto mite*, in «Democrazia e diritto», nn. 4, 1994 - 1, 1995, p. 188.

interpretazioni contrastanti e reciprocamente irriducibili»⁶⁷; instabile, cangiante, debole, dove anche il detto rimane inudito⁶⁸.

⁶⁷ M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 112. Contro la tendenza a calare troppo la carta costituzionale nelle mutevoli esigenze dei tempi e a legare a esse la sua interpretazione, A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, cit., pp. 458 ss., per il quale «la nostra è [...] una costituzione "vincolante" (*Wertgebundene*) e non "libera" nei valori (*Wertfrei*). Finché faremo i conti con l'attuale testo positivo, dunque, non potremo – per quanto nobili siano i nostri fini – stravolgerlo a piacimento o adattarlo alle "mutate esigenze" dei tempi, fino a sottoporlo a un sotterraneo "svuotamento" di senso».

⁶⁸ Come è noto, nella dottrina costituzionalistica italiana molti autori sviluppano la loro riflessione nei termini di un "costituzionalismo per valori", tendendo a individuare in massime di giustizia sostanziale attualmente accreditate o in precetti e valori di filosofia morale (in senso lato, e più o meno diversamente definiti dalle teorie costituzionalistiche che a questa concezione si ispirano) i parametri attraverso i quali si svolge il bilanciamento giurisdizionale degli interessi costituzionali. La critica che si muove nel testo non è a tali autori indistintamente, ma alle versioni più esasperate delle teorie per valori. O forse, più onestamente, al timore delle esasperazioni cui può condurre un ragionamento condotto prevalentemente o esclusivamente per valori, con un uso solo pretestuoso del testo. Se nulla di ciò nella dottrina italiana è teorizzato compiutamente, nessuno espressamente dichiarando che il testo è irrilevante, ma anzi tutti riconoscendo che dal testo si deve partire, o almeno passare (per tutti Modugno, nel testo più oltre citato, p. 81: «un'interpretazione per valori, come "fuga dal testo" va certamente condannata, perchè non rispettosa del fatto incontestabile che i valori pregiudiziali diventano giuridicamente rilevanti *solo* nella costruzione di principî che non possono non risultare - *quodam modo* - dalla corrispondenza al testo costituzionale, ai suoi enunciati»), tuttavia nella prassi non è raro riscontrare casi in cui è evidente che il giudice si è mosso alla ricerca della norma adeguata al caso a partire dal suo contesto assiologico di riferimento, costringendo e piegando in modo forzoso la lettera della disposizione alla "sua" volontà, senz'altro in contrasto con la volontà di chi la scrisse (sulla differenza tra l'interpretazione pratica e quella scientifica del diritto, e sul diverso modo in cui pesano e devono pesare i "valori" in queste interpretazioni A. D'ATENA, *In tema di principî e valori costituzionali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1997, pp. 3069).

Fatta questa doverosa precisazione - e posto che nessuno nega che tutte le norme costituzionali costituiscono la conseguenza di un giudizio di "valore" e sono portatrici di una scelta di "valore" (sui diversi utilizzi dell'espressione "valore" nel diritto costituzionale, si veda Bilancia, nel testo più sotto citato) - tra gli autori che vengono ricondotti tra i fautori di una teoria dei valori come criterio ermeneutico generale (senza che necessariamente essi vi si riconoscano, emblematico il caso di Modugno): A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in «Politica del diritto», n. 4, 1991, pp. 639 ss.; R. BIN, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1985; ID., *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 115 ss.; F. MODUGNO, *I principî costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. Modugno - A.S. Agrò, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 247 ss.; ID., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti, *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 52 ss. (anche in www.costituzionalismo.it); A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in

Se, in una certa misura, è fisiologico cercare nella costituzione il fondamento legittimante delle proprie posizioni anche sottoponendo il suo testo a un'esegesi partigiana⁶⁹, diviene patologico e pericoloso farlo a scapito della costituzione stessa, trattando le sue proposizioni giuridiche sempre e solo come un «pretesto»⁷⁰, una «metafora»⁷¹, «l'indicazione (si potrebbe dire l'«indizio») di un «valore» o di un «principio»⁷², che, questo sì, è importante affermare sopra gli altri a ogni costo. Si apre così a una

«Diritto e società», 2000, pp. 567 ss.; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, vol. I (*Fra democrazia relativista e assolutismo etico*), Milano, Giuffrè, 1994; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992. Si veda, inoltre, il fascicolo monografico, *Valori, principî, regole*, in «Ars interpretandi», n. 10, 2005. Sull'interpretazione per valori, tra gli altri, G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Jovene, 2001, pp. 231 ss.; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 3007 ss.; G. BONGIOVANNI, *Dalla "dottrina della costituzione" alla "teoria dei valori": la ricerca di un difficile equilibrio*, in «Democrazia e diritto», n. 1, 1997, p. 73 ss.; O. CHESSA, *Principî, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, in M. La Torre - A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 207 ss.; A. D'ATENA, *In tema di principî e valori costituzionali*, cit., pp. 3065 ss. (ripreso e sviluppato in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, cap. I); A. LONGO, *Valori, principî e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in «Diritto e società», n. 1, 2002, pp. 112 ss. (ripreso e sviluppato in *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, Napoli, Jovene, 2007); M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 170 ss.; I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, cit., pp. 108 ss.; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in «Diritto ecclesiastico», n. 1, 1995, pp. 66 ss.; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, pp. 3770 ss.

⁶⁹ Anzi, proprio nell'aver in alcune sue parti una lettera compromissoria e per certi versi ambigua, la costituzione mostra la sua tolleranza, in quanto non mira a risolvere definitivamente il conflitto in atto, ma lascia che, di volta in volta, prevalga la lettura – quale essa sia – che tra gli interpreti o, di più, nel parlamento riesce a raccogliere intorno a sé la quantità di consenso necessaria a tale fine.

⁷⁰ Così, tra gli altri, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 148 ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 2, 2006, p. 1664, nt. 82.

⁷¹ Così, in senso critico, V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, cit., p. 20: «Attraverso il riconoscimento della "creatività" nell'interpretazione delle "proposizioni giuridiche" della carta repubblicana, la cui gestione venga rimessa senza ulteriori specificazioni ad una generica libertà del singolo interprete, si può arrivare, non incontrando ostacoli insormontabili, a ridurre il testo interpretato a "metafora", ipotizzando, ad es., per il giudizio di costituzionalità, "che la Corte operi per ampi tratti senza occuparsi di quanto è scritto in costituzione [...] (R. Bin)"».

⁷² Così, in senso critico, F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, cit., p. 89.

*tirannia dei valori*⁷³, tale per cui la libertà puramente soggettiva di porre valori, senza più il limite reale del testo costituzionale, conduce inevitabilmente «a una lotta eterna dei valori e delle concezioni del mondo, a una guerra di tutti contro tutti, a un eterno *bellum omnium contra omnes* [...]. Ciò che [per] l'uno è il diavolo, diviene qui per l'altro un dio»⁷⁴.

