

# Giudizio di costituzionalità e interpretazione: una prospettiva comparata

di Graziella Romeo

**Abstract:** Constitutional review and interpretation: a comparative perspective – The Article discusses the relationship between comparative law and constitutional interpretation by investigating what the debate on constitutional interpretation is able to tell about the role of the constitution in different legal systems. The argument put forth is that a peculiar method of constitutional interpretation has developed in continental Europe in accordance with the features of the legal tradition of civil law countries. This method diverges from textualist approaches that have instead spread in the US legal system for historical and theoretical reasons that will be illustrated in the text.

**Keywords:** Constitutional interpretation; Comparative law; Fundamental rights; Living constitution; Originalism.

## 1. Introduzione: problemi metodologici di uno studio comparatistico sulle dottrine dell'interpretazione

Lo studio, in prospettiva comparata, delle tecniche di interpretazione e di argomentazione delle corti costituzionali può essere svolto in almeno due direzioni. La prima è quella del compendio e della classificazione delle esperienze ordinamentali, finalizzati a costruire modelli di approcci ermeneutici e argomentativi ai problemi di diritto costituzionale. La seconda, invece, consiste nell'indagare, attraverso l'ausilio degli strumenti della comparazione, il problema della decisione costituzionale e del discorso attorno alla costituzione che quella decisione contribuisce a generare.

La scelta classificatoria si scontra con ostacoli metodologici non trascurabili che attengono *a)* all'individuazione degli ordinamenti rilevanti; *b)* all'identificazione della o delle tecniche interpretative dominanti in ciascuno di essi e *c)* alla scelta del criterio in grado di giustificare la tipologia. Quanto al profilo degli ordinamenti rilevanti, lo sforzo ricostruttivo potrebbe essere contenuto nell'ambito di una tradizione giuridica, semplificando il campione e, cionondimeno, assumendo il rischio di constatare uniformità o vicinanza di tecniche interpretative tra ordinamenti che condividono alcune impostazioni dogmatiche fondamentali. Così, ci si potrebbe attendere che negli ordinamenti di *civil law* emerga una preferenza per l'interpretazione sistematica in ragione della prevalenza della cultura

codicistica che suggerisce letture olistiche dei documenti normativi.<sup>1</sup> Nei paesi dove la *judge made law* occupa un posto nella gerarchia delle fonti potrebbe ugualmente registrarsi una certa propensione dei giudici supremi per un approccio testualista rispetto al diritto (formalmente o sostanzialmente) costituzionale scritto, posto che la libertà della quale i giudici godono nella lavorazione del materiale giurisprudenziale potrebbe suggerire, a mo' di compensazione, un atteggiamento di aderenza al testo<sup>2</sup>. Il rischio di spiegazioni tautologiche – che catturano cioè un dato in qualche misura insito nella tradizione – e prive di valore euristico è dunque elevato in ogni sforzo classificatorio di questa natura. La stessa identificazione delle tecniche interpretative dominanti – ricavate dall'analisi sistematica sulle pronunce – pone non pochi problemi metodologici posto che non esiste un numero chiuso di tecniche interpretative e considerata l'inclinazione dei giudici – talvolta in forza della loro provenienza professionale ovvero della loro formazione – a impiegare una varietà di dottrine dell'interpretazione, peraltro non sempre attribuendo all'esegesi dei testi costituzionali una specificità ovvero un'autonomia concettuale rispetto all'interpretazione della legge ordinaria<sup>3</sup>. La classificazione somiglierebbe così nei fatti a uno sforzo enciclopedico, di limitata originalità.

Infine, il terzo ostacolo metodologico è rappresentato dalla scelta del criterio che giustifica la tipologia. Si potrebbe assumere, per esempio, che la classificazione guardi alla diffusione di questa o quella dottrina (sistematica, originalista, letterale, teleologica) oppure alla minore o maggiore inclinazione all'interpretazione per valori per ciascuno degli ordinamenti selezionati. Questa operazione intellettuale, tuttavia, necessariamente fotografa un momento nel tempo della giurisprudenza costituzionale e non può fornire indicazioni diverse da quelle derivabili da un'indagine conoscitiva delle circostanze passate o presenti.

Per l'insieme di queste ragioni, questo lavoro interroga il rapporto tra diritto comparato e interpretazione costituzionale non dal punto di vista della ricostruzione di come si è interpretata la costituzione in questo o quel Paese, ma guardando a cosa il dibattito sull'interpretazione costituzionale in alcuni Paesi racconta sul posto della costituzione in questi ordinamenti. Il tema che si intende affrontare può essere sintetizzato in questi termini: esiste un orientamento tipico delle teorie dell'interpretazione costituzionale nel mondo europeo-continentale di *civil law*? E, se sì, questo orientamento in che misura è correlato alle caratteristiche della tradizione giuridica ove è sviluppato? Questo lavoro risponde positivamente a questa domanda e intende dimostrare che, per ragioni storiche e teoriche, nella tradizione europeo continentale si è affermata una preferenza per metodi interpretativi *non-testualisti*, laddove negli Stati Uniti il testualismo ha ottenuto una considerevole credibilità scientifica. Lo studio comparatistico della dottrina e della giurisprudenza suggerisce che il testualismo deve essere chiarito nelle

---

<sup>1</sup> V. A. Pin, G. Romeo, *The Crisis of European Constitutional Thought: Between Kelsenian Positivism and the Originalist Temptation*, manoscritto concesso dagli Autori.

<sup>2</sup> N. Fennelly, *Legal interpretation at the European Court of Justice*, in 20 *Fordham Int'l L.J.* 656, 676-77 (1997), il quale riflette sulla diffidenza dei giudici e degli studiosi di common law nei confronti dell'interpretazione sistematica e di quella teleologica.

<sup>3</sup> Sul dibattito attorno alla specificità dell'interpretazione costituzionale, v. F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.

sue premesse teoriche al fine di prevenire impieghi opportunistici di questa dottrina finalizzati al ritorno a un anacronistico statualismo.

## 2. Interpretazione e tradizione giuridica

Negli studi di teoria dell'interpretazione non è infrequente imbattersi in autori che sostengono che la tradizione e la cultura giuridica determinano sia un certo modo di presentarsi dell'interpretazione e dell'argomentazione costituzionale che l'atteggiamento mentale dei giudici nei confronti dei testi normativi<sup>4</sup>. Anche quando sono votate a proporre modelli normativi di rilievo per la teoria generale del diritto, queste teorie sono spesso consapevoli delle precomprensioni implicite in molte operazioni intellettuali dei giudici. E infatti taluni filosofi del diritto, pure impegnati nella ricostruzione di modelli teorici che riguardano il fenomeno giuridico nel suo complesso, chiariscono che il termine "*general jurisprudence*" è spesso impiegato in senso ambiguo, per riferirsi a una teoria generale del diritto e del ragionamento giuridico che riflette le caratteristiche e gli stilemi della tradizione giuridica occidentale<sup>5</sup>. Questa letteratura spiega che una teoria generale del ragionamento giuridico non può prescindere dalla constatazione della diversità delle forme in cui il diritto è creato e interpretato nelle comunità socio-politiche. Richard Posner ha sintetizzato questa posizione sostenendo che il ragionamento giuridico non supera facilmente i confini nazionali<sup>6</sup>.

Da altra prospettiva non si può tacere che i filosofi del diritto concordano generalmente sul fatto che il ragionamento giuridico sia una specie del ragionamento di tipo pratico<sup>7</sup>. Secondo Schauer, la specificità del ragionamento giuridico, in particolare, sarebbe data dalla circostanza per cui esso muove sempre dall'identificazione di fonti di natura autoritativa (*authority*), le quali dettano la soluzione di un problema in ragione della loro cogenza e non in ragione di altri meriti. L'operatore del diritto, una volta identificate tali fonti, le applica a prescindere dal proprio convincimento circa l'intrinseca bontà della soluzione che esse prospettano. Che ciò distingua il ragionamento giuridico da altri tipi di *reasoning* significa semplicemente che gli operatori del diritto si porranno in primo luogo il tema dell'identificazione dell'*authority*. Il loro ragionamento, però, sarà per il resto guidato da una serie di altre valutazioni relative, a esempio, ai criteri di selezione delle fonti dotate di autorità in una certa materia, alle tecniche di

---

<sup>4</sup> Pierluigi Chiassoni sviluppa una critica delle tesi di Schauer proprio sulla base della differenza tra l'impostazione concettuale dei *civil lawyers* e quella di *common lawyers*: v. P. Chiassoni, *Statutory interpretation and other puzzles*, e la risposta di F. Schauer, *On the nature of legal reasoning*, entrambi in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2017, 259 e 288. Posner ha invece affermato che «legal thinking does not cross national boundaries easily»: R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge (Mass.), 2008, 368 e Id., *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge (Mass.), 1999.

