

Alessandro Pace

## INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE E INTERPRETAZIONE PER VALORI\*

Sommario: 1. *Le due diverse prospettive ermeneutiche.* - 2. *Prevalenza delle regole, e non dei principi, nell'articolato costituzionale.* - 3. *Talune caratteristiche strutturali delle regole. Regole e pluralismo.* - 4. *Onnipresenza dei valori. Conformità a Costituzione dell'art. 12 delle preleggi.* - 5. *Superamento storico del giuspositivismo.* - 6. *Le tre ragioni della mia scelta di metodo.* - 7. *La necessità di individuare correttamente la fattispecie disciplinata.* - 8. *L'individuazione del contenuto precettivo. L'esempio dell'art. 13 Cost.* - 9. *La Corte costituzionale non ha un suo tipico metodo interpretativo e non ha il monopolio dell'interpretazione costituzionale.*

### 1. *Le due diverse prospettive ermeneutiche.*

In questo dibattito provocatoriamente organizzato dall'amico e collega prof. Gaetano Azzariti, i due relatori – secondo le prevedibili intenzioni dell'organizzatore – avrebbero dovuto, a beneficio dei dottorandi (si fa per dire...), esporre i metodi interpretativi rispettivamente da loro utilizzati: il prof. Modugno l'interpretazione per valori e chi vi parla il c.d. metodo giuspositivista «temperato».

Il prof. Modugno, in apertura della sua relazione, ha però subito affermato di non saper bene «che cosa s'intenda per interpretazione per valori» e quindi di non riconoscersi tra i sostenitori di tale teoria<sup>1</sup>. Così facendo Modugno ha visibilmente deluso il prof. Azzariti. Assai meno ha sorpreso me, essendomi note le differenze che passano tra le applicazioni pratiche del prof. Modugno - riconducibili all'interpretazione per valori (come nel prosieguo cercherò di evidenziare) - e le sue teorizzazioni che invece sostengono l'ineliminabile importanza del testo.

Sotto questo secondo profilo i nostri metodi, almeno in teoria, non dovrebbero poi essere tanto lontani tra loro, posto che Modugno dichiaratamente si ricollega alla teoria ermeneutica di

---

\*Relazione tenuta il 12 maggio 2005 nell'ambito dell'incontro con il prof. Franco Modugno dal titolo «*Interpretazione costituzionale interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto*», organizzato dal prof. Gaetano Azzariti, direttore del Corso di dottorato di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma.

Per precedenti improcrastinabili impegni l'a. non è stato in grado di consegnare la versione definitiva e corretta della sua relazione prima del luglio 2006. Gli argomenti utilizzati nel dibattito sono rimasti invariati, è stato però seguito in parte un diverso ordine di esposizione e sono state aggiunte le note a pie' di pagina.

<sup>1</sup> **F. Modugno**, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1.

Hans-Georg Gadamer, e Gadamer, a sua volta - per ciò che riguarda l'ermeneutica giuridica (che riconosce avere «un rapporto costitutivo con la dogmatica») - si ricollega a Emilio Betti<sup>2</sup>, dei cui insegnamenti ho cercato di fare applicazione nel saggio *Metodi interpretativi e costituzionalismo*<sup>3</sup>, sottoposto a critica dal mio collega.

Il vero è che Modugno ha mantenuto la sua relazione sempre a livello teorico, non offrendo alcun esempio degli esiti pratici delle sue teorizzazioni. Perciò, per verificare la bontà del metodo che egli segue, bisogna rivolgersi ad altri suoi lavori, ai quali accennerò in prosieguo.

Diversamente dalla relazione del prof. Modugno, che è stata, per così dire, deduttiva, la mia sarà invece induttiva, in quanto cercherò di evidenziare i fatti e le ragioni che mi hanno indotto, prima istintivamente nei miei lavori giovanili, e poi con maggiore senso critico, a seguire un metodo interpretativo preoccupato di non tradire la lettera della Costituzione, ma pronto ad utilizzarne, nel rispetto dei valori costituzionali, tutti gli spazi lasciati liberi all'interprete. Un metodo che, se usato con consapevolezza del contesto storico e politico che ci circonda<sup>4</sup> (quella consapevolezza che per Bryce è la quintessenza del costituzionalista)<sup>5</sup>, può tutt'oggi essere considerato come il più funzionale nella difesa intransigente dei principî del costituzionalismo garantista.

Che il metodo, seguito da me e da molti altri<sup>6</sup>, tenti, secondo il mio contraddittore, «di rimettere indietro l'orologio degli studi giuridici»<sup>7</sup>, non mi tocca minimamente, in quanto - come diceva un filosofo indiano - «non tutto ciò che vien dopo è progresso».

Comunque sia, a parte il rilievo che la posizione di Modugno è tutt'altro che maggioritaria - come invece egli ritiene<sup>8</sup> -, confesso che, personalmente, non sono mai stato attratto da metodi,

<sup>2</sup> **H.-G. Gadamer**, *Verità e metodo* (*Wahrheit und Methode*, 1972), trad. it. **G. Vattimo**, III ed., Bompiani, Milano, 2004, 671 ss., 681.

<sup>3</sup> ...in *Quad. cost.*, 2001, 38 ss.

<sup>4</sup> **L. Paladin** nel saggio *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 26, Giuffrè, Milano, 1997, ha sottolineato il peso che, dai costituzionalisti italiani, è attribuito «alla prassi, ai precedenti, alle convenzioni, agli usi, ai comportamenti tenuti dai soggetti politici in genere e principalmente dai titolari degli organi costituzionali».

<sup>5</sup> **J. Bryce**, *The Action of Centripetal and Centrifugal Forces on Political Constitutions*, in **Id.**, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901, 258. Significativa è l'affermazione, pienamente coincidente con quella di Bryce, di **T. Martines**, *Introduzione al diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, 103, secondo cui «costituzione e storia percorrono un cammino comune».

<sup>6</sup> V. *infra* la nota 8.

<sup>7</sup> **F. Modugno**, *Interpretazione costituzionale*, cit., 22.

<sup>8</sup> Nelle battute conclusive del saggio *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 60 indicavo, come studiosi che ritenevo (e ritengo) a me vicini, per il metodo interpretativo da loro seguito, Sergio Bartole, Lorenza Carlassare, Leopoldo Elia, Valerio Onida, Alessandro Pizzorusso, Giuseppe Ugo Rescigno e il carissimo Livio Paladin, scomparso appena qualche mese prima. Avrei però potuto, altrettanto a ragione, citare, già tra i soli studiosi ascrivibili alla stessa scuola di Esposito e di Crisafulli cui Modugno è appartenuto, ma che sono ben lontani dal metodo seguito dal mio contraddittore, Adele Anzon, Stefano Maria Cicconetti, Antonio D'Atena, Pierfrancesco Grossi e Federico Sorrentino. Come fa allora **F. Modugno**, *op. cit.*, 22, ad affermare che «la dottrina in maniera decisamente maggioritaria e non solo italiana, con tutte le perplessità del caso» avrebbe, «da decenni, accolto» il metodo da lui seguito? Del resto, lo stesso **R. Alexy**, voce *Interpretazione giuridica*, in *Enc. sc. soc.*, vol. V, Ist. Enc. it., Roma, 1996, 68, afferma che nessun metodo interpretativo trova oggi il consenso generale.

Quanto alla ascrizione, da me fatta, di Livio Paladin tra i giuspositivisti critici, non sono affatto d'accordo con Pinelli quando egli afferma che la posizione di Livio Paladin sarebbe «più sfumata, se non tormentata» (così **C. Pinelli**, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in onore di L. Paladin*, vol. III, Jovene, Napoli, 2004, 1670 s.). A parte il fatto che le frasi di Paladin riportate da Pinelli sono di per sè stesse sufficienti a confermare l'ascrizione da me fatta, posso testimoniare che, nelle molte chiacchierate che facevamo durante le vacanze estive trascorse insieme a Cortina d'Ampezzo, era indiscutibile la posizione nettamente critica di Livio nei confronti dei sostenitori dell'interpretazione per valori, da lui tacciati di infondato ottimismo. E, del resto, per ciò che riguarda la giurisprudenza costituzionale, cos'altro avrebbe potuto fare un ex presidente della Corte, se non di invitare la Corte stessa ad essere coerente sia nella propria giurisprudenza sia nella motivazione delle decisioni? Il che è appunto ciò che risulta dalle stesse citazioni da Pinelli nel suo saggio.

**F. Modugno**, *op. loc. cit.*, non si ferma però alla dottrina, ma sostiene che anche «le Corti costituzionali dei paesi di più solida tradizione giuridica» seguirebbero lo stesso suo metodo. Personalmente non sono in grado di ribattere puntualmente la sua affermazione, peraltro non corroborata da esempi. Posso però osservare, quanto al *Tribunal constitucional* spagnolo, che ciò è inesatto, almeno con riferimento a quelle (non poche) decisioni che io conosco in materia di diritti fondamentali e di immunità delle supreme cariche (parlamentari e governative). Altrettante perplessità solleva l'asserita corrispondenza al metodo di Modugno della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. **R. Alexy**, voce *Interpretazione giuridica*, in *Enc. sc. soc.*, vol. V, Ist. Enc. it., Roma, 1996, cit., 66, sottolinea infatti che in una sola sentenza del BVerfG si farebbe accenno alla teoria dell'argomentazione [BVerfGE, vol. 82, 30 ss., spec. 38 (1990)]. Con riferimento alla giurisprudenza della *U.S. Supreme Court*, deve poi essere ricordato che, variando l'estensore dell'*opinion for the Court*, muta anche l'approccio, «*strict constructionists*» o «*loose constructionists*», del testo costituzionale. Quanto infine alla nostra Corte costituzionale, è risolutivo quanto ha sottolineato Carlo Mezzanotte nella sua relazione su *Tecniche argomentative e diritti fondamentali*, in un seminario tenuto alla LUISS il 6 maggio 2005. In tale occasione, grazie alla sua esperienza di giudice costituzionale, egli ha testimoniato che la Corte non segue «un» metodo ma, a seconda del caso, sceglie «il» metodo più funzionale alla decisione (ciò è quanto appunto risulta dall'analisi della giurisprudenza costituzionale del 2006: v. *infra* il § 9). Cfr. altresì quanto rilevato da **L.H. Tribe** e **M.C. Dorf**, *Leggere la Costituzione (On Reading the Constitution)*, 1991, trad. it. D. Donati, Il Mulino, Bologna, 2005, 64, con riferimento all'utilizzazione di metodi tra loro opposti (a seconda dei casi: «*strict constructionists*» o «*loose constructionists*») da parte del *Chief Justice* Rehnquist; nonché quanto analogamente rilevato da **A. Dershowitz**, *Rights From Wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti (Rights From Wrongs. A Secular Theory of the Origins of Rights)*, 2004, trad. it. V. Roncarolo, Codice Edizioni, Torino, 2005, XIX nota 17 e 229, con riferimento a talune contraddizioni del *justice* A. Scalia rispetto alla dottrina «*strict originalist*» da lui esplicitamente propugnata.

per quanto *à la page*, se essi, in fin dei conti, mi lasciano perplessi quanto alle loro ricadute pratiche.

