

Il linguaggio dei diritti

GIORGIO PINO

1. *Positivizzare i diritti fondamentali*

Il discorso che segue riguarda i diritti fondamentali formulati in testi costituzionali, non le problematiche giuridico-politiche relative alla tutela dei diritti umani in campo internazionale, come ad esempio l'interpretazione delle Carte internazionali dei diritti, o la legittimità del c.d. interventismo umanitario, o dei tribunali penali internazionali.

Dal punto di vista dei diritti fondamentali formulati in testi costituzionali, una parte importante dell'alternativa tra minimalismo e proliferazione dei diritti passa attraverso il modo in cui i diritti sono positivizzati, o più precisamente attraverso il modo in cui i diritti sono *formulati* nei documenti che li contengono. Anzi, mi sembra inevitabile che in ordinamenti democratici dotati di costituzione scritta l'alternativa tra minimalismo e proliferazione dei diritti non possa che dipendere in larga misura *dal modo* in cui i diritti sono formulati, anziché dal dato per così dire “quantitativo” del numero dei diritti, o delle *generazioni* dei diritti¹, riconosciuti o proclamati in costituzione.

Il punto è piuttosto semplice: immaginiamo una costituzione che proclamasse solo due diritti, ma fraseggiati in maniera estremamente generica: il “diritto alla libertà” e il “diritto all'eguaglianza”; palesemente, questa costituzione darebbe la stura ad una proliferazione incontrollata (nel senso di:

¹ Secondo la raffigurazione consueta, anche se non sempre riprodotta in questi termini, la successione delle generazioni dei diritti sarebbe la seguente: diritti civili (I generazione), diritti politici (II generazione), diritti sociali (III generazione), diritti delle generazioni future, dell'ambiente, e simili (IV generazione). Sul punto v. N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999; G. Corso, *Diritti umani*, in «Ragion pratica», 7, 1996, pp. 59-67. Opportunamente R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25, mette in guardia contro gli usi ideologici dell'idea delle generazioni dei diritti, consistenti nel sovrapporre un ordine di priorità assiologica a quella che è invece una (approssimativa) successione cronologica.

non predeterminabile in anticipo) di diritti fondamentali più specifici, impliciti nei due macro-diritti sopra indicati, a seconda delle diverse – e potenzialmente infinite – circostanze di fatto in cui può essere rilevante l'uno o l'altro diritto o anche, e molto probabilmente, entrambi i diritti contemporaneamente. Di contro, una costituzione che contenesse un numero anche consistente di diritti fondamentali, ma fraseggiati in termini esatti, precisi, con una accurata e causidica specificazione delle circostanze di applicazione e delle eccezioni rilevanti, potrebbe agevolmente soddisfare i requisiti del minimalismo dei diritti.

L'aspetto della formulazione linguistica dei diritti si lega subito ad un secondo punto rilevante per l'alternativa tra minimalismo e proliferazione dei diritti. Una formulazione linguistica, di per sé, è inerte – è solo un enunciato che attende di essere interpretato. Il fatto che da un testo costituzionale rampolli una pluralità di diritti dipende dalle pratiche interpretative diffuse tra i giuristi, così come dipende da pratiche interpretative se quel testo venga invece usato per ricavarne pochi, ben definiti diritti. Non che il testo (in questo caso: costituzionale) di per sé non dica nulla: piuttosto, intendo dire che le possibilità interpretative disponibili agli interpreti dipendono dalla *concezione* di quel testo, e della sua forza normativa, diffusa tra gli interpreti². Pertanto, nell'alternativa tra minimalismo e proliferazione dei diritti sono destinati a giocare un ruolo determinante anche gli atteggiamenti diffusi tra gli interpreti (le metodologie interpretative condivise, l'auto-percezione che i giuristi hanno del proprio ruolo in una certa cultura giuridica, ecc.). Una cultura giuridica formalista e legalista tenderà a limitare il potenziale di proliferazione di nuovi diritti anche a fronte di una costituzione “lunga” (interpretando in maniera restrittiva le disposizioni ascrivite di diritti), mentre una cultura giuridica sostanzialista o costituzionalista tenderà a sfruttare tutte le potenzialità insite anche in un testo costituzionale minimalista (ricorrendo all'interpretazione estensiva o iper-interpretazione delle disposizioni esistenti, all'analogia, ecc.³).

² Sul rapporto tra concezione della costituzione e interpretazione costituzionale, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 331-338; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi* (1985), in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 173-204.

³ Intendo per cultura giuridica formalista, o legalista, una cultura in cui il giurista tende sempre a rispettare il dato legislativo, si limita ad interpretarlo usando il suo significato più ovvio in base alla lettera della legge, e in base all'intenzione che può essere verosimilmente attribuita al legislatore storico; il giurista non è disposto ad introdurre eccezioni che non siano state espressamente previste dal legislatore, né ad accantonare il dato legislativo in base a considerazioni extragiuridiche. Oltre a privilegiare il dato formale, testuale, del rispetto della legge, una cultura giuridica formalista assegna notevole valore (tendenzialmente: valore assoluto) a considerazioni di tipo “istituzionale”, quali: il rispetto della ripartizione di

Detto questo, è pur vero che *di solito* l'alternativa tra proliferazione e minimalismo dei diritti si pone tra: *a*) ordinamenti giuridico-costituzionali con costituzione lunga, in cui sono proclamati molti diritti genericamente formulati, nell'ambito di una cultura giuridica sostanzialista; e *b*) ordinamenti giuridico-costituzionali con pochi, ben definiti diritti (o, al limite, senza alcuna proclamazione formale di diritti in un testo costituzionale) nell'ambito di una cultura giuridica formalista o legalista. Chiamerò “modelli pluralisti” i primi, e “modelli minimalisti” i secondi⁴.