<sup>5</sup> V. inoltre W. Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009.

<sup>6</sup> R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge (Mass.), 2008, 368.

<sup>7</sup> Lo spiega chiaramente F. Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge (Mass.), 2009, 61 ss. e, tra gli studiosi europeo-continentali, R. Alexy, *A theory of legal argumentation*, Oxford, 2001.

composizione dei conflitti tra di esse, alle modalità di interpretazione comunemente accettate e così via. Tali considerazioni dipendono, evidentemente, dall'organizzazione dei poteri pubblici e dalla struttura dell'ordinamento. Così, un ordinamento nel quale vige il principio di costituzionalità imporrà con ogni probabilità non soltanto la supremazia delle fonti costituzionali, ma anche l'orientamento interpretativo delle fonti ordinarie verso la (cioè in conformità alla) costituzione, perché esso dice qualcosa anche sull'architettura dei poteri e, dunque, sulla subordinazione del legislatore alla costituzione<sup>8</sup>. In ultima analisi, il ragionamento giuridico non può essere isolato dal contesto nel quale esso è praticato, a pena di fornire, da un lato, una descrizione inattendibile della pratica del diritto e, dall'altro, direttive impercorribili per gli operatori.

Due autorevoli esponenti della dottrina comparatistica, Zweigert e Kötz, hanno sostenuto che gli orientamenti gnoseologici influenzano il ragionamento giuridico in modi che determinano conseguenze sugli atteggiamenti metodologici e sulle impostazioni dogmatiche della scienza giuridica nelle diverse realtà ordinamentali. I due comparatisti collegano la divisione tra razionalismo ed empirismo, le correnti epistemologiche che hanno dominato l'Europa continentale e il Regno Unito nei secoli in cui si formava la tradizione giuridica moderna, a talune delle caratteristiche strutturali del ragionamento dei giuristi<sup>9</sup>. La formazione del pensiero giuridico nelle scuole di giurisprudenza è stata, dunque, influenzata dalla tradizione epistemologica accettata dalla comunità degli scienziati sociali e dei giuristi. In particolare, l'empirismo spiega la tendenza dei *common lawyers* a evitare le costruzioni dogmatiche a favore della ricostruzione di regole che rispondono alle circostanze del caso concreto. Il razionalismo, invece, giustifica la preferenza dei *civil lawyers* per la deduzione logica di norme di condotta particolari a partire da principi generali.

La differenza avanzata da Zweigert e Kötz ha convinto studiosi che hanno applicato le coppie concettuali razionalismo/empirismo a specifici settori o discipline giuridiche, come per esempio il diritto dei contratti<sup>10</sup>. Queste strutture del pensiero determinano, secondo alcuni, talune caratteristiche dell'interpretazione giuridica, per esempio la diffidenza per gli argomenti teleologici dei giudici di *common law* e la predilezione per la minuziosa ermeneutica dei codici dei giudici di *civil law*<sup>11</sup>. Similmente, secondo taluni autori la diversità di impostazione epistemologica cui si fa riferimento ha determinato conseguenze ancora più precise sull'argomentazione giuridica, segnando per esempio la propensione al ragionamento consequenzialista dei giudici anglosassoni, generalmente ignorato invece dalle corti dell'Europa continentale<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> V. J. Limbach, *The Concept of the Supremacy of the Constitution*, in 64 *Mod. L. Rev.* 1, 7 (2001).

<sup>9</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998, 259.

<sup>10</sup> S. Swaminathan, *Mos Geometricus and the Common Law Mind: Interrogating Contract Theory*, in 82 (1) *Mod. L. Rev.* 46 (2019).

<sup>11</sup> N. Fennelly, *Legal interpretation at the European Court of Justice*, in 20 *Fordham Int'l L.J.* 656, 676-77 (1997).

<sup>12</sup> L. Marangoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1 ss.

Nel diritto costituzionale comparato, alcuni studiosi esplorano il peso della tradizione giuridica nel ragionamento costituzionale, ma sembrano prevalere almeno numericamente gli studi che muovono dall'esistenza di una *generic constitutional law* ossia di una teoria costituzionale generale offerta dalla *case law* in materia di garanzia dei diritti e di tecniche di limitazione dei poteri di corti collocate in ordinamenti democratici<sup>13</sup>.

Infine, se si volge lo sguardo alla riflessione costituzionalistica si osserva la predilezione di studi volti a esplorare l'esistenza di argomenti e metodi interpretativi da parte di corti collocate in contesti ordinamentali anche molto diversi. Basti pensare agli studi di *global constitutionalism*<sup>14</sup> che mirano a sondare la plausibilità di un'evoluzione in senso costituzionale dell'ordine globale sulla base dell'accertamento, in via giurisprudenziale e talvolta nella sede politiche, di principi, talvolta minimi, di natura costituzionale in quanto concernenti l'organizzazione del potere e il rispetto delle libertà fondamentali. In modo analogo, gli studiosi di *transnational constitutional law* evidenziano l'esistenza di elementi costituzionali nelle dinamiche dell'integrazione sovranazionale, ma sono generalmente meno interessati al contributo di ciascuna tradizione giuridica nazionale alla definizione della struttura dell'ordinamento sovranazionale o, ancora, alla pratica argomentativa dei giudici impegnati nella costruzione dei percorsi di integrazione giuridica<sup>15</sup>.

Da questa rapida rassegna interdisciplinare, sembrano emergere due indicazioni potenzialmente confliggenti: da un lato, vi sono autori che insistono nel riconoscere alla tradizione giuridica un peso determinante nell'impostazione del ragionamento e dell'argomentazione sui testi giuridici; dall'altro vi è chi ritiene che, almeno nel diritto costituzionale, il ragionamento giuridico offra soluzioni comuni, in grado di evidenziare l'esistenza di principi generali che rendono meno determinante l'indagine sui modi in cui è articolata l'argomentazione che ha ad oggetto la costituzione<sup>16</sup>. Proprio la letteratura giuridica sulle tradizioni e sul ragionamento costituzionale suggerisce che vi sia uno spazio per interrogarsi sull'interpretazione costituzionale come problema che chiama in causa sia la tradizione giuridica, che la teoria della costituzione, quali luoghi ove si agitano i conflitti ideologici annidati dietro al dibattito su cosa e come interpretare.

### 3. Le condizioni di esistenza delle dottrine non testualiste dell'interpretazione costituzionale

---

<sup>13</sup> D.S. Law, *Generic Constitutional Law*, in 89 *Minn. L. Rev.* 652-742, 659 (2005) e anche M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 1249.

<sup>14</sup> Sul punto v. in particolare gli studi di M. Kumm, *Constitutionalism and the Cosmopolitan State*, in 20 *Ind. J. Glob. Legal Stud.* 605 (2013).

<sup>15</sup> La circostanza è evidenziata per esempio da F.G. Nicola, *National Legal Traditions at Work in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, in 64 *Am. J. Compar. L.* 869 (2016).

<sup>16</sup> A. Jakab, A. Dyevre, G. Itzcovich (Eds), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, 2017.

Negli ordinamenti caratterizzati da una radicata tradizione positivista – elemento che attraversa trasversalmente la *Western Legal Tradition*<sup>17</sup> – le teorie costituzionali del diritto o, per meglio dire, le teorie ispirate a un modello prescrittivo di costituzione hanno spinto verso l'affermazione del cosiddetto “positivismo inclusivo”, quale sintesi tra i postulati del positivismo classico e quelli del costituzionalismo<sup>18</sup>. Per positivismo inclusivo si deve intendere, infatti, la riformulazione di una delle tesi del positivismo giuridico classico e cioè quella della separazione tra diritto e morale.<sup>19</sup> In particolare, il positivismo inclusivo distingue – diversamente dal positivismo classico – tra la tesi della separatezza del diritto dalla morale (*separation thesis*) e la tesi della separabilità tra le due sfere di esistenza di una comunità politica (*separability thesis*). Secondo questa teoria positivista, è concettualmente possibile, benché non necessario, che la validità giuridica di una norma dipenda dalla sua coerenza rispetto a un principio (o norma) di natura morale<sup>20</sup>. In altri termini, la tesi della separatezza del diritto dalla morale – l'idea per cui la validità di una norma giuridica è concettualmente distinta dalla sua corrispondenza a un principio morale – pertiene a una forma di positivismo escludente senza essere, invece, la forma necessaria di essere del positivismo giuridico.