Ciò che infatti mi preoccupa è un altro e differente aspetto del mio mestiere di giurista. Già da qualche anno mi sono venuto sempre più convincendo che metodo interpretativo e costituzionalismo non possano, per un costituzionalista, andar dissociati. Anzi, poiché «la vera, grande sfida che si pone oggi al costituzionalismo (è) quella di ritrovare e di riaffermare la propria identità originaria di teoria giuridica dei limiti del potere politico (...), tutti noi - teorici di questa disciplina o operatori pratici - dovremmo riflettere sui contenuti del nostro lavoro quotidiano, per verificare se e quanto siamo stati coerentemente fedeli a questa filosofia politica»<sup>9</sup>.

E' quindi per tale ragione che - sulla quale v. anche *infra* il § 6 - mantengo ferma la mia scelta in favore di un metodo che soddisfa queste finalità garantiste senza dubbio meglio del metodo di Modugno.

## 2. Prevalenza delle regole, e non dei principî, nell'articolato costituzionale.

Non cercherò, nella mia relazione, di sottoporre a critica la relazione e i contributi del mio contraddittore se non laddove strettamente necessario, posto che il mio unico obiettivo è quello di illustrare le ragioni della mia scelta di metodo. Ma, proprio a tal fine, è necessario evidenziare subito un punto di radicale dissenso.

Secondo Modugno ed altri autorevoli colleghi<sup>10</sup> gli enunciati della nostra Costituzione sarebbero soprattutto «espressivi o costitutivi di principî, di scopi, di programmi»<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> V. il mio *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 900 s., e già prima, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 38 s., 60 s.

<sup>10</sup> Cito, ma senza alcuna pretesa di completezza, **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 148; **L. Mengoni**, *L'argomentazione in diritto costituzionale*, in **Id.**, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 126 (che però dissente da Zagrebelsky sull'assenza, nei principî, di una fattispecie); **G. Azzariti**, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in **AA.VV.**, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo* a cura di **A. Palazzo**, ESI, Napoli, 2001, 241; **C. Pinelli**, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, vol. III, Jovene, Napoli, 2005, 1682.

Non affermano che gli enunciati costituzionali conterrebbero solo (o prevalentemente) norme-principio, pur affermando che essi esprimerebbero valori, **A. Baldassarre** e **C. Mezzanotte**, *Presidente della Repubblica e maggioranza di governo*, in **AA.VV.**, *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1985, 69 ss.; **A. Baldassarre**, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. del dir.*, 1993, 654 ss.; nello stesso senso v. anche **M. Luciani**, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in **AA.VV.**, *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di **R. Romboli**, Giappichelli, Torino, 1991, 173.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, 4 s.

Tenuti presenti i termini concettuali della questione - e cioè che si deve intendere: per «principio» in senso stretto (o principio della «prima generazione») l'astrazione generalizzatrice di una pluralità di norme; per «norma-principio» (o principio della «seconda generazione») l'enunciato che prescrive un obiettivo o riconosce un diritto senza però prevedere alcuna disciplina di esso; per «regola» la norma di condotta<sup>12</sup> -, una disamina puntuale della Costituzione, a mio parere, porta invece a rilevare che solo nei primi dodici articoli, collocati sotto la rubrica «Principi fondamentali», sono effettivamente contenute «norme-principio», anche se gli artt. 7, 8 e 12 sembrerebbero piuttosto delle «regole» (che però per la loro importanza qualificante della forma di Stato il Costituente non poteva non inserire tra i principi fondamentali).

Per contro gli enunciati della Parte I («Diritti e doveri dei cittadini»), tranne talune ipotesi di norme squisitamente programmatiche (artt. 31, 35, 38, 45, 46 e 47), esprimono - tutti - delle regole. Non mi sembra infatti convincente la tesi di Modugno<sup>13</sup> e di Zagrebelsky<sup>14</sup>, secondo la quale un enunciato costituzionale contenente una data disciplina (che presuppone l'esistenza di una fattispecie) potrebbe essere scomposto in principi e regole. Sta di fatto che nel caso dell'art. 13 Cost., preso in considerazione da entrambi, l'alinea costituirebbe il principio e i commi 2-5 le regole. Sul punto tornerò anche prosiegua<sup>15</sup>. Fin d'ora deve però essere evidenziato, almeno con riferimento alla tesi di Modugno, secondo il quale l'alinea potrebbe contenere un principio estraneo alla fattispecie successivamente disciplinata, che è logicamente impossibile sia di far operare l'alinea, nel contempo, come norma-principio e come testa di capitolo delle regole

---

<sup>12</sup> V. le attente e rigorose puntualizzazioni di **A. D'Atena**, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3065 ss., riprese e sviluppate in **Id.**, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, 15 ss.. A D'Atena si deve la distinzione fra principi della prima e della seconda generazione.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, 15..

<sup>14</sup> **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 148 s., secondo il quale le norme costituzionali consisterebbero prevalentemente in principi e non in regole..

E' significativo, per quanto si afferma nel testo, che lo stesso a., in un'opera successiva (**G. Zagrebelsky**, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, 17), ricordi una discussione in camera di consiglio nella quale era stato posto il problema se l'art. 25, comma 2 - che secondo l'impostazione dell'a. riferita ne *Il diritto mite*, dovrebbe essere considerato come principio - potesse intendersi come «principio riguardante non solo le norme penali in senso stretto ma anche le norme che regolano l'esecuzione delle pene», il che evidentemente testimonia che, almeno negli altri giudici, l'art. 25, comma 2 era considerato come una regola dalla quale si intendeva dedurre (giustamente, a mio avviso) il principio (di prima generazione) di cui parla Zagrebelsky nel suo più recente libro.

<sup>15</sup> V. *infra* il § 7.

successivamente formulate<sup>16</sup>, sia di considerare i successivi commi *indipendentemente* dall'alinea (e cioè come se questa non esistesse!), con la conseguenza di privare i quattro commi successivi del loro collegamento testuale con la «testa di capitolo» (appunto la proclamazione della libertà personale).

Quanto poi alla Parte II («Ordinamento della Repubblica»), bisogna distinguere le norme dei titoli I, II e III, sez. I (artt. 55-96) dalle altre (artt. 97-139). Mentre queste seconde sono certamente delle regole, le prime, pur essendo ascrivibili alla regole, hanno però caratteristiche diverse da quelle che contemplano situazioni giuridiche soggettive nella Parte I, in quanto, prevedendo rapporti tra organi costituzionali, sono più esposte ai condizionamenti della politica, e quindi a modifiche consuetudinarie, convenzionali o in via di prassi<sup>17</sup>.

Il fatto di ritenere che la Costituzione sia prevalentemente un insieme di «regole» (che, poi, esse vengano spesso chiamate «principi», in considerazione della loro fondamentale importanza - anche interpretativa delle leggi ordinarie - è un altro paio di maniche!) e non un insieme di norme-principio, non esclude, ovviamente, l'applicabilità ad esse delle teorie dell'argomentazione a cui Modugno, come altri, fa riferimento. Significa però che il testo - che per Gadamer, come per Heidegger, è solo un «progetto» incompiuto (che acquista compiutezza solo con l'interpretazione)<sup>18</sup> - non andrebbe considerato come un progetto «di massima», ma come un progetto «esecutivo», essendo in esso prevista anche la disciplina del diritto proclamato.

Conseguentemente, per usare le parole del filosofo tedesco, il testo pre determina esattamente l'angolo «prospettico»<sup>19</sup> dal quale l'interprete deve valutare la disposizione per penetrare nella norma che dovrà poi applicare al caso di specie. Per lo stesso Gadamer, infatti, l'interprete «non sceglie, come vuole, il suo punto di vista, (ma) lo trova già prestabilito»<sup>20</sup>.

Ne discende (se applico bene concetti più volte espressi da Modugno con riferimento ai principi supremi, da lui qualificati come «valori allo stato puro») che la logica dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali - se le si considerano regole (come io, diversamente da Modugno

<sup>16</sup> ... altrimenti a quell'alinea si applicherebbero due discipline tra loro contraddittorie: quella più *soft* del principio e quella più rigida della regola

<sup>17</sup> In questo senso v. già **A. Pace**, *Disegno costituzionale e mutamenti della forma di governo*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1138. Sul problema (in parte diverso) secondo il quale le norme costituzionali non avrebbero tutte la stessa forza, v. invece, criticamente, **M. Luciani**, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri»*. *Notarelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Studi in onore di V. Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985,

<sup>18</sup> Così **G. Benedetti**, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 2.

<sup>19</sup> **H.-G. Gadamer**, *Verità e metodo*, cit., 679.

<sup>20</sup> **H.-G. Gadamer**, *Verità e metodo*, cit., 679.

e Zagrebelsky, le considero) - è pur sempre quella «rigida e bivalente del vero/falso<sup>21</sup>, di ciò che è e di ciò che non è (o meglio, del valido/invalido)». Ai valori e quindi ai principî supremi (in quanto entità pre-normative) si applicherebbe invece, sempre per Modugno, «la logica flessibile - ma non per questo non giuridica o meno giuridica - del possibile, del probabile, del ragionevole...»<sup>22</sup>.

Conclusione, questa, che è condivisibile con riferimento ai «valori» (che, a livello prenormativo, si muovono, per così dire, allo stato fluido), ai «principî supremi»<sup>23</sup> e alle «disposizioni di principio»<sup>24</sup>; ma che non è condivisibile con riferimento alle «regole» (su ciò tanto Zagrebelsky<sup>25</sup> quanto Modugno dovrebbero essere teoricamente d'accordo, ancorchè essi siano

<sup>21</sup> ...*rectius*, la logica del «conforme/diforme». Dice infatti bene **G. U. Rescigno**, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in questo volume, supra 16 del dattiloscritto, che «oggi nessun giurista si qualifica positivista, perché nessuno o quasi nessuno ritiene che nel discorso giuridico si possano enunciare proposizioni alle quali applicare la coppia «vero-falso»

<sup>22</sup> **F. Modugno**, *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale. (In occasione di un commento al messaggio alla Camera del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)*, in *Giur. cost.*, 1992, 1669 ss., spec. 1673; **Id.**, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 3 s.

<sup>23</sup> Nel senso della giuridicità dei principi supremi v. **F. Modugno**, *Interpretazione per valori*, 22., che però ne contesta il carattere normativo (**Id.**, *Il problema dei limiti*, cit., 679). Nel senso della normatività dei principi supremi v. invece **M. Mazziotti**, *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, in *Dir. e soc.*, 1996, 320, l'esattezza della cui conclusione è comprovata dalla necessità di dover valutare come leciti o illeciti i comportamenti tenuti dei consociati con riferimento a tali principi. Nello stesso senso, v. **A. Pace**, *L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1997, 35, ora in **Id.**, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, cit., 139 ss.

Un elenco dei principi supremi evidenziati dalla Corte nei giudizi di legittimità costituzionale di leggi ordinarie è in **M. Mazziotti**, *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, cit., 309, che manifesta condivisibili perplessità su ciò che il rango e la gerarchia di essi sarebbero il frutto di determinazioni derivanti da intuizioni valutative dei giudici costituzionali.

<sup>24</sup> Pur muovendosi in un'impostazione metodologica rigorosamente giuspositivistica **R. Guastini**, voce *Giuridico, ragionamento*, in *Enc. sc. soc.*, vol. IX, Ist. Enc. it., Roma, 2001, 141, ammette che i principi possano essere oggetto di bilanciamento (o ponderazione).

Comunque sia, ammettere il bilanciamento tra principi (*rectius*: tra disposizioni di principio) non significa però che ai principi «si aderisce» e «non si ubbidisce», come invece sostiene **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, 147 ss. Infatti, anche le operazioni di bilanciamento, laddove necessarie, costituiscono il risultato di una scelta «doverosa», che presuppone la soggezione dell'interprete al principio che deve applicare.

