

**Andrea Longo**

**La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa\***

SOMMARIO: 1. *Quattro passi* - 2. *Il dibattito sull'interpretazione della legge nel tempo* - 2.1 *La tesi di Emilio Betti: l'argomento temporale come declinazione della struttura modale tipica dell'interpretazione giuridica* - 3. *Il paradosso della Costituzione: la cosa più stabile, la cosa più mobile* - 4. *Il dibattito americano e l'ontologizzazione della Costituzione federale* - 5. *L'argomento temporale e la natura dell'interpretazione costituzionale.*

*1. Quattro passi*

L'oggetto delle poche pagine che seguono è il tempo come elemento dell'interpretazione costituzionale: vogliamo cioè chiederci se l'ermeneutica costituzionale possa contraddistinguersi per una propensione conservatrice piuttosto che progressista.

L'obiettivo, però, è bene chiarirlo fin d'ora, non è la risoluzione di un simile problema quanto semplicemente un suo primo inquadramento: vorremmo che il lettore considerasse questo lavoro come i primi passi su un percorso troppo lungo e complesso per poter essere esaurito in questa sede.

Questi primi "quattro passi" si articoleranno così:

1) rifletteremo sull'effetto che il tempo ha sugli atti normativi in generale; per far questo ripercorreremo il celebre dibattito sull'interpretazione evolutiva intercorso tra Francesco Carnelutti, Santi Romano ed Emilio Betti.

2) ci interrogheremo circa la possibilità di trasporre sul piano specificamente costituzionale le conclusioni tratte su quello della normazione in generale; per raggiungere un simile obiettivo porremo qualche considerazione intorno alla natura della Costituzione rispetto al tempo.

3) richiameremo un'altra polemica dottrinale che più specificamente ha riguardato le relazioni tra l'interpretazione, il tempo e la Costituzione: vale a dire il dibattito americano tra *originalisti* e *progressisti*.

4) osserveremo la peculiarità dell'interpretazione costituzionale e le ricadute di tale peculiarità sul problema in esame.

*2. Il dibattito sull'interpretazione della legge nel tempo*

Rileggendo lo storico dibattito circa l'interpretazione della legge nel tempo<sup>1</sup> si nota come la dottrina abbia posto l'alternativa non tra due forme di interpretazione temporalmente orientata (al passato o al futuro), bensì tra temporalità e atemporalità della norma<sup>2</sup>.

---

\* *Lavoro parte di una riflessione in atto, di più ampio respiro, sui rapporti tra il tempo e l'interpretazione costituzionale.*

<sup>1</sup> Il dibattito cui facciamo riferimento si svolse, in Italia, sul finire degli anni quaranta e vide protagonisti alcuni tra i più insigni studiosi dell'epoca, quali Francesco Carnelutti, Santi Romano ed Emilio Betti. Attenta dottrina nota come non sia casuale che un simile dibattito si sia svolto proprio in quel periodo contrassegnato da un momento di disorientamento culturale nel quale i giuristi si interrogarono sulla possibilità di andare oltre le anguste maglie del formalismo giuridico: in tal senso cfr. F. GRECO, *L'interpretazione evolutiva della legge*, Firenze, 2006, 39 ss. Fu Carnelutti ad iniziare questa diatriba esprimendo, nella sua *Teoria generale del diritto*, una posizione estremamente favorevole all'interpretazione evolutiva; tuttavia nel testo non seguiremo l'andamento cronologico del dibattito, optando, invece, per una ricostruzione tassonomica che muoverà dalla tesi più antievolutiva (quella di Santi Romano), passando poi alla visione di Carnelutti, per concludere con quella di Emilio Betti, cui dedicheremo particolare attenzione, perché essa, pur esprimendosi nettamente a favore dell'interpretazione evolutiva, rappresenta, ad avviso di scrive, la sintesi praticamente più convincente e teoreticamente più completa delle due posizioni.

<sup>2</sup> Facciamo qui una piccola precisazione terminologica sull'utilizzo indistinto dei due termini *disposizione* e *norma* che si noterà nell'esame della dottrina che stiamo per svolgere. Occorre osservare, infatti, che tutti

Per chiarire questo punto ricordiamo qui la terminologia di Capozzi, secondo la quale esistono due possibili posizioni circa la vita della norma nel tempo: la prima sostiene che essa sia immutabile *ab intrinseco* e che le vicende temporali influiscano su di essa solo *ab estrinseco* nelle forme dell'emanazione<sup>3</sup> e della abrogazione<sup>4</sup>. La seconda afferma che la storia inevitabilmente rifluisca nel significato della disposizione e nelle sue possibili interpretazioni.

La tesi dell'immutabilità *ab intrinseco* della norma, era stata apertamente affermata da Santi Romano, secondo il quale: «In verità, la legge considerata in sé, può avere varie vicende. Può essere modificata, derogata, abrogata in tutto o in parte, e può invece rimanere per un tempo più o meno lungo quale essa era originariamente. A ogni modo *queste diverse fasi della sua esistenza, in quanto determinate immediatamente da cause esterne e che restano tali, non si possono propriamente considerare come una sua evoluzione*»<sup>5</sup>.

Tuttavia, con queste parole, l'illustre Autore, non limita l'*atemporalità della norma* soltanto alla sua *efficacia giuridica* (ossia, in certo modo, alla sua *nascita e morte*) ma anche alla sua *vita ermeneutica*; Romano, infatti, prosegue affermando: «Né tale nome [l'evoluzione] si conviene interamente alle modificazioni che può subire, non la sua efficacia giuridica, ma *la sfera delle applicazioni di cui è in linea di fatto suscettibile*: esse sono, per la loro stessa natura, pure esterne alla legge che le prevede e le regola in astratto, e possono verificarsi in maggiore o minor numero o anche non verificarsi affatto. *La legge, in altri termini, sempre quando la si consideri in sé e per sé, è del tutto inerte, non ha una sua "voluntas" o "mens" diversa da quella che in essa si è, per dir così, cristallizzata e immobilizzata perché duri e, quindi, non ha nemmeno una propria "vita". Essa, in certo senso, è materia, non anima. Un'anima ha invece l'ordinamento giuridico di cui la legge, o meglio, le leggi in esso coordinate e fuse, sono elementi integranti, appunto come espressioni in continuo movimento delle sue forze vitali*»<sup>6</sup>.

Nella singola norma, dunque, non vi è possibilità di evoluzione perché non vi è autonoma volontà, mente, vita, se non quella impressa dal legislatore nell'atto di porla. Interessante notare come per Romano *il macrocosmo del sistema giuridico sia ricostruibile in termini istituzionalistici, mentre il microcosmo della singola norma giuridica, atomisticamente considerato, resti coerente con gli assunti del imperativismo normativista* che vede il senso della disposizione unicamente esaurito nella volontà del legislatore; allora l'interpretazione «non deve risolversi in un atto di

---

gli illustri Autori di cui si discorrerà più avanti non tenevano presente la distinzione crisafulliana – perché successiva – con forse l'eccezione di Emilio Betti che, però, pur avendola sostanzialmente intuuta, non l'aveva pienamente sviluppata.

<sup>3</sup> Per quanto sia pleonastico per il lettore avveduto, sottolineiamo che con il termine "emanazione" riassumiamo qui impropriamente, tutto (e qualunque tipo di) *iter* di produzione normativa.

<sup>4</sup> Capozzi ritiene che *l'atemporalità è il carattere proprio della giuridicità*; carattere che attiene all'intero ma che si estende alle sue singole parti: così mentre tutto ciò che esiste nella storia inevitabilmente muta nel tempo – e tale *mutamento è differenziazione dell'ente rispetto a se stesso* – il diritto è composto di *elementi come le norme la cui esistenza (rectius vigenza) è caratterizzata dalla assoluta immutabilità dall'emanazione fino all'abrogazione*. La norma finché permane in vigore non conosce differenziazione rispetto a se stessa, non conosce mutamento e, dunque, non conosce temporalità; essa è immutabile *ab intrinseco*. Gli unici mutamenti che conosce sono la sua nascita (emanazione) e la sua morte (abrogazione-annullamento) ed entrambe si caratterizzano come accadimenti estranei alla norma stessa e come eventi che rispetto ad essa si pongono *ab estrinseco*. In tale concezione *la dinamica del rapporto tra diritto e storia è al tempo stesso di implicazione e conflittualità, poiché il diritto diviene limite al cambiamento storico, ma è limite che la stessa storia pone a se stessa per disciplinarsi. Tuttavia, lo svolgimento di tale circolarità non avviene mai all'interno della vita della norma ma sempre al suo esterno*; la storia può influire sul diritto nelle forme *ab estrinseco* dell'emanazione e dell'abrogazione, mai sulla vita intrinseca della norma (cfr. G. CAPOZZI, *Temporalità e norma*, Napoli, 1968, *passim* ma spec. 182 ss.).

<sup>5</sup> S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 123, corsivi nostri.

<sup>6</sup> S. ROMANO, *loc. ult. cit.*, corsivi ancora nostri.

volontà ma in *una semplice cognizione* del diritto vigente»<sup>7</sup>. L'interpretazione della singola norma si muove, dunque, per Romano intorno ad assunti pienamente formalisti e cognitivisti (e ciò, come vedremo, marca la distanza con la posizione di Emilio Betti): «L'interpretazione, infatti, non è che *il riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto*, e questo riflettersi è o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio»<sup>8</sup>.

Solo volgendo lo sguardo all'intero ordinamento torna più evidente, nelle parole di Romano, l'essenza della concezione istituzionalistica; essenza che ci appare, allora, nella sua natura profonda e solo apparentemente ambigua. Non è affatto strano per Santi Romano considerare la norma inerte, atemporale e l'ordinamento vivo, storicamente cangiante: è solo nella totalità ordinamentale che alberga la vita e la capacità evolutiva della società da cui il sistema giuridico trae la propria essenza e la propria esistenza<sup>9</sup>.

*E tale capacità evolutiva si atteggia differentemente in ciascuna parte del sistema, proporzionalmente alla prossimità che tale parte possiede rispetto all'ambiente sociale*; così a poter essere interpretate estensivamente (ma in realtà a godere della maggior capacità evolutiva del proprio sottosistema istituzionale) sono proprio le norme di diritto costituzionale: «Di interpretazione evolutiva si parla, di solito, solo per alcune norme e non per altre, oppure con maggiore frequenza per certe norme e minore per quelle che rientrano in diverse categorie. Ciò dipende, a quanto sembra, dalla maggiore o minore suscettibilità o insuscettibilità delle varie norme giuridiche di risentire le evoluzioni delle istituzioni cui appartengono. Le parti di un ordinamento che si evolvono più facilmente con degli effetti sulle norme che vi si ricollegano sono quelle concernenti il diritto pubblico e segnatamente il diritto costituzionale»<sup>10</sup>. Questo passaggio dimostra ulteriormente, ove mai ve ne fosse ancora bisogno, come la torsione organicista del pensiero romaniano nega che le norme possano evolversi in via ermeneutica ed, invece, attribuisce tale capacità evolutiva al sistema nel suo complesso; qualità che, appunto perché intesa come capacità organica, si modula diversamente a seconda delle peculiarità di ciascun ramo del diritto e della sua contiguità con l'ambiente sociale<sup>11</sup>.

La posizione di Romano, com'è noto, si inserisce nell'ambito di una celebre polemica iniziata da Francesco Carnelutti – apertamente schierato a favore dell'interpretazione evolutiva – che dichiarò di fondare le proprie convinzioni non su un argomento teorico ma su una vera e propria evidenza empirica: «È inutile discutere intorno alla possibilità quando l'esperienza ci dimostra giorno per giorno la verità di questo fenomeno. *Non tanto la interpretazione può evolversi quanto*

---

<sup>7</sup> S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva. cit.*, 120, corsivi nostri. Abbiamo evidenziato nel testo le parole «semplice cognizione», poiché, quando esamineremo la posizione di Emilio Betti, vedremo come il presupposto epistemologico della sua critica a Romano muova proprio dalla contestazione che l'interpretazione giuridica (e quella pratica in generale) possa risolversi in un atto di cognizione.

<sup>8</sup> S. ROMANO, *ibidem*, corsivi nostri; l'illustre Autore così continua: «Che in linea di fatto tale specchio non sia fedele, che esso riproduca l'oggetto, che si dovrebbe contemplare così come è, con modificazioni o alterazioni, può darsi, anzi, entro certi limiti, è inevitabile, perché non ci sono specchi senza difetti e difettosissimi sono quelli dell'intelletto umano. Ma ciò non autorizza a ritenere che l'interpretazione in quanto tale e perché tale, comporti queste alterazioni e, tanto meno, che esse siano suoi attributi o qualità essenziali, che per giunta, possano, in certe proporzioni e per certi fini, costituirne dei pregi». Dunque, qualunque atto dell'interprete che non si riduca a tale riflettersi passivo, di un presunto senso già dato nell'intelletto dell'interprete è semplicemente *un errore della percezione* o, peggio, *un abominio della volontà che contamina la purezza dell'intelletto*.

<sup>9</sup> Coerentemente con i postulati della teoria istituzionalistica, che ha la sua insuperata espressione in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, rist. 1977 (ed. or. 1918).

<sup>10</sup> S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva cit.*, 124.

<sup>11</sup> Tale connotazione se è massima nel diritto costituzionale, è invece minima in rami del diritto caratterizzati da una forte *autonomia* rispetto all'ambiente sociale, così «nel diritto privato, le cui norme sono lontane e quasi distaccate dai centri più vitali ed essenziali dell'istituzione, l'evolversi di questa ha ripercussioni che, per quanto importanti, sono relativamente e, almeno di regola, meno frequenti e numerose di quelle che si verificano nel diritto pubblico»: così S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva cit.*, 124.

*non può non evolversi*. Il vero è che man mano che l'interprete si allontana, nello spazio e soprattutto nel tempo, dal legislatore, si impoverisce quel materiale, in cui, oltre i limiti della formula, consiste la forma della dichiarazione e alla cui conoscenza soprattutto è affidata la fedeltà dell'interpretazione, così che *la forma, a poco a poco, si riduce nient'altro che alla formula*<sup>12</sup>.