Proprio l'appello ai valori, al loro mutevole bilanciamento, l'abuso del criterio della ragionevolezza parrebbero rappresentare «il perno attorno a cui ruota l'interpretazione giuridica della carta repubblicana che si attiene alle premesse di una costituzione totale»: al fine di assicurare una costituzione presente in ogni angolo della società, «le risultanze complessive dell'interpretazione, quanto al diritto costituzionale da applicare, divent[a]no vieppiù vaghe, elastiche e ad un tempo omnicomprensive»⁷⁵.

L'esito di una tale incessante moltiplicazione dei significati normativi delle proposizioni costituzionali non può che essere la «pieghevolezza» della costituzione, il «rattrappimento» e la «rarefazione» delle sue disposizioni suscettibili di molteplici interpretazioni ugualmente legittimate dalla vaghezza delle espressioni usate, nonché la presa d'atto dell'«impossibilità di ricostruire disegni o schemi univoci sulla base dei suoi principî che, contrapponendosi o condizionandosi a vicenda, rendono possibili “le più svariate composizioni di interessi”, con l'unico limite che “l'equilibrio non sia raggiunto a vantaggio esclusivo di uno di essi ad elisione dell'altro”»⁷⁶.

⁷³ L'espressione “tirannia dei valori” è di Nicolai Hartmann, *Ethik*, 1926 e ripresa da C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in «Rassegna di diritto pubblico», 1970, pp. 1 ss.

⁷⁴ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, 1919, citato da C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, cit., p. 18 s. Conclude Schmitt: «in una comunità, la cui costituzione prevede un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui date stabilire la mediazione mediante regole determinabili e attuabili, ed evitare il terrore dell'attuazione immediata ed automatica del valore».

⁷⁵ V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, cit., pp. 24 s. Nello stesso senso A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., pp. 56 s.: «L'interpretazione “per valori” si palesa tanto più discutibile in quanto, dai suoi sostenitori, si assuma una visione “totalizzante” della Costituzione, in conseguenza della quale si pretende che *tutto* sia, direttamente o indirettamente, disciplinato da essa [in questo senso: F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1036]».

⁷⁶ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., p. 91. Nello stesso senso A. D'ATENA, *In tema di principî e valori costituzionali*, cit., p. 3080: «se i diritti di libertà vengono risolti senza residui in valori, si attenua enormemente la portata garantistica delle norme che li regolano, e si finisce per affidare la loro tutela ad operazioni di bilanciamento inevitabilmente inopinabili [...]. Quindi, per una paradossale eterogenesi dei fini, teorie che intendono valorizzare al massimo la prescrittività della Costituzione corrono il rischio di svuotarla».

Questo può condurre, in ultima analisi, al ridimensionamento della rigidità della carta costituzionale e della stessa giustizia costituzionale, dal momento che per via di interpretazione costituzionale si può tacitamente modificare la costituzione, allorché «l'interpretazione non serve per applicare la norma da interpretare ma, al contrario, per *escluderla e sostituirla* con la norma migliore, più giusta, più equa, in breve con la norma desiderata da chi applica il diritto»⁷⁷. Sicché il potere di mutare la costituzione «si trasferisce, per quello che può esserlo, dagli organi politicamente rappresentativi ai giudici ed agli interpreti del diritto»⁷⁸, tanto da potersi affermare, con evidente provocazione, che «se non ci fosse una Costituzione, oggi avremmo in ogni caso bisogno di una Corte costituzionale»⁷⁹.

⁷⁷ H. KELSEN, *Sulla teoria dell'interpretazione*, in *Il primato del parlamento*, trad. it a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, p. 167, a proposito del ricorso argomentativo alla lacuna ideologica.

⁷⁸ V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, cit., p. 31. Nello stesso senso A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, cit., pp. 3080 s., per il quale, quando l'approccio interpretativo per valori diventa prevalente o esclusivo a scapito delle strutture prescrittive, «l'organo di giustizia costituzionale [si espone] al rischio di trasformarsi da giudice in arbitro della costituzionalità, con conseguente travalicamento dei confini ad esso assegnati»; S. BARTOLE, *Costituzione*, cit. p. 303, per il quale è difficile credere che, avendo scelto la via della rigidità costituzionale, i padri costituenti «abbiano poi inteso rimettere la concretizzazione del compromesso e i suoi ulteriori sviluppi ad autorità non elettive, istituzionalmente estranee alle parti stipulanti il compromesso medesimo»; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, cit., p. 3027: «La scelta pregiudiziale di far prevalere i cosiddetti valori sulla forza precettiva delle norme, quindi, porterebbe a risultati inaccettabili in quanto senz'altro arbitrari. Le norme costituzionali contengono le scelte di fondo dell'ordinamento democratico vigente ed i valori da essi espressi non necessitano né di supervalutazioni né di occasionali bilanciamenti ma soltanto di interpretazioni attuali attraverso l'individuazione del loro significato sostanziale [...]. Sostenere, come pure viene fatto, che il giudice costituzionale deve procedere, attraverso il bilanciamento dei valori, a selezionare l'interesse di volta in volta prevalente secondo il caso concreto significa, infatti, stravolgere il ruolo della giurisdizione costituzionale»; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, cit., p. 3777: «Il ragionare per valori [...] costituisce però un modello operativo potenzialmente (seppur non attualmente) privo di reali contrappesi sul piano politico, e rischia di trasformare la Corte [...] da giudice ad arbitro della costituzionalità. In altri termini la Corte, operando sul piano dei principi-valori e non più su quello delle norme, potrebbe in prospettiva [...] aggirare ogni reale supremazia del Parlamento in ordine alla posizione del diritto effettivamente vigente [...]. Una volta denormativizzato il parametro, questo viene infine ad essere tendenzialmente creato dallo stesso soggetto che dovrebbe uniformarsi: quella che dovrebbe, per il giudice costituzionale, essere attività volta al controllo del rispetto di norme-principio (in quanto tali eteronome) potrebbe diventare elaborazione e posizione implicita di entità parametriche autonome, con conseguenze inquietanti per quanto riguarda il mantenimento reale del modello informato alla separazione dei poteri». *Contra* G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana. Convegno di studi nel centesimo anniversario della Cedam*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it», p. 9, per cui le critiche all'evoluzione interpretativa della costituzione ad opera dei giudici non sarebbero altro che un modo di esprimere una diffidenza di fondo verso la stessa idea di costituzione rigida:

Per tutto ciò - svelata ormai la mera apparenza del paradosso - una concezione recessiva di costituzione, nel senso di tollerante e temperata, che si vale di un richiamo minimo e austero al testo, ma fermo, può rendere forse alla causa della rigidità e della autorevolezza della costituzione un servizio migliore di quanto comunemente si tenda a credere (anche se sarebbe evidentemente erronea e forzata un'equazione per la quale una concezione espansiva della costituzione - che faccia o meno appello ai valori - e una teoria giusrealista dell'interpretazione condurrebbero esizialmente a rimuovere o ignorare il dato normativo, e dunque all'esito di una costituzione totale, ideologizzata, svalutata, mentre una concezione tollerante e temperata della costituzione e una teoria originalista dell'interpretazione rappresenterebbero il solo modo per evitare iper-interpretazioni ideologizzate del testo costituzionale. Non è qui il luogo per argomentare - dovendo dare anche questo per presupposto - che vi sono concezioni espansive di costituzione non radicali e non esasperate, per le quali «la costituzione resta un limite esterno alla libertà del legislatore, e dunque continua ad essere intesa come una serie di divieti. Interpretarla *magis ut valeat* significa solo sostanziare e definire quei divieti, restringendo lo spettro delle interpretazioni compatibili, attraverso un discorso che non si limiti (come quello fondato sulla concezione recessiva) a considerare incompatibili solo le interpretazioni che richiederebbero un radicale stravolgimento linguistico della disposizione costituzionale»⁸⁰).