Per comprendere questo passaggio occorre chiarire quale significato di costituzione fonda la necessità di ripensare il positivismo classico. Nell'ambito del modello prescrittivo di costituzione<sup>21</sup>, le norme costituzionali pretendono generalmente di: a) essere, sul piano della gerarchia delle fonti, superiori alle altre norme dell'ordinamento e b) condizionare l'applicazione e, in diversa misura, l'interpretazione di queste ultime<sup>22</sup>. Accogliendo questo modello di costituzione, alcune teorie costituzionali dell'interpretazione sostengono che l'attività ermeneutica deve consistere nell'individuazione, nell'ambito dei testi costituzionali, di quei principi e dei valori che, chiarendo il significato delle disposizioni della

<sup>17</sup> Sul punto v. M. Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Review*, in 35 *Cath. U. L. Rev.* 1 (1985).

<sup>18</sup> J.J. Moreso, *Lo normativo. Variedades y variaciones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, 377 ss.

<sup>19</sup> W.J. Waluchow, *The Origins of Inclusive Legal Positivism*, in T. Spaak, P. Mindus (Eds), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, cit., 488.

<sup>20</sup> Questa è la visione sposata anche da L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, Roma-Bari, 2016.

<sup>21</sup> Se letta nella sua dimensione di documento, la costituzione può essere rappresentata come un modello descrittivo di norme positive, le quali derivano la loro qualità dall'essere contenute in un documento adottato secondo certe procedure. Tali norme non sono però necessariamente espressive di valori superiori e neppure normogene. Questa lettura del significato e del ruolo della costituzione ha dominato le costruzioni teoriche dell'Europa continentale tra l'Ottocento e la prima metà del Novecento. Alternativamente, la costituzione può rappresentare un modello precettivo ed esprimere regole giuridiche fondamentali rispetto alle altre di cui si compone il sistema. M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 15 ss.

<sup>22</sup> La posizione cui si fa riferimento nel testo non coincide con la lettura neocostituzionalistica. Nell'ambito del neocostituzionalismo, infatti, la costituzione dovrebbe essere in grado di incidere su tutte le situazioni giuridiche dell'ordinamento, così trasformandosi in un “modello” che guida o indirizza le condotte di tutti gli attori, pubblici e privati. Sul punto v. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., 38.

costituzione, orientano l'applicazione e l'interpretazione di tutte le altre norme nell'ordinamento<sup>23</sup>. Questo approccio, deve essere precisato, non implica la preferenza per uno specifico metodo interpretativo, quanto piuttosto il rigetto per tutte quelle tecniche interpretative che postulano l'esaustività del dato letterale o, per meglio dire, la sufficienza dell'interpretazione testualista. Si tratta di teorie che trovano accoglimento soprattutto in quegli ordinamenti dove la costituzionalizzazione – nel senso dell'adozione di norme almeno sostanzialmente se non anche formalmente costituzionali – è intesa come la realizzazione progressiva di un modello di società retto dal rispetto dei diritti fondamentali e da principi di buon governo.

Il positivismo inclusivo, dunque, intende rispondere alle preoccupazioni circa l'indifferenza dell'approccio positivistico verso il tema della giustizia sostanziale della legge attraverso una lettura sofisticata del rapporto tra diritto e morale. In particolare, gli studiosi che difendono questa teoria chiariscono che la tesi della separabilità implica che la norma di riconoscimento (*rule of recognition*) di un sistema giuridico può integrare un particolare contenuto morale così da condizionare la validità delle norme di quel sistema al rispetto di quella norma morale. In questo modo, il positivismo inclusivo riesce anche a dar conto della natura del fenomeno giuridico come fatto sociale (*social fact*) e cioè come costruzione artificiale di una certa comunità politica, la quale è però guidata – più o meno apertamente – dalla condivisione di alcuni principi morali.

Il positivismo inclusivo si distingue dalle tesi dworkiniane secondo le quali al momento dell'individuazione del diritto applicabile i giudici dovrebbero identificare principi di *political morality* che guidano l'interpretazione delle norme giuridiche. Per Dworkin, i giudici operano in una cultura dei diritti (*a culture of rights*) determinata dalla codificazione dei diritti costituzionali e, soprattutto dalla circostanza per cui i cittadini sviluppano una consapevolezza che «certain freedoms are in principle exempt from [the] ordinary process of balancing and regulation» perché affidati alla tutela costituzionale<sup>24</sup>. Per questa ragione, i giudici rappresentano, per Dworkin, “*forum of principle*”<sup>25</sup> in quanto assumono decisioni fondate sul ragionamento e sulla logica giuridica, piuttosto che sull'ideologia e sull'interesse di parte. Ciascun giudice, poi, contribuisce a comporre una *chain novel* nel senso che ogni decisione, su una data materia, è legata da un nesso di congruenza alla precedente<sup>26</sup>. Ciò che rende questo processo di sviluppo del diritto costituzionale fedele alla razionalità giuridica e, dunque, scevro da contaminazioni ideologiche o da dinamiche compromissorie, è la preoccupazione, che dovrebbe animare ogni giudice, per l'integrità del sistema giuridico<sup>27</sup>. In altri termini, la soluzione giuridica di un caso deve sempre misurarsi con il complesso del materiale giuridico (di cui formano parte anche le regole costruite e accettate dal processo politico)

<sup>23</sup> F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2005.

<sup>24</sup> R. Dworkin, *Does Britain Need a Bill of Rights?*, in *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996, 353.

<sup>25</sup> R. Dworkin, *The Forum Principle*, in 56 *N.Y. U. L. Rev.* 469 (1981).

<sup>26</sup> R. Dworkin, *Law as Interpretation*, in 9 *Critical Inquiry* 179 (1982).

<sup>27</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), 1986.

a disposizione dell'interprete e, soprattutto, con una lettura moralmente orientata dei principi costituzionali. Il giudice dovrebbe essere, insomma, un Ercole, sempre capace di individuare la soluzione giusta per ogni problema che interroga il diritto e deve trovare risposta nel quadro delle norme del sistema giuridico<sup>28</sup>. Il continuo sforzo per garantire la tenuta dell'ordinamento nel suo complesso assicura la realizzazione della costituzione.

Il positivismo inclusivo replica ad alcune delle obiezioni dworkiniane rispetto alle tesi di chi difende la separazione tra diritto e morale come cifra della natura giuridica di una norma. Non sorprende, infatti, che gli esponenti di questa teoria siano, generalmente, studiosi convinti che la costituzionalizzazione degli ordinamenti produca necessariamente conseguenze al piano delle validità delle norme e, cioè, introduca principi di moralità politica che condizionano l'applicazione (e, prima ancora, la selezione) e l'interpretazione di ogni norma nell'ordinamento.

Le coordinate teoriche del positivismo giuridico inclusivo e della concezione dworkiniana dell'ordinamento costituzionalizzato hanno caratterizzato una buona parte della riflessione teorica nel campo del diritto costituzionale in Europa e nel continente americano sino a un certo momento storico. Si tratta di teorie che non prescrivono un certo modo di essere dell'interpretazione costituzionale. Il positivismo inclusivo, in particolare, si propone di chiarire la natura del diritto e di illustrare in quale senso la morale condizioni la validità delle norme giuridiche in un ordinamento. Al contempo, sia il positivismo inclusivo che le tesi dworkiniane assegnano ai giudici il ruolo di interpreti dei contenuti morali incorporati del testo costituzionale e rappresentano un terreno fertile per le dottrine dell'interpretazione non testualiste. È, in altri termini, la valorizzazione dei contenuti morali dei testi costituzionali a consentire che il senso degli enunciati costituzionali sia ricostruito senza la necessità di conservare il significato testuale delle norme costituzionali.

