

I diritti fondamentali nel prisma dell'interpretazione giuridica

Giorgio Pino

1. Stefano Rodotà e la stagione della “costituzionalizzazione”

Stefano Rodotà è stato un precursore, e probabilmente anche il principale protagonista, del progetto della “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico italiano e più in generale della cultura giuridica italiana: il progetto, cioè, di prendere la costituzione sul serio come documento non solo politico (in quanto fondativo di un nuovo ordine sociale di cui enuncia i principi fondamentali), ma anche propriamente giuridico (la suprema fonte del diritto nel nuovo ordinamento giuridico repubblicano)¹.

Il progetto della costituzionalizzazione dell’ordinamento e della cultura giuridica poggia su alcuni presupposti, e porta con sé alcune implicazioni – gli uni e le altre rappresentano altrettante acquisizioni politico-culturali (o meglio, attinenti alla dimensione più prettamente politica e culturale della scienza giuridica) tutt’altro che scontate. Detto in estrema sintesi, la costituzionalizzazione della cultura giuridica italiana ha richiesto l’acquisizione da parte dei giuristi della piena consapevolezza del proprio ruolo, un ruolo non meramente tecnico, ma politico, di attiva partecipazione alla costruzione di un nuovo ordine giuridico attorno alla tavola dei valori morali e politici enunciata in costituzione. Dell’acquisizione di questa consapevolezza politica del giurista, nel senso più nobile della parola, cioè come responsabilità e servizio verso la *polis*, Rodotà è stato uno dei principali artefici².

Dicevo che la costituzionalizzazione poggia su alcuni presupposti, non scontati, e porta con sé rilevanti implicazioni. Tra i presupposti, vi è in primo luogo la convinzione che la costituzione, *tutta* la costituzione, sia un documento genuinamente giuridico, una fonte del diritto. E in secondo luogo, la convinzione che la costituzione non disciplini solo una specifica “materia costituzionale”, ma contenga principi che possono (e devono) irradiarsi in tutti i settori dell’ordinamento giuridico.

Tra le implicazioni della costituzionalizzazione, vi è in primo luogo la convinzione che il compito di attuare la costituzione spetti non solo al legislatore, ma anche ai giuristi – a tutti i giuristi: sia alla dogmatica, che non può più limitarsi a fare esegesi della legge, o a costruire concetti giuridici astratti e astorici; sia alla giurisprudenza, che non può più

¹ La costituzionalizzazione come stile del discorso giuridico italiano appare sporadicamente nei primi anni '60, e si consolida progressivamente nei due decenni successivi; ma probabilmente il germe originario può esserne rintracciato già nella prima sentenza della Corte costituzionale (1/1956). Quanto all’impiego della formula “costituzionalizzazione” nel senso specifico indicato nel testo, se ne trovano i primi usi in G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 337; e in A. Gambaro, R. Pardolesi, *L’influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in A. Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985, t. I, pp. 5-13 (a p. 12). L’analisi più fine dei vari profili del processo di costituzionalizzazione si deve però a R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 238-267; per un ulteriore tentativo di analisi, G. Pino, *Diritti e interpretazione*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 121-126.

² Per alcune ricostruzioni e interpretazioni della stagione della costituzionalizzazione, v. G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in «Politica del diritto», 1972, 3-4, 459-499; Id., *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell’organizzazione giuridica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1981, pp. 157-166 (e, con specifico riferimento a Rodotà, Id., *Politiche del diritto e strategie dei giuristi. In margine alle considerazioni di Rodotà*, in «Politica del diritto», 1986, pp. 250 ss.); L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999; G. Alpa, *La cultura delle regole*, Laterza, Roma-Bari, 2009, capp. 9-10.

autorappresentarsi come mera esecutrice della volontà del legislatore. Invece, la cultura giuridica della costituzionalizzazione richiede ai giuristi sia di criticare quelle parti dell'ordinamento giuridico che non rispettano o addirittura contraddicono il progetto costituzionale, sia di partecipare in prima persona al processo di attuazione dei principi costituzionali. Ciò comporta evidentemente (seconda implicazione) un massiccio ingresso dell'“argomento costituzionale” nell'attività interpretativa comunemente svolta dai giuristi, principalmente nella forma dell'interpretazione adeguatrice a costituzione, e dell'applicazione diretta di norme costituzionali in giudizio³. Ciò a sua volta, e questa è una terza implicazione, porta a conferire centralità al discorso dei diritti fondamentali⁴: se la costituzione ha codificato un insieme di diritti fondamentali, e se la costituzione è un documento genuinamente giuridico, allora i diritti fondamentali entrano pienamente nell'argomentazione giuridica: diventano uno di quei “pezzi del diritto”⁵ con cui i giuristi sono chiamati a confrontarsi, smontandoli e rimontandoli, quasi quotidianamente. In ciò, peraltro, la cultura giuridica si è mossa, consapevolmente o meno, in parallelo ad un'analogia evoluzione che ha complessivamente caratterizzato le etiche del '900: evoluzione sintetizzabile, con Norberto Bobbio, nel passaggio dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti⁶.