2. I termini dell'alternativa

L'alternativa tra questi due modelli, a dire il vero, ha senso solo su un piano marcatamente prescrittivo. Intendo dire che, se inteso come tesi descrittiva, il modello minimalista è del tutto inadeguato a rendere conto del funzionamento degli ordinamenti giuridici contemporanei dotati di costituzione scritta e democratica. Partendo da questo assunto, che mi pare difficilmente controvertibile, lascerò adesso da parte i modelli minimalisti, e mi concentrerò sulle implicazioni del modello pluralista per quanto riguarda l'interpretazione delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali. Prima però vedremo brevemente *in che modo* il modello pluralista è rispecchiato nella realtà degli ordinamenti costituzionali contemporanei.

competenze tra organi diversi e delle procedure previste per certe decisioni, il sacrificio di esigenze sostanziali al fine di non intralciare il funzionamento di determinate istituzioni, la presunzione di regolarità degli atti legislativi e in generale giuridici. Una cultura giuridica sostanzialista è invece una cultura in cui il giurista non ritiene di dover limitare l'indagine delle ragioni giuridicamente rilevanti a quelle indicate dalla legge: il dato legislativo potrà essere sempre rimesso in discussione in base a ulteriori considerazioni giuridiche (ad esempio, i principi costituzionali), o a considerazioni morali; e in questo tipo di cultura giuridica le considerazioni sostanziali avranno un ruolo da giocare anche in contrapposizione, o quantomeno in concorrenza, rispetto ai fattori “istituzionali”.

Per una distinzione più articolata tra culture giuridiche formaliste e sostanzialiste, G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, cap. I.

⁴ Quelli che chiamo modelli minimalisti non sostengono che i diritti fondamentali non siano importanti. Piuttosto, presuppongono una tesi relativa al trattamento *specificamente giuridico* dei diritti fondamentali: i modelli minimalisti sono contrari all'idea che i diritti siano formulati in un testo costituzionale, e che siano gestiti dai giudici ordinari o costituzionali, invece che dal legislatore (in quanto) democraticamente eletto. La costituzionalizzazione dei diritti, sostengono i fautori dei modelli minimalisti, per un verso li banalizza e irrigidisce nei tecnicismi propri della cultura giuridica, e per altro verso va a detrimento del valore dell'autonomia dei cittadini (perché i diritti fondamentali vengono usati per invalidare le scelte politiche dei legislatori democraticamente eletti). Una posizione di questo tipo è rintracciabile ad es. in J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford U.P., Oxford, 1999; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

Ebbene, uno sguardo anche superficiale alle costituzioni contemporanee rivela che esse includono solitamente una congerie di molti diritti, fraseggiati in termini molto generici e indeterminati (e a volte accompagnati dalla previsione di possibili deroghe altrettanto generiche), spesso eterogenei ed incompatibili tra loro, raramente o mai ordinati in relazioni gerarchiche o di priorità, ma anzi posti espressamente su un piano di parità quantomeno formale (appartengono tutti alla medesima fonte giuridica, o a fonti diverse ma considerate parimenti “fondamentali”). Inoltre, l'affollamento e la proliferazione dei diritti fondamentali dipendono anche da successive operazioni di interpretazione, specificazione e integrazione svolte dai giuristi a partire dai diritti fondamentali proclamati dai materiali giuridici esistenti. Infine, mentre molti diritti sono proclamati in termini quasi assoluti, e sono qualificati “inviolabili”, la pratica del trattamento giurisdizionale e legislativo dei diritti fondamentali conosce numerosissime ipotesi in cui diritti fondamentali possono essere ragionevolmente limitati per soddisfare esigenze eterogenee, altri diritti fondamentali, interessi pubblici e collettivi, e così via.

L'affollamento di diritti, la loro formulazione in modo non dettagliato, la loro conflittualità, la loro apertura a compromessi con considerazioni diverse non rappresentano un mero errore nella tecnica di redazione delle costituzioni democratiche: semplicemente, non avrebbe potuto essere altrimenti⁵. Le costituzioni contemporanee infatti: *a*) sono frutto di compromessi tra forze politiche diverse ed esprimono visioni diverse della società⁶; *b*) assumono il pluralismo (la diversità delle concezioni del bene, della vita buona, della libertà, dei rapporti sociali) non solo come un dato di fatto ma anche come un valore da preservare, e forse l'unico (meta-)valore più importante di tutti gli altri⁷; *c*)

⁵ Rinvio all'efficace dimostrazione dell'irragionevolezza, dell'implausibilità di una costituzione che contenesse pochi, armonici e ben determinati diritti elaborata da 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. Forse il punto dell'alternativa, su un piano prescrittivo, tra modelli minimalisti e pluralisti è proprio questo: l'unico modo affinché un modello minimalista possa avere successo è in un ordinamento senza costituzione scritta, o con una costituzione che non codifichi diritti fondamentali.

⁶ F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, in «UCLA Law Review», vol. 29, 1982, pp. 797-832 (spec. p. 806); G. Silvestri, *Linguaggio della costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in «Quaderni costituzionali», 1989, pp. 229-255 (spec. p. 251); B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit.; R. Bin, *Che cos'è la costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», 2007, 1, pp. 11-52 (spec. pp. 22 ss.).

⁷ G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MacCormick, Z. Bankowski (eds.), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen U.P., Aberdeen, 1989, pp. 107-133 (spec. pp. 125-126); G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 16, 170-173; R. Bin, *“Al cuor non si comanda”*. *Valori, regole, argomenti e il “caso” nelle motivazioni delle sentenze costituzionali*, in A. Ruggeri

devono applicarsi, potenzialmente, a tutta la società: una costituzione è, quasi alla lettera, un progetto organico di fondazione di un ordine sociale; *d*) sono pensate per durare a lungo⁸.