Ora, in Europa una teoria dell'interpretazione di questo tipo si è adattata facilmente al diritto sovranazionale, caratterizzato da un movimento evolutivo o trasformativo, che pertanto beneficia di tesi che difendono l'esegesi dei testi normativi che ne valorizzi i significati morali o che ne porti alla luce le finalità generali<sup>29</sup>. Un approccio di questo tipo è oggi *mainstream* in Europa, grazie all'influenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e, in parte, della Corte di giustizia dell'Unione europea. La prima ha, infatti, espressamente qualificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) come *living instrument*, così chiarendo che la massimizzazione delle tutele ivi garantite dipende da uno sforzo ricostruttivo dei significati del testo alla luce delle esigenze di protezione espresse dalla società contemporanea<sup>30</sup>. Questa scelta interpretativa ha avuto successo soprattutto perché ha salvato la Convenzione – un testo redatto nel

<sup>28</sup> R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the Constitution*, Cambridge (Mass.), 1996, 83.

<sup>29</sup> T. Spaak, P. Mindus (Eds), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, 2021.

<sup>30</sup> G. Letsas, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*, in A. Føllesdal, B. Peters, G. Ulfstein (Eds), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, 106.

1950 con l'intento di codificare il *minimum standard* dei diritti umani in Europa – dal rischio di obsolescenza, rendendola nei fatti lo strumento costituzionale di un ordine giuridico regionale<sup>31</sup>.

La Corte di giustizia, dal canto suo, ha sposato l'approccio della Corte EDU per almeno tre ragioni. In primo luogo, i Trattati non contengono disposizioni che prescrivano uno o più metodi interpretativi per l'esegesi del diritto europeo. In assenza di norme di questo tipo, la Corte di giustizia si è ritenuta libera di scegliere il metodo che meglio servisse lo scopo di assicurare l'applicazione del diritto UE<sup>32</sup>. In secondo luogo, la giurisprudenza della Corte EDU ha influenzato in modo decisivo l'interpretazione dei diritti nell'ordinamento UE, grazie all'art 6 TUE e, in tempi più recenti all'art. 52, c. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In terzo luogo, proprio quest'ultimo documento, al suo art. 52, c. 1 e 2, fornisce alcuni criteri che, se non incidono direttamente sulla scelta dei canoni interpretativi, condizionano le opzioni argomentative (il rispetto del contenuto essenziale dei diritti e il principio di proporzionalità) in un senso che avvicina ancora di più le giurisprudenze delle due Corti.

Sia per la Corte di Strasburgo, che per quella di Lussemburgo la dottrina del *living instrument* e, più in generale, la preferenza per metodi interpretativi che non legano l'interprete a una stretta aderenza al testo hanno rappresentato lo strumento per radicare l'idea che il non-testualismo fosse il modo per esaltare il nucleo (sostanzialmente) costituzionale dei due ordinamenti<sup>33</sup>. L'interpretazione, insomma, ha rappresentato un modo per affermare la teoria della costituzionalizzazione progressiva dell'ordine giuridico pan-europeo.

Sembra insomma evidente che ogni teoria dell'interpretazione sia condizionata dalla più ampia teoria della costituzione, nel senso che le dottrine che difendono la *living constitution* ovvero approcci non testualisti, ma orientati all'ottimizzazione delle disposizioni di principio paiono più adatte alle teorie costituzionali del diritto. Assumendo questa prospettiva, è interessante notare che i fenomeni di resistenza all'integrazione sovranazionale hanno sovente assunto le forme di decisioni giurisprudenziali contraddistinte da letture positivistiche, da richiami alla necessità di un ritorno al testo costituzionale e, infine, da una certa riluttanza a includere nell'argomentazione considerazioni relative allo scopo ultimo delle norme europee e nazionali.

#### 4. L'attrattività del modello statunitense

L'ultima osservazione menzionata nel paragrafo che precede consente di comprendere la ragione per la quale il dibattito statunitense sull'interpretazione costituzionale goda oggi di un'ampia eco internazionale

---

<sup>31</sup> Sul punto v. L. Mezzetti, A. Morrone, *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino, 2011.

<sup>32</sup> K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in 20 *Colum. J. Eur. L.* (2014).

<sup>33</sup> A. Pin, G. Romeo, *The Crisis of European Constitutional Thought: Between Kelsenian Positivism and the Originalist Temptation*, manoscritto concesso dagli Autori.

e sia in grado di suscitare studi e riflessioni anche in Europa<sup>34</sup>. Quel dibattito chiarisce, infatti, che la contesa sui metodi dell'interpretazione ha a che fare con una certa visione della costituzione e non solo con il confronto intellettuale su quale tra i metodi interpretativi sia il più adeguato a restituire il senso più corretto – o, per meglio dire, più razionalmente difendibile – degli enunciati costituzionali. Per comprendere questo punto è opportuno ricostruire i termini della disputa intellettuale sull'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti. La scelta di concentrarsi sugli Stati Uniti è giustificata non solo dalla presenza di quel dibattito in Italia e in Europa, ma anche dalla circostanza per cui altrove, nel mondo di *common law*, si assiste al consolidamento, nella sede giurisprudenziale, di una certa dottrina con la conseguente prevalenza di studi che ne approfondiscono premesse teoriche e metodi (come in Canada rispetto alla cosiddetta *living tree doctrine* o in Irlanda con riguardo al *broad literal approach*)<sup>35</sup>. In altri ordinamenti di *common law* (come nel Regno Unito e, con accenti diversi, in Australia e in Nuova Zelanda) la specialità dei metodi interpretativi dei testi di natura sostanzialmente costituzionale è talvolta contestata e, in generale, non suscita lo stesso tipo di confronto tra gli studiosi rispetto alla centralità delle operazioni di interpretazione costituzionale<sup>36</sup>.

Almeno dagli anni Ottanta del Novecento, gli studiosi del diritto costituzionale statunitense hanno dedicato molte energie allo studio e alla contestazione dell'originalismo. A rendere l'originalismo una tesi catalizzatrice di un dibattito più ampio e diversificato è stata una circostanza storica dalle profonde conseguenze giuridiche: la reazione della cultura politica e giuridica americana alle tesi progressiste della giurisprudenza di rango costituzionale degli anni Sessanta e Settanta del Novecento<sup>37</sup>. Così, a

---

<sup>34</sup> V. almeno M. Carpentier, *Variations autour de l'originalisme*, in *Rev. fr. dr. const.*, 3, 2016, 739-744; W. Zagorsky, *Introduction aux doctrines juridiques du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 2022; J.M. Balkin, F. Michaut, A. Vlachogiannis, *Le constitutionnalisme américain: au-delà de la Constitution des origines et de la Constitution vivante*, Paris, 2016; S. Dregger, *Die Verfassungsinterpretation Am US-Supreme Court: Begründungen Und Politische Ausrichtung Zwischen «Originalism» Und «Living Constitution»*, Baden-Baden, 2019; G. Portonera, *Antonin Scalia*, Torino, 2022, 70; F. Benatti, *Essere giudice oggi. L'esperienza di Justice Scalia*, Milano, 2023.

<sup>35</sup> O. Doyle, *Constitutional Law: Text, Cases and Materials*, Dublin, 2008, 459.

<sup>36</sup> Sul punto si rinvia a G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 152 ss.

<sup>37</sup> Che l'originalismo sia una reazione culturale al *judicial activism* della Corte Suprema presieduta da Earl Warren tra il 1953 e il 1969, responsabile di un ampliamento della sfera delle libertà civili e del rafforzamento dei poteri del governo federale, è evidente sia dalle dichiarazioni dei suoi fondatori accademici, che da una ricostruzione del complessivo impianto teorico dell'originalismo. Quest'ultimo, almeno nelle intenzioni dichiarate, è votato alla limitazione del potere dei giudici e al recupero della centralità del testo come espressione del primato del politico sul giudiziario. V. A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton (N.J.), 1997, 42.; v. inoltre R.J. Delahunty, J. Yoo, *Saving Originalism*, 113 *Mich. L. Rev.* 1081 (2015). Ampia parte della dottrina ha però sostenuto che, sebbene sia storicamente accurato tracciare questo collegamento, l'originalismo non sia in realtà fedele a questo obiettivo dichiarato. Infatti, per un verso l'originalismo è stato impiegato per giustificare forme di attivismo giudiziario, per l'altro esso finisce per operare un collegamento culturale (non provato) tra l'impianto fondamentale della Costituzione e i valori del conservatorismo contemporaneo: R. Post, R. Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living*

partire da Antonin Scalia, l'originalismo ha influenzato la *legal philosophy* di diversi giudici della Corte Suprema, nonché dominato il *reasoning* di alcune delle decisioni più rilevanti degli ultimi anni, così divenendo un argomento inevitabile nel dibattito costituzionale<sup>38</sup>.