Particolarmente apprezzabile la precisione concettuale e filosofica che sottende a questa affermazione: Carnelutti era ben consapevole dei nessi di implicazione logica che intercorrono tra forma e sostanza, che non sono di alterità ma di implicazione necessaria, essendo la forma il modo nel quale si esteriorizza la sostanza (*forma dat esse rei*)<sup>13</sup>; tuttavia nel tempo, la norma vivendo in un contesto in movimento può staccarsi dalla sua *ratio* originale. L'illustre Autore gioca in maniera raffinata sulla diversità dei due termini *forma* e *formula* che, nella sua ricostruzione, divengono puntuali declinazioni del più generale rapporto tra *essenza* e *apparenza*: la disposizione, staccandosi nel tempo dalla sua funzione originaria, diviene non più *forma essenziale* ma *formula apparente*.

Il progressivo distacco tra *essenza* e *forma* (che così diviene *formula*) dipende, anche, dalla alterità soggettiva tra legislatore e giudice<sup>14</sup>, che si traduce nell'alterità oggettiva di posizione ed applicazione; due alterità che nel trascorrere del tempo tendono a radicalizzare la propria distanza: *«Fatto sta che il valor pratico della legge dipende come dal pensiero di chi l'ha costruita, così da quello di chi la deve applicare*; e il distacco significa una sempre maggiore parte del secondo nella combinazione. *Questo mutamento, al quale si dà, senza esattezza ma non senza efficacia, nome di*

---

<sup>12</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 388, corsivi nostri. F. GRECO, *L'interpretazione evolutiva della legge cit.* 39 s., ci ricorda come la posizione di Carnelutti riprenda quell'opera, antecedente di qualche decennio, interamente impostata sulla necessaria correlazione che l'attività ermeneutica deve mantenere con le pulsioni (moralì, economiche, politiche) che agitano la vita della società nella quale l'interprete si trova ad agire. Così non solo il legislatore deve tener conto della reale efficacia che la legge ha nel rispondere alle istanze sociali, ma anche l'interprete, di tali fattori, «deve farne la prima esperienza pratica, traendo dal fondo comune di ciascuno di essi ciò che forma patrimonio della coscienza giuridica collettiva e che è *insensibilmente penetrato* nel sistema di diritto positivo»; questa citazione è di F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909, 288, corsivi nostri. Interessante come Degni, parlando del patrimonio della coscienza giuridica, affermi che esso è «*insensibilmente penetrato* nel sistema di diritto positivo», come a significare che l'interpretazione debba rendere esplicite istanze che già esistono e in ogni caso (sensibilmente o insensibilmente) possiedono una rilevanza per il sistema giuridico; quasi che i fattori sociali rappresentassero una sorta di *rimosso* freudiano che l'interprete (ma ovviamente ancora prima il legislatore) deve portare alla cognizione cosciente dell'ordinamento.

<sup>13</sup> Solo nel gergo comune si tende ad opporre concettualmente forma e sostanza, quasi che questa diade replichi quella tra apparenza ed *essenza*. In realtà, dal punto di vista filosofico, forma e sostanza appaiono inscindibilmente legati. Cfr. ARISTOTELE, *Metafisica cit.*, VII, 1042a, dove, riprendendo la tradizione platonica e, al tempo stesso, distaccandosene, lo Stagirita afferma che la forma insieme alla materia concorre a produrre l'*ousia*, la sostanza della cosa: «E sostanza è il sostrato, il quale, in un senso, significa la materia (dico materia ciò che non è un alcunché di determinato in atto, ma un alcunché di determinato solo in potenza), in un secondo senso significa l'essenza e la forma (la quale, essendo un alcunché di determinato, può essere separata con il pensiero), e, in un terzo senso, significa il composto di materia e di forma». Questo composto è ciò che Aristotele chiama *sinolo*, ossia unione di forma e materia. Tuttavia, pur essendo entrambi elementi imprescindibili dell'*ousia*, è *la forma a possedere* (rispetto alla materia) *priorità logica* perché «di ogni cosa si può parlare in quanto ha una forma e non per il suo aspetto materiale in quanto tale» (*Metafisica*, VII, 1035a). Dunque, in maniera simile a Platone, *la forma è l'elemento ideale che rende la materia cognitivamente percettibile e dialogicamente definibile*; tuttavia per Aristotele la forma non è trascendente (come l'idea platonica) ma immanente alla cosa.

<sup>14</sup> Giustamente, in dottrina, si è notato come il venir meno dell'omogeneità sociale tipica dello Stato borghese abbia contribuito ad erodere anche la prossimità ideale tra giudici e legislatore, rendendo sempre più inverosimile che i primi potessero atteggiarsi come meri interpreti della volontà storica dei secondi; sul punto, per tutti, v. M. CAVINO, *L'intenzione del legislatore vivente: il significato dell'oggetto tra interpretazione conforme e diritto vivente*, in F. GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, Torino, 2008, 18 ss. (e bibliografia ivi riportata).

*vita della legge*, ha, come tutto ciò che accade, il suo male e il suo bene; quest'ultimo soprattutto consiste nel correggere gli inconvenienti della durata delle leggi, che debbono durare se hanno da fornire la certezza, ma se non si evolvessero non potrebbero durare»<sup>15</sup>.

Molto interessante anche la seconda frase che abbiamo evidenziato: per Carnelutti è lo stesso *mutamento* a costituire la *vita della legge*, poiché senza tale mutamento la legge non potrebbe durare (e, dunque esistere, vivere) nel tempo. E, tuttavia, egli è perfettamente conscio della *tensione* che inevitabilmente determina questo *mutamento vitale*, tra la *certezza della norma e la perdita di certezza che tale norma deve subire per durare*, la tensione inevitabile tra l'*elemento deontico* di conformazione della realtà postulato *a priori* nella disposizione e le *esigenze pratiche* alle quali la norma deve adattarsi nel tempo che fanno rifluire la realtà nel contenuto della stessa norma. Il *Sollen* normativo per poter continuare ad esplicarsi nel tempo deve essere contaminato dal *Sein* frutto di tale tempo.

### 2.1 La tesi di Emilio Betti: l'argomento temporale come declinazione della struttura modale tipica dell'interpretazione giuridica

Particolarmente interessante e usualmente complessa è la posizione, sul punto, di Emilio Betti.

Nell'ottica dell'illustre Autore, l'alternativa tra prospettiva "conservatrice" ed "evolutiva" si comprende e si risolve solo a partire dall'esame delle peculiarità e dei caratteri differenziali che distinguono l'interpretazione giuridica rispetto alle altre forme ermeneutiche. Quest'ultima è, infatti, una *species* (del *genus*) dell'interpretazione pratica o, meglio, «dell'interpretazione in funzione normativa». «Ora il problema che caratterizza questo tipo di interpretazione è il problema dell'intendere per agire o, comunque, per decidere, ossia per prendere posizione rispetto a precetti da osservare»<sup>16</sup>. Qui sta, dunque, la *differenza tra un'interpretazione di tipo teoretico e un'interpretazione di tipo pratico*: se nella prima, cioè nell'atto di «rappresentare si tratta di riprodurre dal di dentro un pensiero discorsivo o intuitivo, cui l'interprete è vincolato siccome ad originale, paradigma o modello», nella seconda, invece, cioè «nell'agire o decidere si tratta di desumere il criterio della decisione o la massima dell'azione da un principio direttivo cui l'agire o il decidere deve conformarsi secondo un ordine giuridico, morale o sociale»<sup>17</sup>. Dunque nelle forme teoretiche l'interpretazione risolve il proprio scopo nell'*accostamento cognitivo* dell'opera rispetto ad un modello paradigmatico; nelle forme pratico-normative, invece, l'attività interpretativa, che pure rimane un atto dell'intelletto, non si risolve nella fase cognitiva, ma pretende un *prendere posizione* rispetto al principio pratico o al precetto di riferimento. Insomma interpretazione teoretica e pratica sono entrambe *attività intellettive, distinte però dal loro profilo teleologico; profilo che non giace esterno all'attività ermeneutica* (giustapposto quasi fosse un elemento accidentale), *ma rifluisce sulla sostanza di essa, determinandone le modalità di espletamento*.

Non crediamo di allontanarci dalle intenzioni del Maestro camerte affermando che, nella sua ottica (che qui si condivide a pieno), *la funzione dell'interpretazione (teoretica o pratica) inevitabilmente ne determina la struttura modale* (ossia la forma del suo concreto espletamento); tale *peculiare* struttura modale si concretizza in un «circolo di reciprocità» ossia in una «continua correlazione, che intercorre fra il vigore dell'ordine, giuridico, morale, etc., onde si desume la massima dell'azione, e il processo interpretativo che se ne fa in senso integrativo e complementare. Qui interpretare non è soltanto tornare a conoscere una oggettivazione di pensiero in sé conclusa, ma tornare a conoscerla, per integrarla e realizzarla nella vita di relazione»<sup>18</sup>. «Insomma, a differenza dall'interprete che ha in vista un esito puramente conoscitivo, *l'interprete qui ha in vista, attraverso il risultato intellettuale, un esito pratico, che conduce a prendere posizione in date*

<sup>15</sup> F. CARNELUTTI, *ibidem*, corsivi ancora nostri.

<sup>16</sup> E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di G. CRIFÒ, vol. II, Milano, 1990, 802, corsivi nostri.

<sup>17</sup> E. BETTI, *ibidem*, corsivi nostri.

<sup>18</sup> E. BETTI, *ibidem*.

*situazioni ipotizzate in anticipo*<sup>19</sup>. Dunque l'orientamento della norma all'integrazione sociale determina la peculiarità strutturale nell'interpretazione pratica; peculiarità che si concretizza in una sorta di «circolo ermeneutico» (anche se probabilmente Betti non avrebbe amato che alle sue tesi venisse applicata una nomenclatura cara a Gadamer<sup>20</sup>) che *unisce norma e socialità*. In definitiva la fase puramente cognitivo-intellettuale è un momento indispensabile di tale vicenda, eppure non la esaurisce<sup>21</sup>.

Da quanto detto non possono che trarsi inevitabili conseguenze rispetto all'utilizzo dell'*argomento temporale*. Conseguenze che ora esamineremo.

---

<sup>19</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 804, corsivi nostri.

<sup>20</sup> Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo cit.*, spec. 312 ss.; anche se ovviamente il circolo ermeneutico di cui parla Gadamer attiene alla relazione tra interprete e testo, mentre quello di cui si occupa Betti attiene alla relazione tra testo e società (con l'ovvia mediazione dell'interprete). Sulla possibile esistenza di una pluralità di «circoli ermeneutici» si rinvia a F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, 2012, 73 ss.

<sup>21</sup> Infatti non solo, come è intuitivo, non può esserci applicazione senza interpretazione, ma *la stessa interpretazione è correttamente pensabile solo in termini praticamente orientati*; ossia in funzione dell'applicazione. Cfr. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 67 ss., secondo cui «il rapporto fra interpretazione e applicazione non è una congiunzione occasionale ma un nesso di inscindibilità: che nel diritto non vi sia applicazione senza interpretazione, può apparire chiaro, fino alla banalità; meno chiaro, ma altrettanto vero, è però anche l'inverso: che non c'è interpretazione senza applicazione. L'essenza del diritto è in questo nesso, nel quale si manifesta il suo *valore pratico* (...) Nell'uso giudiziario del diritto, l'applicazione è in funzione dell'interpretazione e l'interpretazione è in funzione dell'applicazione». Infatti: «L'interpretazione giuridica è (...) stretta tra due poli: il caso da regolare e la norma regolatrice. Il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa non ha significato se non in riferimento a quello, poiché il caso deve orientarsi alla norma, e la norma deve orientarsi al caso. L'interpretazione è l'attività che mira a congiungere l'uno all'altra, fino a farli “combaciare” in un risultato appagante su entrambi i lati. Essa non è al servizio esclusivo né dell'uno, né dell'altro, ma – semmai – e dell'uno e dell'altro, manifestando così su ciascuno dei due lati una certa autonomia che le deriva dal legame che unisce l'uno all'altro. Solo nell'interpretazione scientifica, quella che si compie a tavolino dagli studiosi, l'attività interpretativa procede all'inverso, prendendo innanzitutto in considerazione il diritto. Ciò modifica l'ordine di priorità dei fattori della comprensione giuridica, ma non i caratteri formativi dell'interpretazione stessa: il caso alla cui regolazione la norma è destinata non sarà un caso storico concreto – come nell'interpretazione giudiziaria – ma la sua concettualizzazione ipotetica operata dall'interprete (...) La sua domanda, cosciente o non cosciente, è sempre questa: che cosa ci dice il diritto se accade questo o quello? Non si può guardare alla norma se non ipotizzando fattispecie concrete cui applicarla» (ivi, 77). In sintesi: «*L'interpretazione giudiziaria può allora essere definita la ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto*» (ivi, 79). I corsivi sono degli Autori, le sottolineature nostre. Lo stesso fenomeno dell'applicazione, allora, retroagisce sull'attività interpretativa giungendo a connotare il senso della disposizione. La necessità logica di tale processo viene ulteriormente chiarita ponendo mente all'interpretazione che Giovanni Tarello dà della teoria di Hare sulla struttura degli enunciati prescrittivi (v. G. TARELLO, *La semantica del neustico. Osservazioni sulla “parte descrittiva” degli enunciati precettivi*, 1968, ora in *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974). Com'è noto, secondo questa tesi, le proposizioni normative sarebbero composte da un elemento descrittivo (c.d. frastico) e da uno prescrittivo (c.d. neustico); secondo un approccio riduttivista, tale teoria andrebbe intesa nel senso che l'attività ermeneutica consisterebbe nella semplice individuazione del significato «di quella parte di enunciato che esprime il frastico», ossia il profilo descrittivo. L'esito di tale posizione è che il fenomeno interpretativo, disinteressandosi dell'elemento neustico, sarebbe completamente indifferente rispetto alla natura prescrittiva o descrittiva di un enunciato. Tarello si oppone a questa visione sostenendo, invece, che la connotazione precettiva di una proposizione, la sua componente neustica, sia un fattore imprescindibile dal punto di vista interpretativo, poiché, naturalmente e inevitabilmente, l'elemento deontico di un enunciato rifluisce sul significato della sua parte descrittiva: cfr. G. TARELLO, *op. ult. cit.*, 341 ss.: «il neustico (a seconda sia precettivo o assertivo) non è senza influenza sul valore semantico della parte di enunciato che esprime il frastico». Svincolando tale posizione dalla terminologia di Hare e parafrasando Tarello, crediamo di poter concludere che la necessità del diritto di essere applicato, il suo essere scienza pratica, non può non divenire parte integrante e determinante del fenomeno interpretativo.