Questa è dunque una prima caratteristica del discorso giuridico dei diritti fondamentali: per un verso, gli ordinamenti contemporanei sono affollati di diritti fondamentali, alcuni di questi sono riconosciuti da fonti interne (e solitamente di livello apicale) al sistema, altri sono il frutto di più o meno spericolate operazioni argomentative dei giuristi, altri ancora provengono da documenti internazionali dotati di vari livelli di cogenza e giuridicità⁹. Per altro verso, il funzionamento del diritto porta con sé alcune ovvie esigenze: il diritto deve fornire risposte a problemi pratici, risolvere controversie, in breve fa parte del funzionamento del diritto l'elemento dell'adozione autoritativa (nonché, in alcune circostanze, definitiva) di decisioni vincolanti, e a tal fine i diritti formulati in termini generici, indeterminati, ecc., devono essere variamente specificati, concretizzati, armonizzati, bilanciati – tra loro, ed eventualmente anche rispetto ad esigenze di altro tipo.

3. *Il linguaggio dei diritti e l'interpretazione giuridica*

In un ordinamento giuridico la cui costituzione risponde al modello pluralista e la cui cultura giuridica abbia una connotazione sostanzialista, quale fenomenologia assumono solitamente le disposizioni che proclamano diritti fondamentali, e quali problemi interpretativi queste sollevano?

Le disposizioni costituzionali che proclamano diritti fondamentali sono solitamente formulate in termini *a*) estremamente generici, *b*) valutativi, assiologicamente ed emotivamente connotati¹⁰. La difficoltà

(a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1994, pp. 323 ss.

⁸ L. Gianformaggio, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in «Politica del diritto», 4, 1997, pp. 527-551.

⁹ Su questi aspetti della pratica giuridica contemporanea, v. C. Wellman, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview Press, Boulder (CO), 1999, spec. cap. 7; B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, cap. IV.

¹⁰ Alcuni esempi: “diritti inviolabili”, “personalità”, “solidarietà politica, economica e sociale” (art. 2); “pari dignità sociale”, “opinioni politiche”, “condizioni personali e sociali”, “libertà”, “eguaglianza”, “ostacoli di ordine economico e sociale”, “pieno sviluppo della persona umana” (art. 3), “ragioni politiche” (art. 16), “pacificamente” (art. 17), “fede religiosa” (art. 19), “buon costume” (artt. 19 e 21), “manifestare liberamente il proprio pensiero” (art. 21), “trattamenti contrari al senso di umanità” (art. 27), “società naturale”, “eguaglianza morale” (art. 29), “salute”, “rispetto della persona umana” (art. 32), “esistenza libera e

dell'interpretazione di questi termini deriva quantomeno dalle seguenti circostanze: non sono termini tecnici, nel senso che non sono termini di cui esista una precisa definizione all'interno del linguaggio giuridico; essi rinviano in parte al linguaggio comune e in parte a valori etico-politici¹¹; in una società pluralista, tali valori etico-politici sono inevitabilmente controversi. I problemi di interpretazione di queste disposizioni dunque non hanno origine in meri disaccordi "tecnici", relativi al corretto uso degli strumenti del mestiere del giurista, né tanto meno da meri disaccordi semantici, relativi al significato delle parole: spesso nascono da, e nascondono, più profondi disaccordi filosofico-politici¹².

Bisogna subito dissipare un possibile equivoco: il problema, qui, non è che simili disposizioni costituzionali *presuppongono* valori, o che in generale il diritto dello stato costituzionale *contiene* valori¹³. Banalmente, che una disposizione giuridica presupponga valori morali e scelte ideologico-politiche è sempre stato vero, e non riesco ad immaginare come potrebbe essere altrimenti¹⁴. L'elemento importante di novità è che queste disposizioni costituzionali non si limitano a presupporre valori, ma piuttosto *formulano* valori, li proclamano all'interno di un documento giuridico¹⁵.

Questo fa una differenza ovvia. Di solito, infatti, una regolamentazione giuridica ha la caratteristica di diventare opaca rispetto ai valori, scelte etiche, valutazioni politiche, ecc., che ne hanno giustificato l'adozione: una regolamentazione giuridica ha esattamente la funzione di guidare i

dignitosa" (art. 36), "essenziale funzione familiare" (art. 37), "utilità sociale", "sicurezza", "libertà", "dignità umana" (art. 41).

¹¹ F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, cit., p. 827. R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit. (spec. *Introduction*).

¹² C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford U.P., Oxford, 1996, p. 86: «in such cases, we need an argument rather than a language lesson»; cfr. anche J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in «Yale Law Journal», vol. 115, 2006, pp. 1346-1406 (spec. pp. 1366-1369).

¹³ Mi pare che cada in questo equivoco R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 269, dove, al fine di rifiutare l'idea che l'interpretazione della costituzione presenti una specificità perché proclama principi e incorpora valori etico-politici, afferma che «è abbastanza ovvio che anche le leggi – tutte le leggi – incorporano valori, o comunque li sottendono».

¹⁴ Questo è talmente ovvio che non è il caso di argomentare oltre; si veda comunque H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», vol. 71, 1958, pp. 593-629 (pp. 598-599, le connessioni *causali* tra diritto e morale).

¹⁵ E per questo è stato detto che le costituzioni contemporanee positivizzano il diritto naturale: cfr. G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale* (1972), in Id., *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II, a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 987-1050; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 157, 162, 165; F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 232.

comportamenti dei destinatari *evitando* che i destinatari continuino a fare riferimento a quei valori, e questo proprio perché di solito quei valori sono indeterminati, confliggenti, controversi¹⁶. Una delle funzioni del diritto, si può convenire, consiste infatti nell'adottare decisioni autoritative che dirimano conflitti di interessi, in situazioni di incertezza e disaccordo pratico, problemi di coordinazione e di interazione strategica, ecc. Che poi una norma riesca effettivamente a funzionare così dipende da fattori ulteriori, come il fatto di essere formulata in maniera precisa, e ovviamente il fatto che i destinatari siano disposti a trattarla come una ragione escludente, categorica, a decidere in base alla sua formulazione letterale e non alla sua *ratio* o al suo "spirito", a non guardare al valore sottostante alla norma quantomeno in condizioni "normali", ecc. Tutto ciò, evidentemente, non può accadere se una disposizione giuridica positivizza (nel senso di: proclama espressamente) il valore che intende tutelare. In questi casi il valore etico-politico non è soltanto presupposto dalla disposizione: è dichiarato in essa¹⁷. E allora, inevitabilmente, l'interpretazione di queste disposizioni risente di tutta l'indeterminatezza di quel valore, e chiama in causa direttamente opzioni valutative.