#### 4.1 L'originalismo e il problema dell'interpretazione

L'elemento distintivo dell'originalismo rispetto alle altre posizioni teoriche presenti nel dibattito statunitense sull'interpretazione costituzionale consiste nella tesi, più o meno apertamente discussa, dell'indispensabilità di una teoria del significato alla formulazione di una corretta interpretazione<sup>39</sup>. Si tratta di una posizione che, nel dibattito filosofico, è ampiamente messa in discussione da diverse prospettive teoriche (volontaristiche, scettiche, pragmatistiche), tutte sostenitrici dell'idea per la quale l'interpretazione è sempre un'attività volitiva dell'interprete<sup>40</sup>. L'originalismo, al contrario, muove dall'assunto che esista un significato univoco interno all'enunciato che l'interprete deve "solo" scoprire con due strumenti essenziali: il primo è quello consueto per il giurista dell'interpretazione testuale, il secondo coincide con l'analisi storica. La norma, dunque, preesiste al momento dell'interpretazione, quest'ultima non è attività creatrice di un diritto nuovo, il che è un altro modo di dire che la norma (costituzionale) è posta una volta sola, al momento della sua adozione.

L'*originalism* conosce molte varianti.<sup>41</sup> La proliferazione delle tesi originaliste si deve soprattutto al fervente dibattito che questa posizione teorica ha suscitato presso i costituzionalisti americani. In altri termini, la quantità di confutazioni, soprattutto al piano metodologico, indirizzate a smantellare la costruzione originalista ha condotto i suoi sostenitori a precisazioni progressive e alla formulazione di tesi finalizzate al superamento di alcune delle obiezioni più ricorrenti nel dibattito. Così, gli autori che propugnano l'originalismo difendono diverse teorie del

---

*Constitution*, in 75 *Fordham L. Rev.* 545, 569 (2006) e J. O'Neill, *Shaping Modern Constitutional Theory: Bickel and Bork Confront the Warren Court*, in 65 *Rev. Pol.* 325, 337 (2003). V. inoltre le critiche mosse da R.A. Posner, *The incoherence of Antonin Scalia*, in *The New Republic*, 24 agosto 2012, disponibile all'indirizzo internet <https://newrepublic.com/article/106441/scalia-garner-reading-the-law-textual-originalism>. Posner prende di mira soprattutto l'impiego della ricostruzione storica del significato degli enunciati normativi, prescritta da quella versione dell'originalismo che intende superare la prima teorizzazione dell'*original intent*. Secondo Posner, infatti, l'originalismo finisce sempre essere congetturale e, pertanto, per offrire un metodo interpretativo che non è oggettivo, ma ideologicamente orientato.

<sup>38</sup> Sul punto v. G.F. Ferrari, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un Giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1191 ss. Per una ricostruzione del successo delle tesi di Scalia nel dibattito dottrinale v. A. Pin, *Exit Nino. L'originalismo sopravvivrà a Scalia?*, in *DPCE online*, 1, 2016.

<sup>39</sup> Più diffusamente v. G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, cit., 139.

<sup>40</sup> F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2000, 195 ss.

<sup>41</sup> V. A. Scalia, *Foreword*, in S.G. Calabresi (Ed.), *Originalism*, cit. 43 ss. Il giudice Scalia sottolineava in particolare come negli anni Ottanta del Novecento l'originalismo fosse una posizione dottrinale minoritaria e generalmente ritenuta alla stregua di una semplicistica lettura dei problemi dell'interpretazione, in specie costituzionale.

significato. Per taluni, il significato del testo della Costituzione coincide con il contenuto letterale di quest'ultimo; altri precisano che il significato deve essere ricostruito attraverso il riferimento all'attribuzione di senso operata dalla comunità dei parlanti all'epoca dell'adozione della Costituzione. Ancora, alcuni studiosi ritengono che la ricostruzione del significato dell'enunciato debba avvenire per il tramite del recupero dell'intento del legislatore (costituente) che lo ha prodotto.

L'originalismo, in altri termini, nega che il giudice compia, interpretando, un'operazione valutativa che corrisponde alla sua volontà di decidere in un certo senso. Al contrario, il giudice deve compiere un atto di cognizione, scoprendo un significato esistente.

Non può essere taciuto poi che, al momento della sua prima elaborazione accademica negli anni Settanta del Novecento, l'originalismo si è presentato anche come un'agenda di politica del diritto alternativa alle tesi progressiste, identificate con i sostenitori della *living constitution*<sup>42</sup>. Questa circostanza si evince dalla formulazione iniziale della tesi originalista, coincidente con l'*original intent originalism*.<sup>43</sup> Si tratta della prima formulazione accademica dell'originalismo che può farsi risalire all'opera di Robert Bork<sup>44</sup>. Quest'ultimo muoveva dalla constatazione della natura di *intellectual system* del diritto e dalla necessità che i giudici fossero consapevoli della loro responsabilità nel partecipare all'elaborazione di soluzioni giuridiche in un contesto dialogico con gli altri soggetti dell'ordinamento poiché necessariamente controllati, quanto alla correttezza sostanziale delle loro decisioni, dall'opinione pubblica oltre che dai giuristi accademici. La preoccupazione relativa alla legittimazione democratica dei giudici e del *judicial review* conduce Bork a difendere la natura pienamente normativa della Costituzione ("*Constitution is law*"<sup>45</sup>) e, dunque, a escludere innanzitutto il rilievo di qualsiasi considerazione extra-giuridica – relativa, per esempio, all'opportunità di privilegiare un certo risultato sulla base di una valutazione di desiderabilità sociale o morale – nella ricostruzione del significato del testo. Secondo Bork, il giudice deve essere guidato da criteri ermeneutici precisi e vincolato nella costruzione dell'argomentazione. Rispetto a quest'ultimo aspetto, il testo, le considerazioni di natura sistematica e la storia forniscono al giudice una cornice, coincidente con i *core values* dei *Framers*, che funziona da premessa maggiore del suo ragionamento. La premessa minore del *reasoning* è fornita dalle circostanze puntuali del caso nelle quali egli si trova ad applicare quella ricostruzione intellettuale. In

---

<sup>42</sup> Ciò è evidente ove si presti attenzione, per esempio, ai discorsi tenuti dall'*Attorney General* Edward Meese e dal Presidente Ronald Reagan presso la *Federalist Society*, l'associazione culturale di riferimento dei giuristi originalisti. I discorsi sono stati pubblicati in S.G. Calabresi (Ed.), *Originalism. A Quarter-Century Debate*, Washington D.C., 2007, rispettivamente 71 ss. e 95 ss. Il Presidente, in particolare, difendeva l'approccio originalista richiamando le parole del giudice Frankfurter: «the highest exercise of judicial duty is to subordinate ones' personal pulls and one's private views to the law» (*ivi*, 97).

<sup>43</sup> V. G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, cit., 142 ss.

<sup>44</sup> Il riferimento è al noto saggio R.H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in 47 *Ind. L.J.* 1, 14 (1971).

<sup>45</sup> R.H. Bork, *Speech at the University of San Diego Law School*, November 18, 1985, in S.G. Calabresi (Ed.), *Originalism*, cit., 83 ss.

questo contesto, la conclusione del ragionamento è un'operazione direttamente guidata dal testo.