«Se si nega infatti l'istanza del controllo giudiziario, si affida alla discrezionalità del legislatore la continuità giuridica della legge fondamentale. La costituzione resta un corpo storico sempre più lontano nel tempo, che richiede frequenti modifiche e aggiustamenti, mutando assetto normativo a seconda delle tendenze politiche prevalenti del momento. La maggiore "rigidità" della costituzione si converte in una maggiore "leggerezza" della stessa, sempre meno operativa e presente nella vita quotidiana dell'ordinamento giuridico e sempre più "imbalsamata" in formule destinate inevitabilmente a perdere capacità applicativa. Per sfuggire ad un incontrollabile governo dei giudici si cade nel relativismo estremo delle ondeggianti maggioranze politiche». Descrittive del fatto, assunto come ordinario, delle modificazioni tacite alle costituzioni scritte, le parole di A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, cit., p. 8: «Nei paesi dotati di costituzione scritta, infatti, è tutt'altro che raro il caso in cui le modifiche tacite della costituzione vengano realizzate proprio mediante l'accoglimento di interpretazioni dei testi costituzionali, talora totalmente difformi rispetto alle intenzioni dei costituenti, ma pur tuttavia capaci di affermarsi nella prassi».

⁷⁹ C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legittimità*, in «Queste istituzioni», 1991, pp. 50 ss., che continua «non a caso la testualità sembra rappresentare sempre meno il dato rilevante della giurisprudenza costituzionale, pure in un momento in cui assistiamo alla più forte tendenza della Corte ad inserirsi in un gioco dialettico molto stretto con il sistema della legalità».

⁸⁰ M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, cit., p. 539. Si veda anche I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*, cit., spec. pp. 1113 ss.

Si può dire allora che l'argomento originalista e la concezione tollerante e temperata di costituzione a esso presupposta rappresentino (*rectius* possano rappresentare, se impiegati a questo fine) null'altro che un diverso modo di valorizzare le potenzialità normative della costituzione rispetto a quelle che la interpretano *magis ut valeat*⁸¹: un modo in cui la valorizzazione passa per «un costituzionalismo che privilegi[a] l'aspetto della sovranità popolare su quello della creazione giudiziale»⁸². Se così è, si possono interpretare la forza e la persistenza dimostrate da positivismo, imperativismo, cognitivismo nella cultura giuridica diffusa come un possibile tentativo di risposta alla «contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica contemporanea [...]: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo»⁸³. Ed è una risposta che va nel senso di configurare la decisione giudiziaria «come applicazione di una volontà altrui (della volontà del rappresentante), e non come manifestazione della volontà del 'piccolo uomo', che fisicamente la pronuncia»⁸⁴.

Non si può, né si vuole, negare che anche il giudice più fedele alla legge non possa, in qualche senso, non creare diritto, anzi, è questa una verità banale⁸⁵; così come è scontato che imperativismo, cognitivismo e originalismo, nelle loro versioni radicali, siano storicamente e giuridicamente superati e non più proponibili⁸⁶. Ma la pretesa di de-soggettivizzare l'applicazione del diritto non può essere né aggirata né ignorata, e il tentativo di ricondurre il diritto alla volontà del rappresentante - al rappresentante che scrisse la costituzione, e, ove questo non disse, al rappresentante che siede nelle aule del parlamento - va presa sul serio quale sintomo della necessità che le assemblee parlamentari siano

⁸¹ Nello stesso senso M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., p. 90: «La teoria della norma costituzionale come vincolo direttamente obbligante, con tutta la capacità espansiva dei suoi significati logici, e quella della norma integrabile, a fattispecie aperta (avente come norma generale inespressa quella inclusiva) sono due aspetti di uno stesso orientamento volto a valorizzare le potenzialità normative della costituzione».

⁸² A. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale*, cit., p. 180.

⁸³ M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it».

⁸⁴ M. DOGLIANI, *Interpretazione* (voce), cit., p. 3187.

⁸⁵ Così R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it», p. 18. Romboli riprende le parole di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, p. I, che osservava come scopo dello scritto non fosse certamente quello di «dimostrare la verità banale, anche se infinite volte in ogni epoca e con tanta inesauribile perseveranza negata o nascosta, della creatività della giurisprudenza».

⁸⁶ Così A. PACE, *Una proposta: introdurre il référé legislatif*, cit., che, se dichiara improponibile teoria e ideologia positiviste, ritiene all'opposto che la scelta in favore di un "metodo giuspositivista temperato" «costituisce una scelta obbligata per uno studioso che creda nel "costituzionalismo" come teoria giuridica e politica dei limiti al potere politico».

recuperate nella loro autorevolezza di soggetti che - proprio perché plurali, rappresentativi dei cittadini, tesi alla ricerca di soluzioni compromissorie - sono in grado di emanare diritto "de-soggettivizzato"⁸⁷.

6. Il disuso dell'argomento originalista come sintomo dell'affermarsi di una concezione espansiva della costituzione e svalutativa del diritto legislativo

Come detto in premessa di lavoro, la tendenza che si riscontra nella lettura diacronica delle sentenze della corte costituzionale in materia di diritti fondamentali che ricorrono all'uso dell'argomento originalista è tale per cui, a un uso più frequente nel passato remoto (anni Cinquanta) per interpretare il parametro, e dunque la costituzione, fa riscontro un uso più frequente nel passato prossimo (anni Novanta) per interpretare l'oggetto; anche se, dagli anni Duemila in poi, si registra il disuso dell'argomento tanto per interpretare il parametro che l'oggetto.