La presenza di termini siffatti nei cataloghi costituzionali dei diritti può pertanto sembrare sospetta: dopotutto, essa legittima l'attribuzione di un notevole spazio di discrezionalità ai soggetti chiamati ad interpretarle, e se tali soggetti sono i giudici (come accade nella maggior parte degli ordinamenti giuridici contemporanei), ecco che un notevole ambito di potere decisionale transita dalle istituzioni democraticamente rappresentative e politicamente responsabili a soggetti dotati di una legittimazione solo "tecnica". La conseguenza, sul piano prescrittivo, è immediata: meglio sarebbe, si sostiene, evitare di includere i diritti fondamentali in un testo costituzionale, o comunque sarebbe opportuno assegnare la loro interpretazione, specificazione ecc. esclusivamente al legislatore; sul piano più generale della tecnica di redazione degli atti normativi, poi, dovrebbero essere evitate tutte le

¹⁶ Questa è, in estrema sintesi, la teoria delle norme come *exclusionary reasons* elaborata da J. Raz, principalmente in *Practical Reason and Norms*, Oxford U.P., Oxford, 1990², e sostanzialmente ripresa da F. Schauer, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), il Mulino, Bologna, 2000. Per una eccellente presentazione di questa teoria, C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 484-497; un'esposizione di questa idea nel contesto della più generale teoria del diritto di Raz può essere letta in A. Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004, cap. V.

¹⁷ Il punto è colto con chiarezza da R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit., pp. 8-9. Ma cfr. anche M. Jori, *I principi nel diritto italiano* (1983), in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 301-332: «i principi [...] evidenziano, o 'portano scritto in faccia', il valore o i valori che possono giustificare l'accettazione dei principi stessi» (p. 302).

formulazioni che invitino il giudice-interprete a forme di argomentazione morale, necessariamente arbitrarie, soggettive e incontrollabili¹⁸.

Tuttavia, non è detto che la presenza di queste clausole in una costituzione produca necessariamente simili esiti nefasti.

In primo luogo, la presenza di formulazioni generiche e valutative nelle costituzioni è, per diversi motivi, inevitabile¹⁹, a causa delle caratteristiche delle costituzioni contemporanee viste sopra (§ 2). Infatti, solo ad un livello sufficientemente astratto e generico di formulazione dei principi rilevanti sarà possibile raggiungere un accordo (un accordo che è necessariamente “teorizzato in maniera incompleta”²⁰) tra soggetti portatori di valori diversi, incommensurabili, confliggenti. Inoltre, essendo la costituzione un documento di ampio respiro e destinato a durare a lungo, e non essendo possibile specificare, determinare in anticipo tutti i casi in cui potrà essere rilevante un certo valore (sarebbe stato saggio formulare le disposizioni costituzionali sulla libertà di manifestazione del pensiero o di circolazione limitandole *solo* alle modalità di comunicazione e circolazione conosciute nel 1947?), il modo migliore di codificare questi valori, principi, obiettivi ecc. consiste nell’adottare formulazione ampie, generiche, e lasciare poi che il loro significato venga di volta in volta specificato in sede di applicazione, a seconda delle circostanze rilevanti²¹.

In secondo luogo, non è detto che l’interpretazione di queste clausole debba essere sfrenatamente discrezionale, o necessariamente più incerta rispetto all’interpretazione di disposizioni di altro tipo²²: occorre allora chiedersi quale sia il metodo di interpretazione più appropriato per questo tipo

¹⁸ Questo fascio di posizioni può essere sintetizzato nell’etichetta *normative* o *ethical positivism* (cfr. J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., cap. 8: «normative positivism [...] is the thesis that the law *ought* to be such that legal decisions can be made without the exercise of moral judgement», p. 167, corsivo nell’originale), ascrivibile ad autori come lo stesso Waldron, Tom Campbell (di cui v. *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996) e in Italia forse a Riccardo Guastini. Sul punto v. in generale J.J. Moreso, *Positivism giuridico e applicazione del diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2005, 1, pp. 225-243; J.J. Moreso, J. Villajosana, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 200-205.

¹⁹ Ovviamente questa non è ancora una risposta al *normative positivism*: quest’ultimo infatti potrebbe ben insistere che non è affatto necessario avere un catalogo di diritti nella costituzione (questa è infatti la posizione di J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., cap. 10).

²⁰ Questa è infatti una tipica materia per gli *incompletely theorized agreements* di cui parla C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, cit., cap. 2.

²¹ Sull’utilizzo di termini vaghi e indeterminati per situazioni in cui non è possibile predeterminare esattamente le fattispecie in cui è rilevante il bene protetto, H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, (1961, 1994²), Einaudi, Torino, 2002, pp. 153-156.

²² Cfr. M. Jori, *La cicala e la formica*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 66-119 (spec. pp. 77-81).

di clausole, se esistano tecniche di interpretazione, di stabilizzazione del significato per termini e clausole siffatte che, pur includendo qualche forma di argomentazione morale, non necessariamente si traducono in esercizi di idiosincrasia ideologica da parte dell'interprete.