La tesi avanzata da Bork difende un'idea di interpretazione e di argomentazione costituzionale che si pone un obiettivo polemico rispetto alla giurisprudenza progressista che aveva caratterizzato i decenni precedenti e, in particolare, la Corte presieduta da Earl Warren. Nonostante la congiuntura storica a lui favorevole, Bork non ottiene il seggio alla Corte Suprema che Ronald Reagan avrebbe voluto affidargli<sup>46</sup>. Così, la difesa dell'originalismo in seno al Collegio è rimessa ad Antonin Scalia, nominato un anno prima rispetto a Bork ed esponente di un originalismo di diverso tipo. In particolare, Scalia intuisce subito i limiti della tesi intenzionalista, quali per esempio l'indeterminatezza dei criteri impiegati per la ricostruzione della premessa maggiore o ancora l'inadeguatezza di questo metodo ad affrontare problemi del reale non inquadrabili in alcune delle categorie valoriali immaginate dai Framers<sup>47</sup>. Così, egli vira verso l'*original meaning originalism*<sup>48</sup>. Per Scalia, l'originalismo non consiste nel formulare congetture sulle intenzioni e i valori protetti dai costituenti, ma nel ricorrere al canone letterale, senza però compiere l'errore di attualizzare il significato degli enunciati costituzionali. La storia serve per recuperare quel particolare significato che i costituenti hanno voluto attribuire al testo. Scalia ha poi precisato che la ricerca del significato originario ha come obiettivo la ricostruzione del *public meaning* ossia il senso che quelle parole avevano, nella comunità politica intesa nel suo complesso. Si tratta, in un certo senso, di legare ancora più strettamente l'originalismo con una concezione democratica delle operazioni interpretative, connettendo anche l'espressione tecnico-giuridica al contesto nel quale era stata impiegata. Ciò spiega perché il pensiero originalista è poi giunto, nelle elaborazioni più recenti, sino a difendere la tesi del necessario ricorso all'*original method*<sup>49</sup> e cioè alla ricostruzione del significato degli enunciati normativi secondo le tecniche interpretative comunemente accettate al tempo in cui la Costituzione è stata adottata. Anche in questa versione l'originalismo finisce per coincidere con un testualismo storicista e in questa veste è oggi difeso da una buona parte della dottrina americana.

Il dibattito scientifico innescato dall'originalismo non si è però fermato sull'identificazione dei migliori criteri di verifica della correttezza dell'operazione di ricerca del significato delle norme costituzionali. La contesa accademica sui metodi dell'interpretazione costituzionale è stata infatti orientata verso la riflessione sulla natura dell'attività interpretativa del testo costituzionale, come evidenziano le riflessioni di Balkin e Amar. Nel

---

<sup>46</sup> Su questi aspetti v. S.M. Griffin, *Politics and the Supreme Court: The Case of the Bork Nomination*, 5 *J. L. & Pol.* 551 (1989).

<sup>47</sup> P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in 60 *B.U. L. Rev.* 204, 221 (1980).

<sup>48</sup> Il superamento dell'*original intent* per la verità avviene anche ad opera dell'*original understanding originalism*. Questa versione delle tesi originaliste sostiene che l'intento da ricostruire non sia quello dei Framers, ma piuttosto quello dei *ratifiers*, che possedevano l'effettivo potere di renderla legge. Sul punto v. L. Kramer, *Two (More) Problems with Originalism*, in 31 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 907 (2008).

<sup>49</sup> J.O. McGinnis, M.B. Rappaport, *Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction*, in 103 *Nw. U. L. Rev.* 549 (2009).

dettaglio, Jack Balkin teorizza il cosiddetto *living originalism*, difendendo il presupposto di base dell'originalismo, ma ritenendo in qualche modo necessaria anche una seconda lettura del testo della Costituzione, finalizzata a valorizzarne la sua natura di *framework*, di trama di principi che possono essere in grado di guidare la soluzione dei problemi posti dall'evoluzione sociale. In questo contesto, l'*original meaning* sarebbe indispensabile sia per ricostruire il significato delle disposizioni costituzionali, che per discernere i principi sottesi al testo. La fedeltà a questi ultimi diventerebbe il criterio fondamentale di verifica della correttezza del risultato interpretativo e del percorso argomentativo dei giudici. Tuttavia, parte dello sforzo interpretativo deve essere diretto nell'inquadramento dei significati nel sistema dei principi offerto dal testo.

Akhil Amar conia l'espressione «timeless timely constitution»<sup>50</sup> per riferirsi alla capacità del testo costituzionale di adattarsi alla soluzione dei problemi del presente grazie alla cultura costituzionale che esso esprime. Il recupero del significato originario della Costituzione, in questo contesto, serve proprio all'emersione di una cultura costituzionale, condivisa tra il ceto dei giuristi e la pubblica opinione, che rappresenta poi l'orizzonte entro il quale il giudice di oggi deve muoversi per selezionare l'opzione interpretativa più adatta alla soluzione del caso sottoposto alla sua considerazione<sup>51</sup>.

Questo quadro di sintesi sull'originalismo racconta dell'esistenza di due elementi centrali nel dibattito costituzionale americano. Il primo è rappresentato dall'idea che la cultura costituzionale necessiti di un ritorno al testo, come luogo per la scoperta dei significati e dei valori fondativi dell'ordine politico e sociale. Il secondo coincide, invece, con il richiamo di *community-based values*, probabilmente di derivazione burkeana, come elementi che costruiscono il tessuto sociale di una comunità politica e del *traditionalism* che attribuisce tanto ai valori quanto alle puntuali soluzioni giuridiche storicamente sedimentate la qualità di opzioni corrette in quanto sottoposte alla verifica del tempo<sup>52</sup>. Nelle tesi originaliste che insistono sulla centralità nel testo nelle operazioni interpretative, dunque, risuonano alcuni dei *topoi* del ragionamento di *common law*, primo fra tutti il rilievo della storia e del passato nella ricostruzione dei valori fondanti di una certa comunità politica.

## 5. Le ragioni di una differenza: la prevalenza di approcci non testualisti nel contesto europeo

Il dibattito statunitense interessa, in questo momento storico, l'Europa per ragioni che, con ogni probabilità, hanno a che fare con una certa disillusione

---

<sup>50</sup> La tesi è espressa nel libro *The Constitution Today: Timeless Lessons for the Issues of Our Era*, New York, 2016.

<sup>51</sup> È utile menzionare la critica mossa da Jeremy Waldron alla tesi portante del libro di Amar ossia la difficoltà a distinguere la proposta metodologica di questa come di tutte le altre varianti dell'originalismo con l'affidamento al *common sense* del giudice: sul punto v. J. Waldron, *Our timeless, timely Constitution*, in *The New York Review of Books*, vol. LXIV, 7, 20 aprile 2017, 50.

<sup>52</sup> B. Ackerman, *We The People. Foundations*, vol. 1, Cambridge (Mass.), 1991, 140.

verso le potenzialità dell'interpretazione evolutiva e, in qualche caso, con argomenti che riscoprono la centralità della decisione politica sui diritti. Il punto è centrale. Il costituzionalismo del secondo dopoguerra, soprattutto quello di matrice tedesca, suggerisce che la supremazia della costituzione – e, dunque, la tutela della sua normatività – implica non soltanto la subordinazione della legislazione al testo fondamentale, ma anche e necessariamente la soggezione del Parlamento all'autorità della costituzione scritta (e dei suoi interpreti)<sup>53</sup>. La dottrina tedesca, del resto, ha molto riflettuto sul ruolo della costituzione nello stato democratico, anzi nella forma di stato della democrazia costituzionale. Già Hermann Heller aveva teorizzato, nel 1934, che la legittimazione dello Stato come potere giuridico dipendeva dalla sua capacità di vincolare sul piano etico la coscienza dei governati<sup>54</sup>. Ne conseguiva un'idea di legittimazione dello Stato in quanto ente che impone principi etico-giuridici, i quali costituiscono a loro volta il fondamento e il limite dell'esercizio del suo potere. Secondo Heller, i principi etico-giuridici precedono lo Stato, ma sono poi incorporati nella sua costituzione così vincolando tutti i membri della comunità statale<sup>55</sup>. La riflessione filosofica e costituzionalistica successiva all'adozione della Legge fondamentale si è sviluppata ampiamente su questa base, affermando il legame tra la costituzione e i principi etici e leggendo nel sovraordinamento della costituzione una limitazione della volontà del sovrano democratico, la quale si manifesta nel vincolo costituito dalle decisioni valutative espresse nel testo costituzionale<sup>56</sup>. L'intera riflessione di Robert Alexy, uno dei più citati filosofi del diritto tedesco, sul ragionamento giuridico muove proprio dall'inquadramento di quest'ultimo nella teoria costituzionale del diritto. Egli propone il modello dei principi di diritto positivo incorporati nella Legge fondamentale come principi espressivi di una morale accolta dallo Stato. Poiché il discorso morale è inserito nel discorso giuridico, l'esigenza di correttezza di quest'ultimo si deve esprimere nell'elaborazione di criteri dell'argomentazione coerenti con la natura costituzionale dell'ordinamento. Tali criteri poi giustificano le pretese di validità normativa del diritto<sup>57</sup>.