Betti ammette la necessità di una, chiamiamola così, sorta di *pre-interpretazione* originalista volta a ricostruire le intenzioni del legislatore, ma contesta l'idea che l'attività ermeneutica si risolva completamente in questo tipo di rappresentazione: «Invero l'interprete ha bisogno anche qui di ricostruire, anzitutto, l'idea originaria della formola legislativa, o il senso iniziale dell'atto giuridico, pur non avendo, con questo, finito di adempiere il suo compito. Persino nell'interpretazione autentica, dove l'interprete si identifica con l'autore giuridico della enunciazione da interpretare, egli deve pur riflettere su quel che ha detto o che vale come da lui detto, ancorché nell'apprezzamento interpretativo abbia una libertà che non spetta all'interprete normale»<sup>22</sup>. Tale ulteriore, quanto necessario, passaggio deriva dalla stessa natura delle disposizioni che sono, inevitabilmente, fatte di parole e di tali parole conservano, in maniera altrettanto inevitabile, un carattere di vaghezza<sup>23</sup>; infatti «anche il linguaggio precettivo ha quel carattere ellittico che le moderne indagini sulla fenomenologia del linguaggio hanno rinvenuto in ogni espressione linguistica»<sup>24</sup>. Proprio per questo – nonostante gli innumerevoli tentativi che certa cultura giuridica e politica (concretizzatasi nel corso dei secoli nelle diverse codificazioni da Giustiniano a Napoleone) ha posto in essere per cristallizzare *a priori* il dettato normativo – permane «un'illusione credere che la disciplina codificata non presenti lacune e che sia diritto vivo e vigente tutto quello che è scritto nel codice; ed è grave errore credere di poter immobilizzare il diritto e paralizzarne la dinamicità con la coazione al formalismo nell'applicazione della legge. La verità è che, per aver effettiva attuazione nel comportamento alla cui disciplina è destinata, la legge ha bisogno di una serie di operazioni – di adattamento e di adeguazione, d'integrazione e di sviluppo complementari –, le quali, rinnovate di continuo, fanno sì che la norma non resti lettera morta, ma si mantenga viva e vigente nell'orbita dell'ordinamento giuridico cui appartiene»<sup>25</sup>.

*Proprio l'assunzione dell'ambiguità del linguaggio determina la posizione di Betti circa la risoluzione del conflitto tra passato e futuro nell'ambito ermeneutico*; infatti «quanto più generali e astratti sono i termini in cui il precetto è formulato, quanto più remoto esso si presenta dalla concreta situazione di fatto per la quale deve valere, tanto più si avverte l'esigenza che esso venga rielaborato e rinnovato, adeguato alla vita e alla natura dei rapporti disciplinati»<sup>26</sup>. Quest'ultimo passaggio riassume, splendidamente, la *relazione tra tempo e norma, entrambi avvinti nel nodo gordiano dell'ambiguità linguistica*. Come la genericità di una disposizione ne aumenta il tasso di incertezza, così fa il trascorrere del tempo che, distaccando la realtà dalla prescrizione, l'essere dal dover essere, aumenta l'incapacità di un determinato enunciato di disciplinare il reale. Allora *la necessità di un'interpretazione evolutiva cresce in maniera direttamente proporzionale al crescere di altri due elementi: 1) la generalità della disposizione, 2) il trascorrere del tempo*.

Ci permettiamo ora di aprire una piccola prolessi e anticipare la torsione costituzionalistica di quanto fin qui detto. È di facile intuizione che, proiettando tali assunti sul piano costituzionale, si dovrebbe concludere per l'assoluta prevalenza dell'interpretazione evolutiva sopra ogni forma di originalismo; e questo perché, nelle carte fondamentali, i due elementi sopra citati sembrano raggiungere un apice sconosciuto in ogni altro ambito giuridico: in primo luogo, le disposizioni costituzionali possiedono (*tendenzialmente*) un tasso di generalità maggiore delle norme legislative e, *a fortiori*, di quelle regolamentari; in secondo luogo le costituzioni sono concepite per durare un tempo molto maggiore di quello che si prefigura per una norma prodotta da una fonte primaria o secondaria. Anche se, in definitiva, questa è la nostra posizione, essa deve, tuttavia, essere meglio specificata e, in parte, appena corretta. Per il momento, però, terminiamo qui la nostra prolessi e rinviando la trattazione di questi profili alle prossime pagine di questo lavoro.

---

<sup>22</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 803.

<sup>23</sup> Sul tema cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, *passim* e F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica cit.*, 99 ss.

<sup>24</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 805.

<sup>25</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 805 s.

<sup>26</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 805.

Tornando al pensiero di Betti dobbiamo sottolineare che, nonostante quanto fin qui detto, non si deve pensare che, per l'illustre studioso, *l'interpretazione debba appiattirsi unicamente nell'adeguamento all'esistente sociale*. Betti ha ben presente la tensione tra la normatività e la storicità, tra *Sollen e Sein*; una dinamica che si muove su un crinale scivoloso, sul diallelo tipico della giuridicità che non può rinunciare a conformare il reale ma non può nemmeno disconoscerlo (fino a soffocarlo) con la propria rigidità. L'insopprimibile componente formale del diritto trascende il piano della sua applicazione e si proietta, addirittura, sui modi della sua conoscenza. *Vi è in Betti una accanita, e quasi feroce, difesa della dogmatica giuridica contro l'eccesso di storicismo* che si traduce in quella che, con forse eccessivo spregio, viene definita «civetteria antidogmatica»<sup>27</sup>; e questo perché la stessa indagine storica sul diritto è, in realtà, storia dell'evoluzione dogmatica<sup>28</sup>: «Non potrebbe altrimenti il diritto, che è essenzialmente forma, dominare e permeare la fluida materia della vita sociale cui si sovrappone né raggiungere la necessaria trasparenza e intelligibilità»<sup>29</sup>.

La propensione di Betti per l'interpretazione evolutiva è, dunque, scevra da ogni semplificazione, lontana da ogni tentazione di riduzione unilaterale: essa è la piena e consapevole percezione di un paradosso, quello della *forma astratta (e per questo atemporale) che deve diventare tempo concreto e, tuttavia, rimanere forma*.

*Così il tempo diviene una componente naturalmente immanente ad ogni vicenda interpretativa.*

Già nell'*Interpretazione della legge e degli atti giuridici* Betti aveva sostenuto che l'interpretazione evolutiva non costituisce «un particolare metodo o criterio, da adoperare in concorso con altri, *ma un carattere che l'interpretazione giuridica logicamente assume*, in quanto adottata, anziché un indirizzo statico e conservatore, un indirizzo dinamico ed evolutivo»<sup>30</sup>. Fin da quest'opera veniva criticata la concezione meramente intellettualistica del processo interpretativo e affermata la necessità di integrazione e di arricchimento della formula legislativa da parte dell'interprete per adattarla alla realtà storica e sociale.

---

<sup>27</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 814, nota 31.

<sup>28</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 814: dove leggiamo: «Quando, perciò, di recente, si è voluta stabilire una sorta di antitesi fra dogmatica e interpretazione, fra dogmatica e viva esperienza giuridica (o “conoscenza individuale” del diritto), fra dogmatica c.d. esterna e dogmatica c.d. interna, fra “intuizione del tipico” e funzione normativa, sia argomentando fuor di proposito da premesse discutibili e, comunque, male apprese dallo storicismo crociano, sia polemizzando con assai cattivo gusto contro un preteso carattere antistorico della dogmatica, si è dimostrato di ignorare cosa sia propriamente la dogmatica giuridica e a quale ufficio (di coerente ricostruzione del sistema in ordine alla sua pronta intelligibilità) essa sia chiamata nel processo interpretativo. *In particolare, si è dimenticato che la conoscenza del diritto, e quindi anche la conoscenza storica del giurista, non può essere mai altro che una conoscenza mediante concetti più o meno astratti*, che servono all'impostazione di quei problemi giuridici, di cui norme e istituti rappresentano la soluzione: problemi codesti, pratici e tecnici, i quali viceversa non interessano per la conoscenza genericamente storica (“individuale”) dello storico non giurista» (corsi nostri). Questi strali, così terribilmente acuminati, sono, principalmente, rivolti all'opera e all'impostazione scientifica di G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941. Non ci pare casuale che Betti arrivi a questa conclusione anche in virtù della sua formazione romanistica. La dottrina ha infatti messo in evidenza come, soprattutto in età repubblicana l'*interpretatio secundum aequitas* (e, dunque, la sua torsione evolutiva) si basasse su due pilastri: la *retorica* e la *dialettica* (intendendo quest'ultima, in senso platonico, come studio e distinzione dei concetti): «Perché, infatti, un giudice potesse cogliere lo spirito della legge occorre che lo stesso avesse idee molto chiare su come sistemare le singole leggi e come decidere quali leggi applicare al caso concreto. Preliminare a questa attività era, dunque, una distinzione dei generi e un esame dei principi e delle regole alla base dei generi stessi. È solo attraverso la preliminare sistemazione ragionata delle leggi secondo generi che si poteva, poi, procedere a una loro *interpretatio* ove cogliere lo spirito e il senso di *aequitas* promanante dalle stesse» (così V. GRECO, *L'interpretazione evolutiva della legge cit.*, 32).

<sup>29</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 813.

<sup>30</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 32, corsi nostri.

La posizione di Betti muove dalla (e si risolve nella) teoria del canone della «totalità ermeneutica», secondo il quale ogni parte si interpreta (e trova il suo senso solo) avendo riguardo al tutto nella quale essa è ricompresa e, dunque, ogni norma, come frutto dell'interpretazione, è sempre (e solo) *norma-ordinamento* (per dirla à la Crisafulli<sup>31</sup>). Ma tale unità non è statica, né già data; essa è bensì «operante concatenazione produttiva in movimento»<sup>32</sup>.

È questa visione del sistema giuridico nel suo complesso che porta Betti a distaccarsi tanto dalla staticità formalista kelseniana, quanto dalla torsione organicista dell'istituzionalismo romaniano. La posizione di Romano, critica dell'interpretazione evolutiva, viene giudicata viziata sotto almeno due profili: il primo squisitamente epistemologico ed il secondo propriamente giuridico; sotto il primo profilo la tesi di Romano si basa su una «concezione intellettualistica del processo interpretativo» che concepisce «la conoscenza come una ricezione passiva di una verità già sussistente e in sé compiuta prima dell'elaborazione del pensiero»; concezione questa posta nel nulla «dalla rivoluzione copernicana operata dalla gnoseologia kantiana nella teoria della conoscenza»<sup>33</sup> e, ci sentiamo di aggiungere personalmente, da tutta l'epistemologia moderna, da quella popperiana e post-popperiana (*che concepisce la conoscenza non come oggettiva acquisizione del reale ma come teoria sul reale*<sup>34</sup>) all'empirismo assiologico di Hilary Putnam<sup>35</sup>.

Come detto, il secondo profilo ha natura prettamente giuridica: criticando la tesi di Romano, che abbiamo sopra riportato, secondo la quale la singola norma è sempre immobile nel tempo mentre l'ordinamento continuamente si evolve, Betti afferma che «chi così argomenta versa per l'appunto in un errore di prospettiva, che consiste nell'identificare la norma di legge con la formola o lettera della dichiarazione legislativa e nel “considerarla in sé e per sé”, isolatamente dalla totalità di cui fa parte, e quindi come qualcosa “del tutto inerte, che non ha una sua mens, diversa da quella che in essa è, per così dire, cristallizzata e immobilizzata perché dura”. Ebbene codesto violento e arbitrario dissociare le singole norme dal contesto e complesso organico cui appartengono, codesto scindere la formola e l'idea originaria dalla vis ac potestas che la valutazione normativa esplica inquadrata in quel complesso e nella vita storica del diritto *ed esplica appunto perché l'interpretazione*, non può non condurre ad una visione deformata di questa e del suo oggetto. Ben vero che all'interpretazione incombe di prendere in esame “non una legge o norma singola, ma con riguardo alla posizione che essa ha nell'intero ordinamento giuridico”. Ma di qui a dire che “ciò che effettivamente si interpreta è tale ordinamento” c'è un *salto logico*; ed è un'illusione credere che solo l'ordinamento giuridico, come ente sociale, “è qualche cosa di vivo, che appunto perché vivo, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve,” *quasi che si trattasse di uno sviluppo naturale di un organismo vegetale o animale anziché di una comunione vivente di spiritualità, e che in siffatto sviluppo naturale l'interpretazione non avesse niente a che vedere. In realtà l'ordinamento giuridico non è qualcosa di bell'e fatto* (come può credere una visione statica e immobilizzante alla Kelsen), *né un organismo che si sviluppi per pura legge naturale: è qualcosa che non è ma si fa, in*

---

<sup>31</sup> E. BETTI, *Teoria generale cit.*, 834. Nella stessa pagina Betti non risparmia critiche ai suoi colleghi giuristi che rifiutano di completare il proprio metodo giovandosi delle acquisizioni del pensiero filosofico: «Purtroppo tra i giuristi ha ancora credito, per inerzia mentale e per il pregiudizio di una pretesa differenza di metodo fra considerazione giuridica e considerazione filosofica che nasconde ignoranza di questa, la vecchia concezione ingenuamente oggettivistica (prekantiana) della conoscenza».