Questo potrebbe essere spiegabile, quanto al parametro, con il fatto che «l'argomento psicologico per la sua stessa natura riesce tanto più efficace quanto più il tempo in cui l'enunciato oggetto di interpretazione è emesso, è vicino al tempo in cui l'attribuzione di significato gli viene decisa, motivata o proposta»⁸⁸: tanto più era prossima nel tempo l'emanazione della costituzione, tanto più si presentava

⁸⁷ A sintesi dei pregi delle decisioni assunte in assemblee parlamentari, H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in *Il primato del parlamento*, cit., pp. 193 ss.: «Che il principio di maggioranza, all'interno del sistema parlamentare, si confermi un principio di compromesso, di componimento di contrasti politici, si ricava da uno sguardo anche superficiale alla prassi parlamentare. Tutto il *procedimento parlamentare* è proprio volto al raggiungimento di una via di mezzo tra interessi contrapposti, di una risultante delle forze sociali in contrasto. Esso offre le garanzie necessarie affinché i vari interessi dei gruppi rappresentati in parlamento possano esprimersi, manifestarsi come tali in un *pubblico* dibattito. E se il procedimento parlamentare, tipicamente caratterizzato dalla dialettica e dal contraddittorio, ha un senso profondo, possiamo coglierlo solo nel fatto che dalla contrapposizione di tesi e antitesi degli interessi politici scaturisce in qualche modo una sintesi, che può avere solo il nome di compromesso». Per J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996, p. 316, se anche i discorsi giuridici possono sviluppare strategie interpretative capaci di favorire nel circuito decisionale il momento dell'argomentazione, «non possono *sostituirsi* ai discorsi politici che servono alla fondazione delle norme e dei programmi e devono sempre presupporre l'inclusione di tutti gli interessati».

⁸⁸ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 366, che continua: «L'argomento psicologico, infatti, ha avuto il suo momento di grande auge immediatamente dopo le codificazioni napoleoniche, e, per brevi periodi, dopo le altre codificazioni nazionali ottocentesche nell'ambito delle rispettive aree. Negli altri periodi e nell'ambito di organizzazioni a diritto non codificato, il privilegiamento si verifica solo in occasione di legislazione speciale innovativa, ed in relazione a tale legislazione. Sporadicamente, esso acquista forza in relazione a documenti di normazione di tipo pattizio - trattati internazionali, contratti collettivi di lavoro, accordi normativi - per tempi brevi e immediatamente successivi alla redazione

come efficace, importante e credibile l'appello ai lavori dell'assemblea costituente, ancora specchio della società in cui le norme da vagliare nei giudizi di legittimità costituzionale andavano calate; quanto più ci si allontana dal 1948 (in materia di diritti fondamentali non vi sono state riforme costituzionali che possano avvicinare al presente la volontà costituente, come è accaduto invece in altre materie, per tutte quella regionale), tanto meno efficace diviene l'appello alla volontà psicologica dei padri costituenti, mentre più significativo si fa il ricorso alla volontà del legislatore ordinario. Ma per un testo destinato all'"eternità ordinamentale", che fu pensato aspirando al futuro e che andò nelle sue statuizioni ben oltre il presente di allora, questa considerazione perde di forza: i diritti, i doveri e le libertà fondamentali scritti nella prima parte della costituzione e le motivazioni che li sorreggono non hanno perso d'attualità, essendo anzi talvolta ancora obiettivo da raggiungere.

Il disuso nel quale è caduto l'argomento psicologico per interpretare la costituzione può allora motivarsi forse più correttamente con il progressivo riconoscimento della libertà creativa degli interpreti e il prevalere di concezioni espansive di costituzione (soprattutto associate a teorie interpretative "per valori"), per le quali - come detto - i comandi costituzionali sono da interpretarsi *magis ut valeant*, accompagnati da una norma generale inclusiva, in base alla quale sono escluse dalla disciplina costituzionale solo quelle ipotesi che non possono esservi assolutamente ricondotte. Va da sé che, nel prevalere di una tale concezione di costituzione, l'argomento originalista, che ancora la portata della costituzione alla volontà costituente esplicitamente manifestata nel testo, trovi sempre minor spazio.

E pure, come ulteriore fattore che ha condotto al disuso dell'argomento originalista tanto per interpretare la costituzione che la legge ordinaria, può essere annoverato il declino della politica e delle istituzioni rappresentative animate dai partiti. Sul versante dell'interpretazione della costituzione, l'effettivo indebolimento del significato e del ruolo dei procedimenti democratici si evidenzia nella banale - ma non per questo meno vera - constatazione che «se i partiti politici e gli organi rappresentativi non fossero indeboliti, l'interpretazione giuridica e giudiziaria non avrebbero potuto erodere, come hanno eroso, gli spazi ad essi inizialmente riservati nell'attuazione della carta

del documento». Per M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 39, l'elemento della distanza temporale è determinante per invalidare l'efficacia interpretativa dell'argomento psicologico: «se infatti non è possibile fare affidamento sull'intenzione del legislatore ordinario, anche quando la sua distanza dalla fattispecie concreta è molto ridotta, come nel caso dell'interpretazione autentica, a maggior ragione è difficile assumere quale criterio interpretativo generale il riferimento all'intenzione del costituente davvero troppo lontana dall'esigenza normativa del caso concreto».

repubblicana»⁸⁹ (d'altra parte non si può non riconoscere che senza questa erosione la costituzione sarebbe rimasta per buona parte "congelata", come testimoniano i primi anni di vita della costituzione stessa, quando imperava la dottrina delle norme costituzionali come meramente programmatiche e direttive, smentita poi dalla sentenza 1/1956 della Corte costituzionale). Sul versante dell'interpretazione della legge, poi, il declino della politica ha una risonanza nel fatto che, come si è detto, dagli anni Duemila in avanti - almeno in materia di diritti fondamentali - non si riscontra più l'uso dell'argomento originalista neppure per interpretare l'oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale, segno evidente del discredito in cui versa non tanto e non solo l'ideologia imperativistica della legge, quanto piuttosto la legge stessa e il suo autore, tanto da non ritenersi significativo un richiamo alla sua diretta volontà storica neppure quando prossima al testo legislativo da interpretare.

7. Il nodo culturale della rivalorizzazione del testo normativo e del suo autore

Nel disuso dell'argomento originalista, tanto nell'interpretazione della costituzione che della legge, può essere dunque ravvisato un tratto della tendenza ormai diffusa a disancorare ed allontanare sempre più il diritto da chi lo scrisse, per affidarlo a chi, con l'applicarlo, lo rende "vivente".

Si tratta di una tendenza che, per molti versi, reca con sé degli aspetti positivi. Primo fra tutti il fatto che il diritto cessa di essere proprietà di uno per divenire «oggetto delle cure di tanti»⁹⁰. I testi normativi non sono più "il diritto", ma "parti del diritto" e accanto al diritto dei testi trova spazio il diritto dei giudici, che per sua natura, rispetto a quello scritto, si mostra più flessibile, più prossimo al caso concreto e alla domanda sociale, più acuto rispetto alle semplificazioni di una politica sempre più sfuggente e mutevole, più calato nel sistema; in grado quindi, potenzialmente, di offrire della singola disposizione normativa l'interpretazione più appropriata al caso, più coerente con un ordinamento giuridico altamente complesso e più adeguata alla costituzione.

Ma se per questi aspetti allontanarsi dalla volontà concreta del legislatore può essere considerato positivo, non si può tacere del rischio di ricadere, per converso, in balia della volontà concreta dell'interprete, e dunque del soggettivismo, se non dell'arbitrio, nei singoli giudizi⁹¹. Rischio tanto

⁸⁹ V. ANGIOLINI, *op. cit.*, p. 23, citando, senza riferimenti più precisi, Maurizio Fioravanti.

⁹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 213.