<sup>25</sup> **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, cit., 149, rileva che «se il diritto non fosse composto che di regole, non sarebbe insensato pensare alla "macchinizzazione" della loro applicazione per mezzo di automi pensanti, ai quali si dia il fatto e che ci diano il responso (...). Ma una simile idea, tipicamente positivista, è del tutto insensata in quanto nel diritto vi siano principi». Per la verità tale idea è insensata non già perché l'ordinamento costituzionale sarebbe

entrambi contrari all'identificazione come «regole» della gran parte delle disposizioni costituzionali) né è condivisibile con riferimento ai principi in senso stretto (o «principi della prima generazione»)<sup>26</sup>, che sono astrazioni generalizzatrici di regole<sup>27</sup> esistenti anche a livello costituzionale<sup>28</sup>.

### 3. *Talune caratteristiche strutturali delle regole. Regole e pluralismo.*

Merita tuttavia di essere sottolineato che gli enunciati della nostra Costituzione, quando contengono regole, si limitano a disciplinare solo singoli aspetti della situazione giuridica soggettiva proclamata, lasciando, per il resto, spazio (talvolta assai ampio) alle fonti primarie, se non anche alle fonti secondarie.

Ciò però non implica che siffatto «spazio residuo» refluisca nel «costituzionalmente irrilevante». La predeterminazione di tali «spazi residui» da parte della singola disposizione costituzionale consente infatti al valore sotteso alla disposizione costituzionale di indicare all'interprete la via da seguire ovvero consente, in un'ottica giuspositivistica, al principio (in senso stretto) desumibile dalla «regola» di impostare correttamente i problemi che sorgono in quello che si è chiamato lo «spazio residuo»<sup>29</sup>.

---

– come ritengono Zagrebelsky e Modugno – ormai composto da soli principi, ma perché essa è divenuta improspettabile da quando è venuta meno l'idea del giudice «*bouche de la loi*». Ne discende che ad una siffatta “macchinizzazione” non si potrebbe procedere nemmeno in presenza di un ordinamento composto di sole regole, per giunta chiarissime (che, come insegnava Emilio Betti criticando il noto brocardo «*In claris non fit interpretatio*», hanno anch'esse bisogno di essere interpretate).

<sup>26</sup> Sui quali, con rigore, richiama l'attenzione **A. D'Atena**, *opp. loc. cit.*, che giustamente ricorda, a proposito dei principi della prima generazione, che questi avrebbero un'eccedenza di contenuto deontico: **E. Betti**, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 211.

<sup>27</sup> A riprova della confusione di linguaggio che regna sovrana in questi temi, si pensi che uno studioso serio come **P. Ciarlo**, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 143 ss. sostiene che il bilanciamento riguarderebbe gli interessi, le norme-regola, le norme-principio, ma non i valori. Per talune perplessità che solleva questa impostazione, v. il mio *Metodi interpretativi*, cit., 58, nota 82.

Conviene sul punto che «l'interpretazione ha a che fare con un testo, il bilanciamento (in larga parte) no» **R. Bin**, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 143.

<sup>28</sup> **A. D'Atena**, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 17.

<sup>29</sup> Si pensi alla tutela costituzionale dei partecipanti alle riunioni in luogo pubblico anche quando queste non siano state ritualmente preavvisate (art. 17), alla tutela della libertà «negativa» di associazione (art. 18), al «trattamento processuale» dell'imputato implicabile dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27) e così via.



Va altresì rilevato che la considerazione degli enunciati costituzionali come «regole» e non come «norme-principio» non condiziona affatto, come da taluni si vorrebbe<sup>30</sup>, l'evoluzione in senso pluralistico della nostra e delle altre democrazie liberali. Ciò che fa del nostro ordinamento costituzionale una democrazia pluralista sono infatti le puntuali «regole» desumibili già di per sé dagli artt. 19 e 21, ai quali, *ad abundantiam*, possono essere aggiunti gli artt. 2, 18, 39 e 49 Cost.<sup>31</sup>.

Tali disposizioni, nell'ampiezza dei rispettivi enunciati, agevolmente «consentono la convivenza di più valori tra loro teleologicamente diversi ovvero pluralisticamente orientati»<sup>32</sup>.

D'altra parte, a riprova dell'importanza di queste disposizione sta il rilievo che la funzione della Costituzione come «strumento di unità»<sup>33</sup> non consegue concettualisticamente dalla «duttilità» dei principi<sup>34</sup>, ma consegue piuttosto, e per l'appunto, dai valori pluralistici espressi

---

<sup>30</sup> **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, cit., 167 ss., 172, sostiene infatti che «la dimensione del diritto per principi (è) quella più adatta alla sopravvivenza di una società pluralista, la cui condizione è il continuo riequilibrio attraverso transazioni tra valori» (ma evitando che il valore dell'economia li sovrasti tutti).

Dal canto suo **G. Azzariti**, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., 241, 239 e 237, dopo aver affermato che «nelle democrazie pluraliste le Costituzioni, per farsi valere (dal punto di vista normativo, ma ancor prima sociale) e dunque potersi legittimamente collocare al vertice del sistema politico costituzionale (come *higher law*), devono dimostrare di saper svolgere quella funzione di integrazione sociale che si pone a proprio fondamento di legittimazione», ritiene che ciò in tanto si realizza in quanto le norme costituzionali in uno Stato costituzionale si caratterizzerebbero essenzialmente come «norme di valore», che si risolvono in principi.

Devo tuttavia confessare che non mi è chiaro a cosa alluda Azzariti sostenendo che le norme costituzionali sarebbero norme di valore. Mi è chiara la struttura delle norme-principio (mere asserzioni prive di disciplina) e delle regole di condotta, ma i valori sono prenormativi, come lo stesso Azzariti riconosce. Vivono, per così dire, allo stato fluido, e quando sono positivizzati prendono la forma di norme-principio o di regole.

<sup>31</sup> In questo senso si vedano le decisioni della Corte costituzionali che hanno affermato il principio della laicità dello Stato, analizzate da **A. Oddi**, *Il principio di «laicità» nella giurisprudenza costituzionale*, in **AA.VV.**, *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli nei luoghi pubblici*, a cura di **R. Bin**, **G. Brunelli**, **A. Pugiotto**, **P. Veronesi**, Giappichelli, Torino, 2004, 242 ss. cui adde la sentenza n. 243 del 2001.

<sup>32</sup> **G. Azzariti**, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., 239.

<sup>33</sup> Tra i molti, in questo senso, v. **G. Zagrebelsky**, *Principi e voti*, cit., 42.

<sup>34</sup> È significativo che il bel libro di **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite* sia stato tradotto in spagnolo col titolo *El derecho dúctil*, trad. sp. M. Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 1995. Su di esso v. la recensione di **R. Guastini**, *Derecho dúctil, derecho incierto*, in *Anuario de filosofía del derecho*, n.s., vol. XIII-XIV, 1996-1997, 111 ss. La critica di **P. Grossi**, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, 65, al diritto mite è diversa: quella di Zagrebelsky sarebbe una «felice idealizzazione» più che «una diagnosi realistica».

negli enunciati costituzionali sopra indicati: quei valori pluralistici che sono fondamento della superiorità sostanziale della nostra Costituzione e causa della sua legittimazione popolare<sup>35</sup>.

#### 4. *Onnipresenza dei valori. Conformità a Costituzione dell'art. 12 delle preleggi.*

Detto ciò, ed entrando finalmente nel cuore del tema assegnatomi, devo avvertire che c'è un'altra premessa, dalla quale io parto, che è diversa da quelle da cui muove Modugno.

Io non ritengo, almeno a livello di interpretazione costituzionale, che si possa ritenere *a priori* teoricamente preferibile un certo metodo interpretativo più che un altro. In altre parole, anche il metodo interpretativo costituisce, a mio parere, l'oggetto di una scelta che, se non imposta, è quanto meno condizionata dal diritto positivo.

Tale scelta presuppone infatti la verifica dell'oggetto a cui tale metodo dovrà essere applicato dall'operatore pratico: nella specie, l'ordinamento costituzionale italiano, e non quindi l'ordinamento costituzionale statunitense o quello britannico. Il che significa, a mio parere, che l'interpretazione di queste tre Costituzioni potrebbe legittimamente seguire metodi diversi tra loro.

Faccio poi una seconda premessa. Anch'io, come Modugno, parto dall'idea che tutte le norme costituiscono la conseguenza di un giudizio di valore. Così è a dire per la disposizione legislativa che conferisce poteri contingibili e urgenti al prefetto, per quella che rinvia l'esecutività degli sfratti per finita locazione, per quella che determina l'indennizzo da corrispondere in caso di espropri ecc. Invece, per le varie disposizioni che, in questi ultimi quindici anni, hanno prorogato la possibilità delle emittenti televisive prive di concessione di non essere disattivate non si può parlare di valori, ma solo di «interessi» (dietro ai valori ci sono spesso anche interessi, ma talvolta gli interessi non hanno l'alibi di potersi nascondere dietro un valore...)<sup>36</sup>.

Essendo caratterizzate da scelte della massima politicità, anche le norme costituzionali - nessuna esclusa - presuppongono valori e quindi giudizi di valore in nome dell'unità della Repubblica, della pace, della difesa della Patria, della dignità umana, dell'eguaglianza, delle libertà civili, dei diritti etico-sociali, delle libertà economiche e politiche (e quindi del pluralismo), della famiglia, della maternità, del lavoro, dell'ambiente, del diritto di agire e di difendersi in giudizio, del diritto di sciopero, della proprietà privata e così via.

Ma proprio perché è indubbio che dietro *tutte* le norme costituzionali vi siano valori, e quindi giudizi di valore, stupisce, allora, che, con riferimento a controversie attinenti al riparto

<sup>35</sup> Sulla duplice superiorità delle costituzioni rigide - formale e sostanziale - v. il mio *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legalstivi*, cit., 80 ss., 156 ss., 276 ss.

<sup>36</sup> Ad es., soltanto di interessi si può parlare se ci si riferisce alla disposizione, dichiarata incostituzionale con la sent. n. 24 del 2004, che prevedeva la temporanea immunità dei titolari delle cinque alte cariche dello Stato per i reati da loro commessi «al di fuori» (*sic!*) dell'esercizio delle funzioni costituzionali loro assegnate...

delle competenze legislative tra Stato e Regioni, la Corte costituzionale abbia deciso, in più di un'occasione, che «...non viene in considerazione la ripartizione delle competenze tra Stato e Regione perché si tratta del valore dell'informazione» (sent. n. 348 del 1990) oppure «perché si tratta del valore della cultura» (sent. n. 307 del 2004) oppure perché «la ricerca scientifica deve essere considerata non solo una “materia”, ma anche un “valore” costituzionalmente protetto» (sent. n. 423 del 2004)<sup>37</sup>.

Ragionando come se solo talune norme costituzionali presuppongano valori, la Corte ha in queste decisioni palesemente dimenticato che anche il riparto di competenze presuppone un giudizio di valore del Costituente; e pertanto, in palese violazione di una scelta politica assunta al massimo livello, ha conseguentemente istituito, su date materie, un «concorso libero tra fonti», che è la negazione del principio di competenza.