<sup>32</sup> E. BETTI, *Teoria generale cit.*, 831.

<sup>33</sup> E. BETTI, *Teoria generale cit.*, 834.

<sup>34</sup> K. POPPER, *Logik der Forschung* [1934], trad. it. *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970; T. KHUN *The structure of scientific revolutions* [1962], trad. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1995; P. K. FEYERABEND, *Against method* [1975], trad. it. *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, 2009.

<sup>35</sup> H. PUTNAM, *The Collapse of the Fact/Value Dicotomy and Other Essays*, Cambridge Ma, 2002, trad. it. *Fatto/Valore, fine di una dicotomia*, Roma, 2004. Per qualche ragguaglio sulle posizioni di tale A., nell'ambito di una più generale riflessione sui valori, sia consentito rinviare a A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica, Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 188 ss.

*accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua dell'interpretazione»<sup>36</sup>.*

Vediamo, dunque, che Romano e Betti condividono un approccio fortemente olistico al problema dell'interpretazione e, tuttavia, le due visioni sono contrassegnate da un diverso ordine di priorità logica: per Romano l'unità dell'ordinamento precede l'attività ermeneutica: il naturale evolversi del sistema trascina con sé l'evoluzione dell'interpretazione; per Betti, invece, è l'interpretazione che determina non solo l'evoluzione del sistema, ma ci sentiamo di dire, anche la sua stessa unità. Dunque, la totalità di senso che deve connotare l'ordinamento e l'evoluzione dell'ordinamento stesso sono, per entrambi gli studiosi, elementi inscindibili; tuttavia per Romano costituiscono un *prius* rispetto all'interpretazione e, addirittura, ne sono il fondamento; per Betti tali elementi sono un *posterius* e, dell'interpretazione, costituiscono lo scopo. Parafrasando una felice espressione di Gustavo Zagrebelsky, coniata però in un contesto parzialmente diverso<sup>37</sup>, potremmo dire che quello di Romano è un *olismo ontologico* (che assume l'ordinamento come totalità in sé vivente), quello di Betti un *olismo teleologico* (che, invece, considera l'ordinamento come totalità che deve essere costruita e deve essere mantenuta vivente).

Tiriamo le fila di quanto sin qui detto. Per Betti il problema dell'interpretazione evolutiva non è altro che una logica declinazione della natura dell'interpretazione giuridica in sé: come l'attività ermeneutica del giurista, genericamente considerata, possiede una struttura duplice (certamente intellettuale ma anche inevitabilmente pratica), così la torsione evolutiva di tale attività non può che possedere una natura duplice, *cognitivamente rivolta al passato e praticamente rivolta al presente*, sicché entrambe le attività sono indispensabili per comprendere lo spirito della norma e farlo vivere nel presente: «La ricognizione della valutazione originaria immanente e latente nella lettera della legge e costituente la ratio iuris della norma è indispensabile per accertare in qual misura essa abbia subito modificazioni col sopravvenire di mutamenti nell'ambiente sociale o di nuovi orientamenti nell'ordine giuridico: giacché solo attraverso il tramite di essa, e non già immediatamente, è legittimo procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità, e bilanciare giustamente l'interesse statico alla stabilità, conservazione e certezza con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale ... Così l'interpretazione della legge viene a trovarsi dinanzi a un duplice compito: a) ricercare la valutazione originaria immanente alla norma nella sua concatenazione con l'intero ambiente sociale in cui fu emessa: e ciò, mediante un'interpretazione che si è chiamata sociologica e meglio si direbbe teleologica; b) inoltre, ricercare se la norma ha maturato un esito sociale ulteriore, ancorché non intenzionale, consistente nel comporre il conflitto fra altre categorie d'interessi all'infuori di quelli previsti»<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> E. BETTI, *Teoria generale cit.*, 835 s., corsivi nostri; questo passaggio era già contenuto ne *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971 (ed. or. 1949). Le citazioni che Betti riporta nel testo sono ovviamente tratte da S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico cit.*, 123 ss.

<sup>37</sup> G. ZAGREBLESKY, *Introduzione a R. SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht*, trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 2 s.: «L'idea centrale di Smend – che viene indicata con “integrazione” – è un'idea complessa: il coinvolgimento etico delle forze sociali nella vita dello Stato, e quindi la “rianimazione dello Stato attraverso il superamento della scissione Stato-società”; la configurazione dello Stato come immanente fattore coesivo, come compito comune di tutti i cittadini. In questa idea complessa, secondo Smend, devono trovare la loro ricomposizione o, meglio, la loro coordinazione entro una superiore unità – cioè la loro integrazione – varie grandi scissioni, varie tensioni irrisolte della dottrina e del diritto e dello Stato, come quella tra la realtà sociale e la realtà giuridica dello Stato (secondo la “teoria dei due lati” di Jellinek); quella tra “kratos” e “ethos”; tra essere e dover essere; tra ordine reale e vita ideale; tra individuo e collettività, fino a quella decisiva, tra “Staatsrecht” e “Politik”. La dottrina della integrazione è così una dottrina della riduzione di numerose scissioni che si pretendono indebite, su cui la dottrina dello Stato della tradizione tedesca (non quella francese di matrice rousseauviana) aveva fondato le sue basi. Si può forse dire però che l'*olismo di Smend non è ontologico ma teleologico: la costruzione dell'intero a partire dalle sue divisioni è il problema da risolvere, non il dato dell'esistenza da cui partire*» (corsivo aggiunto).

<sup>38</sup> E. BETTI, *Teoria generale cit.*, 824 ss.

### 3. Il paradosso della Costituzione: la cosa più stabile, la cosa più mobile

Dobbiamo ora affrontare il tema dell'argomento temporale in relazione all'interpretazione della Costituzione.

Dobbiamo premettere un dato: *la Costituzione possiede in sé un elemento di forte peculiarità diacronica rispetto ad ogni altro ambito del diritto, essendo al tempo stesso la cosa più stabile e la cosa (ermeneuticamente) più mobile*. Essa è fatta per durare nel tempo eppure rappresenta la porzione dell'universo giuridico che si presta alle maggiori e più cangianti evoluzioni: una delle cause di questa mobilità attiene alla natura di molte sue parti che sono particolarmente prossime al sistema politico e ne subiscono le influenze (basti pensare a quanto nel tempo sia cambiato l'utilizzo della decretazione d'urgenza tanto da far pensare ad autorevole dottrina che vi fosse oramai nel sistema una duplice natura del decreto legge: una ordinaria ed una autenticamente straordinaria<sup>39</sup>).

Ma vi è anche un altro motivo di tale mobilità; un motivo per certi versi paradossale: la mutevolezza ermeneutica della Costituzione, in alcune parti decisamente non politiche (penso ad esempio alla giurisprudenza costituzionale sui nuovi diritti o a tutte le operazioni di *elaborazione del parametro* effettuate da parte della Consulta), attiene proprio alla sua attitudine alla stabilità. Tale attitudine, tale *aspirazione all'eternità* (secondo le parole di Massimo Luciani<sup>40</sup>), determinano un singolare paradosso: il fatto che la Costituzione duri nel tempo quanto più immutata possibile nelle sue disposizioni, determina che il suo profilo di senso, per adattarsi alle esigenze del presente, venga ad essere interpretato evolutivamente. Ma questa operazione è corretta? È giusto interpretare la Costituzione *magis ut valeat*? Oppure, al contrario, un'interpretazione costituzionalmente corretta dovrebbe esaltarne il profilo della stabilità?

Poniamoci, dunque, la domanda finale di questo paragrafo: alla luce di queste due caratteristiche (*peculiare stabilità e peculiare mobilità*), le conclusioni cui siamo giunti nei precedenti paragrafi – che sostanzialmente privilegiano un'interpretazione evolutiva per la legge in sé considerata – valgono nella stessa misura per ciò che attiene all'interpretazione della Costituzione<sup>41</sup>?

### 4. Il dibattito americano e l'ontologizzazione della Costituzione federale

L'idea che il distico conservazione/evoluzione sia l'autentica pietra dello scandalo nell'interpretazione costituzionale è, come noto, al centro del dibattito americano che vede contrapposti originalisti e anti-originalisti.

Tale dibattito è al tempo stesso troppo conosciuto e troppo complesso perché qui se ne dia una descrizione anche solo lontanamente sommaria; tuttavia possiamo accennare qualche elemento utile ai nostri fini.

Il dibattito tra originalismo e anti-originalismo affonda le proprie radici nello stesso DNA della *jurisprudence* americana, rappresentando la più recente propaggine dell'antica disputa tra il concettualismo di Langdel ed il realismo di Holmes; disputa che in seguito si reincarnò nella polemica, squisitamente ermeneutica, tra *interpretivism e non-interpretivism*<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, rist. agg., Torino, 2005, 61.

<sup>40</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 48: «La Costituzione ha questo, di specificamente peculiare: essa contiene regole che aspirano a quella che potremmo chiamare *l'eternità ordinamentale*. Anche la legge, certo, è pensata per durare, ma solo la Costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale proprio solo fino a che quelle regole, dettate da quella Costituzione, dureranno».

<sup>41</sup> È chiaro che ci occuperemo di tale problema sul piano teorico.

<sup>42</sup> Su tale polemica e sulle sue varie declinazioni si rinvia al classico di J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980; ID., *Constitutional interpretivism: Its Allure and Impossibility*, in *Indiana Law Journal*, 1978, vol. 53, 399 ss.

Tale conflitto ha da sempre trovato il proprio campo di battaglia pratico nella giurisprudenza della Corte Suprema, e nel suo alternarsi continuo tra attivismo giudiziale e *self-restraint*. Due modi di procedere che hanno tratto le proprie giustificazioni da un diverso modo di intendere la Costituzione ed il ruolo dei suoi interpreti. Basti por mente alla celebre affermazione del *Chief Justice* John Marshall, che fu estensore della sentenza, unanimemente adottata dal collegio, *McCulloch v. Maryland*, nella quale la Corte accolse una nozione particolarmente ampia dei poteri impliciti dello Stato federale, a scapito di quelli dei singoli Stati membri (articolo I, sezione VIII, 18° comma della Carta): «*The Constitution was intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crisis of human affairs*». Tale passaggio afferma, in termini decisi, l'ineluttabilità di un approccio di carattere evolutivo ad un testo costituzionale che ha, per sua natura, ambizioni di stabilità. A tale asserzione, idealmente, rispose nel secolo successivo il *Justice* George Sutherland nella sua *dissenting opinion* alla sentenza *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell* del 1934: «*A provision of the constitution, it is hardly necessary to say, does not admit of two distinctly opposite interpretations. It does not mean one thing at one time and an entirely different thing at another time*». Le due decisioni rappresentano in modo archetipico le due tendenze del pensiero giuridico americano ad interpretare la Costituzione in senso creativo o letterale, evolutivo o conservativo.

Com'è noto il termine originalismo, vero e proprio, nasce negli anni Ottanta come una «reactive theory», ossia come un movimento dottrinario che si opponeva alla giurisprudenza creativa attuata negli anni Sessanta dalla Corte Warren<sup>43</sup>. Proprio negli anni Ottanta Paul Brest coniò il termine *originalism*, per indicare un approccio ermeneutico particolarmente ostile alla giurisprudenza creativa e rispettoso del testo della Costituzione o dell'intenzione originale del costituente<sup>44</sup>.

L'originalismo è un movimento ampio che ha subito numerose evoluzioni nel corso del tempo: anche la supposta connotazione politica dei suoi autori non può essere presa alla lettera<sup>45</sup>. Tuttavia, dovendo dare una definizione assolutamente generale di tale impostazione, possiamo dire, con Whittington, che: «originalism regards the discoverable meaning of the Constitution at the time of its initial adoption as authoritative for purpose of constitutional interpretation in the present»<sup>46</sup>.

La conseguenza di una simile visione teorica è ovviamente il disfavore verso ogni forma di giurisprudenza creativa, considerata, da alcuni autori una vera e propria violenza, non solo al testo, ma allo stesso spirito della Costituzione federale. Tale convinzione risuonò, con la forza di un anatema, nel celebre discorso tenuto all'*American Bar Association* nel 1985, da Edward Meese III, *Attorney general* durante la seconda amministrazione Reagan; con toni tanto espliciti da divenire

---

<sup>43</sup> Cfr. K.E. WHITTINGTON, *The new originalism*, in *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 2, 2004, 599 ss., e in [www.aals.org](http://www.aals.org) (da cui sono tratte le citazioni), 110, dove leggiamo che l'originalismo «was a reactive theory. It was motivated by substantive disagreement with the recent and then-current actions of the Warren and Burger Courts and originalism was largely developed as a mode of criticism of those actions».

<sup>44</sup> Cfr. P. BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, 1980, 204 ss. Precedentemente era utilizzato il termine *interpretivism* per indicare teorie ermeneutiche anti-evolutive; teorie che a loro volta potevano indicare una precisa attenzione al testo (*textualism*), oppure all'intenzione del legislatore/costituente (*intentionalism*). Per l'utilizzo del termine *interpretivism* cfr. J.H. ELY, *Democracy and Distrust cit.*. H. J. POWELL, *The Original Understanding of Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 98, 1985, 885 ss. parla espressamente di *intentionalism*.

<sup>45</sup> Sui complessi scenari politici che sottendono ai modelli interpretativi della Corte Suprema si veda, per tutti, A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, diffusamente (ed ampia bibliografia ivi citata).

<sup>46</sup> K.E. WHITTINGTON, *The new originalism cit.*, 109.

veementi egli affermò: «*there is only a right meaning and a wrong meaning. (...) A constitution, that is viewed as only what the judges say it is, is no longer a constitution in the true sense*»<sup>47</sup>.

I due pilastri fondamentali dell'originalismo (ma in realtà di qualunque impostazione formalista) si stagliano qui con assoluta evidenza: il *pilastro epistemologico*, per cui in un testo esiste un solo significato giusto, e il *pilastro politico* per cui il fondamento democratico di una costituzione viene tradito quando la creatività giurisprudenziale ne alteri il senso originale.