⁹¹ Nello stesso senso A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit. p. 60; R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, cit., per il quale «nasce il sospetto - già avanzato da Pace e Rescigno - che il discredito gettato sui metodi tradizionali dell'interpretazione non abbia altro esito che questo: liberare l'interprete (della costituzione) da ogni vincolo testuale, come pure da ogni riferimento alla volontà "originaria" dei costituenti».

maggiore quanto più si ha a che fare con i diritti fondamentali della persona, per tornare al tema che in questo studio ha circoscritto la ricerca dell'argomento originalista nella giurisprudenza della corte costituzionale: «in ordinamenti come quello italiano, la decisione sui diritti e sui doveri è concepita come una decisione *politica* che non può essere affidata ai giudici. Nello stato costituzionale di diritto (quanto meno nella sua versione continentale, appunto), i giudici svolgono un'opera essenziale di *protezione* dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all'azione degli organi politici e trasformarsi in opera di *creazione* di quei diritti»⁹². Svilire la decisione politica (costituzionale o ordinaria) sui diritti e ad essa sostituire quella giurisprudenziale significa, a tacer d'altro, entrare in urto e far fortemente vacillare i pilastri dello stato di diritto del principio di legalità, della certezza del diritto e dell'uguaglianza dei cittadini⁹³.

⁹² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1663. A p. 1661 scrive: «svalutare la significatività della decisione politica democratica racchiusa nello stabilimento di una Costituzione (e anche, nei limiti della Costituzione, nell'adozione di una legge) e ridurre i diritti all'oggetto di un accertamento giudiziale delle correnti profonde della società equivale a consegnare al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo (e Coke lo sapeva bene!) alle istanze decisionali democratiche».

⁹³ Sul concetto di "certezza del diritto" e sui suoi molteplici significati in relazione alle teorie dei valori, F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, cit., pp. 3031 ss. Per G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 201 ss: «La causa dell'incertezza nei processi di applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi, ma nel deperimento di un quadro di principî di senso e valore generalmente condiviso. Mancando un unico e sicuro "orizzonte di attesa" in ordine agli esiti delle operazioni interpretative, le vie della giurisprudenza sono destinate a dividersi e verrà meno, in molti casi, anche la possibilità di distinguere quella "principale" da quelle "devianti". Se ciò comporta conseguenze negative sulla certezza del diritto, occorre avere chiaro che esse non sono lo stravolgimento, ma la conseguenza dei sistemi giuridici attuali. Le si potranno deprecare, ma le cose resteranno quelle che sono [...]. La fissità, che è un aspetto della certezza, non è dunque più un elemento portante degli attuali sistemi giuridici e al *deficit* di certezza che ne deriva non si potrebbe porre rimedio con una più adeguata teoria dell'interpretazione. Semmai - ma è altra questione - si deve pensare di organizzare questa tendenza alla trasformazione, intrinseca nell'ordinamento, in modo da non renderla distruttiva di altri valori, come l'uguaglianza giuridica, la prevedibilità, l'imparzialità e il carattere non arbitrario dell'azione amministrativa e giudiziaria». D'altra parte, per Zagrebelsky, non solo è dubbio che la certezza come fissità dell'ordinamento in tutte le sue parti possa essere oggi un obiettivo realistico; è dubbio che sia anche desiderabile: «Essa scaricherebbe sul legislatore un compito insopportabile di incessante modificazione del diritto vigente, un compito che si svolge invece nell'opera silenziosa e capillarmente diffusa delle aule dei tribunali e degli studi dei giuristi. Senza considerare che molte domande nuove poste al diritto dal progresso tecnologico (si pensi alla tecnologia genetica) forse più opportunamente possono trovare una prima risposta in una procedura giudiziaria in cui si mettano a confronto prudentemente i principî coinvolti, piuttosto che in assemblee politiche dove il richiamo ai principî è spesso uno strumento di militanza di parte».

Un esempio per tutti: il diritto al rifiuto delle cure, stabilito con rara chiarezza dall'articolo 32 della costituzione - che dispone: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento se non per legge», e la legge in nessun caso può violare «i limiti imposti dal rispetto della persona umana» -, e che in assemblea costituente fu approvato con l'intendimento di «affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie, se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità senza l'intervento della legge [...]. Ma si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana»⁹⁴. Questa proposizione normativa, posta a baluardo della sfera più personale dell'uomo dalle intromissioni di qualunque autorità, fu dunque scritta in costituzione perché il nucleo duro dell'esistenza umana - il *noli me tangere* - fosse dichiarato una volta per tutte intoccabile, senza che più nessuno potesse tornare a discutere e decidere su di esso. E invece sulla tangibilità del corpo umano si continua a decidere quotidianamente. E non solo da parte dell'assemblea dei rappresentanti dei cittadini, ma anche e soprattutto da parte del giudice "uomo solo"⁹⁵, che - a seconda delle sue caratteristiche subietive, del suo contesto assiologico di riferimento, della sua pre-comprensione del caso - può interpretare l'articolo 32 della costituzione come a) norma meramente programmatica, priva di efficacia vincolante in quanto carente di attuazione legislativa, tanto che il medico che rispetti il rifiuto delle cure del paziente può essere imputato di omicidio del consenziente *ex art. 579* del codice penale; b) principio costituzionale immediatamente applicabile e direttamente vincolante, tale per cui il medico che rispetti il rifiuto delle cure del paziente va esente da qualsiasi responsabilità giuridica, mentre quello che non lo rispetti può essere imputato, *ex art. 610* del codice penale, di coazione violenta a subire qualche cosa di esplicitamente rifiutato, oltre che civilmente responsabile per il danno fisico e morale arrecato con l'imposizione del trattamento sanitario⁹⁶. E così il diritto (costituzionale, ma non solo) può essere im-potente o pre-potente a seconda dell'interprete nelle cui mani cade.

⁹⁴ Fu l'on. Moro a presentare l'emendamento aggiuntivo per l'introduzione del secondo comma dell'articolo 32 nella seduta del 28 gennaio 1947 della Commissione per la Costituzione: *Atti dell'Assemblea costituente*, pp. 203 ss.

⁹⁵ M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., p. 134: se «i valori sono elementi astratti di una combinazione possibile sempre aperta e sempre nuova, che sta solo all'interprete formulare», l'interprete stesso «non deve più fare i conti con dei vincoli [...], ma si confronta solo più con delle possibilità: il presupposto dell'interpretazione diventa così la solitudine dell'interprete».

⁹⁶ Paradigmatica in questo senso la vicenda giudiziaria del noto "caso Welby": da un lato, l'ordinanza del Tribunale civile di Roma, 16 dicembre 2006, che dichiara inammissibile il ricorso con il quale Piergiorgio Welby chiede sia riconosciuto il suo diritto di rifiutare la ventilazione artificiale, giudicando il diritto alla vita prevalente sul diritto all'autodeterminazione, e l'ordinanza 7 giugno 2007 del Gip di Roma, che rigetta la richiesta di archiviazione per Mario Riccio, il medico che ha dato

Questa incertezza, questa disuguaglianza, più di ogni altra cosa, pare inquietante.