Inoltre, poiché il concetto di costituzione, a parere di altri autorevoli studiosi (che io condivido), è un concetto storico (anche le Costituzioni bonapartiste e quelle dei regimi comunisti erano infatti costituzioni, pur non ispirandosi ai principi dell'art. 16 della *Déclaration* del 1789!), e non assiologico (come invece i concetti di costituzionalismo e di Stato costituzionale)<sup>38</sup>, ne consegue che anche valori al giorno d'oggi considerati «negativi» dalla maggioranza degli italiani (ad es. il razzismo) possono costituire fonte di legittimazione e quindi fondare costituzioni valide ed effettive<sup>39</sup>.

In altre parole, non dovremmo mai dimenticare che tutti noi, giuristi e non, abbiamo a che fare continuamente sia con valori costituzionalmente recepiti, sia con valori radicalmente alternativi a quelli positivamente recepiti in Costituzione (oltre che al razzismo si pensi ai «disvalori» costituzionali rappresentati dalle ideologie fasciste e xenofobe tuttora esaltate in Italia addirittura in luoghi pubblici o aperti al pubblico), sia con valori e disvalori che fanno parte del «costituzionalmente irrilevante»<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Quest'ultima decisione richiama a sua volta, sul punto, le sentenze nn. 407 del 2002 e 259 del 2004. Per ulteriori indicazioni dell'utilizzazione di questo o quel valore per sostituirsi ai criteri di riparto della competenza legislativa, v. **A. Masaracchia**, *La «costruzione» e l'impiego di parametri non scritti nella giurisprudenza delle Corti supreme nordamericane, della Corte di giustizia delle Comunità Europee e della Corte costituzionale italiana*, in questo volume *infra* ...

<sup>38</sup> V., anche per le ulteriori citazioni, i miei *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., 111 ss.; *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, cit., p. 890 ss.; *Il costituzionalismo: modelli (se del caso) imitabili, ma non da esportare*, in **AA.VV.**, *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione* a cura di **R. Orrù** e di **L.G. Sciannella**, Giappichelli, Torino, 2004, p. 323 ss.

<sup>39</sup> Per brevità rinvio al mio *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., p. 277.

<sup>40</sup> ...allorchè la Costituzione rimetta al legislatore la possibilità di vietare o non certi comportamenti: si pensi alle manifestazioni di pensiero soggettivamente false, che di per sé non sono costituzionalmente garantite, ma nemmeno costituzionalmente vietate: **C. Esposito**, *La libertà di manifestazione del pensiero*, p. 36.

Ma se sono indiscutibili sia la pre-normatività dei valori - ancorché giuridicamente condizionanti - sia la varietà e quindi la potenziale conflittualità di essi, è di tutta evidenza che l'effetto condizionante dei valori sulle scelte del legislatore e dell'interprete non può dirsi «neutro» agli occhi del Costituente e del legislatore costituzionale. Conseguentemente, l'ambito di tali scelte non può non costituire oggetto di attenta considerazione da parte dell'ordinamento perché siano salvaguardati i soli «valori secolarizzati nel testo della Costituzione»<sup>41</sup>.

Il rilievo di Heidegger, sul quale Modugno certamente concorda, secondo cui il testo di per sé è un progetto incompiuto che acquista compiutezza solo con l'interpretazione<sup>42</sup>, non esclude quindi, ma anzi sembrerebbe razionalmente imporre che l'ordinamento preveda regole sull'interpretazione.

Su questa base, contrariamente a quanto sottolineato dal mio contraddittore, non mi sento di affermare alla leggera che la disciplina dell'art. 12 delle preleggi, solo perché contenuta in un testo avente valore di legge ordinaria, non si applicherebbe anche alle norme costituzionali<sup>43</sup>. La tesi dell'inapplicabilità è infatti condivisibile solo se la norma delle preleggi di volta in volta considerata contraddicesse la natura rigida della nostra Costituzione<sup>44</sup>. Il che però non avviene nel caso di specie, nel quale il cit. art. 12 non solo non contraddice la normatività e la superiorità della Costituzione, ma anzi è pienamente funzionale alla sua garanzia con riferimento al significato degli enunciati di cui essa si compone<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> **G. Azzariti**, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., p. 238.

<sup>42</sup> Così **G. Benedetti**, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 2.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, pp. 7 e 24. Nel senso del testo v. invece, sia pure implicitamente **S. Bartole**, voce *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 499, 503. Radicalmente contrario all'art. 12 delle preleggi, perché confermerebbe il dogma della statualità del diritto, v. **P. Grossi**, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 67 s. Ma il rilievo critico dell'insigne storico non può ovviamente concernere l'applicabilità di tale disposizione alla Costituzione, e ciò proprio perché le costituzioni non possono essere riferite altro che allo Stato.

<sup>44</sup> ... come, a suo tempo, fece maldestramente **G. Saredo**, *Trattato delle leggi*, Pellas, Firenze, 1886, p. 141, il quale, pur riconoscendo allo Statuto albertino la superiore dignità di *lex legum*, applicò poi al medesimo le normali regole sull'abrogazione delle leggi, motivando questa sua tesi sul fatto che nello Statuto non era stato «determinato il modo di procedere alla riforma di esso», come se si trattasse di una dimenticanza e non di una consapevole scelta (come chiarito da Tocqueville con riferimento alle Carte francesi del 1814 e del 1830). Con il che lo Statuto fu «degradato» da costituzione iperrigida (assolutamente imm modificabile) a flessibile. Sul punto v. ampiamente il mio *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit. p. 5 ss.

<sup>45</sup> Ma se così è, è evidente che non hanno ragion d'essere i timori espressi da **G. Tarello**, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 311 (al quale **F. Modugno**, *op. loc. citt.*, si richiama), il quale non nega aprioristicamente il vincolo dell'art. 12 delle preleggi sull'attività interpretativa della Corte costituzionale, ma lo nega in quanto teme

Non diversamente da quanto altrove argomentato a proposito dell'art. 15 (*Abrogazione delle leggi*) delle stesse preleggi<sup>46</sup>, mi sembra perciò sostenibile che l'art. 12 abbia un'efficacia quanto meno suppletiva.

##### 5. *Superamento storico del giuspositivismo.*

Detto ciò, occorre aprire una parentesi per chiarire ai dottorandi perché mai al giorno d'oggi non si possa accusare un giurista di essere un giuspositivista per il solo fatto che egli si preoccupi di salvaguardare, sia pure duttilmente, l'importanza del testo.

In effetti, la teoria e l'ideologia giuspositiviste (che costituivano la *ratio* del giuspositivismo classico)<sup>47</sup> sono da tempo morte e sepolte<sup>48</sup>, e quindi non ha alcun senso qualificare come giuspositivista chi aderisce bensì al metodo giuspositivista (che poi altro non è che il metodo scientifico), ma non alla teoria e all'ideologia giuspositiviste.

Le cause del superamento della teoria e dell'ideologia giuspositiviste sono sufficientemente note. Vanno in primo luogo identificate nella crisi del concetto di sovranità dello Stato, che è l'architrave su cui si basava l'edificio teorico del giuspositivismo. Una seconda causa è la comune e pacifica ammissione della pluralità degli ordinamenti giuridici. Una terza è la fine della centralità della legge, che ne costituiva uno dei presupposti teorici: una fine che consegue dalla (ri)scoperta delle costituzioni scritte, avvenuta dopo la seconda guerra mondiale.

Ancora: la nostra, come molte altre Costituzioni contemporanee, proclama la pari dignità umana e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Per il tramite di tale enunciato o di altri analoghi, la nostra Corte costituzionale e le analoghe Corti delle altre democrazie liberali hanno quindi affermato il loro sindacato sulla ragionevolezza e/o razionalità delle leggi, con la conseguenza che il precetto legislativo non ha più la capacità di imporsi quale ne sia il contenuto. Per ciò che più specificamente attiene al nostro ordinamento, va poi ricordato, qualora ce ne fosse bisogno, che il secondo comma dell'art. 3 impone al legislatore il perseguimento della giustizia nei rapporti sociali.

---

che una norma subcostituzionale come l'art. 12 cit. possa «frustrare in parte la struttura costituzionale rigida». E' di tutta evidenza che se ciò accadesse, e nei limiti in cui ciò accadesse, la Corte potrebbe dichiarare l'incostituzionalità di questa o di qualsiasi altra norma avente forza o valore di legge ordinaria. Ma non potrebbe procedere alla sua disapplicazione, perché anche alla Corte non è concesso di disapplicare le norme legislative, ma solo, se del caso, dichiararle incostituzionali.

<sup>46</sup> *Potere costituente, rigidità costituzionale, antovincoli legislativi*, cit. p. 187 ss.

<sup>47</sup> **N. Bobbio**, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1996. Su quest'opera v. i rilievi parzialmente critici e le interessanti notazioni di **G.U. Rescigno**, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in questo volume, *supra*.

<sup>48</sup> V. in questo senso le indicazioni di **L. Paladin**, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, cit., 245 ss.

Ebbene, queste sommarie puntualizzazioni sono già di per sé sufficienti per rendere ormai improspettabile quella radicale scissione tra morale, giustizia e diritto predicata dai sostenitori della teoria pura del diritto (tant'è vero che si è parlato, al riguardo, di una positivizzazione dello stesso diritto naturale)<sup>49</sup>. Si aggiunga anzi che, nei casi in cui la Costituzione richiama esplicitamente tali valori, la stessa avalutatività del metodo giuspositivista deve, per definizione, essere abbandonata, perché è proprio il rispetto dei valori costituzionali a imporlo<sup>50</sup>.

#### 6. *Le tre ragioni della mia scelta di metodo.*

Quanto fin qui premesso dà quindi ragione dell'adesione al «metodo» giuspositivista, che, a mio avviso, è «temperato» non solo perché non presuppone la teoria e l'ideologia giuspositiviste, ma anche perché postula, da parte dell'interprete, consapevolezza storica degli istituti giuridici, sensibilità per gli apporti delle altre scienze sociali (antropologia<sup>51</sup>, sociologia<sup>52</sup> ecc.) e per la comparazione giuridica<sup>53</sup>.

Mi si potrebbe osservare: ma se condividi tutte quelle premesse sopra ricordate, le quali destituiscono di fondamento la teoria e l'ideologia giuspositiviste, e se ti riconosci nei valori della Costituzione, perché allora non fare un ulteriore passo in avanti, e aderire all'interpretazione per valori, con conseguente radicale «capovolgimento» dell'approccio interpretativo da normativo-formalistico in normativo-sostanziale?<sup>54</sup>

<sup>49</sup> **S. Cotta**, voce *Diritto naturale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 651 s.

<sup>50</sup> Analogamente **L.H. Tribe** e **M.C. Dorf**, *Leggere la Costituzione*, cit., 90. Sotto questo profilo la posizione di chi scrive si differenzia da quella di **A. D'Atena**, ribadita nelle *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 22 s., secondo la quale, diversamente dall'interpretazione pratica, quella scientifica deve evitare sempre la contaminazione di valori spuri. Ma se la contaminazione la impone la stessa Costituzione, cosa deve fare lo studioso?

<sup>51</sup> ... la cui conoscenza è necessaria per la corretta impostazione della problematica dei diritti sulla propria immagine e sul proprio nome, altrimenti confusi nel gran calderone del diritto alla riservatezza.

<sup>52</sup> ... la cui conoscenza è imprescindibile, tra l'altro, per la dottrina della costituzione e per la teoria delle forme di governo.

<sup>53</sup> **L. Paladin**, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, cit., 249, sull'importanza che oggi viene attribuita dai costituzionalisti alla politologia, alla sociologia, alla psicologia, all'economia ecc.

<sup>54</sup> **A. Baldassarre**, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 654 ss.; **Id.**, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in **AA.VV.**, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, 90 ss.; **Id.**, *Replia*, ivi, 138 s.