Quasi ogni autore ascrivibile al movimento originalista ha sviluppato un proprio personale approccio tanto che, come afferma Farber la stessa ricostruzione del dibattito «has become a formidable task»<sup>48</sup>, proprio perché oramai esistono «countless variations of originalism»<sup>49</sup>. Tuttavia ai nostri fini sarà sufficiente seguire la tassonomia proposta da parte della dottrina americana e accennare che possono tracciarsi due grandi famiglie teoriche, nate in differenti momenti storici<sup>50</sup>. La più risalente è il c.d. *Old originalism*, che si sviluppò tra gli anni Sessanta e la prima metà degli anni Ottanta, privilegiando un approccio intenzionalista che cerca di ricostruire la volontà originaria dei Padri costituenti «to understand the Constitution according to the intentions of those who conceived it»<sup>51</sup>.

La seconda declinazione dell'originalismo – nata dopo la seconda metà degli anni Ottanta, periodo nel quale l'*old originalism* entrò in crisi<sup>52</sup> – è detta appunto *New originalism* o *Public meaning originalism*. Questo nuovo movimento propugnò una versione meno elitaria dell'interpretazione originalista e – sulla base dell'idea che «the Constitution is not a private conspiracy»<sup>53</sup> e, dunque, non può essere la proiezione della volontà di pochi *Framers* – affermò che il senso autentico della Costituzione doveva essere quello che poteva attribuirgli un cittadino americano di media cultura alla fine del XVIII secolo («an ordinary American citizen fluent in English as spoken in the late eighteenth century»<sup>54</sup>).

Al di là di queste differenze tra i due momenti, un elemento in comune rimane indiscutibile: «*The key point for an originalist ... is that the meaning of a text derives from the author, not from the reader. An interpreter may succeed or fail in understanding a text, but the original meaning is*

---

<sup>47</sup> Il discorso è riportato in AA.VV. (S.G. CALABRESI ed.), *Originalism: a quarter-century of debate*, Washington, 2007, 47 ss., corsivi nostri. Gli strali di Meese erano, implicitamente quanto idealmente, indirizzati alle parole di un sostenitore della giurisprudenza creativa, il *Justice Huges*: «we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is», in *Speech before the Chamber of Commerce*, Elmira, New York, May 3, 1907.

<sup>48</sup> D.A. FARBER, *The originalist debate: a guide for perplexed*, in *Ohio State Law Journal*, 49, 1989, 1085.

<sup>49</sup> T.B. COLBY - P.J. SMITH, *Living originalism*, in *Duke Law Journal*, 59, 2009, 245.

<sup>50</sup> Cfr. K.E. WHITTINGTON, *The new originalism cit., passim*.

<sup>51</sup> K.E. WHITTINGTON, *The new originalism*, cit., 112. Più per esemplificare la complessità del dibattito che per perseguire qualunque intento di completezza, ricordiamo un'altra variante dell'intenzionalismo che preferisce far riferimento non alla volontà dei *Framers*, ossia degli estensori della Carta, quanto a quella dei *Ratifiers*. Questo perché furono unicamente i *Ratifiers* a godere di una legittimazione democratica e fu solo con la ratifica che la Costituzione assunse carattere vincolante; sul punto cfr. R.S. KAY, *Original intention and public meaning in constitutional interpretation*, in *Northwestern University Law Review*, 103, 2009, 706.

<sup>52</sup> Le ragioni della crisi furono diverse. In primo luogo ragioni di ordine politico: alla Corte Suprema si era insediato, come *Chief Justice*, William Rehnquist e, più in generale, la composizione dell'organo era sensibilmente mutata rispetto agli anni precedenti. In secondo luogo, egualmente importanti furono le ragioni di ordine teorico-intellettuale: l'*old originalism* fu sottoposto a pesanti critiche; si pensi, per citare la più diffusa, alla difficoltà di attribuire intenzioni ad entità collettive, nell'ambito delle quali è possibile ed anzi frequente che ciascun individuo sia portatore di una propria volontà, diversa da quella degli altri componenti l'organo.

<sup>53</sup> K.E. WHITTINGTON, *op. cit.*, 117.

<sup>54</sup> R. W. BENNETT – L. B. SOLUM, *Constitutional originalism: a debate*, Cornell University Press, 2011,

the meaning to be interpreted»<sup>55</sup>. Dunque l'obiettivo dell'originalismo è affermare, nello svolgimento dell'attività ermeneutica, *la priorità del momento germinativo rispetto a quello applicativo*. Nel caso della Costituzione, tale provenienza diviene ancor più qualificata e, dunque, degna di considerazione, poiché essa incarna la scelta democratica nel suo nucleo essenziale e legittimante tutti gli altri poteri. Solo una rigida attenzione alla lettera della Costituzione può mantenere il legame con tale promanazione popolare, legittimando l'attività della Corte Suprema e mantenendola nell'ambito del circuito democratico. Insomma solo un profondo rispetto del testo costituzionale può superare la cosiddetta «countermajoritarian difficulty» di cui parla Alexander Bickel nel suo celebre *The Least Dangerous Branch*<sup>56</sup>.

Passando ora all'altro corno del dilemma c'è da dire che una ricostruzione delle teorie anti-originaliste è, se possibile, ancora più complessa rispetto a quella delle dottrine originaliste. La varietà delle concrete posizioni, assunte dai differenti autori ascrivibili a tale corrente, è infatti ancora maggiore e più variegata. Questo perché, come sopra accennato le teorie anti-originaliste sono figlie del realismo giuridico di Oliver Wendell Holmes e dei suoi epigoni; sono figlie, dunque, di quel modello epistemologico, dottrinale ed ermeneutico che è stato certamente dominante negli Stati Uniti negli ultimi duecento anni. La propensione di Holmes a osservare il diritto come frutto dell'esperienza e della storia, la necessità che la lettura delle norme si evolva con il tempo è evidente fin dal celeberrimo passo del suo *The Common Law* nel quale afferma: «*The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, and even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics*»<sup>57</sup>.

Da questo assunto derivano le più moderne teorie in difesa dell'attivismo giudiziario, soprattutto quelle più radicali come la posizione di Posner, il più autorevole esponente della scuola *Law and Economics* e quelle ancora più estreme dei *Critical Legal Studies*. Secondo Posner i presupposti di una giurisprudenza creativa sono insiti in qualunque forma giuridico- applicativa e, per questo, costituiscono un naturale portato tanto dello spirito del *Common Law*, come nato in Inghilterra, tanto della giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema. L'ermeneutica è, in questa visione, un'attività pragmatica, tesa a far valere ragioni di giustizia sostanziale concepite e vagliate in relazione alla situazione storica presente: il criterio di tale giustizia sostanziale ha ovviamente caratteri economicistici e si risolve nella «massimizzazione del benessere collettivo»<sup>58</sup>.

Ancora più radicali i cosiddetti *Critics*, il cui approccio mette in discussione gli stessi canoni formali del diritto, considerati non assiologicamente neutrali ma politicamente costruiti per favorire

<sup>55</sup> K.E. WHITTINGTON, *loc. ult. cit.*, corsivi nostri.

<sup>56</sup> Cfr. A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London, II ed., 1986, 18 ss.; il termine *difficoltà contromaggioritaria* allude ai problemi di legittimazione che affliggono la Corte Suprema (ma in realtà qualunque organo di giustizia costituzionale) che, inserendosi in un sistema democratico e possedendo un potere enorme, quale quello di porre nel nulla le decisioni di organi rappresentativi, si trova da un lato priva di legittimazione democratica e dall'altro fuori da qualunque circuito di responsabilità. Sul punto, nella dottrina italiana, cfr. C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista Aic*, diffusamente.

<sup>57</sup> O. W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, 1881, Lecture I, 1, il quale così prosegue: «In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternatively consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past».

<sup>58</sup> Sulla «Theory of wealth maximisation», si veda R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1977 (ed. or. 1973).

l'egemonia della «minoranza» WASP<sup>59</sup>. Nei confronti dell'originalismo muovono la loro critica partendo da una estremizzazione irrazionalistica dell'epistemologia scettica di Holmes; tale decostruzione mette in discussione due elementi fondanti dell'originalismo: da un lato la possibilità di una affidabile ricostruzione storica, dall'altro la possibilità di una interpretazione pratica che fondandosi su concetti formali possa effettivamente disciplinare il futuro<sup>60</sup>.

Meno prossimi (e, a tratti, critici rispetto) al realismo di Holmes sono due dei più noti promotori della giurisprudenza creativa, Ronald Dworkin e John Hart Ely. Pur essendo entrambi favorevoli, negli esiti pratici, all'attivismo giudiziario, i rispettivi percorsi teorici, volti a superare la «countermajoritarian difficulty», non potrebbero essere più diversi.

Il primo propone una teoria che, a chi scrive, ha sempre ricordato una declinazione moderna dell'elitismo logocratico di Platone: la tesi dworkiniana è, infatti, fortemente “antidemocratica” nel senso che promuove l'attivismo giudiziario valorizzando la funzione contromaggioritaria della Corte Suprema. L'argomentazione, su questo punto, non è che una specifica declinazione della *right thesis* che ha reso celebre il filosofo statunitense<sup>61</sup>; teoria il cui fulcro, com'è noto, si basa su una duplice distinzione tassonomica: una strutturale, quella tra *rules* e *principles*<sup>62</sup>, e una funzionale, quella tra *principles* e *policies*<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Nel testo virgolettiamo il termine minoranza, perché l'acronimo WASP (che, notoriamente, sta per White Anglo-Saxon Protestant), indica proprio quella parte della popolazione americana discendente dai primi colonizzatori inglesi e, dunque, non appartenente a quei gruppi etnici (ispanici, afroamericani, ebrei, asiatici etc.) a cui tradizionalmente ci si riferisce, nella cultura statunitense, come minoranze.

<sup>60</sup> G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, trad. it. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 177 ss.

<sup>61</sup> La *right thesis* è diffusamente argomentata nella oramai celeberrima raccolta di saggi di R. M. DWORKIN, *Taking Right seriously*, Cambridge (Mass.), 1977, trad. it., con saggio introduttivo di Giorgio Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982. Terremo, tuttavia, presente, nel seguito della trattazione, l'edizione originale.

<sup>62</sup> Cfr. R. M. DWORKIN, *The Model of Rules*, in *Taking Right seriously cit.*, 25, dove leggiamo: «The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision», sottolineature nostre. Per ciò che attiene specificamente ai principi, nello stesso lavoro (27), Dworkin afferma che essi, rispetto alle regole, possiedono alcuni caratteri distintivi: «The first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect ... one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each ... Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being functionally important or unimportant ... But we cannot say that one rule is more important than another within the system of rules, so that when two rules conflict one supersedes the other by virtue of its greater weight. If two rules conflict one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond rules themselves», il corsivo è dell'Autore, le sottolineature nostre. L'ultimo passaggio sottolineato è particolarmente significativo poiché evidenzia come i conflitti tra principi si risolvano in base a *qualità intrinseche* ai principi stessi (il loro *peso*), mentre i conflitti tra regole devono basarsi su *criteri estrinseci* per stabilire quale di esse sia valida. Per puro amore di precisione, sottolineiamo come l'utilizzo del termine “*valid*” da parte di Dworkin possa apparire addirittura rozzo ad un giurista continentale: egli infatti non sembra distinguere tra validità e efficacia, mentre, com'è noto, un conflitto antinomico, se ha sempre un esito sull'efficacia, non sempre ha come presupposto la validità: una norma, abrogata da una successiva, perde la propria efficacia *pro futuro* senza perdere la propria validità. Che l'Autore non distingua tra i due concetti si evince dal passaggio immediatamente successivo a quello appena citato, dove, scorrendo dei criteri di risoluzione delle antinomie, egli afferma: «A legal system might regulate such conflicts by other rules, which prefer the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or more specific rule, or something of that sort»; come si vede Dworkin riduce tutti i conflitti antinomici al problema della validità, ponendo

Queste distinzioni ridondano, come detto, nella sua riflessione sull'attivismo giudiziario; riflessione sviluppata, soprattutto, nella parte di *Taking right seriously* riguardante i *Constitutional cases*<sup>64</sup>. Dworkin afferma che la Costituzione federale è fatta prevalentemente di *principles*, che da un lato devono essere bilanciati in funzione del loro *weight* (e non applicati come le *rules*) e dall'altro costituiscono la garanzia di posizioni soggettive individuali (e *non scelte politiche* che riguardano l'intera società o gruppi di essa). Dunque, *le norme costituzionali* possiedono una *struttura incompleta* (l'A. qui introduce una nuova tassonomia tra *concept* e *conception*<sup>65</sup>) e, quando incarnano diritti individuali, esplicano una *funzione marcatamente antimaggioritaria*. Tale funzione antimaggioritaria appare a Dworkin l'autentica cifra distintiva del costituzionalismo<sup>66</sup>.

L'attivismo giudiziario è un ovvio e inevitabile postulato della funzione giudiziaria di tutela dei diritti dei singoli contro le pressioni politiche della maggioranza. I due connotati distintivi dei *principles* convergono, dunque, a giustificare la giurisprudenza attiva: da un lato essi sono meno definiti delle *rules* (e, dunque, più idonei ad essere interpretati creativamente), dall'altro essi sono *standards* morali embricati nelle scelte fondamentali della Costituzione e sottratti alle modificazioni politiche. È, dunque, ovvio che la loro tutela vada affidata ad un organo giudiziario che si sottrae al circuito democratico: «Decisions about rights against the majority are not issues that in fairness ought to be left to the majority»<sup>67</sup>.

La risposta di Dworkin al problema dell'interpretazione creativa (e, dunque, evolutiva) è assolutamente radicale: ponendo il nucleo di senso della Costituzione e del costituzionalismo in una serie di *moral rights* che vanno tutelati contro i rivolgimenti delle maggioranze, egli legittima senza

sullo stesso piano conflitti gerarchici, cronologici, di specialità e di qualunque altro, eventuale, tipo (a chi scrive viene in mente solo quello competenziale).