Come dicevo, Rodotà ha portato avanti instancabilmente questo progetto, dapprima innestandolo sui temi classici del diritto civile (responsabilità civile, contratto, proprietà⁷), che ha sottoposto ad una riconfigurazione in chiave costituzionalmente orientata specialmente alla luce del principio costituzionale di solidarietà e dei limiti costituzionali al diritto di proprietà; poi allargandolo a nuove tematiche che egli ha per primo portato all'attenzione del discorso giuridico italiano (la bioetica, la privacy, poi Internet⁸); e senza mai perdere d'occhio, in parallelo al merito delle singole specifiche questioni, la partita più schiettamente metodologica che stava portando avanti⁹. E ovviamente, in piena coerenza con quanto detto poco sopra in merito alla centralità dei diritti per la nuova cultura giuridica, Rodotà ha gradualmente spostato il fuoco della sua riflessione dagli “istituti”, sia pure rivisitati in chiave costituzionalmente orientata, ai “diritti” e alla “persona”¹⁰.

Sul piano della cultura giuridica, oggi possiamo dire che il progetto difeso da Rodotà ha avuto successo: pur tra luci e ombre, quello della costituzionalizzazione è il paradigma

³ M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in AAVV, *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 257-262; R. Bin, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in AAVV, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli 2010, 201-225; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 123-124.

⁴ S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 26-34: «nel cuore dei sistemi politici si insedia così, fino a diventare quasi il connotato di una nuova 'ideologia', il tema dei diritti dell'uomo, dei diritti fondamentali» (p. 33)

⁵ L'espressione riprende il titolo del libro di M. Atienza e J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁶ N. Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* (1988), ora in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, pp. 431-440 (con il titolo *Il primato dei diritti sui doveri*).

⁷ S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1965; Id., *Il terribile diritto*, il Mulino, Bologna, 1981.

⁸ S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995; Id., *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano, 2006.

⁹ S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1967, I, pp. 83-125; Id., *Le difficili vie della ricerca civilistica*, in «Rivista critica del diritto privato», 1983, p. 7 ss.; Id., *Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto*, in «Politica del diritto», 1986; Id., *Il tempo delle clausole generali*, in «Rivista critica del diritto privato», 1987, pp. 709-733.

¹⁰ S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d'Italia*, Donzelli, Roma, 2011²; Id., *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; Id., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

attualmente dominante nella cultura giuridica italiana – non altrettanto, purtroppo, nella cultura politica e in quella economica, dove la costituzione è adesso vista come un impiccio sulla via delle magnifiche sorti e progressive dei poteri politici carismatici e del gioco dei mercati e della globalizzazione¹¹.

2. *L'interpretazione dei diritti fondamentali*

Con la costituzionalizzazione della cultura giuridica, come abbiamo visto, i diritti fondamentali assumono una posizione di centralità nei discorsi dei giuristi. Questo richiede ai giuristi di maneggiare peculiari tecniche argomentative, e di avventurarsi in operazioni spesso alquanto controverse, come ad esempio il bilanciamento tra diritti in conflitto, il test di proporzionalità e di ragionevolezza delle normative limitative dei diritti, la ricerca di possibili gerarchie tra tipi di diritti, l'enucleazione di diritti innominati che vanno ad arricchire il catalogo costituzionale, e altre ancora. Tutte queste operazioni sono di grande interesse teorico e di notevole rilevanza pratica, ma qui le lascerò sullo sfondo¹². Intendo invece trattare un profilo specifico, e in qualche modo prioritario rispetto alle altre operazioni argomentative che coinvolgono i diritti fondamentali: il profilo dell'interpretazione, strettamente intesa, delle disposizioni che formulano diritti fondamentali. È ovvio infatti che, per utilizzare in una argomentazione giuridica i diritti fondamentali stabiliti in costituzione, occorre prima avere attribuito un significato alle disposizioni costituzionali che formulano quei diritti, vale a dire, occorre aver prima *interpretato* le disposizioni costituzionali rilevanti.

Ebbene, vi è qualcosa di peculiare nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali che enunciano diritti fondamentali? Più precisamente, vi è qualcosa di peculiare nella *formulazione* delle disposizioni costituzionali che enunciano diritti fondamentali – qualcosa che non si ritrova, o si ritrova in proporzioni nettamente minori, nella formulazione delle disposizioni legislative?