Nella cultura giuridica tedesca, insomma, la costituzionalizzazione dell'ordinamento implica la valorizzazione dei contenuti etici del testo costituzionale. Ma vi è di più. La realizzazione della costituzione può avvenire solo se la Legge fondamentale è interpretata in tutti i suoi particolari, «for to do otherwise would be to let the society become lawless»<sup>58</sup>. In altri termini, tanto la mentalità giuridica tedesca, quanto la dottrina intendono la normatività della costituzione come completa traduzione dei suoi contenuti nella realtà politica. Proprio in questo

<sup>53</sup> J. Limbach, *The Concept of the Supremacy of the Constitution*, in 64 *Mod. L. Rev.* 1, 7 (2001).

<sup>54</sup> H. Heller, *Dottrina dello Stato* (1934), Napoli, 1988, 335.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> V. almeno M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, 34 e E. Denninger, *Art. 1 Abs 2, 3*, in *Kommentar zum Grundgesetz für die BRD*, vol. 1, Neuwied, 1984, 308.

<sup>57</sup> V. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, 1988.

<sup>58</sup> D.P. Kommers, R.A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham-London, 2012, 47.

elemento, esiste una distanza rispetto alla mentalità anglosassone e, in particolare, americana per la quale «the written constitution is far from coextensive with American polity»<sup>59</sup>. Ne consegue che in quell'ordinamento la costituzione non aspira a condizionare la disciplina di ogni situazione di rilevanza giuridica.

Nella dottrina di lingua italiana e in quella di lingua spagnola si rinviene una sensibilità simile a quella espressa dai costituzionalisti tedeschi del secondo dopoguerra. Così, Franco Modugno scrive che la specificità dell'interpretazione costituzionale dipende dalla specialità delle norme che ne costituiscono l'oggetto. Poiché le costituzioni contengono soprattutto enunciati contenenti formulazioni di principio (invece che regole deontiche), l'interprete vi si deve avvicinare in modo consapevole della naturale vaghezza linguistica del testo. Ne consegue, secondo l'Autore, che l'interprete può aspirare alla correttezza metodologica del suo sforzo ermeneutico laddove tenga in considerazione due elementi cruciali: la collocazione di ogni disposizione costituzionale in una trama e la natura della *materia costituzionale*. Proprio queste caratteristiche richiedono che l'interprete sia «sempre chiamato a guardare alla Costituzione contestualmente come luogo di fissazione dei valori fondamentali e irrinunciabili, ma contemporaneamente anche ad assicurarne la persistenza e la modulazione secondo le mutevoli esigenze ordinamentali e sociali»<sup>60</sup>.

I costituzionalisti spagnoli giungono a simili conclusioni quando sostengono che i diritti fondamentali contenuti nel testo devono essere intesi come «mecanismos para promover y impulsar» la trasformazione in senso costituzionale dello stato democratico<sup>61</sup>. Ciò implica che il compito dell'interprete non è soltanto quello di conservare il testo scritto – e dunque di leggere i diritti come clausole eterne espressione di valori metagiuridici –, ma di realizzarne il contenuto etico (*l'unidad de sentido*, nelle parole di Perez Luño, della comunità politica), divenuto prescrittivo perché codificato nella costituzione.

Nella riflessione giuridica francese è meno frequente imbattersi in argomenti che difendono pienamente l'interpretazione assiologicamente orientata del testo costituzionale. Cionondimeno, la dottrina maggioritaria rigetta le tesi per cui l'interpretazione possa ridursi in un atto conoscitivo e che, dunque, al giudice sia richiesto di ricostruire un contenuto di verità presente in ogni enunciato normativo<sup>62</sup>. Al contrario, ogni interpretazione è un atto di volontà che si qualifica, quando operato da un giudice, come normativo, a prescindere dal ragionamento che accompagna l'attribuzione di

---

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> F. Modugno, *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 8, 2019, 60-61. V. anche M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (cur.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 45 ss. e S. Romano, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

<sup>61</sup> A.E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 2004. Su questo v. A. Vedaschi, *Los derechos fundamentales nella Costituzione spagnola del 1978*, in *DPCE*, 4, 2008, 1834 ss.

<sup>62</sup> O. Pfersmann, *Théories de l'interprétation constitutionnelle*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel*, 17-2001, 2002, 361.

significato a un certo enunciato<sup>63</sup>. Si tratta di una teoria realista dell'interpretazione costituzionale che accetta la natura creativa dell'attività interpretativa, senza però porsi, come avviene altrove, il problema di prescrivere una qualche forma di "interpretazione per valori" o "per principi". Per i costituzionalisti francesi, del resto, la cifra essenziale dell'interpretazione costituzionale pare essere il pluralismo interpretativo, da intendersi in almeno due sensi<sup>64</sup>. In senso stretto, esistono una pluralità di interpretazioni difendibili per un certo enunciato costituzionale, sovente in ragione della vaghezza linguistica dei testi. In senso ampio, il pluralismo è dato dalla molteplicità di interpreti della costituzione: i giudici, le istituzioni politiche e i cittadini, potenzialmente interessati a far valerne una certa lettura. Queste caratteristiche suggeriscono che l'esegesi dei testi costituzionali debba considerare tanto il fatto del pluralismo, quanto la collocazione gerarchica del testo. Quest'ultima in particolare spiega la necessità di giustificare una specificità dell'interpretazione della costituzione in quanto sensibile alla natura e alla funzione delle sue norme<sup>65</sup>.

L'anima non testualista dell'interpretazione costituzionale è poi confermata da un altro elemento. Nel crogiuolo della cultura giuridica europeo-continentale viene elaborata anche la dottrina dell'interpretazione conforme. In Italia, è la riflessione costituzionalistica a giungere presto alla conclusione per cui la costituzionalizzazione dell'ordinamento dovesse necessariamente beneficiare della diffusione capillare di interpretazioni conformi a costituzione a livello di giurisprudenza ordinaria. Solo così, infatti, la costituzione può infondere i propri contenuti assiologici nell'ordinamento, senza che questo effetto sia il prodotto di un incidente di costituzionalità e, dunque, di una patologia del funzionamento di una democrazia costituzionale.<sup>66</sup> La dottrina spagnola ha individuato in questa tecnica una strategia argomentativa che pone le «condiciones interpretativas de constitucionalidad»<sup>67</sup> nel senso la norma è salva da una pronuncia incostituzionalità *solo se* è interpretata, magari maneggiandone il testo, nel modo suggerito dal giudice costituzionale. La dottrina portoghese si esprime in modo simile, riferendosi alle sentenze che impiegano l'interpretazione conforme come «sentenças interpretativas condiciones»<sup>68</sup>. Tali espressioni non nascondono che l'interpretazione conforme è, ovunque, accolta con una certa cautela, come strumento cioè che rischia inevitabilmente per assegnare al giudice un ruolo creativo di diritto.

Non stupisce, dunque, che in altri Paesi – in Francia, nei Paesi Bassi – l'interpretazione conforme si legittima nella pratica interpretativa solo

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> M. Carpentier, *L'interprétation constitutionnelle est-elle spécifique?*, in *Jurisprudence. Revue critique*, 1, 2020.

<sup>65</sup> Y. Aguila, *Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle*, in *RFDC*, 21, 1995, 9 ss.

<sup>66</sup> V. L. Cappuccio, E. Lamarque (cur.), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella "Constitutional Courts and democratic Values"*, Napoli, 2013. F. Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista AIC*, 2, 2014.

<sup>67</sup> J.A. Fernández, *La Interpretación Conforme Con La Constitución En Los Límites Del Mandato De Certeza*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, 3, 2017, 654.