La soluzione al problema non è certo la riduzione dei giudici a "bocca della legge", secondo la celeberrima formula di Montesquieu⁹⁷, e l'introduzione di una qualche versione aggiornata di istituti analoghi al *rèfèrè législatif*, che imbriglino l'attività interpretativa dei giudici, imponendo loro, in caso di oscurità o dubbi sul significato del disposto normativo, di rivolgersi direttamente al legislatore per ottenerne un'interpretazione autentica⁹⁸: non v'è da tornare sul fatto che l'attività interpretativa, come attività intellettuale, non sia suscettibile di essere limitata da divieti legislativi attraverso l'imposizione forzata dell'uniformità, essendo stati ed essendo «tutti i tentativi di bloccare le trasformazioni del diritto

seguito alla richiesta di Welby, chiedendo contestualmente l'imputazione dello stesso per il reato di omicidio del consenziente; dall'altro la sentenza del Tribunale di Roma, 23 luglio 2007, che dichiara il «non luogo a procedere nei confronti di Riccio Mario perchè non punibile per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere» (art. 51 cod. pen.), affermando che «quando si riconosce l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale è quello all'autodeterminazione individuale e consapevole in materia di trattamento sanitario, non è poi, consentito lasciarlo senza tutela».

⁹⁷ Che partiva però dal presupposto che le leggi fossero così poche e così chiare da poter essere scritte sui muri delle case e ritenute a memoria da tutti i cittadini. «La realtà odierna è ben diversa e non possiamo fare finta di non saperlo. La normazione ordinaria, legislativa e regolamentare, è pletorica, caotica, mal formulata e spesso intimamente contraddittoria» (G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it», p. 18).

⁹⁸ Qualche esempio di questi istituti (che mirano a rendere superfluo l'uso dell'argomento psicologico escludendo la interpretazione dei giudici) si ha lungo il secolo XVIII, come il ricorso alla Commissione legislativa prevista dall'*Entwurf* dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano o il ricorso al Supremo collegio di Giustizia previsto dal *Codice di Leggi e Costituzioni* estensi del 1771. Ma l'esempio più importante è l'istituto del *rèfèrè législatif* previsto dalla legge 16 - 24 agosto 1790, Titolo II, art. 12: «[i tribunali] ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpèter une loi, soit d'en faire une nouvelle» (cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, cap. IX). In Italia è stato recentemente assai discusso e criticato l'emendamento presentato al disegno di legge di riforma dell'ordinamento giudiziario (*emendamento Bobbio al ddl n. 1296 di Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e disposizioni in materia di organico della Corte di cassazione e di conferimento delle funzioni di legittimità, art. 7, lettera c), n. 7*), che, prevedendo come illecito disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo», mirava a sanzionare l'attività stessa di interpretazione della legge da parte dei giudici. L'emendamento non passò, tanto che legge 150/2005, contenete la delega al governo, all'art. 2, comma 6, lett. c), n. 11 prevede che, «fermo quanto previsto dai numeri 3), 7) e 9), non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale». A commento dell'emendamento si legga, per tutti, A. PACE, *Una proposta: introdurre il rèfèrè législatif*, cit.

per via di interpretazione [...] destinati al fallimento»⁹⁹. Neppure v'è da tornare sul fatto che il contenuto della costituzione non è solo «quello che coincide con i principî politici fondamentali di cui sono (e sono state nel momento costituente) portatrici le forze politiche dominanti, ma è [anche] quello che consegue all'insieme delle attività diffuse, riassunte nella espressione 'politica costituzionale'», alle quali concorrono tutti gli interpreti della costituzione: parlamento, corte costituzionale, giudici, dottrina, cittadini tutti¹⁰⁰; e lo stesso può dirsi sul contenuto del diritto in generale. Così come non v'è da tornare sulla bontà dei principî della diretta vincolatività e immediata applicabilità della costituzione ad opera dei giudici costituzionali e ordinari: sul fatto che dalla corte costituzionale siano venuti «i maggiori contributi all'intendimento del ruolo pervasivo dei diritti fondamentali»¹⁰¹ e che i giudici abbiano ormai un filo diretto con la costituzione «apertamente incoraggiato e stimolato dalla stessa Corte costituzionale con i suoi perentori inviti alla c.d. "interpretazione conforme" delle disposizioni legislative sospettate di incostituzionalità»¹⁰².

Da ultimo, e riassuntivamente, non v'è certo da (e non sono certo io ora qui a) provar nostalgia per imperativismo, cognitivismo, originalismo, né per irrigidimenti burocratico-verticistici della magistratura, che di quelle dottrine sono stati il braccio secolare nello stato liberale¹⁰³. Ma per una cultura giuridica e politica che coltivi e promuova - *accanto* all'indipendenza e all'autonomia dei giudici e alla loro libertà interpretativa - *anche* la rivalorizzazione del diritto scritto, la rilegittimazione del suo autore e la ricerca della desogettivizzazione della sua applicazione, forse sì¹⁰⁴.

⁹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 83.

¹⁰⁰ M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in «Diritto pubblico», n. 2, 1996, p. 295. "Politica costituzionale" indica (p. 194) «un complesso di attività – culturali, giurisprudenziali, legislative e politiche in senso stretto (quelle che stabiliscono gli *exempla*, i precedenti di diritto pubblico) – per mezzo delle quali si ridefiniscono continuamente non solo i significati delle singole disposizioni costituzionali, ma, soprattutto, l'unità di senso della Costituzione nel suo complesso». Vedi anche M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., pp. 111 s.

¹⁰¹ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 21, che continua affermando che la giurisprudenza costituzionale «piaccia o non piaccia - rappresenta quello che è il diritto costituzionale vigente ed effettivo».

¹⁰² G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, cit., p. 18.

¹⁰³ Così M. DOGLIANI, *Interpretazione*, cit. p. 3188. Sul rifiuto della dottrina cognitiva dell'interpretazione, da cui deriva l'esigenza di assoggettare il potere giudiziario a controlli "esterni", diffusamente G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, cit., pp. 15 ss.

¹⁰⁴ Per una bella prova di recupero della dignità delle assemblee parlamentari con appello ai classici, J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), trad. it. a cura di A. Pintore, Milano, Giuffrè, 2001. Inoltre, sulle virtù (e

Non è questione di discettare se sia più pericolosa la "dittatura della maggioranza" - che assicura la «preminenza totalizzante della rappresentanza politica su tutte le altre forme di raccordo tra Stato-soggetto e popolo sovrano»¹⁰⁵ - o il "governo dei giudici" - che sostituirebbe surrettiziamente alle costituzioni rigide, elaborate dalle assemblee costituenti, e alle leggi ordinarie, approvate dalle assemblee legislative rappresentative dei cittadini, costituzioni e leggi fatte dai giudici¹⁰⁶. È questione, piuttosto, di perseguire un modello culturale collaborativo, non combattivo, in cui vi sia compenetrazione e non antagonismo tra le parti che concorrono alla vita del diritto, alla sua creazione e alla sua applicazione, riconoscendo il valore e il ruolo di tutte e ciascuna, non per via di imposizione, ma per via di cultura.