Forse sì. I diritti fondamentali, infatti, sono espressi da norme la cui formulazione è spesso altamente generica, vaga, indeterminata, e incorpora concetti valutativi – talvolta, tali norme esprimono direttamente valori. In altre parole, le norme che esprimono i diritti fondamentali sono “principi”¹³, e le norme di principio sembrano mettere fuori gioco il principale strumento dell'interpretazione giuridica “ordinaria”, cioè il ricorso al significato letterale. L'interpretazione delle norme di principio sembra chiamare direttamente in causa, invece, opzioni valutative e forme di ragionamento morale, in misura molto maggiore di quanto possa accadere nell'interpretazione di disposizioni legislative e codicistiche.

Dicendo che, nell'interpretazione costituzionale, l'interpretazione letterale sembra messa fuori gioco non intendo sostenere che il significato testuale delle disposizioni rilevanti

¹¹ S. Rodotà, *Elogio del moralismo*, Laterza, Roma-Bari, 2011, spec. pp. 81-85 (sulla “decostituzionalizzazione”); nonché L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

¹² Per una discussione più dettagliata di queste tematiche, mi permetto di rinviare a G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit.

¹³ A dire il vero, che le norme costituzionali sui diritti fondamentali siano qualificabili come “principi”, e non come “regole”, non è un dato auto-evidente, ma è già il frutto di una particolare ricostruzione del senso complessivo del ruolo della costituzione in un ordinamento giuridico. È ben possibile, partendo da premesse diverse sul ruolo della costituzione, pervenire alla tesi, opposta, che la maggior parte o tutte le norme costituzionali siano, o debbano esser trattate come, regole: per quest'ultima tesi, v. A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 83-113; L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, 3, pp. 2771 ss. (e, per una critica, G. Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2011, 1, pp. 965-997).

non giochi alcun ruolo. In effetti, un termine valutativo e indeterminato formulato in un testo costituzionale non può letteralmente significare *qualsiasi cosa*: dato un certo testo, alcune interpretazioni *sicuramente* non sono corrette¹⁴. Tuttavia è vero che, in questi casi, il dato testuale è una guida insufficiente per l'interprete: per capire cosa è, ad esempio, una "opinione politica", o la "pari dignità sociale" (art. 3 cost.), o cosa richiede "il rispetto della persona umana" (art. 32 cost.), l'interprete è costretto a guardare *anche* oltre il testo, oltre le risorse tipiche dell'interpretazione letterale¹⁵.

A partire dalla consapevolezza che il dato testuale è (non irrilevante, ma) insufficiente per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che enunciano diritti fondamentali, nel seguito di questo saggio proverò ad esaminare alcune possibili strategie alternative. Due di esse rimandano, almeno all'apparenza, ad un'argomentazione di tipo "empirico"; un'altra ad un'argomentazione di tipo etico-sostanziale. Cercherò di mostrare che solo quest'ultima strategia ha qualche speranza di successo.

2.1. *L'intenzione dei costituenti*

Una prima strategia consiste nell'interpretare le disposizioni costituzionali che enunciano diritti fondamentali secondo il significato che intendevano attribuire i loro autori: si tratta dunque di un'interpretazione conforme all'intenzione dei costituenti, in analogia con l'argomento dell'intenzione del legislatore indicato dall'art. 12 delle preleggi. Una strategia interpretativa di questo tipo è molto discussa nella giurisprudenza costituzionale statunitense (il c.d. originalismo), dove è esplicitamente adottata da alcuni attuali giudici della Corte Suprema¹⁶, ma è talvolta impiegata anche dalla Corte costituzionale italiana¹⁷.

Le dottrine originaliste dell'interpretazione costituzionale hanno l'obiettivo di stabilizzare le possibili interpretazioni del testo costituzionale, e cercano di radicare questo effetto di stabilizzazione in un dato storico e (secondo gli auspici dei sostenitori) empiricamente accertabile. Questa strategia incontra però notevoli difficoltà. Mi limiterò qui ad indicarne di due tipi: difficoltà metodologiche, relative all'applicazione di questa tecnica all'interpretazione costituzionale; e difficoltà relative alla legittimità sostanziale del ricorso a questa strategia interpretativa. Al contempo, c'è anche un senso in cui le dottrine originaliste hanno, banalmente, ragione: anche se questo porta a risultati diversi e forse opposti rispetto a quelli sperati dagli originalisti. Ma andiamo con ordine.

Per quanto riguarda le difficoltà di tipo metodologico, occorre ricordare che ogni tecnica argomentativa che si basa sull'intenzione dell'autore del documento normativo da interpretare (come è la strategia originalista) deve la propria plausibilità al ricorrere di alcune condizioni, quali la vicinanza cronologica tra la promulgazione del testo da interpretare e l'occasione dell'interpretazione, e la possibilità di ricostruire in maniera sufficientemente attendibile la volontà rilevante. Nel caso dell'interpretazione costituzionale, entrambe queste condizioni non vengono soddisfatte, o sono soddisfatte solo in maniera molto debole.