Esplorerò qui la possibilità che queste tecniche esistano, pur dovendo precisare che si tratta appunto di questo, di una *possibilità*: l'individuazione di tecniche argomentative idonee ad attribuire significato a clausole siffatte non è idonea ad escludere (e come potrebbe?) che di fatto gli interpreti possano anche fare ricorso, in maniera più o meno occulta, ad opzioni assiologiche sfrenatamente soggettive; piuttosto, queste tecniche possono servire da parametro, da strumenti di controllo per le pratiche argomentative ed interpretative di fatto utilizzate. Qui non si tratta di attribuire posticce patenti di razionalità a prassi argomentative che in realtà sarebbero soltanto idiosincratice, legittimandole e nascondendone la dimensione radicalmente creativa e politica. Tutt'altro: si tratta invece di individuare le condizioni minime di controllabilità intersoggettiva di procedimenti intellettuali che *possono* essere razionali (così come possono non esserlo). E astenersi dal saggiare persino la possibilità che tali pratiche siano assoggettabili a ricostruzione e controllo intersoggettivo è una sorta di profezia che si auto-verifica: visto che comunque queste pratiche sono irrazionali e soggettive, tanto vale non sprecare tempo ad analizzarle (reiterando in tal modo la delega in bianco agli interpreti, che questo atteggiamento vorrebbe invece stigmatizzare).

3.1. *L'intenzione dei costituenti*

Una prima strategia per concretizzare il significato delle clausole costituzionali vaghe consiste nel ricercare l'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 cd. originalismo), ma è talvolta impiegata anche dalla Corte costituzionale italiana²³.

Quantomeno nel dibattito statunitense, il richiamo all'intenzione può essere articolato in due modi lievemente diversi: in un primo senso, si sostiene che le parole della costituzione devono essere interpretate nel senso che si può ragionevolmente ritenere (ad esempio utilizzando i lavori preparatori, i resoconti dei dibattiti all'Assemblea costituente, ecc.) avessero in mente i

²³ Si veda ad es. Corte costituzionale n. 429/1992, commentata adesivamente da M. Dogliani, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 525-544.

costituenti quando hanno redatto ciascun articolo della costituzione (*original intent*). In un secondo senso, si sostiene che il significato rilevante è quello che le parole avevano al tempo in cui la costituzione fu redatta (*original meaning*)²⁴.

L'impostazione originalista incontra, a mio modo di vedere, notevoli difficoltà. Mi limiterò qui ad indicarne due: una serie di difficoltà epistemologiche, relative all'applicazione di questa tecnica all'interpretazione costituzionale; e una serie di difficoltà, più radicali, relative alla legittimità stessa del ricorso a questa strategia interpretativa.

Per quanto riguarda la prima serie di difficoltà che affliggono la strategia originalista occorre ricordare che essa, come ogni tecnica argomentativa che si basa sull'intenzione del legislatore, deve la propria plausibilità ad una serie di fattori, tra i 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. Entrambe queste condizioni non vengono soddisfatte, o lo sono in maniera molto debole, nel caso dell'interpretazione costituzionale.

Infatti le costituzioni, come abbiamo visto, sono fatte per durare a lungo e spesso devono essere applicate ad una realtà sociale molto diversa rispetto a quella esistente al tempo dei costituenti, 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 nuove senza che a tal fine sia necessario modificare formalmente il testo della costituzione. Ma al contempo, più si allontana nel tempo l'atto di promulgazione della costituzione, maggiormente improbabile diventa l'idea che certe fattispecie fossero state previste e prevedibili dai costituenti, ed implausibile il ricorso alla loro volontà o al significato che le parole avevano al momento storico della promulgazione.

Inoltre, può essere molto difficile accertare in maniera sufficientemente precisa *un'unica volontà* in un organo complesso come un'assemblea costituente, diviso politicamente e culturalmente e che spesso, esattamente per questo motivo, raggiunge accordi solo sulla base di formulazioni estremamente vaghe e generiche²⁵. E lo stesso può dirsi per la variante relativa al significato

²⁴ Per una sintetica presentazione e discussione di queste teorie, W. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge U.P., Cambridge, 2007, pp. 56-62.

²⁵ Questa circostanza può presentarsi anche a livello di legislazione infra-costituzionale: si veda il caso della legislazione "di mera formula", su cui G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 366-367 (e infatti Tarello osserva che per l'interpretazione di disposizioni siffatte l'argomento psicologico, basato sull'intenzione del legislatore, è inservibile).

originario dei termini (con quale grado di sicurezza si può affermare di aver individuato il significato univocamente utilizzato al tempo della redazione della costituzione? con un dizionario dell'epoca? e chi sono i parlanti di riferimento?). L'unica cosa che si può affermare con certezza è che, quando i costituenti hanno utilizzato espressioni come "uguaglianza", "libertà", o "trattamenti contrari al senso di umanità", e non espressioni come «il numero dei deputati è di seicentotrenta» (art. 56 cost.), essi hanno inteso fare esattamente questo: utilizzare termini generici e valutativamente connotati, da interpretare secondo le circostanze e con un'argomentazione che non può che essere, almeno in parte, morale.

In secondo luogo, e a parte le difficoltà epistemologiche insite in questa metodologia interpretativa, ci si può ragionevolmente chiedere *perché* essa dovrebbe essere ritenuta realmente adeguata alla natura dell'oggetto da interpretare. La metodologia originalista presuppone infatti 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 sarebbe infatti un modo per evitare che l'interpretazione costituzionale si trasformi in una sostanziale revisione costituzionale.

Il punto è che questa concezione della costituzione è inadeguata, perché presuppone una indebita assimilazione dell'oggetto "costituzione" alla legge²⁶: uno strumento per risolvere più o meno specifici conflitti di interessi e problemi di coordinazione tra i consociati. Ma le costituzioni contemporanee non sono (solo) questo: sono invece atti fondativi di un ordine sociale, programmi di ampio respiro e destinati a durare a lungo, e quindi ad adattarsi, guidandola, ad una realtà in movimento. La presenza di termini e concetti valutativi nelle costituzioni serve proprio a questo: a testimoniare l'adesione di una società a certi valori (eguaglianza, 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 tempo²⁷ – *dove* questa discussione si dovrà svolgere è poi una

²⁶ E. Diciotti, *Come interpretare la Costituzione?*, in «Ragion pratica», 4, 1995, pp. 203-222.