D'altra parte, il modello costituzionale, «date le premesse da cui muovevano i costituenti, di fedeltà al diritto legislativo, è una grandissimo atto di fiducia nella forza della scienza del diritto, perché è fondato sull'ipotesi che la giurisprudenza sia un'attività capace di produrre certezza attraverso un autocontrollo di tipo esclusivamente *culturale*, tanto che, eliminando gli strumenti amministrativi indiretti di conformazione - attraverso la piena garanzia dell'indipendenza interna ed esterna - la certezza dell'interpretazione si sarebbe raggiunta, non solo lo stesso, ma in modo finalmente pieno, al riparo da ogni deviazione»¹⁰⁷. Si tratta di vedere se questo modello sia ancora praticabile, pur essendo venute meno le sue premesse epistemologiche.

Se cioè gli interpreti del diritto abbiano ancora la volontà di leggere il diritto costituzionale, ma anche il diritto ordinario, *come se vi fosse un imperativo categorico* che imponesse loro di trarre dal testo un

anche i realistici limiti) della decisione parlamentare, non può non ricordarsi la raccolta di saggi di H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, cit., (e in particolare i saggi *La democrazia*, pp. 3 ss.; *Il problema del parlamentarismo*, pp. 173 ss.).

¹⁰⁵ G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, cit., p. 6.

¹⁰⁶ G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, cit., pp. 8 ss. (anche ID., *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, pp. 13 ss.). L'espressione "governo dei giudici" venne coniata da Lambert al principio degli anni Venti del Novecento (E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (1921), ed. it. a cura di R. D'Orazio, Milano, 1996, p. 204). Sul "governo dei giudici" si vedano, in particolare E. BRUTI LIBERATI, A. CRETTEI, A. GIASANTI, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, Feltrinelli, 1996; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici, Stato democratico e controllo delle virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998; P.P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. Costa - D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 387 ss.

¹⁰⁷ M. DOGLIANI, *Interpretazione*, cit., 3188 (corsivi non nel testo).

significato quanto più elevabile a suo significato vero e universale¹⁰⁸. Si tratta, in altre parole, di fare del cognitivismo non una teoria, ma una legge morale pratica, tale che «l'interprete deve comportarsi "come se" un'interpretazione esatta, così definibile in quanto si dimostri inattaccabile da tutte le altre ipotizzabili, possa essere raggiunta; e dunque non deve arrestarsi, nell'ascrivere significati agli enunciati, finché non si sia convinto che non esiste interpretazione migliore di quella che ritiene di dover pronunciare»¹⁰⁹.

È chiaramente una finzione: l'interprete sa che non esiste - non può esistere - un'interpretazione "vera" e "giusta", ma agisce come se fosse possibile trovarla, e muove alla sua ricerca accettando di mettere in discussione - anziché assecondare ed esaltare - i suoi elementi soggettivi di precomprensione, alla ricerca di un'interpretazione quanto meno eccentrica, quanto più condivisa e condivisibile, recuperando nel momento dell'interpretazione quella dimensione intersoggettiva e compromissoria tipica del momento della decisione legislativa¹¹⁰. L'aspirazione alla "verità" scientifica, insomma, «non va

¹⁰⁸ Parafrasando Kant: «considera, interprete, prima di tutto la tua interpretazione nella tua precomprensione soggettiva; ma che essa abbia valore oggettivo lo riconoscerai da ciò che, sottomettendola alla prova della tua ragione, essa si possa rivelare come interpretazione universale, un'interpretazione che trarrebbero anche tutti gli altri interpreti se si trovassero ad applicare il diritto in casi simili o analoghi».

¹⁰⁹ M. DOGLIANI, *Interpretazione*, cit., 3187, che prosegue (p. 3188): «Non si tratta affatto di tornare a teorizzare che il diritto positivo è anche giusto. Si deve solo prendere atto del fatto che, se si vuole evitare che la giurisdizione venga percepita come arbitrio, è necessario che tra i giudici - soprattutto tra quelli cui è attribuita la funzione di controllo - rimanga fermo il principio per cui la sola interpretazione 'dicibile' è quella di cui si ha la certezza morale che sia insuperabile». Nello stesso senso V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, cit., p. 19: «di fronte alla "creatività dell'interpretazione", il giurista ed il costituzionalista si pongano in atteggiamento differente, ed opposto, a quello che enfatizza la loro libertà incondizionata di interpretare; la "creatività" dell'interpretazione non toglie che l'interprete, per farsi compartecipe del cammino verso una "verità" relativa al diritto interpretato, piuttosto che assecondare e giostrare liberamente gli elementi soggettivi di "precomprensione", si sforzi di sollevarsi al di sopra di essi, fornendo esclusivamente quella versione interpretativa della proposizione giuridica la quale possa essere oggettivamente accettabile da tutti gli altri interpreti».

¹¹⁰ È forse qualcosa di analogo a ciò che C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, cit., pp. 1676 ss. - rifacendosi alle teorie del circolo ermeneutico e della precomprensione di Gadamer ed Esses, le teorie dell'argomentazione di Perelman e Giuliani, la teoria del ragionamento giuridico di Alexy - chiama la "logica del probabile" da assumersi come criterio guida nell'interpretazione: tale logica si traduce «nell'ammettere più significati probabili di un testo in riferimento a un caso giudiziale, il cui raggio è circoscritto dal consenso che a tali significati e solo ad essi è ascritto dalla comunità degli interpreti», affidandosi così al «vaglio di una razionalità intersoggettiva» quale garanzia per ogni fuga verso il soggettivismo ermeneutico, e assumendosi la discussione come «il momento fondante della deliberazione pratica». La logica del probabile, intesa in questo senso, «indica le possibilità ma anche i limiti

espunta dall'interpretazione giuridica, ma va rimessa al dialogo spontaneo tra gli interpreti»¹¹¹, sapendo che loro compito non è «quello di giustificare lo scostamento dell'interpretazione dal testo, ma, al contrario, di ricondurre al testo le interpretazioni che se ne allontanano»¹¹².

Il punto di avvio da cui muovere nella ricerca di tale interpretazione elevabile - nelle aspirazioni di chi interpreta - a interpretazione "universale" non può che essere l'unico dato oggettivo a disposizione dell'interprete, da tornare a valorizzare e prendere sul serio in quanto tale: il testo normativo scritto, della costituzione o della legge che sia, a partire dalla *voluntas* di chi lo pose¹¹³. Senza che ciò sia

dell'interpretazione». F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, cit., p. 64, a commento della logica del probabile, afferma: «la logica del probabile acquista qui una valenza *non in relazione alla certezza formale* delle singole decisioni ma alla loro capacità persuasiva in grado di produrre un determinato tasso di *accettazione intersoggettiva* da parte della comunità degli interpreti», ma pure aggiunge (p. 67): «In realtà, se devo pensare ad una società aperta di interpreti, mi pare più realistico immaginarla in continua lotta per le interpretazioni possibili, divisa da presupposti assiologici diversi, piuttosto che coesa intorno ad un'unica visione legittimante [...]; tuttavia tra di esse è solo la Corte a scegliere, e per questo a mio avviso si qualifica indiscutibilmente come organo di chiusura del sistema». Per una ricostruzione delle teorie interpretative riconducibili all'interpretazione discorsiva del diritto, M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, cit.).