<sup>63</sup> Dworkin sottolinea come, per certi versi, *principles* e *policies* appartengano al medesimo *genus* essendo entrambi «standards that do not function as rules, but operate differently». Sono, dunque, modelli decisionali per certi versi sovrapponibili e per altri distinguibili: «Most often I shall use the term “principle” generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies ... I call a “policy” that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community ... I call “principle” a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is requirement of justice or fairness or some other dimension of morality»: così R. M. DWORKIN, *The Model of Rules cit.*, 23, corsivi nostri. Dunque, dal punto di vista *applicativo* *principles* e *policies* sono uguali, poiché, a differenza delle regole, non funzionano nel *modo del tutto-o-niente*; dal punto di vista *contenutistico* sono differenti essendo i primi *diritti*, possiamo dire, *attuali e individuali* (libertà negative) che devono essere protetti contro la maggioranza, mentre i secondi sono diritti *potenziali e collettivi*, poiché rappresentano obiettivi di politica sociale; dal punto di vista *argomentativo*, come vedremo, sono ulteriormente diversi, perché nella visione liberale di Dworkin, solo la protezione dei *principles*, come *sostrato morale che sottende alla Costituzione federale*, può giustificare la giurisprudenza creativa.

<sup>64</sup> Cfr. R. M. DWORKIN, *Constitutional cases*, in *Taking Right seriously cit.* 130 ss.

<sup>65</sup> Cfr. R. M. DWORKIN, *op. cit.*, 134 ss.; con tale distinzione l'A. afferma che l'autentica dimensione dei diritti in quanto istanze morali sia la vaghezza dei concetti (*concepts*) e non la precisione delle concezioni (*conceptions*): i primi pongono un'istanza autenticamente morale proprio perché aperta, le seconde riempiono tali istanze di ideologia snaturandole: «When I appeal to fairness I pose a moral issue; when I lay down my conception of fairness I try to answer it» (135). È chiaro come questa sia anche una confutazione dell'idea originalista di ricercare l'intenzione dei *Framers*: tale intenzione rappresenterebbe semplicemente una determinata (oltre che datata) concezione, tradendo l'istanza morale che, per essere autenticamente tale, deve prescindere dalle singole declinazioni ideologiche.

<sup>66</sup> Cfr. R. M. DWORKIN, *op. cit.* 133, dove leggiamo: «The constitutional theory on which our government rests is not a simple majoritarian theory. The Constitution, and particularly the Bill of Rights, is designed to protect individual citizens and groups against certain decisions that a majority of citizens might want to make, even when that majority acts in what it takes to be the general or common interest».

<sup>67</sup> Cfr. R. M. DWORKIN, *op. cit.*, 142.

mezzi termini ogni forma di attivismo giudiziale che tuteli i diritti individuali, in tal modo *dissolvendo* (più che risolvendo) la «countermajoritarian difficulty».

Di tenore radicalmente opposto la tesi di John Hart Ely, il quale fonda la sua teoria proprio sulla conciliabilità tra democrazia e attivismo giudiziario.

Questo Autore non sminuisce l'importanza dell'originalismo<sup>68</sup>; tuttavia ne avversa fortemente la praticabilità: l'idea di superare *la difficoltà contromaggioritaria* grazie ad una lettura originalista della Costituzione «may be tempting, but it won't work»<sup>69</sup>.

D'altra parte Ely non risparmia strali agli esiti imprevedibili che deriverebbero da ricostruzioni non-originaliste<sup>70</sup>, così come avversa fortemente il sostanzialismo della *right oriented theory* di Dworkin. Il centro della sua tesi è proprio che «Apparent incompatibility with democratic theory is a problem that seems unavoidably to confront interpretivist e non-interpretivist».

Così partendo dalla centralità indiscussa del principio democratico nella cultura giuridica e politica degli Stati Uniti<sup>71</sup> e dall'idea che «The very process of adopting the Constitution was designed to be, and in important respect was, more democratic than any that had preceded it»<sup>72</sup>, egli propone una teoria *process oriented* e individua il superamento della «countermajoritarian difficulty» affermando che l'attivismo giurisprudenziale è giustificabile solo e in quanto si inserisca in un circuito virtuoso di promozione democratica.

Troviamo particolarmente interessante la notazione che Giovanni Bognetti traccia a chiosa di questo dibattito. Secondo l'Autore, *originalismo e anti-originalismo avrebbero in comune una tendenza ad ontologizzare la Costituzione americana*, i primi per difenderne il (supposto) contenuto originario, i secondi per trarre il fondamento delle proprie tesi evolutive nell'insieme dei valori espressi nella Costituzione federale. Il senso di tale ontologizzazione risiederebbe in un mutamento del contesto filosofico nel quale è immersa la carta fondamentale degli Stati Uniti: un contesto che si è mosso dal razionalismo settecentesco (nella quale nacquero sia la Costituzione sia il *Bill of rights*) per approdare al relativismo attuale. Tale relativismo avrebbe portato – come postulato della crisi della ragion pratica e della sua possibilità di formulare valori condivisi – ad individuare nel documento costituzionale l'unico fondamento possibile della convivenza civile<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> «Interpretivism is no mere passing fad, however; in fact the Court has always, when it was plausible, tended to talk an interpretivist line»; così J.H. ELY, *Constitutional interpretivism cit.*, 401.

<sup>69</sup> J.H. ELY, *Constitutional interpretivism: Its Allure and Impossibility cit.*, 412.

<sup>70</sup> «In practise noninterpretivism does not always work so predictably. For no matter how restrained may appear in theory, vague and untethered standards inevitably lend themselves to the virtually irresistible temptation to intervene when one's political or moral sensitivities are sufficiently affronted». Anche se poi, con l'usuale acume e concretezza che lo contraddistingue, aggiunge: «This criticism should not be overstressed, however, if only because no one is in a position to cast the first stone. There will inescapably be opportunity for the influence of political predilection in any methodology, certainly including my own, and certainly including interpretivism as well»; così J.H. ELY, *Constitutional interpretivism cit.*, 403.

<sup>71</sup> Cfr. J.H. ELY, *Constitutional interpretivism cit.*, 405, dove leggiamo: «This, in America, is a charge that matters. We have as a society from the beginning, and now most instinctively, accepted the notion that democracy is and has to be our form of government. Probably in part precisely because we are so accustomed to the assumption that this is the way it must be, democracy, though often praised, is seldom defended, and indeed it seems fair to say that the case for it cannot be stated in any airtight way. It has been justified as a system unusually calculated to minimize the likelihood of physical strife and in addition to encourage public awareness regarding public issues». Al di là delle critiche che lo stesso Ely avverte siano ascrivibili a tale posizione, egli tiene a sottolineare la correlazione tra democrazia e filosofia utilitarista: «There may be, indeed there must be, further steps, but the formation of public policy, at least in this country, begins with the questions: how many are helped, how many hurt, and by how much ... Thus democracy is a sort of applied utilitarianism – unfortunately possessing utilitarianism's weakness as well as its strengths – an institutional way to determining the happiness of the greatest number» (406-7).

<sup>72</sup> J.H. ELY, *op. ult. cit.*, 408.

<sup>73</sup> G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. II. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, 329, dove si legge: «Aleggia presso la maggioranza dei giuristi di cui ci abbiamo parlato l'idea che la

### 5. L'argomento temporale e la natura dell'interpretazione costituzionale

Riteniamo che l'osservazione di Bognetti sia estensibile anche alle costituzioni continentali nate nel secondo dopoguerra. Certamente è indiscutibile (e sostanzialmente indiscusso) che tali documenti, con le loro peculiari caratteristiche di rigidità e di tutela dei diritti fondamentali, trovino il loro fondamento tanto in *un preciso evento storico* quanto in una *acquisita consapevolezza politico-giuridica*: il primo è rappresentato dalla dissoluzione delle democrazie liberali primo novecentesche ad opera dei regimi totalitari, la seconda è la debolezza politica di tali democrazie quando esse siano sprovviste di una costituzione forte che ne tuteli i fondamenti istituzionali e assiologici. Questi due elementi storico-politici danno, tuttavia, conto solo di una delle due funzioni fondamentali della Costituzione, vale a dire quella della limitazione del potere, tacendo, invece, dell'altra, ossia la legittimazione del potere stesso.

Il legame di senso tra questa seconda funzione ed il tema di cui trattiamo, è proprio quell'elemento filosofico-politico dal quale scaturiscono le moderne costituzioni: vale a dire il *vuoto di legittimazione che subiscono le istituzioni statali a causa dell'imperante irrazionalismo novecentesco e del conseguente relativismo etico*<sup>74</sup>. Questo vuoto viene colmato dalla Costituzione, che diviene l'unica forma residua di diritto naturale ancorché *secolarizzato*, come dice Antonio Baldassarre<sup>75</sup> (e noi aggiungeremmo *necessariamente secolarizzato*). All'indomani della seconda guerra mondiale tutto sembra aver fallito: lo Stato, la democrazia, la ragion pratica, la fede nel trascendente<sup>76</sup>. La Costituzione diviene l'unico criterio della giustizia e, dunque, l'unico appiglio

Costituzione possa concepirsi come un ente ideale, dotato di un suo intrinseco contenuto, che si tratterebbe di oggettivamente "scoprire" e conoscere: un ente, nelle sue linee essenziali, che permane identico nel tempo. (E per gli "originalisti" l'ente è la Costituzione col significato conferitole dai suoi fondatori, una Costituzione tradita dalla giurisprudenza "progressista"; per Dworkin è l'ente che incorpora i "concetti" – ma non "concezioni" – di grandi valori; per Tribe è l'ente che, a certe condizioni, e rimanendo nella sostanza eguale, può generare anche nuovi principi e nuovi diritti nel corso della sua applicazione a situazioni storiche nuove; e via dicendo). È comprensibile e ammissibile che nelle sentenze di una Corte l'esito del giudizio sia attribuito fittiziamente alla volontà di un soggetto "ontologizzato" – la Costituzione e le sue norme –, e che il giudizio sia presentato come un atto di "conoscenza" di una soluzione pre-data; *la cosa può giovare a rendere socialmente più accettabile, spersonalizzandola una decisione che è in realtà il frutto di un complesso ragionamento "pratico"*» (corsivi nostri).

<sup>74</sup> Il mondo moderno e, *a fortiori*, quello postmoderno contemplano un potere scardinato dall'ordine naturale nel quale era stato iscritto fino alla fine dell'Ottocento, quando l'irrazionalismo determina la nascita di un «modello caotico» del potere, secondo la felice espressione di attenta dottrina: «Modello caotico significa che l'ordine politico ... si forma e si trasforma secondo modalità che non sono razionalmente né spiegabili né determinabili, ma che possono soltanto essere osservate per quel che sono. Gli stati e gli ordinamenti giuridici non sono il prodotto di una razionalità costruttiva... Sono, per così dire, solo "forza rappresa", che non risponde né a valori morali né a leggi oggettive»; così M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 270; del legame tra l'irrazionalismo e il mutamento dell'idea fondante di potere, l'A. parla anche in *Potere costituente e revisione costituzionale*, in G. ZAGREBELSKY – P. PORTINARO – J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 271 ss..

<sup>75</sup> A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 218: «cioè diritto naturale ridotto in formule di legislazione costituzionale».

<sup>76</sup> Penso al celeberrimo contributo di H. JONAS, *Der Gottesbegriff nach Auschwitz. Eine jüdische Stimme* [1984], trad. it. *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, Genova, 2004, il quale conclude per l'esistenza di un Dio non onnipotente, sulla base di considerazioni di carattere non solo logico ed ontologico, ma anche teologico e religioso. Quanto alle prime, l'A. rileva come la semplice nozione di potenza renda contraddittorio il concetto di onnipotenza, anzi lo dissolva sino a renderlo un concetto privo di senso: «potenza totale, assoluta, significa potenza che non è limitata da nulla, neppure dall'esistenza di un qualcosa in generale, estraneo ad essa e da essa distinto. Infatti la mera esistenza di qualcosa del genere rappresenterebbe una limitazione e la potenza dovrebbe distruggere questa realtà altra, per mantenersi intatta nella propria assolutezza. La potenza assoluta non ha perciò, nella sua solitudine, nessun oggetto su cui poter

possibile per (ri)fondare il potere statale e rifondarlo in una maniera che *pretenda di durare nel tempo*<sup>77</sup>. Ma le stesse idee di giustizia, verità, ragione che dovrebbero fondare il diritto, appaiono oramai teoreticamente impraticabili. La legittimazione del potere tramite Costituzione è, pertanto, necessariamente imperfetta come imperfetti (se si preferisce *sfumati*<sup>78</sup>) sono i modelli di razionalità che ad essa possono essere ricondotti: allora ai modelli deduttivi del giusnaturalismo seicentesco si sostituiscono nuove forme argomentative, dalla topica alla ragione comunicativa, sempre più spesso la riflessione filosofica abdica all'etica per ridursi alla meta-etica e la ragion pratica cede il passo alla sua forma approssimata di cui i costituzionalisti conoscono bene il nome: la ragionevolezza<sup>79</sup>.

---

agire. Ma come potenza priva di oggetto, è potenza priva di potenza, potenza che nega se stessa» (33). Quanto alle seconde, Jonas si interroga sui tre attributi che tradizionalmente sono propri di Dio: bontà assoluta, potenza assoluta e comprensibilità e, notando come essi siano in rapporto tale che ogni relazione tra due di loro escluda il terzo, si chiede quale siano i due concetti veramente irrinunciabili: «la bontà, cioè la volontà del Bene, è inseparabile dal nostro concetto di Dio e non può sottostare ad alcuna limitazione. La comprensibilità o la conoscibilità che è doppiamente condizionata, dall'essenza di Dio e dalla limitatezza umana, è, in ultima analisi, certamente un attributo limitato, tuttavia non può essere in nessun modo negata. Il *Deus absconditus*, il Dio nascosto (per non parlare del Dio assurdo) è un concetto del tutto estraneo all'ebresimo [...] Dopo Auschwitz possiamo e dobbiamo affermare con estrema decisione che una Divinità onnipotente o è priva di bontà o è totalmente incomprendibile (nel governo del mondo in cui noi unicamente siamo in condizione di comprenderla). Ma se Dio può essere compreso solo in un certo modo e in un certo grado, allora la sua bontà (cui non possiamo rinunciare) non deve escludere l'esistenza del male; e il male c'è solo in quanto Dio non è onnipotente».