²⁷ Cfr. J. Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in «California Law Review», vol. 82, 1994, pp. 509-540: «sometimes the point of a legal provision may be to start a discussion rather than settle it, and this may be particularly true of the constitutional provisions that aim at restricting and governing legislation» (p. 539); G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'*, cit.: «Rights claims do not close off argument, they invite it» (p. 124).

questione aperta²⁸: se solo in Parlamento e nell'opinione pubblica, oppure anche in sede giudiziaria.

Se è così, allora è sbagliato fissare le clausole di questo programma alle intenzioni dei loro estensori e non invece lasciare che si evolvano insieme alla società cui si devono applicare²⁹.

3.2. *La coscienza sociale*

Il pericolo dell'ossificazione delle clausole costituzionali viene invece evitato da una seconda strategia interpretativa, che nell'interpretazione dei concetti generici e valutativi invita l'interprete a fare riferimento alla morale sociale della comunità. In tal caso dunque l'interprete utilizza o dovrebbe utilizzare i concetti valutativi espressi nelle clausole costituzionali non in prima persona, per così dire, ma in *oratio obliqua*, ovvero “tra virgolette”, utilizzando criteri condivisi dalla comunità di riferimento, ossia dalla morale sociale o dalla coscienza sociale³⁰.

Questa strada sembra promettente: in fin dei conti, come notato poco sopra, è vitale che certe clausole costituzionali siano interpretate in maniera “evolutiva”, dunque tenendo conto dell'evoluzione della coscienza, o della sensibilità, sociale. E infatti una metodologia di questo tipo è stata utilizzata non solo per concretizzare il significato di clausole indeterminate, valutative, ecc., ma anche per creare nuovi diritti sfruttando la formula del riconoscimento dei diritti inviolabili contenuta nell'art. 2 cost.³¹.

²⁸ E materia di dibattito tra sostenitori dei modelli pluralisti e minimalisti: v. nota 4.

²⁹ 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.

³⁰ Sulla possibilità che i giudici non facciano un uso diretto delle espressioni valutative, ma rinvino alle valutazioni diffuse nella comunità di riferimento, cfr. C. Alchurrón, E. Bulygin, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, (1989), in C. Alchurrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-328 (spec. pp. 315-317); J.J. Moreso, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in P. Chiassoni (ed. by), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001; P. Navarro, *La aplicación neutral de los conceptos valorativos*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 39-55. La distinzione tra uso diretto e uso tra virgolette degli enunciati valutativi risale a R. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952, pp. 124-125; sul punto, cfr. B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 94-95; Id., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit.

³¹ Si tratta di una tesi estremamente ricorrente: cfr. ad es. G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit.; A. Barbera, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali, Artt. 1-12*, a cura di G. Branca, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 50-122; A. Corasaniti, *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo*, in «Diritto e società», 1990, pp. 189-214 (spec. p. 194). Nella

Ma anche questa strada presenta alcuni problemi. In primo luogo, è questione affatto contingente se una disposizione contenga o meno un rinvio alle valutazioni diffuse nel corpo sociale: cosa che talvolta effettivamente accade³², mentre in altri casi l'uso di queste formule sembra demandare al giudice una valutazione o un accertamento di tipo diverso: a volte di tipo tecnico, ad esempio, ma altre volte direttamente morale³³. E proprio quest'ultimo sembra il caso delle espressioni valutative contenute nelle disposizioni costituzionali, che di solito non fanno rinvio a valutazioni "sociali" ma a valutazioni morali. Ora, in un senso è ovvio che le valutazioni morali dipendono dalla società di riferimento³⁴, 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 ricostruire tale significato sulla base di una rilevazione statistica delle convinzioni mediamente diffuse nella società. E questo peraltro ci porta ad una seconda serie di dubbi su una simile metodologia.

In secondo luogo infatti, e anche ammettendo che le disposizioni che contengono termini valutativi si debbano interpretare con una metodologia "sociologizzante", ci si può chiedere se tale metodologia sia effettivamente praticabile in sede giurisdizionale: il giudice può non essere adeguatamente attrezzato per compiere, in maniera accurata, indagini di tipo sociologico su quale sia la portata effettiva del criterio valutativo in questione all'interno della comunità di riferimento; è dubbio quindi che egli sia in grado di individuare un campione rilevante e di trarne *in maniera attendibile* criteri di valutazione³⁵.

Chiediamoci ad esempio se, per individuare ciò che prescrive la coscienza sociale, sia sufficiente fare semplicemente riferimento a ciò che pensa la *maggioranza* dei partecipanti. Innanzitutto, 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

giurisprudenza costituzionale il concetto di coscienza sociale è più spesso utilizzato come strumento per individuare possibili "limiti impliciti" dei diritti: v. ad es. Corte costituzionale n. 100/1981.

³² Ciò è frequente nella legislazione infa-costituzionale: ad es. «atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore» (art. 529 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, cd. legge sulla stampa).

³³ Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 378-380.

³⁴ Per una analisi filosofica dell'idea della dipendenza sociale dei valori morali, J. Raz, *The Practice of Value*, Oxford U.P., Oxford, 2005.