La risposta l'ho già data all'inizio del § 4. Ritengo infatti che la scelta del metodo interpretativo sia quanto meno condizionata dal diritto positivo. E la scelta in favore del metodo giuspositivista temperato è stata determinata, nel mio caso, dalle seguenti valutazioni.

In primo luogo, la mia scelta è stata determinata da un giudizio di valore, e cioè dalla mia piena adesione ai valori liberaldemocratici sottesi alla nostra Costituzione. Di qui la mia preferenza per un metodo interpretativo che - parafrasando il titolo di un noto saggio di L.H. Tribe<sup>55</sup> - prenda «sul serio» il testo e la struttura delle disposizioni della Costituzione nei cui valori mi riconosco, e non invece un metodo, come l'interpretazione per valori, la quale, privilegiando l'approccio normativo-sostanziale a quello normativo-formale<sup>56</sup>, finisce ineluttabilmente, malgrado le contrarie (ottimistiche)<sup>57</sup> intenzioni dei suoi sostenitori, per dar spazio alle opzioni soggettive dell'interprete.

Se invece, e per esemplificare, io *non* mi riconoscessi nei valori della vigente nostra Costituzione, opterei senz'altro per un metodo meno rispettoso del testo. Il che vale anche per i sostenitori del c.d. uso alternativo del diritto, i quali si riconoscevano bensì nei valori sostanziali della nostra Costituzione (e soprattutto nell'art. 3, comma 2, Cost.), ma non nelle procedure costituzionalmente previste per realizzarli (come ad es. l'*interpositio legislatoris* nella disciplina di taluni diritti). Con la conseguenza che, così opinando, i sostenitori dell'uso alternativo del diritto dimenticavano che anche la scelta di demandare al legislatore (in tutto o in parte) la disciplina di una data situazione soggettiva o di un dato istituto sottende un valore costituzionale<sup>58</sup>.

La seconda ragione che ha determinato la mia scelta in favore del metodo giuspositivista temperato è data dall'ampiezza e dalla sufficiente esaustività dell'articolato della nostra Costituzione nonché dal modo in cui esso è strutturato<sup>59</sup>. Mi si consenta un esempio ipotetico.

<sup>55</sup> **L. H. Tribe**, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-form Method in Constitutional Interpretations*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 108 (1995), 1221 ss.; **Id.**, *American Constitutional Law*, III ed., Foundation Press, New York, N.Y., 2000, 49 ss. e, già prima, **Id.** e **M.C. Dorf**, *Leggere la Costituzione*, cit., passim, spec. 65.

<sup>56</sup> Così, esplicitamente, **A. Baldassarre**, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 654.

<sup>57</sup> Mi ricollego qui alle critiche, sopra riportate nella nota 8, di Livio Paladin all'eccessivo e infondato ottimismo sotteso al metodo in esame. Incidentalmente, merita di essere sottolineato che un'analogha accusa di ottimismo, rivolta ai giuristi «*loose constructionists*» di orientamento «*liberals*», la si trova, significativamente, in **A. Dershowitz**, *Rights From Wrongs* cit. 225 ss., secondo il quale l'interpretazione evolutiva dei principi in tema di diritti non tende inevitabilmente in favore di un loro allargamento. Le eventuali restrizioni, in quest'epoca di terrorismo, dovrebbero però comunque fermarsi di fronte ai limiti testuali sostenuti da giudici «*originalist*» come A. Scalia, che inconsapevolmente avrebbero così l'occasione di ... trasformarsi in *liberal*.

<sup>58</sup> In questo senso v. anche **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, cit., 210 s.

<sup>59</sup> Non posso quindi non concordare con il rilievo di **G. Azzariti**, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., p.

Un giurista «*liberal*» che operi in un ordinamento costituzionale con una breve (e, in parte, poco dettagliata) carta dei diritti come il *Bill of Rights* della Costituzione americana (emendamenti I-X), e che, come avvocato, dovesse sostenere che una legge federale o statale ha pregiudicato la libertà costituzionale di associazione di un suo assistito, cercherebbe di sostenere che la garanzia di tale libertà - che com'è noto, non è esplicitamente prevista in quel *Bill of Rights* - sia, ciò non di meno, implicabile dalla tutela delle libertà di parola e/o di riunione specificamente affermata dal I emendamento<sup>60</sup>.

Questa, del resto, era l'operazione interpretativa condotta anche da taluni commentatori dello Statuto albertino, i quali deducevano la garanzia della libertà di parola dal riconoscimento della libertà di stampa (art. 28 St.) e la garanzia della libertà di associazione dal riconoscimento della libertà di riunione (art. 32 St.), laddove i giuristi svizzeri, nella vigenza della Costituzione federale del 1874 - che, diversamente dallo Statuto albertino, riconosceva la libertà di associazione e non quella di riunione -, facevano derivare questa da quella.

Non diversamente accade nell'interpretazione della C.e.d.u., anch'essa breve e poco dettagliata. Ad esempio, con riferimento ai gravissimi danni alla salute provocate dall'inquinamento atmosferico degli impianti dello stabilimento Enichem di Manfredonia, la scelta interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo è stata, in mancanza...di meglio, di «desumere» la tutela dell'ambiente dal riconoscimento del «diritto al rispetto della propria vita privata e familiare», affermando conseguentemente che le immissioni provocate dalla Enichem violavano il diritto riconosciuto dall' art. 8 C.e.d.u.<sup>61</sup>

Orbene, queste interpretazioni che dilatano la libertà di parola e di riunione fino a ricomprendere la libertà di associazione, la libertà di associazione fino a ricomprendere la libertà di riunione, la *privacy* fino a vietare gli inquinamenti ecc., sono tutte addebitabili alla brevità delle proclamazioni costituzionali e internazionali sopra indicate, a fronte della quale l'interprete «*liberal*» cerca di inverare valori inespressi nella convinzione personale che tali valori siano implicitamente tutelati nella Costituzione o nella Carta dalla quale si pretende di essere protetti.

Come dice assai bene Modugno nella sua relazione, in tale ipotesi «si insinua (...) nella interpretazione costituzionale (...) il desiderio di tutela o di rafforzamento ovvero anche la tensione verso il rigetto, il mutamento o il superamento (...) nei confronti dei principi e valori fondamentali, fondanti e costitutivi del complessivo assetto politico e sociale»<sup>62</sup>. Un desiderio che

<sup>60</sup> Collegano, sia pure implicitamente, le interpretazioni giudiziali «eccessivamente intraprendenti» alla relativa brevità della Costituzione americana **L.H. Tribe** e **M.C. Dorf**, *Leggere la Costituzione*, cit., 46.

<sup>61</sup> **Corte eur. dir. dell'uomo**, sent. 19 febbraio 1998, *Comm. europea dir. uomo c. Governo italiano. Ric. Guerra + 39*, in *Foro it.*, 1999, IV, 281 ss. da me citato in *La limitata incidenza della C.e.d.u. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.* 2001, 14 e 24.

<sup>62</sup> *Op. cit.*, 2.



può, a seconda dei casi, essere giustificato dalla brevità del documento costituzionale ovvero da una volontà eversiva dei valori sui quali il documento costituzionale si fonda.

Esclusa, per ovvie ragioni, questa seconda ipotesi, deve allora sottolinearsi che la nostra Costituzione non solo è notevolmente articolata (ma non così articolata da confondersi con una legge qualsiasi, il che sarebbe altrettanto esiziale)<sup>63</sup>, ma spesso - anche se non sempre - utilizza enunciati sufficientemente ampi in grado di fronteggiare anche le esigenze del futuro<sup>64</sup>.

La terza ragione che ha determinato la mia scelta in favore del metodo giuspositivista temperato può infine identificarsi nella mia adesione ai principi del costituzionalismo nel significato di «teoria giuridica dei limiti del potere politico», alla quale ho già in precedenza accennato. Ritengo infatti - come già avvertito - che sia conforme ai principi del «costituzionalismo» garantista soltanto quel metodo interpretativo che, pur sensibile all'evoluzione storica degli istituti e delle situazioni soggettive, sia, ciò non di meno, rispettoso degli enunciati della Costituzione, nel senso cioè che l'articolato oggetto dell'interpretazione deve costituire il limite delle possibilità «creative» dell'interprete. Un limite, però, anch'esso superabile quando il testo presupponga nozioni tecnologiche e queste siano a loro volta tecnicamente superate<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> **J. Bryce**, *Costituzioni flessibili e rigide (Flexible and Rigid Constitutions)*, 1901), trad. it. R. Niro, Giuffrè, Milano, 1998, 88: «Una costituzione rigida ben redatta si limiterà all'essenziale e lascerà che molti dettagli vengano definiti successivamente dalla legislazione ordinaria e dalla prassi». E' noto come questa esigenza sia stata reiteratamente avvertita durante i lavori dell'Assemblea costituente.

Sulla maggiore apertura semantica del linguaggio degli enunciati costituzionali v. **L. Mengoni**, *L'argomentazione in diritto costituzionale*, cit., 120 ss., che ne deduce un minor vincolo testuale in capo all'interprete.

<sup>64</sup> Si pensi alla disciplina dei mezzi di comunicazione di massa quale è stata desunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale dall'art. 21, comma 1 Cost..

<sup>65</sup> Con la sent. n. 135 del 2002 la Corte costituzionale, pur respingendo la q.l.c. dell'art. 266 comma 2 c.p.p. per assunto contrasto con gli artt. 3 e 14 Cost., ha giustamente affermato che i singoli concetti espressi con la locuzione «ispezioni, perquisizioni o sequestri» (comma 2) e con la locuzione «accertamenti e ispezioni» (comma 3) non possono, ancorché per finalità garantistiche, essere «cristallizzati» nel tempo. Conseguentemente la Corte ha ritenuto costituzionalmente ammissibili le c.d. ispezioni occulte, vale a dire la captazione di immagini della vita privata mediante videoregistrazioni ambientali. Ciò nondimeno la Corte ha però respinto la q.l.c. dell'art. 266 c.p.p. perché, se l'avesse accolta (conseguentemente estendendo alle videoregistrazioni ambientali la disciplina processualpenalistica concernente le intercettazioni di comunicazioni riservate), essa si sarebbe sostituita al legislatore ordinario. L'art. 14 comma 2 Cost. condiziona infatti la legittimità delle interferenze pubbliche ivi indicate alla ricorrenza dei «casi e modi previsti dalla legge».

Ciò mi ha indotto a modificare (v. *Le videoregistrazioni ambientali tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2002, 1070 ss., nonché l'*Appendice di aggiornamento* [2002] alla *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Cedam, Padova, 1992, 8 s.) la tesi più garantista (rigidamente aderente al testo) da me espressa nella I e nella II edizione di tale opera.

Per contro, l'approccio interpretativo dei sostenitori della teoria dei valori nelle sue varie declinazioni, è «normativo-sostanziale» ed è quindi «*free-form*»: pretende cioè soltanto la «razionalità» rispetto al «valore» che assume sotteso all'enunciato costituzionale, ma non anche la conformità del risultato interpretativo all'enunciato in sé e per sé considerato.

In operazioni interpretative siffatte si annidano quindi il rischio di soluzioni arbitrarie, il soggettivismo di molti «bilanciamenti» tra valori e l'abuso del criterio della ragionevolezza<sup>66</sup> anche quando vengono in considerazione non già disposizioni di principio, ma vere e proprie regole di condotta (come quelle relative al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni)<sup>67</sup> (v. *supra* § 2).