In primo luogo, infatti una costituzione è fatta per durare a lungo¹⁸, e dunque è molto frequente che una disposizione costituzionale debba essere interpretata decenni o anche

¹⁴ F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, in «UCLA Law Review», vol. 29, 1982, pp. 797-832, a p. 828.

¹⁵ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 257-258.

¹⁶ Il riferimento è in particolare a A. Scalia, *Originalism: the Lesser Evil*, in «University of Cincinnati Law Review», 1989, pp. 849 ss.

¹⁷ Si vedano ad es. Corte costituzionale nn. 364/1988 e 429/1992, nonché la recente 138/2010 in materia di matrimonio omosessuale. Si veda inoltre M. Dogliani, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 525-544.

¹⁸ Per un approfondimento dell'idea che l'aspirazione a durare a lungo sia intrinseca all'idea di costituzione, si vedano L. Gianformaggio, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in «Politica

secoli (come nel caso della costituzione degli Stati Uniti) dopo la sua promulgazione. Ora, affinché possa durare a lungo, una costituzione deve “immunizzarsi” quanto più possibile dal rischio di una veloce obsolescenza: ed è proprio per questo che nelle costituzioni troviamo in abbondanza termini generici ed indeterminati, destinati ad essere applicati di volta in volta a situazioni impreviste al momento della redazione della costituzione, senza che a tal fine sia necessario modificare formalmente la costituzione stessa. Se applicate all’interpretazione costituzionale, dunque, le tecniche originaliste sembrano innescare una sorta di corto-circuito: perché cercano di stabilizzare, ancorandolo all’uso vigente decenni prima, il significato di disposizioni che erano state deliberatamente formulate in maniera elastica e aperta al mutamento dell’evoluzione delle circostanze fattuali e sociali in cui possono trovare applicazione.

Inoltre, sempre dal punto di vista metodologico, può essere molto difficile accertare in maniera sufficientemente precisa *un’unica volontà* in un organo complesso e diviso politicamente e culturalmente come un’assemblea costituente: un organo che spesso, esattamente per questo motivo, raggiunge accordi solo sulla base di formulazioni estremamente vaghe e generiche¹⁹.

Dal punto di vista della legittimità sostanziale del ricorso all’intenzione originaria, infine, la metodologia originalista presuppone una concezione della costituzione come oggetto statico, la cui identità è perfettamente fissata al momento della sua promulgazione, e deve restare fissata a quel momento: il ricorso all’intenzione dei costituenti è infatti propagandato come un modo per evitare che l’interpretazione costituzionale si trasformi in una surrettizia revisione costituzionale. Ma in tal modo si fraintende il senso stesso dell’aver una costituzione: una costituzione è infatti un atto fondativo di un ordine sociale, un programma di ampio respiro e destinato a durare a lungo, e quindi destinato ad adattarsi, guidandola, ad una realtà in movimento. E la presenza di termini e concetti valutativi nelle costituzioni serve a testimoniare l’adesione di una società a certi valori (egualianza, libertà, ecc.) mantenendo aperta, allo stesso tempo, la discussione sul significato di quei valori, o quantomeno sul significato che essi possono avere di volta in volta in una realtà sociale che cambia nel tempo. Se è così, allora non si vede per quale motivo l’interpretazione delle clausole di questo programma dovrebbe rimanere fissata alle intenzioni dei loro estensori, e non invece evolversi insieme alla società cui quel programma si deve applicare²⁰.

Allora qual è il nocciolo di verità delle dottrine originaliste, il senso quasi banale in cui gli originalisti hanno ragione? Il punto è che, quando i costituenti hanno utilizzato espressioni valutative e indeterminate come “uguaglianza”, “libertà”, o “trattamenti contrari al senso di umanità”, e non invece espressioni fattuali o termini misurabili («il numero dei deputati è di seicentotrenta», art. 56 cost.), essi hanno inteso fare esattamente questo: utilizzare termini da interpretare secondo le circostanze e con un’argomentazione che non può che essere, almeno in parte, morale. In altre parole, se c’è un’intenzione

del diritto», 4, 1997, pp. 527-551; R. Bin, *Che cos’è la costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», 2007, 1, pp. 11-52; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 8-9; M.R. Ferrarese, *L’intertemporalità tra cambiamento normativo ed evoluzione giuridica*, in AAVV, *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, ESI, Napoli, 2013.

¹⁹ R. Bin, *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 30-32.