³⁵ Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., p. 379.

dell'impossibilità di Arrow mostra che le maggioranze, lungi dall'essere entità fisse e predeterminate, sono entità che si aggregano in modi *sincronicamente* variabili. Inoltre, vi è una differenza tra la mera rilevazione di ciò che è effettivamente approvato/disapprovato da parte (della maggioranza?) dei membri di un gruppo sociale, e l'accertamento dei criteri utilizzati in quella società nel giudizio di approvazione/disapprovazione: le due attività possono avere un esito differente, perché i membri della comunità possono sbagliarsi nell'applicare i propri criteri, i criteri possono non essere del tutto trasparenti a tutti i partecipanti³⁶. Quest'ultima osservazione può forse essere chiarita utilizzando come *análogon* il funzionamento del linguaggio: sarebbe fuorviante pensare che le regole di una lingua (per esempio l'italiano) coincidano interamente con gli usi di fatto praticati da chi parla italiano, per l'ovvia ragione che i parlanti potrebbero occasionalmente, o anche frequentemente, *sbagliare* nell'uso delle regole della lingua. Ovviamente resta aperta la possibilità che la lingua si evolva – evoluzione che può avvenire proprio incorporando, gradualmente, quelli che in precedenza erano considerati errori: questo è certamente possibile, e forse è il modo tipico di evolversi delle lingue naturali, ma ciò non toglie (anzi, a ben vedere implica) che, in un certo momento, alcuni usi delle regole linguistiche, anche se di fatto praticati da alcuni parlanti, sono sbagliati.

In terzo luogo, 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 contrario³⁷. In società profondamente pluraliste come quelle contemporanee, qual è il significato di dignità, o di laicità, o di eguaglianza, garantito dalla coscienza sociale?

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

³⁶ B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, cit.; J.C. Bayón, *Derecho, convencionalismo y controversia*, in P. Navarro, M. C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 57-92 (spec. pp. 79-80).

³⁷ Problema questo evidentemente non avvertito dalla Corte costituzionale, quando afferma apoditticamente 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).

Sui problemi che si pongono al “giudice-sociologo”, cfr. in generale M. Taruffo, *La motivazione delle decisioni fondate su standards* (1988), in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 311-344.

circuito, non logico ma assiologico. Infatti, la proclamazione di 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 ma 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, il senso dei diritti fondamentali viene indebolito dall'argomento della coscienza sociale, perché tali diritti verrebbero interpretati esattamente alla luce di ciò contro cui essi intendono ergersi a garanzia³⁸ – e ne viene eroso, in un certo senso, il significato della rigidità costituzionale³⁹.

Se tutti questi dubbi sono fondati allora sorge il sospetto che, quando fa appello alla coscienza sociale, il giudice in realtà operi una selezione, sulla base di un qualche criterio valutativo non esplicitato, dei parametri di giudizio da applicare al caso concreto, isolandoli tra una congerie di *inputs* che provengono dalla realtà sociale. L'appello alla coscienza sociale può dunque rivelarsi un filtro meramente illusorio, e dalla dubbia legittimità, alla discrezionalità del giudice, e comunque rendere meno trasparente la sua decisione.

3.3. *L'argomentazione morale: casi paradigmatici ed equilibrio riflessivo*

Dunque, le costituzioni contemporanee contengono un ricco inventario di termini valutativi ed emotivamente connotati, particolarmente in disposizioni attributive di diritti fondamentali. Questi termini hanno solitamente un significato controverso, e comunque la loro dimensione "controversa" è destinata ad emergere anche a causa dell'indeterminatezza e genericità della formulazione delle disposizioni attributive di diritti: avendo tali disposizioni un campo di applicazione vasto e non esattamente delimitabile in anticipo, è inevitabile che si presentino casi di confine, in cui il consenso che circonda il nucleo più familiare del diritto lascia il passo a dispute interpretative.

³⁸ Si ricordi in proposito l'ormai obsoleta giurisprudenza della Corte costituzionale che giustificava una più intensa protezione giuridica della religione cattolica in quanto religione della maggioranza dei cittadini («La maggiore ampiezza e intensità della tutela penale che l'ordinamento italiano assicura alla religione cattolica corrisponde [...] alla maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali che suscitano le offese ad essa, in quanto religione professata dalla maggior parte degli italiani»: n. 39/1965).

³⁹ Si potrebbe utilmente indagare il paragone tra l'interpretazione delle disposizioni costituzionali valutative "alla luce" della coscienza sociale, e l'interpretazione della costituzione "alla luce" della legge.

E, come abbiamo visto, queste dispute interpretative sono solitamente il frutto di disaccordi sostanziali, non necessariamente verbali.

Il punto è allora prendere sul serio il fatto che queste clausole costituzionali richiedono qualche forma di argomentazione morale (obiettivo eluso dalle due strategie viste sopra), senza però trasformarle in deleghe in bianco agli interpreti. Questo è possibile?

Forse sì. Intanto, la stessa inclusione di termini valutativi e controversi in un documento normativo, con una certa formulazione invece che un'altra, delimita le possibilità di scelta dell'interprete; ad un testo normativo, in quanto testo, non si può fare dire letteralmente tutto: dato un certo testo, alcune possibili interpretazioni *sicuramente* non sono corrette⁴⁰. D'altronde, siamo solitamente in grado di individuare alcune ipotesi (reali o immaginarie) sicuramente corrette di applicazione di un termine. È importante sottolineare che questa capacità di individuazione di alcune delle applicazioni corrette e non corrette di un termine controverso non implica che allo stesso tempo siamo in grado di individuare l'unica soluzione giusta ad un dubbio interpretativo su un termine, o tutte le possibili istanze di (corretta) applicazione di quel termine. La nostra capacità di usare concetti e riconoscerne le istanze d'uso non richiede (né si identifica con) la capacità di articolare tutti i possibili significati di quel concetto, o tutte le sue possibili applicazioni⁴¹.

Ma così siamo arrivati ad un punto estremamente importante. Il fatto che esistano casi (relativamente) chiari, paradigmatici, di applicazione corretta e non corretta di un termine controverso, fornisce infatti lo sfondo sul quale articolare i nostri giudizi sui casi dubbi di applicazione di quel termine. A partire dai casi paradigmatici è possibile sviluppare un'argomentazione, fornire ragioni a sostegno della estensione o della esclusione di un caso dubbio dalla portata del concetto controverso. Inoltre gli stessi casi paradigmatici sono stabili ma solo in maniera contingente: possono cambiare nel tempo, e lo stesso processo argomentativo che parte da casi paradigmatici può arrivare

⁴⁰ F. Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, cit., p. 828; Id., *Easy Cases*, in «Southern California Law Review», vol. 58, 1985, pp. 399-440; di questo sono ben consapevoli d'altronde i critici dei *Bills of Rights*, quando lamentano la «verbal rigidity» determinata dalla positivizzazione dei diritti in un documento giuridico: cfr. J. Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 220, 290; T. Campbell, *Human Rights: A Culture of Controversy*, in «Journal of Law and Society», vol. 26, 1999, pp. 6-26.