### 7. *La necessità di individuare correttamente la fattispecie disciplinata.*

---

In primo luogo il rispetto che si deve al testo costituzionale non esclude infatti che esso debba essere interpretato alla luce del contesto tecnologico nel quale l'operazione interpretativa si colloca, come del resto ci insegna, proprio con riferimento al vocabolo «*search*» (perquisizione) (IV em.), la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti.

In secondo luogo, sarebbe stato sciocco insistere su un'interpretazione ipergarantista quando ormai le videoregistrazioni «ambientali» sono all'ordine del giorno. In tale contesto tecnologico, più che una battaglia di retroguardia in difesa di una tesi formalmente corretta, ma praticamente inutile, meglio mi è sembrato di tentare di salvare...il salvabile e di mantenere piuttosto ferma la differenza tra ispezioni coercitive (comma 2) e ispezioni non coercitive (comma 3) (*Problematica*, cit., 225 ss.), allo scopo di evitare che alle videoregistrazioni ambientali si possa ricorrere anche senza l'intervento del giudice, ma solo ricorrendo i «motivi di sanità e di incolumità pubblica» ovvero i «fini economici e fiscali» previsti nell'art. 14 comma 3 Cost.

Deve essere infine sottolineato che accedere ad un'interpretazione aggiornata delle nozioni di ispezione, perquisizione e sequestro non equivale ad appiattare il contenuto precettivo (e garantistico) dell'art. 14, commi 2 e 3, Cost. su quello dell'art. 8 C.e.d.u. o su quello dell'art. 7 C.e.d.f., come invece vorrebbe la Corte nella stessa sentenza, che sotto questo profilo pare decisamente criticabile.

<sup>66</sup> **A. Baldassarre**, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 655, sottolinea efficacemente non potersi dubitare che «la dominanza della ragionevolezza nel giudizio di conformità della legge alla Costituzione derivi logicamente dal fatto che quest'ultima sia una Costituzione-di-valori».

<sup>67</sup> Sugli effetti «devastanti» di questa tecnica argomentativa in materia di rapporti tra Stato e Regioni, v. ancora **A. D'Atena**, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 36, che con riferimento alla giurisprudenza costituzionale anteriore alla legge cost. n. 3 del 2001 segnala la dissoluzione di tutti i capisaldi dell'originale impianto garantistico: «la costituzionalizzazione delle materie, il carattere esclusivo delle competenze amministrative regionali, la riserva di legge statale per la fissazione dei “principi fondamentali”, la riserva di legge regionale per la specificazione dei principi predetti».

Mi si potrebbe però obiettare che la deferenza al testo spesso finisce per mascherare «le pratiche esoteriche dei “combinati disposti”»<sup>68</sup> e che, a fini interpretativi, è assai più fruttuoso il controllo della razionalità del discorso. Io però non contesto affatto l'utilità delle teorie dell'argomentazione e l'opportunità dei richiami all'obbligo del giudice - inclusa la Corte costituzionale - di verificare sempre la correttezza della motivazione delle proprie decisioni e il rispetto dei propri precedenti.

Ritengo però che, non di rado, sia proprio nel primo dei c.d. circoli ermeneutici (concernente la precomprensione e il testo) che si annidano i maggiori pericoli per le cattive interpretazioni. In altre parole, non di rado è proprio il testo costituzionale nella sua materialità e nella sua struttura ad essere scorrettamente individuato nel suo contenuto precettivo, e quindi i difetti di talune tecniche interpretative vanno ricercati a monte, e cioè nella scarsa capacità dell'interprete di «far parlare le norme» e di individuarne il senso e la *ratio*.

In altre parole, fermo restando - come ho già sottolineato altrove<sup>69</sup> - «che la disposizione deve essere valutata nel contesto attuale», poiché lo scopo dell'interpretazione giuridica è «la risoluzione di problemi attuali»<sup>70</sup> (di qui l'importanza dell'individuazione della *ratio* della disposizione), è tuttavia pur sempre «necessario che il testo sul quale ci basiamo sia in grado di sopportare il peso che vorremmo fargli portare»<sup>71</sup>.

#### 8. L'individuazione del contenuto precettivo. L'esempio dell'art. 13 Cost.

Orbene, poiché la nostra Costituzione è sufficientemente articolata da non richiedere «invenzioni» (come invece accade con le costituzioni brevi) la prima cosa che l'interprete deve fare per poter applicare correttamente una certa disciplina, è interrogare il testo per individuare la fattispecie a cui questa disciplina deve essere applicata. L'applicazione della disciplina costituisce perciò il *posterius* rispetto all'individuazione del bene (o dell'oggetto) tutelato dal testo. Ma è siffatta individuazione che talora può presentare alcune difficoltà. In tali ipotesi, per quanto possa apparire contraddittorio, è proprio la disciplina, e cioè il *posterius*, ad aiutare l'interprete nell'identificazione della fattispecie.

Prendiamo ad esempio la fattispecie prevista dall'art. 13 Cost., con riferimento alla quale si è sostenuto che la menzione di «ogni altra restrizione della libertà» (art. 13, comma 2) estenderebbe tale disposizione fino a ricomprendere nella sua disciplina garantista anche la libertà

<sup>68</sup> R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 169.

<sup>69</sup> *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 40.

<sup>70</sup> E. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1948, 18 ss. Ovvero, come sottolinea L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., 49, il significato è dato dal testo più il contesto.

<sup>71</sup> L.H. Tribe e M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., 63.

morale (o di autodeterminazione)<sup>72</sup>. Presa alla lettera, tale tesi, se riferita alla locuzione «libertà personale» potrebbe essere plausibile. Ma è la disciplina, e cioè il *posterius*, ad evidenziare la sua improponibilità. Infatti, se la libertà personale dell'art. 13 includesse anche la libertà morale (o di autodeterminazione) qualsiasi imposizione di obblighi o divieti (dall'obbligo di spalare la neve nel tratto antistante la propria abitazione all'obbligo di prestare soccorso in caso di calamità)<sup>73</sup>, ricadendo sotto la disciplina dell'art. 13, commi 2 e 3, esigerebbe la previa autorizzazione del magistrato ovvero la necessità che il provvedimento amministrativo che ciò avesse disposto in caso d'urgenza venisse sottoposto a convalida giudiziaria.

Di qui la seguente alternativa ermeneutica aderente all'articolato costituzionale: gli obblighi e i divieti che incidono sulla libertà morale (o di autodeterminazione) non costituiscono l'oggetto della disciplina dell'art. 13, bensì dell'art. 23 Cost., il quale prevede una mera riserva relativa di legge. Conseguentemente l'interprete non può non concludere nel senso che l'art. 13 disciplini solo misure coercitive, il che appunto confermerebbe che il bene protetto in via di principio da tale disposizione è la libertà della persona fisica. La quale però può dirsi pregiudicata oltre che da misure fisicamente coercitive, da menomazioni o mortificazioni della dignità o del prestigio della persona, equiparabili *quoad effectum* alle anzidette misure fisicamente coercitive<sup>74</sup>. Inoltre, in virtù di un'interpretazione evolutiva, tra quest'ultime potrebbero rientrare anche le misure di assoggettamento all'altrui potere mediante strumenti elettronici<sup>75</sup>.

Altra proposta interpretativa che a mio avviso forza oltre misura il testo dell'art. 13 e porta a conseguenze inaccettabili è quella che rinviene in tale disposizione la *sedes materiae* del divieto della clonazione umana<sup>76</sup>: proposta che però rischia di non essere conclusiva, se lo scopo del ricorso all'art. 13 è quello di vietare in via assoluta la clonazione umana<sup>77</sup>. Applicandosi alla specie l'art. 13, la conseguenza sarebbe anzi del tutto opposta: infatti, qualora si ammettesse che la

<sup>72</sup> I termini esatti della questione sono riportati in **A. Pace**, voce *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 291 ss.;

<sup>73</sup> V. ora sul punto **A. Pace** e **D. Piccione**, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in AA.VV., *Valori e principi del regime repubblicano. 2. Diritti e libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 55 nota 29.

<sup>74</sup> V. Corte cost., sentenze n. 68 del 1964, 419 del 1994, 210 del 1995.

<sup>75</sup> Il quale rappresenta un esempio di testo letto nel contesto (come proposto da **L.H. Tribe**, *American Constitutional Law*, cit., 49). V. ora sul punto **A. Pace** e **D. Piccione**, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, cit., 63.

<sup>76</sup> **S. Stammati**, *Costituzione, clonazione umana, identità genetica*, in *Giur. cost.*, 1999, 4084 ss.

<sup>77</sup> V. ora **A. Pace** e **M. Manetti**, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Gius. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli- Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, p. 114, nota 15.

clonazione umana sia in via di principio vietata dal comma 1 dell'art. 13, essa potrebbe essere di volta in volta consentita dal magistrato «nei soli casi e modi previsti dalla legge» ai sensi del comma 2, e dall'autorità amministrativa «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge».

Ma se si assume - come sembra corretto - che il divieto di clonazione debba essere «assoluto» (e non relativo come le restrizioni riconducibili alla libertà fisica), il suo fondamento va piuttosto ricondotto alla inderogabile tutela della pari dignità umana e sociale (art. 3, comma 1, e 36 Cost.), che un illustre costituzionalista tedesco, Gunter Dürig, avendo presenti gli orrori di Auschwitz, ha perspicuamente descritto nei suoi contenuti, ritenendola violata «quando l'uomo concreto è degradato ad oggetto, a mero mezzo, a grandezza fungibile»<sup>78</sup>. Una formula, quest'ultima, che si applica puntualmente anche alla clonazione umana, se è vero, come è vero, che essa, negando radicalmente il valore della persona, la trasforma in un numero.

Anche il mio contraddittore ha avuto modo di impegnarsi nell'interpretazione dell'art. 13 Cost., e lo ha fatto, con una tipica interpretazione per valori, facendo rientrare la tutela della *privacy* nell'art. 13, dalla cui alinea, secondo Modugno, deriverebbe un generale «vincolo alla riservatezza (...) sia nei confronti dei pubblici poteri sia nei confronti dei privati nell'esercizio di altre libertà»<sup>79</sup>.

All'obiezione, secondo la quale l'infondatezza della tesi sarebbe dimostrata - non diversamente dalle altre tesi fin qui esaminate - dalla incongruenza con la disciplina dei commi 2 e 3, Modugno oppone<sup>80</sup> che la proclamazione dell'alinea sarebbe scindibile dalla disciplina dei commi 2 e 3. Ma ciò non solo offre il fianco alla censura già sopra evidenziata (e cioè l'impossibilità logica di scindere parti strutturalmente connesse di un enunciato), non solo sacrifica la disciplina positiva dei commi 2-5 sull'altare di un omnicomprendente e inaccettabile bilanciamento, ma prova troppo anche sotto un profilo più generale.

Esatta che fosse la tesi di Modugno secondo cui la proclamazione dell'alinea sarebbe scindibile dalla disciplina dei commi successivi, essa dovrebbe infatti valere anche per l'art. 14, comma 1, rispetto ai commi 2 e 3; per l'art. 15, comma 1, rispetto al comma 2; per l'art. 41, comma 1, rispetto ai commi 2 e 3; per l'art. 72, comma 3, rispetto al comma 2; per l'art. 87, comma 1, rispetto ai commi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12 e per l'art. 88, comma 1, rispetto al comma 2, con tutta una serie di conseguenze - a dir poco - paradossali e con analogo sacrificio delle singole discipline positive al Moloch del bilanciamento...