¹¹¹ V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, cit., p. 19. Si veda anche G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, cit., p. 35: «resta significativo questo tentativo di mantenere nel discorso dei giuristi (dei giuristi osservatori) un elemento di verità pur riconoscendo che le norme (anche quelle dei giuristi che interpretano) di per sé non sono né vere né false. A mio parere si tratta di un residuo del positivismo giuridico (in particolare di quello kelseniano): se la mia tesi è fondata, non è vero che del positivismo giuridico (o almeno di una sua variante) non resta più nulla».

¹¹² M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura oggi*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa. Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997*, Padova, Cedam, 1998, p. 68. *Contra* G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 202: «Particolarmente *naïf*, poi, è il richiamo alla lettera della legge che spesso viene opposto all'evoluzione del diritto per preservarne la certezza. Infatti, a chi osservasse che un atteggiamento interpretativo più rigoroso potrebbe porre argine alla frammentazione della giurisprudenza, si potrebbe opporre che nemmeno quello che appare il più sicuro e incontestabile tra tutti i criteri dell'interpretazione, quello letterale (consistente nel dare alla legge il significato che risulta dalle parole che il legislatore ha impiegato), riuscirebbe a tanto. In presenza di diversi contesti di senso e valore, nemmeno la lettera è una certezza. L'argomento "letterale" di Porzia contro la pretesa di Shylock (in Shakespeare, *Il mercante di Venezia*, IV, I) ne è una classica dimostrazione. Il legislatore stesso cade spesso in questo equivoco e, nell'intento di rendere chiaro il proprio pensiero e la propria volontà, abbonda in parole che dovrebbero chiarire il senso di altre parole, moltiplicando così e non riducendo le possibilità interpretative del suo prodotto. Così la mera esegesi dei testi risulta, alla fine, la più aperta di tutte le interpretazioni».

¹¹³ Di metodo interpretativo che deve prendere sul serio il testo parla espressamente A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit., p. 98, parafrasando L.H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously. Reflections on Free-*

necessariamente anche l'approdo. L'approdo sarà quello che gli interpreti riterranno di poter culturalmente condividere, e potrà essere anche - il più delle volte sarà - molto distante dal punto d'avvio, da lì passando, oltre che dalle aule parlamentari, l'evoluzione storico-sociale del sistema giuridico.

Ma solo un testo normativo "nobile" vale la pena di essere preso sul serio. Certo lo è la costituzione. La legge non sempre; e anzi sempre di meno. Lo sforzo deve essere dunque degli interpreti, ma non di essi soli: anche di chi le leggi scrive, che dovrebbe tornare a esercitare la funzione legislativa in modo degno e consapevole, non potendosi negare che buona parte della responsabilità per la crescita di libertà creativa dei giudici sia da imputarsi alla cattiva qualità delle leggi. Anche l'azione del legislatore, allora, dovrebbe essere guidata dall'imperativo categorico di redigere leggi chiare, uniformi, precise¹¹⁴, tali da fugare sul nascere, quanto possibile, la logomachia delle sue possibili

form Method in Constitutional Interpretations, in «Harvard Law Rev.», vol. 108 (1995), 1221 ss. Ma tale convinzione è comune a molti; tra gli altri, particolarmente sull'interpretazione costituzionale, G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, cit., p. 240, il quale, a fronte del fatto che «sul piano della interpretazione costituzionale, si assiste ad una *estensione* dello spazio e del ruolo dell'interprete (e dell'interpretazione)», auspica «una *rivalutazione* dei vincoli testuali»; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, cit., p. 49: «è attraverso il testo che il costituente storico ha manifestato la propria volontà ordinante del futuro e, sebbene l'intenzione del costituente storico debba essere attualizzata secondo una lettura adeguata al tempo del testo, è proprio il testo che esprime il "patto fondamentale" che deve guidare l'interprete»; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, cit., p. 3788: «la consapevole ed equilibrata rivalutazione dell'aspetto formale del testo, del suo valore linguistico, è momento obbligato per la reale attuazione delle garanzie al concetto di rigidità, che, seppur inteso in senso necessariamente relativo, deve infine trovare il suo primo fondamento in una corretta espansione della funzione ermeneutica delimitativa che il sistema dei referenti linguistici (e semantici) assume rispetto ad un insieme di regole non espresse mediante la scrittura, o comunque linguisticamente non formalizzate». È da dire che anche coloro che muovono dalle premesse di un'interpretazione per valori della costituzione non negano mai che «*il punto di partenza* del processo interpretativo è *il testo* cui si ascrive il significato (la norma) o sulla cui base si costruisce il principio che trae con sé il valore retrostante, *il secondo momento* è *la domanda che il caso concreto* (il problema) rivolge all'interprete-giudice, *il terzo* è *la scelta della normativa* (eventualmente alla luce di un principio-valore) ritenuta necessaria e sufficiente alla risposta, alla soluzione del caso, *il quarto* è *la verifica* di tale normativa con riferimento al testo» (F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, cit., pp. 58 e 80).

¹¹⁴ Secondo la nota formula di VOLTAIRE, *Lois civiles et ecclésiastiques* (voce), in *Dictionnaire philosophique* (1765), trad. it. a cura di M. Bonfantini, Torino, Einaudi, p. 298: «Che ogni legge sia chiara, uniforme e precisa: interpretarla significa quasi sempre corromperla». È una ripresa del noto brocardo *in claris non fit interpretatio*. Nel dibattito costituzionale italiano la formula è tornata d'attualità nel confronto tra G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, cit., p. 35, per il quale «vi sono comunicazioni [normative] più o meno felici, comprese la sedicente

esegesi¹¹⁵. Quando «il diritto parla alto, allora la natura umana non si mostra tanto corrotta da non ascoltarne la voce con deferenza»¹¹⁶.

comunicazione che fallisce totalmente, ma anche la comunicazione pienamente felice che in questo senso non è interpretazione (*in claris non fit interpretatio*)», e R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004; ID., *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in «Diritto pubblico» 2005, che ritiene l'evenienza di un testo che non si presti a interpretazioni, e dunque a manipolazioni, impossibile.

¹¹⁵ L'idea non è certo originale: A. MANZONI, *Storia della colonna infame* (1842), Palermo, Sellerio, 1995, capitolo II, p. 47: «Ciò che essi chiamavano arbitrio, era insomma la cosa stessa che, per iscansar quel vocabolo equivoco e di tristo suono, fu poi chiamata poter discrezionale: cosa pericolosa, ma inevitabile nell'applicazione delle leggi, e buone e cattive; e che i savi legislatori cercano, non di togliere, che sarebbe una chimera, ma di limitare ad alcune e meno essenziali circostanze, e di restringere anche in quelle più che possono».

¹¹⁶ I. KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale nella prassi* [1793], in *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonelli, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 152.