<sup>77</sup> C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladini*, vol. III, Napoli, 2004, 1681: «Il problema delle aspettative da attribuire al testo riaffiorerà puntualmente con la prima crisi del positivismo statualistico, quando si noterà che ogni costituzione porta con sé una superba pretesa di durare, che la differenzia da ogni altra disposizione del potere statale. Se l'assorbimento della costituzione in un sistema di regole che pretenda di prevedere tutto, operata all'epoca del positivismo statualistico, riflette una fallacia epistemologica, lo stesso non dovrebbe dirsi a più forte ragione della superba pretesa delle costituzioni di durare oltre la contingenza delle stagioni e dei sistemi politici? Le Costituzioni europee del secondo dopoguerra dovevano rispondere all'interrogativo, canalizzando in forme democratiche i processi di identificazione collettiva che i totalitarismi erano riusciti a dirottare verso la barbarie. L'idea di un progresso orgoglioso e autopropulsivo, insita nelle tecniche di razionalizzazione del costituzionalismo del primo Novecento, si rivelava allo scopo insufficiente. La convivenza costituzionale avrebbe dovuto fondarsi piuttosto sul (e incontrare un limite nel) rispetto della dignità della persona umana, e su un testo costruito intorno a principi, in modo da affidare un orizzonte di possibilità agli apprendimenti maturati dalle interazioni fra persone libere nel corso di più generazioni. Principi caratterizzati, in quanto tali, da imperfetta capacità previsionale, ma proprio per questo dotati della flessibilità necessaria ad affrontare condizioni di incertezza. Si introiettava così in quei testi la consapevolezza di limiti anche di ordine cognitivo della ragione umana».

<sup>78</sup> Secondo il modello della cd. logica *fuzzy*.

<sup>79</sup> Alla trasformazione (nel pensiero moderno e postmoderno) della razionalità in ragionevolezza ed alla sua natura di "ragione attenuata" è dedicato il lavoro di F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, II ed., Napoli, 2009, con appendice di F. MODUGNO e A. LONGO, *Dialogo minimo sulla ragione dialogica. Alcune suggestioni (e qualche controversia) tra modernità e postmodernità*, diffusamente. Soprattutto nell'appendice i due Autori, tra cui chi scrive, si sono concentrati sulla relazione tra ragionevolezza e postmodernità; sul punto mi permetto di riportare qui un passaggio: «la ragionevolezza dal punto di vista della filosofia pratica possiede una *doppia anima* i cui aspetti sono non solo difforni ma addirittura contraddittori; da un lato, infatti, essa si riallaccia al canone dei valori costituzionali (dottrina autorevole l'ha definita "logica dei valori") e, dunque, ad un modello elitista, sapienziale, tecnocratico; dall'altro essa è una *razionalità attenuata* nella quale l'intransigente obiettività della *ragione apodittica* lascia il posto (anche se non completamente) ad elementi di *validazione dialogica ed intersoggettiva* ... La ragionevolezza sembra, dunque, rappresentare al tempo stesso, *l'apertura e la chiusura dell'argomentazione giuridica* (e, per estensione, del sistema stesso), la sua rigidità e la sua flessibilità. *Entrambe queste incarnazioni sono però frutto di un pensiero pratico figlio della crisi*, una ragione che ha smarrito non solo le sue fondamenta metafisiche ma anche le sue speranze di certezza. Sia che dia conto di un unico universo assiologico (e solo

In Italia, a differenza che negli Stati Uniti, l'opposizione tra *conservazione* ed *evoluzione* non è esplicitamente al centro del dibattito sull'interpretazione costituzionale. Tuttavia, *il profilo temporale è presente come ricaduta pratica di tale dibattito*, anche se tale presenza è, per lo più, implicita, concentrandosi, invece, le discussioni sulla generale natura dell'interpretazione costituzionale e sulla sua omogeneità con l'interpretazione degli atti normativi.

Chi crede nella omogeneità dei due metodi, sostanzialmente ritiene che la Costituzione sia un insieme normativo non dissimile dagli altri presenti nel sistema giuridico ed afferma che, per questo, ad essa andrebbero applicati i medesimi canoni ermeneutici, quali l'interpretazione letterale, sistematica etc., sostanzialmente secondo il modello individuato dall'art. 12 delle *Preleggi*<sup>80</sup>.

Chi contesta tale omogeneità ritiene, invece, che la Costituzione possieda una serie di peculiarità strutturali e funzionali che la rendono irriducibile (o, comunque, non completamente riducibile) ai classici metodi di ascrizione di significato ad un enunciato e che pertanto, al fine di valorizzare pienamente tale peculiarità, vadano affiancati ai classici canoni ermeneutici percorsi o metodi argomentativi ulteriori<sup>81</sup>.

La parte della dottrina che sostiene l'omogeneità dei due metodi interpretativi è mossa da una motivazione metodologica e da una consequenzialista: sotto il profilo metodologico l'impostazione di tali dottrine è improntata ad un certo formalismo positivista, mentre il profilo consequenzialista è rappresentato dalla preoccupazione per la torsione di incertezza giuridica che deriverebbe da una giurisprudenza costituzionale fortemente creativa.

Coloro che, invece, sostengono la peculiarità dell'interpretazione costituzionale, muovendo di solito da impostazioni meno formaliste, risultano, con gradi diversi, meno preoccupati dagli esiti creativi della giurisprudenza costituzionale.

Dunque, in teoria, *il distico conservazione/evoluzione si reincarna nel dibattito costituzionale italiano nell'opposizione tra formalismo e antiformalismo, tra omogeneità ed eterogeneità di costituzione e legge, tra l'omaggio ai canoni classici dell'esegesi e la propensione verso tipi ulteriori di argomentazione.*

In realtà, le posizioni sono assai più sfumate: a parte poche eccezioni, anche coloro che non accedono pienamente ai (o contestano apertamente i) presupposti epistemologici del formalismo

---

di quello), sia che acceda a criteri di valutazione intersoggettiva, *la ragionevolezza è frutto di un pensiero che ha abdicato alla possibilità della giustizia in sé*; diremmo di più, la parola giustizia, proprio perché rievoca un pensiero trascendente, metafisico, assolutista, è divenuta parola scandalosa, impronunciabile». L'espressione "logica dei valori" richiamata appartiene, com'è noto, a A. BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, n. 87-88, 64.

<sup>80</sup> Cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 277, secondo cui «Dal punto di vista delle tecniche argomentative [...] l'interpretazione costituzionale non presenta alcuna specificità rispetto all'interpretazione di qualsiasi altro testo normativo (non convenzionale). In altre parole, la costituzione è, di fatto, soggetta alle medesime tecniche interpretative che sono comunemente usate per leggi e regolamenti».

<sup>81</sup> In tal senso C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza cit.*, 1666: «Che l'interpretazione costituzionale richieda il ricorso a canoni ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'interpretazione delle leggi, si può considerare una premessa sufficientemente consolidata fra i costituzionalisti. Essa poggia su un elemento di diritto positivo, la prevalenza dei principi costituzionali sull'intero ordinamento, compreso l'art. 12 delle preleggi, e su un elemento di ordine effettuale, la scoperta del ruolo preponderante della Corte costituzionale nell'interpretare la Costituzione, e nell'interpretarla non tanto in base a canoni ulteriori, quanto secondo un approccio complessivamente diverso da quello adoperato nell'interpretare i testi legislativi». Sul punto, pur muovendo da diverso approccio, A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 215 ss., secondo cui «la tematica dell'interpretazione della Costituzione è qualche cosa di assolutamente speciale e non confondibile con le interpretazioni delle altre norme di legge». V. anche F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto cit.*, 30 ss.; ID., *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 146 ss.

positivista sono molto prudenti nell'ammettere la piena legittimità di una giurisprudenza creativa, predicando spesso la necessità di una circolarità ermeneutica che tenda sempre a «ritornare al testo»<sup>82</sup>, in questo, forse, replicando quella sorta di *ontologizzazione* del testo costituzionale che Bognetti rimprovera al dibattito americano.

Chi scrive propende per la peculiarità dell'interpretazione costituzionale; a favore di questa tesi mi pare militino diverse ragioni (alcune più forti di altre) evidenziate da più parti in dottrina:

1) la peculiare struttura degli enunciati costituzionali, che spesso hanno forma di norme a fattispecie aperta (argomento questo che, forse, è il più debole in assoluto)<sup>83</sup>;

2) il peculiare contenuto di valore di tali enunciati<sup>84</sup>, alcuni dei quali addirittura individuano i principi supremi dell'ordinamento e godono pertanto, in maniera privilegiata, di quella eccedenza di contenuto assiologico o deontologico di cui parlava Betti<sup>85</sup>;

---

<sup>82</sup> G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo cit.*, 231 ss., il quale pur muovendo dall'idea che l'assoluta peculiarità del testo costituzionale (costituito di norme che esprimono principi e valori) determina «una *estensione* dello spazio e del ruolo dell'interprete (e dell'interpretazione)», conclude tuttavia che tale peculiarità dovrebbe portare «simmetricamente, ad una *rivalutazione* dei vincoli testuali» (240).

<sup>83</sup> Difficilmente superabile la critica M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione cit.*, 45 s.: l'argomento dell'indeterminatezza non ha valore discrezionale poiché «L'indeterminatezza è una caratteristica ontologica degli enunciati giuridici, formulazioni generiche vaghe o evocative, si trovano nelle leggi non meno che nelle Costituzioni. L'art. 842 cod. civ. non copre uno spazio semantico molto meno esteso dell'art 42 Cost., visto che in entrambi i casi l'ordinamento ha voluto scolpire alcuni tratti caratteristici del diritto di proprietà, definendone il rapporto con gli altri diritti e con i fondamentali interessi della collettività. Per converso anche le Costituzioni conoscono prescrizioni di estremo dettaglio, univoche – o per meglio dire scarsamente plurivoche – tanto quanto molte prescrizioni legislative (si pensi agli artt. 56 e 57 Cost.)»; *il diverso tasso di vaghezza tra legge e Costituzione avrebbe, allora, solo una portata quantitativa e non qualitativa*. Tuttavia va tenuta presente la posizione di A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione cit.*, 218 ss., il quale ritiene, per ciò che attiene l'interpretazione, che l'argomento della vaghezza vada valutato diversamente a seconda che ci si trovi o meno in un contesto di normazione costituzionale e che *l'argomento del valore rifluisca in certo modo sull'argomento della generalità, riqualficandola*: «La differenza tra principi e regole è una differenza che opera in modi ed assume contenuti assolutamente diversi a seconda che si parli di legalità ordinaria o costituzionale ... nelle norme di legge ordinaria, nelle norme del diritto civile, del diritto amministrativo, del diritto penale la norma è sempre mirata alla regola di condotta ... Rispetto a queste norme come regole di condotta è chiaro che il principio vada definito in termini di applicabilità: non potrebbe, d'altra parte, essere definito in termini diversi, ad esempio di valore ... La regola di condotta si configura come norma che una volta è suscettibile di applicazione o di non applicazione, ma non di altre alternative. Il principio, invece, è quella proposizione o quell'affermazione per il quale non sussiste il problema dell'applicabilità: può essere applicata soltanto in collegamento con altre norme per costituire nel complesso una regola di condotta ... *Se prendiamo però la Costituzione il discorso cambia totalmente*», infatti essendo la Costituzione (oltre che limite) fonte di legittimazione del potere, il principio costituzionale «*non è più definibile in termini di più o meno diretta applicabilità, com'è per il livello delle leggi ordinarie: il principio deve essere definito esattamente, invece, in termini di essere (questi elementi fondativi della convivenza) valore*» (corsivi nostri).

<sup>84</sup> Sul problema dei valori costituzionali la letteratura è immensa; *ex plurimis*, e solo nella dottrina italiana, si veda almeno A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.* 1991; ID. *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999. Meno propenso a riconoscere l'utilità pratica della categoria dei valori, ma assolutamente fermo nel tracciare una distinzione metodologica tra l'interpretazione della legge e quella della Costituzione (proprio perché quest'ultima è costituita da norme di principio connotate da un peculiare contenuto assiologico) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, diffusamente, ma spec. 147 ss.; sulle categorie di valore e principio (e sulle loro complesse relazioni) ho provato a ragionare in A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica cit.*, diffusamente ma spec. 136 ss. e 357 ss.

<sup>85</sup> E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione cit.*, 849.

3) la superiore forza gerarchica che i principi costituzionali possiedono rispetto al resto dei principi ordinamentali (e, dunque, anche nei confronti delle regole ermeneutiche di cui all'art. 12 delle *preleggi*)<sup>86</sup>;

4) la particolare importanza che riveste la Corte costituzionale nell'ordinamento<sup>87</sup>;

5) la peculiarità dello stesso uditorio cui sono rivolte le sentenze della Consulta<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> L'applicabilità all'interpretazione della Costituzione delle regole dettate dalle *preleggi* è controverso: v. A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale cit.*, 96, che ritiene «sostenibile che l'art 12 abbia un'efficacia quanto meno suppletiva». G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 311, ritiene invece «forse bene che tale organo [la Corte costituzionale] sia sottratto a vincoli del livello ordinario come quelli delle *preleggi* in ordine alla interpretazione della Costituzione: una diversa soluzione potrebbe infatti mettere la Corte alla mercé degli organi di legislazione ordinaria e frustrare in parte la struttura costituzionale rigida». Contrario anche F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale cit.*, 58 s., il quale argomenta così la propria posizione: «1) le regole sull'interpretazione sono contenute in un atto normativo primario e non costituzionale (codice civile), mentre la Costituzione tace in proposito; b) la posizione, il ruolo e l'attitudine dei soggetti costituzionali (enti, organi) [...] le cui interpretazioni finiscono per concorrere in maniera determinante a definire le norme da seguire o da applicare alle fattispecie concrete».