<sup>78</sup> G. Dürig, *Art. 1*, in *Grundgesetz-Kommentar*, a cura di T. Maunz e G. Dürig, Beck, München, 1958, 15.

<sup>79</sup> F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 20 s.

<sup>80</sup> V. quanto già discusso *supra* al § 2

Ma c'è di più. Con riferimento specifico all'art. 13, la tesi di Modugno mostra il fianco a due ulteriori critiche.

La prima è che dai lavori dell'Assemblea Costituente si evince chiaramente che i Costituenti intendevano, con l'art. 8 del progetto, tutelare la libertà fisica<sup>81</sup>, per cui da questo significato originale si deve quanto meno partire.

A tale obiezione Modugno oppone drasticamente che l'intenzione dei Costituenti non conta nulla. Condivido, ovviamente, la comune opinione sulla relativa importanza sia degli antecedenti storici sia dei lavori preparatori. Ciò non di meno mi sembra eccessivo affermare la radicale irrilevanza dell'interpretazione storica<sup>82</sup>, come dimostra in contrario la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che non di rado è ricorsa sia agli antecedenti storici sia ai lavori preparatori per coonestare le proprie argomentazioni<sup>83</sup>.

A ciò si aggiunga che nessuno, più di me, contesterebbe la tesi che un uso costante di un «senso», diverso da «quello fatto palese dal significato proprio delle parole», sia in grado di modificare lo stesso contenuto precettivo della disposizione. Basterebbe pensare ad un tema a me caro, e cioè allo Statuto albertino che...nacque rigido e morì flessibile, per merito di taluni giuristi del tardo '800 che «scoprirono» la sua modificabilità da parte del legislatore ordinario, a dispetto della originaria volontà del monarca costituente<sup>84</sup>.

Ciò non di meno, proprio l'esperienza della «trasfigurazione» statutaria ci insegna che finché una prassi interpretativa non si è decisamente affermata al punto da diventare «diritto vivente»<sup>85</sup>, è lecito qualificare le invenzioni ermeneutiche per quello che sono, e cioè pure

---

<sup>81</sup> V. gli interventi del Pres. Ruini nella seduta del 12 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Roma, 1970, vol. I, 350; dell'on. Carboni, nella seduta del 26 marzo 1947, *ivi*, 679; dell'on. Della Seta, nella seduta pom. del 28 marzo 1947, *ivi*, 732; dell'on. Bulloni e dell'on. Bettiol, nella seduta del 10 aprile 1947, *ivi*, 763 e 766 ecc.

<sup>82</sup> In senso analogo v. anche uno studioso (e operatore pratico) assolutamente disincantato come **A. Dershowitz**, *Rights from Wrongs*, cit., 224. V. anche **L.H. Tribe**, *American Constitutional Law*, cit., 51, sulla impossibilità di prescindere da un moderato «originalism».

<sup>83</sup> ...ad es., con riferimento all'autonomia contabile del Capo dello Stato nel conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato dalla Corte dei conti (sent. n. 150 del 1980), e con riferimento alla spettanza esclusiva al Capo dello Stato del potere di grazia nel conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti del Ministro della Giustizia (sent. n. 200 del 2006).

<sup>84</sup> V. supra la nota 44.

<sup>85</sup> Ciò nondimeno, va ricordato che la Corte Suprema degli S.U. ha significativamente statuito, nel caso *Walz v. Tax Commission of New York City* [397 U.S. 664, 678 (1970)], che «nessuno acquisisce un diritto legittimo o protetto in violazione della Costituzione attraverso l'usucapione, anche se il lasso di tempo coincide interamente con

invenzioni prive di un riferimento testuale<sup>86</sup>. Il che vale anche per la considerazione dell'art. 13 come fondamento della *privacy*.

La seconda specifica critica da muovere alla tesi di Modugno relativa all'art. 13 è che, per ricomprendere nell'art. 13 la tutela della *privacy*, egli attribuisce eccessiva importanza all'aggettivo «inviolabile» che accompagna la proclamazione della libertà personale<sup>87</sup>. Ora, a parte l'inaspettato formalismo di cui è inficiata la tesi del mio contraddittore, l'importanza interpretativa di tale aggettivo va decisamente ridimensionata: esso è stato infatti utilizzato dai nostri Costituenti per il semplice fatto che la Costituzione di Weimar - sempre da loro tenuta presente - utilizzava l'analogo aggettivo «*unverletzlich*» negli articoli corrispondenti ai nostri artt. 13, 14 e 15, senza però esplicitamente imporne il rispetto (nemmeno) al legislatore<sup>88</sup>.

Giunti a questo punto ci si deve chiedere: ma allora in quali norme costituzionali è individuabile il fondamento della *privacy*? La risposta al quesito richiederebbe troppo spazio. Mi limito perciò a ricordare come una sua base normativa non possa essere rinvenuta in una sola disposizione costituzionale, e ciò per il semplice fatto che un'impostazione del problema la quale presupponga l'esistenza di un «unitario diritto costituzionale alla riservatezza» è semplicistica e fuorviante.

Quando si allude alla tutela della riservatezza in contrapposizione alla libertà di manifestazione del pensiero, vengono infatti in considerazione almeno quattro diverse problematiche: a) la problematica relativa ai limiti dell'accesso alle fonti notiziali private; b) la problematica relativa ai limiti alla divulgabilità di notizie attinenti alla vita privata e familiare; c) la problematica relativa alla tutela dei segni distintivi e dei dati esteriori della persona (nome, immagine, professione, indirizzo, numero telefonico ecc) e alla disciplina dei dati personali; d)

---

l'esistenza della nostra nazione o addirittura risale a prima di essa» (cit. **L.H. Tribe** e **M.C. Dorf**, *Leggere la Costituzione*, cit., 134).

<sup>86</sup> Di estremo interesse, per ciò che si dice nel testo, è il volumetto di **L.H. Tribe** e **M.C. Dorf**, *Leggere la Costituzione*, cit., perché testimonia lo sforzo degli aa. a ricollegare le soluzioni da loro proposte agli enunciati costituzionali dialetticamente esaminati alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema e dei più autorevoli costituzionalisti americani.

<sup>87</sup> **P. Barile**, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 113, sottolinea l'enfaticità pura e semplice di tale articolo.

<sup>88</sup> E' infatti noto che il sindacato di costituzionalità sulle leggi non era espressamente previsto dalla *Reichsverfassung* del 1919, e quando si affermò nella prassi, esso non ebbe «un gran significato pratico» Così **E. Friesenhahn**, *La giurisdizione costituzionale della Repubblica federale tedesca (Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963)*, trad. it. A.A. Cervati, Giuffrè, Milano, 1965, 9 s.

infine la problematica relativa al trattamento informatizzato di quest'ultimi. Problematiche aventi tutte una diversità di referenti costituzionali.

Altra interpretazione per valori effettuata dal mio collega e contraddittore è quella da lui tentata con riferimento al diritto all'abitazione, laddove egli ne sostiene sia il fondamento costituzionale sia addirittura l'inviolabilità deducendola «da una pluralità di referenti costituzionali (artt. 2, 4, 13, 14, 16, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 42 e 47) tutti rivolti a creare le condizioni minime di uno Stato sociale»<sup>89</sup>.

Dal che derivano almeno due conseguenze parimenti criticabili. La prima è che tutti quegli articoli potrebbero essere indifferentemente utilizzati per individuare il fondamento costituzionale di qualsiasi altro diritto sociale, se e in quanto possa ritenersi che esso sia volto «a contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana»<sup>90</sup>.

La seconda è che la deduzione della garanzia costituzionale del diritto all'abitazione da ben quindici asserite norme-principio (nel quale vengono coinvolti diritti strutturalmente diversi tra loro) è indice del «disinteresse» per l'individuazione sia dello specifico fondamento costituzionale specifico del diritto all'abitazione<sup>91</sup>, sia della specifica disciplina costituzionale di qualsiasi diritto, che accomuna Modugno a Zagrebelsky. Un disinteresse che è però funzionale alla logica del

---

<sup>89</sup> *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 63.

<sup>90</sup> Sent. n. 217 del 1988 (red. Baldassarre), richiamata da **F. Modugno**, *op. loc. ult. citt.*

<sup>91</sup> ...che certamente non è desumibile da diritti di libertà, da diritti familiari, da diritti economici e di pari trattamento, bensì soltanto dall'art. 47, comma 2 nel combinato disposto con l'art. 42, commi 2 e 3.

La tesi che il diritto all'abitazione potesse implicarsi dalla proclamazione della libertà di domicilio è stata, com'è noto, sostenuta da **T. Martines**, *Diritto costituzionale*, VI ed., Giuffrè, Milano, 1990, 644, e da me ripetutamente criticata sulla base del principio generale che le proclamazioni dei diritti di libertà non implicano la disciplina dei presupposti per l'esercizio dei diritti medesimi. Ad es. la libertà di manifestare non implica il diritto al mezzo di diffusione, la libertà di riunione non implica la possibilità di utilizzare a tal fine luoghi pubblici o privati, il diritto di circolazione non implica che le strade pubbliche non possano essere chiuse al traffico dal gestore per ragioni di pubblico interesse.

Va però sottolineato che la libertà di domicilio non presuppone il possesso di un titolo legittimo per l'utilizzo dell'ambito spaziale, ma presuppone solo il possesso di fatto di tale ambito, di talché l'occupante abusivo può essere spossessato con la forza solo nell'immediatezza dello spoglio, ma non successivamente.

Sul punto v. *amplius* la mia *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, 216, nella quale, proprio in amichevole polemica con Martines, citavo l'opera di uno studioso sovietico (**N. Malein**, *Civil Law and the Protection of Personal Rights in the USSR*, Progress Publishers, Moscow, 1985, 81) che correttamente distingueva la libertà di domicilio dal diritto all'abitazione. Di questa mia critica l'illustre collega tenne conto nell'ultima edizione del *Diritto costituzionale* (VIII ed., 1994, 653, nota 27) da Lui curata.



bilanciamento e del controllo di razionalità e ragionevolezza che sovrintenderebbe pervasivamente tutti i diritti, arbitrariamente trasformati da regole in principi.

9. *La Corte costituzionale non ha un suo tipico metodo interpretativo e non ha il monopolio dell'interpretazione costituzionale.*

Prima di concludere, devo, sia pure brevissimamente, affrontare un problema toccato in due punti della relazione del mio collega: una prima volta quando egli sottolinea che la definizione delle norme da seguire o da applicare alle fattispecie concrete spetterebbe in maniera determinante all'interpretazione dei soggetti costituzionali<sup>92</sup> e una seconda volta quando rileva che «l'interpretazione costituzionale (...) sarebbe propria dei soggetti e degli organi costituzionali, massimamente della Corte costituzionale, che ha l'ultima parola in proposito, in virtù della loro “attitudine” o competenza specifica»<sup>93</sup>.

Che la posizione di taluni soggetti costituzionali sia rilevante per l'interpretazione della Costituzione non sarò certo io a negarlo, dopo quanto ricordato all'inizio del § 2 sui condizionamenti che i comportamenti dei titolari degli organi costituzionali «politici» possono esplicare sull'interpretazione e quindi sul significato effettivo degli artt. 55-96 Cost.<sup>94</sup>.

Tuttavia, proprio in quella sede e nel saggio ivi richiamato facevo presente che ciò non vale per le restanti parti della Costituzione, e soprattutto per le disposizioni contenute nella parte I, in quanto in esse vengono in gioco situazioni giuridiche soggettive giustiziabili di individui e di enti privati e pubblici, nei cui confronti è indiscutibile la competenza dei giudici comuni (ordinari e speciali), salvo il sindacato incidentale di costituzionalità della Corte costituzionale.