²⁰ Cfr. in tal senso G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 35-82. A. Kavanagh, *The Idea of a Living Constitution*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», vol. 16, 2003, pp. 55-89; S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 36. Si noti in proposito che persino la già menzionata sentenza 138/2010, ancorata in maniera quasi arcigna all’intenzione dei costituenti, concede che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “crystallizzati” con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi».

ragionevolmente ascrivibile ai costituenti, questa è che certe disposizioni dovessero essere formulate in modo da coprire situazioni che essi stessi non erano in grado di prevedere.

2.2. *La coscienza sociale*

Una seconda strategia interpretativa invita l'interprete a fare riferimento alla morale sociale della comunità al fine di chiarire il significato dei concetti generici, indeterminati e valutativi contenuti nella disciplina costituzionale dei diritti fondamentali. Nel contesto dell'interpretazione costituzionale, una metodologia di questo tipo è stata impiegata soprattutto in due contesti: per concretizzare il significato di clausole indeterminate, valutative, presenti nelle disposizioni costituzionali che proclamano diritti²¹; e per creare nuovi diritti, innominati, utilizzando la formula dell'art. 2 cost. per attribuire rilevanza giuridica alle esigenze avvertite dalla "coscienza sociale".

Anche questa metodologia interpretativa presenta alcuni, seri, problemi. In primo luogo, infatti, è questione affatto contingente se una disposizione formulata in termini valutativi contenga o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale: cosa che talvolta effettivamente accade, specialmente nella legislazione ordinaria²², mentre in altri casi l'uso di queste formule sembra demandare al giudice una valutazione di tipo direttamente morale. E proprio quest'ultimo sembra il caso delle espressioni valutative contenute nelle disposizioni costituzionali: queste non sembrano fare rinvio a valutazioni "sociali", ma a valutazioni morali. Ora, in un senso è ovvio che le valutazioni morali dipendono dalla società di riferimento, ma tuttavia una cosa è impegnarsi in un'argomentazione morale (certo influenzata, come vedremo, da condizionamenti sociali di qualche tipo) per ricostruire il significato di un termine valutativo, e altra cosa è pretendere di ricostruire tale significato sulla base di una rilevazione statistica e sociologica delle convinzioni diffuse nella società. In sintesi, dunque, leggendo le disposizioni costituzionali formulate in termini valutativi, sembra proprio che esse invitino l'interprete a compiere qualche forma di ragionamento morale, non una indagine sociologica²³.

In secondo luogo, anche ammettendo che le disposizioni che contengono termini valutativi si debbano interpretare con una metodologia "sociologizzante", ci si può ancora chiedere se tale metodologia sia effettivamente praticabile in sede giurisdizionale: il giudice infatti può non essere adeguatamente attrezzato per compiere, in maniera accurata, indagini di tipo sociologico su quale sia l'effettiva portata del criterio valutativo in questione all'interno della comunità di riferimento; è dubbio che egli sia in grado di individuare un campione rilevante e di trarne *in maniera attendibile* criteri di valutazione²⁴. Chiediamoci ad

²¹ E in particolare per individuare possibili limiti impliciti dei diritti: nella giurisprudenza costituzionale v. ad es. Corte costituzionale n. 100/1981. Per una rassegna di decisioni costituzionali che richiamano questa metodologia, A. Oddi, *La riesumazione dei boni mores*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2000, pp. 2245-2251, p. 2247, nt. 9 (che comunque la considera minoritaria).

²² Alcuni esempi: «atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore» (art. 529 cod. pen.); «chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto» (art. 564 cod. pen.); «atti contrari alla pubblica decenza» (art. 726 cod. pen.); «particolari impressionanti o raccapriccianti, [...] in modo da poter turbare il comune sentimento della morale» (art. 15 l. n. 47/1948, c.d. legge sulla stampa).

²³ Cfr. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 45; W. Sinnott-Armstrong, *A Patchwork Quilt Theory of Constitutional Interpretation*, in T. Campbell, J. Goldsworthy (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Ashgate, Dartmouth, 2000, pp. 315-334, p. 317; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123, p. 114.

²⁴ Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 379. Sui problemi che si pongono al "giudice-sociologo", cfr. M. Taruffo, *La motivazione delle decisioni fondate su standards*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II,

esempio se, per individuare ciò che prescrive la “coscienza sociale”, sia sufficiente fare riferimento a ciò che pensa la *maggioranza* dei membri della comunità. Ma l’individuazione di una maggioranza, specialmente in un ambito talmente vasto e informe come “la società” nel suo complesso, non è affare semplice né del tutto trasparente, e il teorema dell’impossibilità di Arrow e i teorici della *public choice* hanno mostrato che le maggioranze, lungi dall’essere entità fisse e predeterminate, sono entità che si aggregano in modi *sincronicamente* variabili, anche in relazione al modo specifico in cui viene presentata la questione su cui si vuole individuare una maggioranza²⁵.