⁴¹ J. Raz, *The Truth in Particularism* (1999), in Id., *Engaging Reason. On the Theory and Value of Action*, Oxford U.P., Oxford, 1999, pp. 218-246 (spec. p. 245); J.C. Bayón, *Derecho, convencionalismo y controversia*, cit., p. 79.

all'esito di rimettere in discussione alcuni casi che sono considerati chiari magari solo per conformismo⁴².

Così, partendo ad esempio da una definizione molto generica della libertà di manifestazione del pensiero, e presupponendo alcuni valori e obiettivi che giustificano la protezione di questa libertà (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 incerto se certi altri comportamenti costituiscano realmente istanze di esercizio della libertà in questione (la pornografia, la pubblicità commerciale), e se certi altri comportamenti ne siano una violazione (finanziamento pubblico a giornali filo-governativi, pur senza esercitare censura sugli altri giornali). La risposta a questi ultimi casi potrà essere fornita solo impegnandoci in una argomentazione che valuti il senso e la portata dei valori sottostanti al riconoscimento di un certo diritto, e anche il loro rapporto con altri valori rilevanti; e questa argomentazione potrà indurci ad includere o meno certe modalità di manifestazione del pensiero dall'ambito protetto dal diritto (e quindi a riformulare la sua definizione), oppure anche a riformulare la giustificazione stessa del diritto, 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 di cui è evidente l'affinità con l'idea rawlsiana di

⁴² Sull'argomentazione morale a partire da casi paradigmatici, M.R. DePaul, *Intuitions in Moral Enquiry*, in D. Copp (ed. by), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2007, pp. 595-623; per alcune applicazioni di un modello di questo tipo ai termini valutativi e controversi: H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 148-149, 154-156; R. Dworkin, *Hard Cases* (1975), in Id., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978², pp. 81-130 (spec. p. 127); Id., *Law's Empire*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1986, pp. 87 ss., 255-257; S.L. Hurley, *Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 1990, vol. 10, pp. 221-251 (spec. pp. 223 ss.); V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, cap. I; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, cit., pp. 52-53, 55-56, 70-71; M. Iglesias Vila, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, in «Doxa», 23, 2000, pp. 77-104 (spec. pp. 94 ss.); J.J. Moreso, *En Defence of Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 100-101; Id., *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in J. Betegón, J. De Paramo, L. Prieto Sanchís (comp.), *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004, pp. 473-489; J.J. Bayón, *Derecho, convencionalismo y controversia*, cit., pp. 79-81; Id., *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», www.dirittoquestionipubbliche.org, 2/2002, pp. 14-15; D. Réaume, *Of Pigeonholes and Principles: A Reconsideration of Discrimination Law*, in «Osgoode Hall Law Journal», vol. 40, 2002, pp. 113-144 (spec. pp. 117-122); W. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review*, cit., pp. 204-215.

equilibrio riflessivo⁴³ – o, nell’ambito più specificamente giuridico, con il ragionamento per analogia e con il diritto di formazione giurisprudenziale⁴⁴.

Quella qui tratteggiata è una forma di argomentazione morale, almeno tutte le volte in cui il concetto di cui si discute ha una dimensione morale, ed è probabilmente dotata di una ineliminabile componente intuitiva, ma allo stesso tempo non è esclusivamente soggettiva e idiosincratica, perché la capacità di individuare casi paradigmatici è il 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 si debba appiattire sugli usi di fatto accolti: può portare ad una revisione dei casi paradigmatici. Inoltre nel diritto l’individuazione dei casi paradigmatici subisce anche il filtro offerto da vari fattori istituzionali: così, nel diritto i casi paradigmatici non sono solo le nostre intuizioni pre-analitiche, ma anche istanze consolidate di applicazione di quel diritto, come precedenti giurisprudenziali, decisioni legislative, ecc.

Se è questo il modo di funzionare dell’interpretazione dei concetti controversi, generici e valutativi contenuti nelle costituzioni contemporanee, allora la loro stessa presenza è un fattore di vitalità del catalogo costituzionale, e la loro funzione è proprio quella di tenere aperta la discussione su certi beni fondamentali, specialmente nei casi di confine in cui gli interpreti sono portati a fornire ragioni pro o contro l’inclusione del caso concreto sotto l’ombrello protettivo del diritto, a riflettere sulla giustificazione sostanziale di quel diritto (sul valore o bene che protegge), a metterla alla prova di fronte a casi non previsti⁴⁵.

Il fatto che esistano casi chiari, e oneri di argomentazione per i casi dubbi, può fornire una garanzia che, in linea teorica, l’applicazione di queste clausole non sia affidata esclusivamente a pulsioni soggettive irrazionali e sottratte ad ogni controllo intersoggettivo, né che diventi una forma di ragionamento morale senza restrizioni. Ciò ovviamente non vuol dire che in questi casi ci sia *una* risposta giusta, ma vuol dire che ci possono essere risposte migliori di altre, oltre che risposte sbagliate, e che il diritto positivo fornisca indicazioni in tal senso.

⁴³ J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 1993, pp. 56-58; M.R. DePaul, *Intuitions in Moral Enquiry*, cit.

⁴⁴ Per una ricostruzione della progressiva creazione giurisprudenziale di un diritto fondamentale, G. Pino, *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003, spec. cap. III.

⁴⁵ L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke U.P., Durham, 2001, cap. 6.