A ciò va aggiunto che il senso del discorso di Giovanni Tarello, a cui Modugno si richiama in entrambi i punti, è diverso e assai più circoscritto. L'art. 12 delle preleggi, secondo Tarello, non vincola il Capo dello Stato «perché la garanzia della Costituzione fornita dall'ufficio del Presidente non si articola in modi così dettagliati da consentire si istituisca una relazione di dipendenza della “garanzia” dalla previa adozione, da parte del Presidente, di una decisione sui contenuti specifici delle norme espresse dal documento costituzionale, tale da poter essere qualificata dalle (altrui) interpretazioni degli enunciati delle preleggi». Per quanto invece riguarda il legislatore, mentre, evidentemente, l'art. 12 delle preleggi non può vincolare il legislatore ordinario statale, esso, può

---

<sup>92</sup> **F. Modugno**, *Interpretazione costituzionale*, cit., 7 s., che cita, sul punto, **G. Tarello**, *L'interpretazione della legge*, cit., 307 ss.

<sup>93</sup> *Interpretazione costituzionale*, cit., 24, che cita ancora **G. Tarello**, *op. loc. citt.*

<sup>94</sup> V. *supra* la nota 17 e relativo testo.

invece vincolare il legislatore regionale nell'esercizio della competenza sia concorrente che esclusiva (Tarello scriveva nel 1980)<sup>95</sup>.

Fatte queste precisazioni, è da chiedersi quale siano la fondatezza e la rilevanza di entrambe le affermazioni fatte da Modugno e riportate all'inizio di questo paragrafo.

A ben vedere nessuna. Infatti, anche a voler ammettere che le interpretazioni della Corte costituzionale siano determinanti per la definizione delle norme da seguire o da applicare alle fattispecie concrete, deriva dalla lettura delle decisioni della Corte costituzionale<sup>96</sup>, dalle

<sup>95</sup> **G. Tarello**, *L'interpretazione della legge*, cit., 308 s.

<sup>96</sup> L'esito della disamina delle prime 246 decisioni rese dalla Corte costituzionale nel 2006, alla quale ha fattivamente collaborato il dott. Antonino Masaracchia, è che la Corte ha seguito non una, ma diverse tecniche argomentative, qui di seguito elencate:

*Stretta applicazione delle norme costituzionali.* In questa prima categoria potrebbero rientrare tutte le decisioni nelle quali la Corte ha affermato che lo Stato, nelle materie di competenza regionale esclusiva o concorrente, non può, ai sensi dell'art. 119 Cost., istituire fondi a destinazione vincolata, ancorchè l'incostituzionalità delle leggi istitutive dei fondi, cancellando i finanziamenti, ha inciso sulle «scelte di valore» sottese alle norme che avevano disposto il finanziamento. (Sintomatica, in questo senso, è la sent. n. 118, che ha cancellato i fondi statali sulle politiche giovanili, che bene avrebbe potuto essere considerato un «valore»). Sempre in questa categoria rientra la sent. n. 190 che ha dichiarato l'incostituzionalità, ai sensi degli artt. 3, 97 e 38, di una legge del 2004 che prevedeva riserve di posti per i soggetti disabili anche per il conferimento di incarichi di presidenza nelle scuole. Secondo la Corte, l'art. 38, comma 3, Cost. tutela i disabili solo con riferimento all'«avviamento professionale» e non copre, invece, la loro progressione di carriera. In tale decisione la Corte accenna però anche ad un'operazione di bilanciamento tra valori allorchè sottolinea che «nella ponderazione degli interessi in gioco, quelli ispirati al principio di eguaglianza e del merito e quelli ispirati al principio solidaristico, la Costituzione consente la prevalenza del secondo sul primo per quanto attiene all'accesso al lavoro, ma non prevede altrettanto per la progressione in carriera dei disabili già occupati».

*Interpretazione storica.* Va ascritta in questa categoria la sent. n. 79, che ha ritenuto inammissibile un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal partito «La Rosa Nel Pugno» contro le Camere del Parlamento, basandosi sui lavori preparatori dell'Assemblea costituente concernenti l'art. 49 Cost. Nella stessa categoria rientra anche la sent. n. 200 sul potere presidenziale di grazia che oltre ai lavori dell'Assemblea costituente si richiama alla normativa statutaria. E vi rientra infine la sent. n. 191 in materia di riparto di giurisdizione nella misura in cui, richiamando la sent. n. 204 del 2004, la Corte interpreta ancora una volta l'art. 103 Cost. anche, ma non esclusivamente, alla luce delle ragioni storiche di tale riparto, a partire dalla legge n. 2248 del 1865, all. E.

*Interpretazione per valori.* A questa categoria va ascritta la sent. n. 29, secondo la quale l'art. 113 d.lgs. n. 267 del 2000, pur incidendo nella materia regionale residuale dei «servizi pubblici locali», rientra nella competenza legislativa dello Stato perché salvaguarderebbe la concorrenzialità del mercato. Vi rientra altresì la sent. n. 133, nella quale la Corte afferma che l'ambiente e la ricerca scientifica sarebbero «valori» in grado di spostare la competenza legislativa dalle Regioni allo Stato. Ad essa potrebbe essere ascritta anche la sent. n. 31, con la quale un conflitto fra Stato e Regione Lombardia (in tema di alienazione del demanio regionale) è stato risolto esclusivamente sulla base del principio di leale cooperazione. La Corte afferma infatti che, in questo quadro, sarebbe fondamentale lo strumento (mai nominato dalla Costituzione!) della Conferenza Stato-Regioni «che

teorizzazioni di Zagrebelsky sull'eclettismo delle dottrine dell'interpretazione<sup>97</sup> e dalle autorevoli ammissioni di Mezzanotte<sup>98</sup> (che significativamente trovano riscontro anche nell'esperienza della Corte Suprema americana, ma presumibilmente anche nell'esperienza di altre Corti)<sup>99</sup> che la Corte costituzionale, come non ha un suo «stile» (a differenza di altre Corti), così, non diversamente dalle altre Corti, non ha nemmeno un suo «metodo interpretativo».

Il metodo interpretativo utilizzato nelle varie decisioni è infatti, in linea di massima, quello proprio dell'estensore della pronuncia, nella misura in cui il testo originale redatto dall'estensore non sia stravolto dalle interpolazioni che avvengono in sede di decisione collegiale in camera di consiglio. E quindi, se non si può affermare che la Corte ha un suo metodo interpretativo, non si vede come *a fortiori* si possa sostenere che la Corte «definisce» il modo col quale le norme devono essere applicate alle fattispecie concrete.

Ma v'è di più. Il pensiero di Tarello non è nel senso che la definizione delle norme da seguire o da applicare alle fattispecie concrete spetterebbe in maniera determinante alla Corte costituzionale. Egli invece afferma che il vincolo dell'art. 12 delle preleggi varrebbe comunque per

---

sviluppa il confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica per individuare soluzioni concordate sulle questioni controverse». Infine potrebbe rientrarvi l'ord. n. 192 con la quale la Corte ha ritenuto manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 19, comma 2 lett. *d*, d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione per lo straniero extracomunitario legato da relazione affettiva con una cittadina italiana in stato di gravidanza. Infatti «i valori dell'unità familiare e dell'interesse dei figli minori devono essere bilanciati con altri valori aventi eguale dignità costituzionale, quali quelli garantiti dalla normativa in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale».

*Interpretazione logico-sistematica.* E' la categoria più ricca tra quelle ipotizzate. Rientra in essa la sent. n. 3 nella quale la Corte ricorre esplicitamente a questo tipo di interpretazione, per giungere alla conclusione che lo Statuto della Regione Marche non considera il Presidente della Giunta come un componente del Consiglio Regionale. Vi rientra altresì la sent. n. 12, nella quale la Corte afferma che le norme del nuovo Statuto della Regione Abruzzo vanno inserite in un sistema costituzionale complessivo, articolato anche nei principi della Costituzione e nelle leggi ordinarie di diretta attuazione (artt. 5 e 6 della legge n. 131 del 2003). Con riferimento all'art. 122, comma 5, Cost. (secondo il quale il Presidente di Regione «nomina e revoca i componenti della Giunta») la Corte ribadisce, in questa decisione, che tale norma costituisce una conseguenza necessaria dell'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente di Regione. Pertanto non è possibile introdurre nell'ordinamento della Regione altri «circuiti fiduciari collaterali» come appunto quello, censurato, della mozione di sfiducia individuale. A questa categoria va ascritta infine anche la sent. n. 104 nella quale la Corte identifica il fondamento costituzionale del principio di «pubblicità dell'azione amministrativa» nel combinato disposto degli artt. 97, 24 e 113 Cost., sottolineando peraltro che si tratta di un principio del «patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei»

<sup>97</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 185 s.

<sup>98</sup> V. *supra* la nota 8.

<sup>99</sup> V. ancora *supra* la nota 8.

l'«interpretazione della legge costituzionale (...) in relazione all'uso diretto del documento costituzionale da parte dei giudici ordinari ed amministrativi»<sup>100</sup>.

Inoltre, sempre secondo Tarello, «il vincolo in ordine alla interpretazione della legislazione infracostituzionale dovrebbe venire caldamente suggerito dalla dottrina alla Corte, proprio per evitare - in quanto possibile - quelle irrazionalità che si introducono nel sistema attraverso le sentenze interpretative e attraverso i contrasti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione che possono derivarne»<sup>101</sup>.

Modugno afferma, in secondo luogo, come si è ricordato, che la Corte costituzionale avrebbe l'ultima parola in tema di interpretazione costituzionale «in virtù della sua "attitudine" o competenza specifica». Anche questa affermazione, nella sua perentorietà, lascia perplessi.

E' infatti pacifico che la Corte costituzionale non ha il monopolio dell'interpretazione costituzionale. Sfuggono, com'è noto, alla sua competenza sia il controllo della costituzionalità della normazione secondaria, sia la giurisdizione penale sui reati ministeriali, sia il sindacato di costituzionalità degli atti e dei negozi privati. D'altra parte i giudici comuni sono comunque tenuti, in via generale, ad interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione e quindi a darsi carico di rettificare, fin dove è possibile, il senso delle disposizioni legislative<sup>102</sup>.

Ciò implica, come è stato esattamente rilevato<sup>103</sup>, che spetta ai giudici comuni (penali, civili e amministrativi, a seconda dei casi) «la diretta applicazione dei principi costituzionali in non pochi settori dell'ordinamento. La libertà personale, ad es., come anche la libertà di manifestazione del pensiero (il diritto di cronaca e di critica, in specie), come il diritto di riservatezza, di identità personale, il diritto alla salute, i diritti di azione e di difesa od i principi di legalità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, ecc. vengono definiti ed elaborati dalla giurisprudenza dei giudici ordinari e speciali (giudice amministrativo, Corte dei conti) non meno, a volte (ed in certi settori), che dalla giurisprudenza della corte costituzionale». Il che è appunto ciò che sottolineava Tarello nel passo sopra ricordato.

---

<sup>100</sup> **G. Tarello**, *L'interpretazione della legge*, cit., 312.

<sup>101</sup> **G. Tarello**, *L'interpretazione della legge*, cit., 311.

<sup>102</sup> **A. Cerri**, *Corso di giustizia costituzionale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2004, 37.

<sup>103</sup> **A. Cerri**, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 38.