In terzo luogo, anche ammesso che una simile indagine sociologica possa essere efficacemente svolta in sede giudiziale, può essere estremamente difficile trarre dalla “società”, o anche solo dalla maggioranza di essa, criteri *univoci* di valutazione; anzi in società complesse, non omogenee e pluraliste è più probabile che accada esattamente il contrario²⁶. In società profondamente pluraliste come quelle contemporanee, qual è il significato della dignità, o della laicità, o dell’eguaglianza, secondo la coscienza sociale?²⁷

In quarto luogo, infine, una metodologia interpretativa di questo tipo può portare, almeno in alcuni casi, ad una sorta di circolo vizioso, o di corto circuito, di tipo assiologico. Infatti, la proclamazione dei diritti fondamentali in una costituzione pluralista, rigida e garantita ha la funzione di proteggere i diritti delle minoranze a fronte della volontà e delle preferenze delle contingenti maggioranze (si noti: non solo la maggioranza, come abbiamo visto poco sopra, ma ovviamente *anche la minoranza è un concetto sincronicamente fluido e mutevole*: chi è minoranza dipende dal contesto di volta in volta rilevante; in qualche senso, *tutti siamo, prima o poi, minoranza*). Se è così, allora l’utilizzo del criterio “maggioritario” della coscienza sociale può indebolire la garanzia costituzionale dei diritti fondamentali, perché tali diritti verrebbero interpretati esattamente alla luce di ciò contro cui essi intendono ergersi a protezione²⁸: così erodendo, in via interpretativa, la garanzia della rigidità costituzionale.

Se questi dubbi sono fondati, allora l’argomento della coscienza sociale *a)* è un filtro meramente illusorio alla discrezionalità del giudice, il quale in realtà non potrà che effettuare una selezione occulta dei parametri di valutazione tra una congerie di *inputs* che provengono dalla realtà sociale; *b)* dà luogo a decisioni non trasparenti; *c)* è uno strumento potenzialmente regressivo di interpretazione costituzionale.

2.3. *La lettura morale*

Giappichelli, Torino, 1989, pp. 311-344; Id., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2001, pp. 665-695, spec. pp. 677 ss.

²⁵ K. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, Wiley, New York, 1963². Ad esempio, uno stesso gruppo di cento individui potrebbe generare due o più distinte maggioranze su uno stesso problema etico, a seconda di come viene presentata la questione rilevante, la scelta rispetto a possibili alternative, ecc.; per un’efficace illustrazione di questo punto, cfr. R. Casati, A. Varzi, *Semplicità insormontabili*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 145-148.

²⁶ Problema questo evidentemente non avvertito dalla Corte costituzionale, quando afferma che non contrasta con il principio di tassatività e determinatezza una disposizione penale che richiama «valori etico-sociali oggettivamente accertabili dall’interprete» (Corte costituzionale n. 188/1975), o che «pone come termine di riferimento dell’offesa quel ‘contenuto minimo’, comune alle diverse concezioni etiche presenti nella società contemporanea, che si identifica sostanzialmente ‘nel rispetto della persona umana’» (Corte costituzionale n. 92/2002).

²⁷ Ad esempio la Corte costituzionale, in due sentenze rese a distanza di sette anni l’una dall’altra (nn. 64/1961 e 126/1968), è riuscita a trarre dalla “coscienza sociale” due indicazioni diametralmente opposte circa l’ammissibilità della repressione penale dell’adulterio della moglie (e non anche dell’adulterio del marito).

²⁸ E infatti, nell’esempio di cui alla nota precedente, la coscienza sociale viene usata dalla prima delle due sentenze della Corte per neutralizzare il principio di uguaglianza. Si ricordi poi l’ormai obsoleta giurisprudenza della Corte costituzionale che giustificava una più intensa protezione giuridica della religione cattolica in quanto religione della maggioranza dei cittadini. Una logica analoga sembra ispirare anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 settembre 1994.

C'è un'ultima possibilità da esplorare. Si tratta della possibilità che l'interpretazione costituzionale, e in particolare l'interpretazione delle clausole costituzionali sui diritti fondamentali, consista in una forma di argomentazione morale, pur se variamente guidata e influenzata da considerazioni giuridiche²⁹.