<sup>87</sup> Come messo in luce da F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori cit.*, 59 s. secondo cui non si può disconoscere «che anche il soggetto interprete rivesta una posizione del tutto peculiare: tra i vari organi costituzionali la Corte costituzionale ricopre, infatti, un ruolo specialissimo. Senza voler arrivare a sottoscrivere in pieno il paradosso di Mezzanotte (*Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 50 ss.) secondo cui “se non ci fosse una Costituzione, oggi avremmo in ogni caso bisogno di una Corte costituzionale”, perché “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 di legalità”, sta di fatto (e, secondo me, di diritto: perché il diritto non è solo “dover essere”, ma anche “essere”, specie nelle istanze supreme del diritto costituzionale!) che *il ruolo preponderante della Corte nell'interpretazione costituzionale è indiscutibile*, non soltanto per il suo ruolo istituzionale, ma perché, come ebbi a dire, molto più che dalla dottrina, da essa “sono venuti i maggiori contributi all'intendimento del ruolo pervasivo dei diritti fondamentali” e che la sua giurisprudenza “- piaccia o non piaccia - rappresenta quello che è il diritto costituzionale vigente ed effettivo”» (l'ultima citazione riportata è tratta da ID., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 21).

<sup>88</sup> La relazione tra l'elemento intersoggettivo dell'interpretazione costituzionale ed il desiderio della Costituzione di durare nel tempo è affrontato da C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza cit.* 1682: «Qui è il punto di congiunzione con le teorie dell'argomentazione, che come abbiamo visto erano partite dall'esigenza di recuperare terreni che il razionalismo cartesiano aveva abbandonato all'emotivismo e al soggettivismo. La considerazione che per esse la discussione come tale, dunque la dimensione intersoggettiva, è il momento fondante della deliberazione pratica corrisponde alle caratteristiche dell'interpretazione costituzionale quale interpretazione di testi destinati a comporre variamente nel corso del tempo i principi che costellano l'orizzonte di senso dello Stato costituzionale: perché i mutui apprendimenti che della discussione sono il risultato più duraturo acquistano essi stessi un significato di principio proprio quando le interpretazioni si riferiscano a testi strutturati per principi, che è poi il modo con cui il diritto costituzionale è in grado di reagire alle incognite del tempo». Vedi ancora F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori cit.*, 63 s., il quale richiama la relazione tra la logica del probabile (che sottende all'argomentazione della Corte in tema di ragionevolezza) ed il concetto di uditorio: «è qui che *le teorie dell'argomentazione, la logica del probabile e la comunità degli interpreti* prendono il posto dei metodi dell'interpretazione classica. Come Perelman dobbiamo divenir consapevoli della centralità del concetto di uditorio ... per valutare la giustezza di una decisione; dobbiamo tener ferma, secondo le parole dello stesso Bobbio, la distinzione tra “ragionamento dimostrativo che vale [o direi che vorrebbe valere] indipendentemente dalle persone cui è diretto e ragionamento persuasivo che vale solo in riferimento ad un determinato uditorio” (Bobbio, *Prefazione* all'edizione italiana di C. Perelman - L. Olbrechts Tyteca, *Trattato dell'argomentazione-La nuova retorica*, XIII); dobbiamo “rassegnarci” ad un *diverso grado (o forse una diversa forma) di certezza giuridica*, che non pretende universalità o

Tuttavia, al di là di ciò che si potrebbe pensare *ictu oculi*, tali ragioni, se denunciano, e ad avviso di chi scrive lo fanno inoppugnabilmente, la peculiarità dell'interpretazione costituzionale, non risolvono il problema del *verso dell'argomento temporale*, ossia non ci dicono se la Costituzione debba essere interpretata prevalentemente in senso evolutivo o conservativo.

Contro un metodo *iper-evolutivo* è piuttosto forte l'obiezione di chi, come Massimo Luciani, sostiene la peculiarità del momento costituente e del *surplus* di legittimazione democratica che da esso deriva. Se dal punto di vista politico il rispetto per la lettera della legge è anche rispetto per il principio di legalità e, dunque, della sovranità parlamentare, allora il rispetto della lettera della Costituzione diviene rispetto per il momento democraticamente fondativo dell'intero ordinamento. Tale *funzione fondativa* ridonda nel tipo di attività ermeneutica che deve essere posta in essere, così «se per tutti gli interpreti il testo è necessariamente il significante di riferimento, per l'interprete della Costituzione quel significante reclama una maggiore stabilità interpretativa di quella richiesta dalla legge, e sollecita un più robusto ancoraggio alla voluntas dell'autore storico»<sup>89</sup>.

Ad una simile obiezione si potrebbe rispondere che il rispetto della fondazione democratica è rispetto per i valori oggettivati nella Costituzione piuttosto che per la lettera della Costituzione stessa; tuttavia non si può ignorare la delicatezza del tema, soprattutto considerando che nel sistema giuridico attuale, come detto sopra, anche a causa del vuoto assiologico derivante dal relativismo imperante, la Carta fondamentale è l'unico riferimento per la legittimazione del potere.

Esiste poi un ulteriore argomento che potrebbe frenare l'entusiastica adesione ad un'ermeneutica costituzionale aprioristicamente evolutiva: un argomento di sapore teorico e che si pone in una relazione in certi termini paradossale con quanto abbiamo fin qui detto.

Esaminando il dibattito sull'interpretazione evolutiva della legge abbiamo aderito alla tesi di Emilio Betti, il quale ritiene che la propensione evolutiva dell'interpretazione normativa derivi dal suo essere attività non solo cognitiva ma anche pragmatica, in quanto la *raison d'être* di una norma è la sua applicazione e, perciò, la sua interpretazione non può prescindere (nemmeno in via teorica) dalla prospettiva di tale applicazione. In questo senso, si può dire che *la natura dell'oggetto da interpretare rifluisce sul metodo di interpretazione*. Ma, se questo è vero, dobbiamo tener presente quanto sostiene autorevole dottrina circa l'interpretazione costituzionale: ossia che essa, proprio perché ha ad oggetto norme di principio di peculiare contenuto, non può essere risolta in termini di mera applicabilità<sup>90</sup>. I principi costituzionali, a differenza di quelli legislativi, non sono unicamente

---

precisione geometrica ma che, ciononostante, rigetta il dominio assoluto del caso; che si fonda su “un tentativo di recuperare l'etica al dominio della ragione, seppur di una ragione pratica, distinta dalla ragion pura” (Bobbio, *ibidem*) ... Molto perspicuamente Gaetano Silvestri (*Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 248), in questo ordine di idee, afferma che “la razionalità dei contenuti che via via si potranno ascrivere alle disposizioni di principio della Costituzione dipenderà dal modo in cui le parole e le frasi [ancor meglio di direbbe: gli enunciati] in essa contenute saranno sentite dalla coscienza collettiva”. Insomma, 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».

<sup>89</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione cit.*, 49, corsivi nostri.

<sup>90</sup> A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Rivista Aic*, 21 novembre 2007: «Poiché nei giudizi “comuni” si deve risolvere una controversia fra due “parti” intorno a determinati (concreti) interessi sociali sulla base delle norme (= regole) di legge, l'interpretazione/applicazione di quest'ultime è diretta ad *attribuire a, oppure a privare, una categoria o un gruppo di soggetti giuridici, oppure un determinato individuo, di taluni “beni della vita”* (proprietà, libertà, utilità, etc.). I giudizi di costituzionalità svolgono, invece, tutt'altra funzione nell'ambito del sistema giuridico complessivo, poiché il loro fine è quello di *verificare se una determinata “regola (legislativa)” sia compatibile oppure incompatibile con il quadro dei principi e dei valori stabilito dalle norme costituzionali*. In quest'ultimo caso, cioè, si ha a che fare con un giudizio «astratto», nel quale una proposizione normativa legislativa disciplinante una determinata fattispecie (= regola) viene messa a confronto con i principi costituzionali rilevanti nella materia disciplinata allo scopo di verificare se è “valida” o “invalida”, ossia se è costituzionalmente “giustificata” oppure no. Insomma,

diretti a produrre una *regola di condotta ma devono essere considerati in termini di valore*<sup>91</sup>: *il bilanciamento, non la sussunzione è il modo di utilizzare i principi costituzionali*<sup>92</sup>. Ma, se ciò che connota la propensione evolutiva dell'interpretazione degli atti normativi è la tensione di questi ultimi ad essere applicati come regole di condotta, allora questa *deminutio* nel coefficiente di applicabilità del testo costituzionale rende inestensibile alla Costituzione quanto affermato sul piano legislativo? Se le regole di condotta devono evolversi per essere applicate, lo stesso si può dire per i principi costituzionali la cui dimensione di valore prescinde dalla traducibilità in regole di condotta? E, infine, tali valori nel tempo devono essere difesi dai mutamenti o deve esserne implementata l'evoluzione?

Vogliamo sottolineare il paradosso cui accennavamo poche righe sopra e che evidenzia quanto questo argomento sia intricato: abbiamo posto in evidenza come sia in Italia sia in America, tendenzialmente un'impostazione formalista promuova modelli di interpretazione "originalista"

---

mentre nel primo caso (c.d. giudizi comuni: civile, penale, etc.) l'interpretazione/applicazione delle norme (legislative) è preordinata a una funzione di "aggiudicazione" (= attribuzione/privazione di un bene giuridico a un determinato soggetto), nell'altro caso (giudizio di costituzionalità) la medesima attività è invece orientata al (diverso) fine della "validazione/invalidazione" o della "giustificazione/non giustificazione" di una determinata "regola (legislativa)" rispetto al complesso dei "principi normativi" posti a fondamento (positivo) del complessivo ordinamento giuridico (= costituzione). [...] In realtà, secondo la mia esperienza e la mia conoscenza, i c.d. giudici comuni e i giudici della costituzionalità operano (= interpretano/applicano le norme) in modo del tutto opposto».

<sup>91</sup> A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione cit.*, 218 ss.; vedi il passo che abbiamo già citato alla nota 83 di questo lavoro.

<sup>92</sup> Cfr. ancora A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini cit.*: «è chiaro che l'applicazione delle norme (= regole) in tali giudizi segue sempre lo schema logico del *sillogismo deduttivo o sussuntivo*: la "regola", una volta precisata o enucleata alla luce dei principi legislativi (generali), costituisce la "premessa maggiore"; il "caso individuale" dedotto in giudizio (= lo specifico e circostanziato rapporto giuridico in contestazione) rappresenta la "premessa minore"; la decisione del "caso" è la "conclusione" del medesimo sillogismo. Nell'ipotesi del giudizio di costituzionalità, invece, colui che interpreta/applica le norme (costituzionali) procede in modo diametralmente inverso. Innanzitutto, tutte le norme costituzionali, incluse quelle che appaiono come le più particolari (ad es. la necessità di convertire i decreti-legge entro 60 giorni dalla loro emanazione), vanno comprese nel significato loro attribuibile in modo da riferirle ai principi supremi e ai valori ultimi della costituzione (come sentiti e vissuti dalla comunità politica). [...] In secondo luogo, dai principi costituzionali non vengono "dedotte" le "regole" per decidere il giudizio, per il semplice motivo che la questione di costituzionalità viene decisa, non in base a una (presunta) "regola", ma in base a "principi": *in genere, il giudice della costituzionalità procede a una "riduzione" della "regola" legislativa (= generale e astratta) oggetto del giudizio ai principi o ai valori ad essa sottesi, al fine di valutare la compatibilità/incompatibilità di questi ultimi con il quadro dei principi e dei valori costituzionali ritenuti rilevanti rispetto alla "regola" contestata*. È evidente che il tipo di giudizio da ultimo descritto non applica, né può applicare, il modello logico della "sussunzione" (= sillogismo deduttivo), a meno di non confondere quest'ultima – come sembra fare Guastini – con il rapporto tra particolare e generale, tra specie e genere. Infatti, in tal caso, mancano tutti e due gli elementi propri di quel modello logico. Da un lato, non si deduce alcuna "regola" da principi o in base ai principi (costituzionali), ma avviene esattamente l'inverso: le "regole" (legislative) e le norme-principio (costituzionali) vengono "ridotte" o "trasformate" nei valori o nei principi ultimi su cui sono fondate. Dall'altro lato, il giudizio (di costituzionalità) viene effettuato procedendo a una valutazione di compatibilità/incompatibilità tra due distinti ordini di "principi": quelli stabiliti, secondo una certa gerarchia e un certo ordine di preferenza, dalla costituzione e quelli implicati, secondo una certa gerarchia e un certo ordine preferenziale, dalla "regola (generale e astratta)" contenuta nella norma legislativa della cui costituzionalità si dubita. [...] Si tratta di tutt'altra cosa, molto più vicina all'idea di un grande civilista e giudice costituzionale, come Luigi Mengoni, per il quale, mentre nel giudizio civile (come in quello penale o amministrativo) il bilanciamento dei principi è sempre strumentale all'elaborazione della "regola" volta a risolvere una concreta controversia, nel giudizio di costituzionalità, invece, il bilanciamento (= applicazione) dei principi costituzionali è di per sé risolutivo (= sufficiente a formare il parametro di giudizio) senza implicare affatto la formulazione di alcuna "regola"».

mentre un approccio sostanzialista di solito propenda per un esito opposto. Tuttavia proprio l'accettazione degli assunti meno formalisti, che vogliono la Costituzione come un testo non riducibile agli altri, mette in crisi gli assunti che collegano l'evoluzione all'applicazione.

In sostanza, da queste poche riflessioni ci pare risulti che l'interpretazione costituzionale possieda *peculiari ragioni per essere evolutiva e ragioni altrettanto peculiari per essere conservativa*.

In questa sede, non è possibile esaminare più da vicino il problema: ci permettiamo così per ora di arrestarci su di un cammino che speriamo di riprendere presto in maniera più compiuta.