Ma come si potrebbe presentare questo tipo di argomentazione morale, che forma potrebbe assumere? Una possibilità è la seguente³⁰: l'interpretazione di concetti valutativi e indeterminati dovrebbe partire dall'individuazione di ipotesi, reali o immaginarie, in cui siamo sicuri che il concetto rilevante trovi applicazione. In altre parole, il punto di partenza dell'interpretazione dei concetti valutativi presenti in costituzione consiste nell'individuazione di casi paradigmatici di applicazione di quei concetti (la tortura fisica è un caso paradigmatico di trattamento contrario al senso di umanità; la censura è un caso paradigmatico di violazione della libertà di manifestare il proprio pensiero, ecc.). La capacità di individuare i casi paradigmatici è almeno in parte intuitiva, ma è anche frutto di un addestramento sociale e professionale: così, all'individuazione dei casi paradigmatici può concorrere l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, o l'esistenza di una convenzione interpretativa nella cultura giuridica di riferimento, o la presenza di decisioni su casi analoghi prese dalle corti di altri ordinamenti³¹. Non si tratta però di limitarsi a stilare una casistica, o di trasformare un principio generico e indeterminato in un elenco di regole più specifiche; piuttosto, l'individuazione dei casi paradigmatici serve a dare un contenuto concreto alla nostra comprensione astratta del principio o concetto rilevante, in un movimento dialettico dai casi al principio e dal principio ai casi: se l'individuazione dei casi aiuta a dare contenuto concreto ai nostri principi astratti, per altro verso il riferimento al principio serve ad individuare la giustificazione sostanziale delle nostre decisioni nei casi concreti.

Inoltre, la dialettica tra casi paradigmatici e principi astratti permette di riflettere sui casi dubbi (la pornografia è libertà espressione? Scientology è una religione costituzionalmente protetta?). Il fatto che esistano casi (relativamente) chiari, paradigmatici, di applicazione corretta e di applicazione non corretta di un concetto controverso, fornisce infatti lo sfondo sul quale articolare i successivi giudizi sui casi dubbi di applicazione di quel concetto. Così, partendo ad esempio da una definizione molto generica della libertà di manifestazione del pensiero, e presupponendo alcuni valori e obiettivi che ne giustificano la protezione (in ipotesi, lo sviluppo della democrazia e dell'autonomia individuale), avremo casi paradigmatici di esercizio di quella libertà (un comizio politico) e casi paradigmatici della sua violazione (la censura nei confronti di un giornale antigovernativo); mentre sarà

²⁹ L'espressione "lettura morale" rimanda ovviamente a R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1996.

³⁰ Esistono anche altri modi di associare l'argomentazione giuridica all'argomentazione morale. Ad esempio, nella cultura giuridica italiana, come del resto in quella tedesca, incontra un certo favore l'interpretazione costituzionale "per valori": un orientamento, eterogeneo, accomunato dall'idea che il testo costituzionale sia solo il livello superficiale di una struttura assiologica più profonda, fondamentale armoniosa, alla quale le norme costituzionali rimandano e che l'interprete deve portare alla luce. Tra gli esponenti di questa posizione, A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in «Politica del diritto», 1991, pp. 639-658; Id., *L'interpretazione della costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001, pp. 215-230; M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 170 ss.; A. Ruggeri, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in «Diritto pubblico», 1998, pp. 1-33; N. Lipari, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2003, p. 865 ss.; F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 51-81. Per una valutazione critica, A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit.; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 147-149.

³¹ Si vedano in proposito B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, il Mulino, Bologna 2009; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, il Mulino, Bologna, 2010.

incerto se alcuni altri comportamenti costituiscano realmente istanze di esercizio di quella libertà (la pornografia, la pubblicità commerciale), e se alcuni altri comportamenti ne siano una violazione (finanziamento pubblico solo a giornali filo-governativi, pur senza esercitare censura sugli altri giornali). Qualificare questi ultimi casi come rientranti o meno nel campo di applicazione del diritto fondamentale dipenderà da una argomentazione che valuti la giustificazione sostanziale del diritto, e anche il suo rapporto con altri valori rilevanti, facendo una spola continua tra i casi in cui il diritto è rilevante e la giustificazione sostanziale del diritto, in un processo di mutuo aggiustamento tra casi paradigmatici e giustificazione sostanziale (i casi paradigmatici sono stabili ma solo in maniera contingente: possono cambiare nel tempo, e lo stesso processo argomentativo che parte dai casi paradigmatici può arrivare all'esito di rimettere in discussione alcuni casi che sono considerati chiari magari solo per conformismo).

Il modello argomentativo qui appena sbizzato presenta notevoli affinità con l'idea rawlsiana di equilibrio riflessivo³². Ed è dunque una forma di argomentazione morale, probabilmente dotata di una ineliminabile componente intuitiva, ma allo stesso tempo non esclusivamente soggettiva e idiosincratca, perché la capacità di individuare casi paradigmatici è frutto di un addestramento sociale, e nel caso dei giuristi anche professionale; né si tratta di una ricognizione meramente sociologica degli usi della maggioranza, perché non è detto che l'argomentazione si debba appiattire sugli usi di fatto accolti: può anche portare ad una revisione dei casi paradigmatici. Inoltre nel diritto l'individuazione dei casi paradigmatici subisce anche il filtro offerto da vari fattori intrinseci alla cultura giuridica (orientamenti interpretativi consolidati, precedenti giurisprudenziali, decisioni legislative, suggestioni provenienti da altri ordinamenti ecc.).

Potrebbe sembrare che, per illustrare questa idea di lettura morale delle disposizioni costituzionali sui diritti fondamentali (e in generale dei concetti valutativi contenuti in costituzione), io abbia fatto ricorso ad un apparato teorico esoterico, non immediatamente accessibile al giurista. Ma in realtà non è così. Ci sono anzi almeno due indizi importanti del fatto che i giuristi di fatto praticano già una metodologia di questo tipo, e che dunque la mia ricostruzione sia poco più che un tentativo di chiarificazione di ciò che, di fatto, già accade.

Il primo indizio si può ritrovare nell'affermazione, ricorrente nella letteratura giuridica sui principi, che il significato dei principi «non è determinabile in astratto, ma solo in concreto, e solo in concreto se ne può intendere la portata»³³; o nell'affermazione, non irrelata alla precedente, che i possibili conflitti tra principi, e la conseguente determinazione dell'importanza comparativa dei principi coinvolti, si possono apprezzare solo in relazione a casi concreti³⁴ (peraltro, l'argomentazione a partire da casi concreti, reali o immaginari, in materia di diritti fondamentali è spesso adottata dallo stesso Rodotà³⁵).

Il secondo indizio è che quella che ho descritto poco sopra come una possibile forma di argomentazione morale richiesta per l'interpretazione delle disposizioni sui diritti

³² J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 1993, pp. 56-58. Per alcune applicazioni del modello dell'equilibrio riflessivo all'interpretazione di clausole valutative: B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit., p. 109; A. Peczenik, *Scientia iuris*, Springer, Dordrecht, 2005, pp. 127-129, 159; L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge U.P., Cambridge, 2008, pp. 32-39.

³³ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 149; per un esplicito accostamento tra argomentazione per principi e metodo casistico v. anche Id., *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 218, ove si citano numerose sentenze della Corte costituzionale che testimoniano l'adesione a questo metodo argomentativo.

³⁴ Cfr. ad es. R. Bin, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 35-37; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 125, 203-205.

³⁵ Questo è particolarmente evidente in S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit.; in proposito mi permetto di rinviare a G. Pino, *Tra diritto e non diritto*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 1, 2007, pp. 197-210.

fondamentali, rimanda in effetti ad una metodologia che è del tutto familiare al giurista: è infatti la struttura portante del procedimento per analogia³⁶. E a titolo di esempio mi piace qui ricordare due importanti sentenze della Cassazione (entrambe molto care a Rodotà), in cui ritroviamo un iter argomentativo molto simile a quello poco sopra descritto, e che ovviamente hanno fatto ampio ricorso anche all'argomento analogico: si tratta della sentenza n. 2129/1975 (c.d. caso Soraya), e della sentenza n. 21748/2007 (c.d. caso Englaro). In entrambe queste sentenze, i principi costituzionali rilevanti (la tutela della riservatezza in un caso, il diritto alla salute e alla autodeterminazione sanitaria nell'altro) vengono via via concretizzati non con un procedimento deduttivo, ma alla luce di casi, di specifiche decisioni legislative, di precedenti di altri ordinamenti, impegnando l'interprete in una spola continua tra principi astratti e istanze concrete.

In conclusione, dunque, sembra non solo possibile, ma anche già ampiamente praticata, una forma di argomentazione morale nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali sui diritti e principi fondamentali. Essa si integra bene, inoltre, con una delle funzioni centrali della previsione costituzionale di certi diritti e principi, e cioè la funzione di tenere aperta la discussione pubblica su certi valori fondamentali³⁷, funzione che emerge specialmente nei casi di confine in cui è necessario fornire ragioni sostanziali pro o contro l'inclusione del caso concreto sotto l'ombrello protettivo di un diritto fondamentale, riflettere sulla giustificazione sostanziale di quel diritto, e metterla alla prova di fronte ai casi non previsti.

³⁶ Per un accostamento tra il metodo rawlsiano dell'equilibrio riflessivo e l'analogia, v. S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, in «Harvard Law Review», vol. 109, 1996, pp. 923-1028; J.J. Bayón, *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 2/2002, p. 14. Cfr. inoltre R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1976, pp. 160-161, per un accostamento tra equilibrio riflessivo e ragionamento per precedenti in *common law* (che a sua volta può essere considerato una forma di ragionamento analogico).

³⁷ G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. McCormick, Z. Bankowski (eds.), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen U.P., Aberdeen, 1989, pp. 107-133, p. 124.