<sup>68</sup> R. Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, 1999, 317.

tramite la giurisprudenza della Corte EDU e impone un'esegesi dei testi legislativi che ne valorizzi gli elementi di corrispondenza ai contenuti etico-morali della Convenzione<sup>69</sup>. Altrove e, segnatamente, nel mondo di *common law*, l'interpretazione conforme non gode dello stesso successo. Le sue finalità sono, comunque, realizzate attraverso le dottrine di *constitutional avoidance* e, cioè, attraverso quelle tecniche che consentono al giudice di trattare la dichiarazione di incostituzionalità alla stregua di una soluzione di *extrema ratio* rispetto a patologie dell'ordinamento giuridico<sup>70</sup>. Cionondimeno, almeno nel sistema giuridico americano, la tecnica della *constitutional avoidance* non ha sempre che fare con lo sforzo interpretativo che ricava dalla disposizione una norma conforme a Costituzione. Essa è piuttosto lo strumento per trasferire la questione di diritto, nella misura in cui la ricostruzione sostenuta dalle parti lo consente, su un terreno diverso da quello del giudizio di costituzionalità, per esempio sanzionando la violazione di un *constitutional right* sulla base della legge federale che prescrive il relativo *remedy*, invece che attraverso l'invocazione di un principio costituzionale<sup>71</sup>.

Dalla cultura costituzionalistica europea emerge, insomma, una preferenza per tecniche interpretative della costituzione di tipo *non testualista*, nel senso di capaci di apprezzare il contenuto assiologico delle costituzioni. Questa impostazione del problema dell'interpretazione costituzionale dipende dal fatto che la concezione della costituzione come espressione più alta della volontà politica di un popolo non impone tanto aderenza al testo, quanto massimizzazione delle disposizioni di principio che possiedono una dimensione assiologica. L'attuazione della costituzione richiede pertanto che alle sue norme sia data l'interpretazione più ampia possibile, in modo da ottimizzare il suo contenuto precettivo, anche quando esso è incapsulato in un principio caratterizzato da una certa vaghezza. Non stupisce che questa impostazione del ragionamento su come deve essere l'interpretazione costituzionale porti buoni argomenti a difesa delle teorie della *living constitution* poiché salda la tutela della normatività della

---

<sup>69</sup> Con riguardo al caso francese v. S. Henneville-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, 2013, 212. Sul caso olandese v. E. Alkema, 'Netherlands', in D. Shelton (Ed.), *International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation and Persuasion*, Oxford, 2011, 417 ss.

<sup>70</sup> La giurisprudenza e la dottrina costituzionalistica americane hanno elaborato diverse teorie del *judicial restraint*, inizialmente ispirate al pragmatismo filosofico del primo Novecento e, più tardi, spiegate sulla base delle elaborazioni dottrinali della scuola del *legal process*. Nelle decisioni della Corte Suprema è frequente riscontrare il richiamo della opportunità di preferire la soluzione del caso concreto che non implichi la decisione di questioni di legittimità costituzionale. Su questi aspetti v. J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in 7 *Harv. L. Rev.* 129, 144 (1893). L'A. riteneva che la dichiarazione di incostituzionalità dovesse essere confinata alle ipotesi in cui il giudice non avesse alcun *reasonable doubt* che la norma sottoposta al sindacato di costituzionalità potesse ricevere un'interpretazione conforme alla Costituzione. Una compiuta analisi può essere rintracciata in E.T. Lee, *Judicial Restraint in America: How the Ageless Wisdom of the Federal Courts Was Invented*, Oxford, 2011.

<sup>71</sup> V. ad esempio *Lewis v. Chicago*, 130 S. Ct. 2191 (2010) in materia di *facially neutral statutes*. Sul punto G. Romeo, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2011/2012 e 2012/2013*, in *Giur. cost.*, 5, 2013, 4223-4224.

costituzione scritta con la pretesa di quest'ultima alla continuità (si potrebbe dire all'eternità) dell'ordinamento democratico-costituzionale che istituisce.

Ciò che si intende suggerire in questa sede è che l'idea che la costituzione contenga principi e valori la cui realizzazione dipenda dall'attività interpretativa comporta la preferenza per una teoria dell'interpretazione che abbandoni i canoni del testualismo. Una conferma del nesso tra valorizzazione massima dei precetti costituzionali e interpretazione non testualista si rinviene nell'esperienza di un Paese europeo caratterizzato da una tradizione ermeneutica che guarda con sospetto le tecniche interpretative che manipolano il testo. In particolare, nel Regno Unito la progressiva affermazione della natura materialmente costituzionale di alcune leggi ordinarie (*constitutional statutes*) è avvenuta attraverso il successo di dottrine interpretative non-testualiste. È pur vero che nell'armamentario della cultura giuridica di *common law* esistono delle modalità interpretative che prescrivono, per esempio, una lettura del testo della legge finalizzata ad assicurare la giustizia e la ragionevolezza della soluzione del caso concreto<sup>72</sup>, ma si tratta di direttive interpretative accessorie, dedicate alle ipotesi di antinomie normative, rispetto alla preferenza per un approccio letteralista. E infatti la High Court ha più volte sostenuto la tesi che i *constitutional statutes* debbano essere interpretati in senso letterale<sup>73</sup>. La preferenza per questa dottrina interpretativa è stata giustificata dalla tesi per cui la natura costituzionale di un testo suggerisce che il legislatore abbia scelto le parole con estrema cautela. Ne consegue che l'approccio letteralista sia il più consono ad assicurare la *strong judicial deference* che deve circondare i *constitutional statutes*<sup>74</sup>. Quando però il Regno Unito si è confrontato con lo *Human Rights Act* del 1998 (HRA) che incorpora la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo l'approccio testualista non è parso sostenibile. La Corte Suprema, infatti, è stata costretta a misurarsi con la sec. 3(1) dello HRA, la quale richiede ai giudici lo sforzo di interpretare la legge «if it is possible to do so» alla luce delle disposizioni ivi contenute. L'interpretazione conforme richiesta dalla sec. 3(1) ha posto in discussione

<sup>72</sup> Il riferimento è alla cosiddetta *presumption against intending what is inconvenient or unreasonable* ovvero la direttiva al giudice di privilegiare, nel caso di antinomie normative, l'interpretazione *most agreeable to justice and reason*. Nell'ambito dei criteri per la soluzione delle antinomie normative, poi, la dottrina di *common law* ha elaborato la categoria della *repugnancy* che prescrive di evitare l'interpretazione che conduca a un risultato evidentemente ingiusto o radicalmente irrazionale: v. R. Wilson, B. Galpin, *The interpretation of statutes*, London, 1962, 250 ss. v. anche A. Rosen, *Statutory Interpretation and the Many Virtues of Legislation*, in 37 *Oxford J. Leg. Stud.* 134, 150 (2017). A tal proposito deve essere evidenziato che, del resto, esiste nella tradizione della *common law* inglese la teoria per cui le corti possono non riconoscere gli effetti delle leggi "*impertinent to be observed*". Roscoe Pound identifica proprio in questa idea della *common law* di epoca moderna l'origine della teoria della *judicial review of legislation*: R. Pound, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven (CT), 1975, 96.

<sup>73</sup> *Mills v. HM Advocate (No. 2)* [2001] con riferimento allo *Scotland Act*, il quale fa utilizzo espresso di argomenti fondati su *plain terms of legislation*. V. anche, tra la giurisprudenza del *Privy Council*, *R. v. HM Advocate* [2002] UKPC D3, sempre a proposito dello *Scotland Act* ove Lord Rodger fa riferimento alla necessità di una *special deference* di cui devono godere i *constitutional statutes*.

<sup>74</sup> *Ibid.*

tanto la tenuta degli approcci letteralisti, quanto l'opportunità di appiattare l'interpretazione di testi sostanzialmente costituzionali sui canoni interpretativi della legge ordinaria<sup>75</sup>. Così, il problema dell'interpretazione ha finito per coincidere con quello del posto da attribuire ai constitutional statutes nell'ordinamento britannico.

Per cogliere questo profilo è sufficiente guardare all'impatto che lo HRA, in quanto *constitutional statutes*, ha avuto sull'interpretazione della legge. Nel 2001, il *Judicial Committee* della House of Lords decide il caso *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.*<sup>76</sup> La controversia riguarda l'interpretazione analogica della situazione di convivenza tra una coppia eterosessuale alla coppia omosessuale. I Law Lords ritengono che la legge non possa essere interpretata in modo così estensivo da comprendere anche i partner dello stesso sesso e ciò perché, sulla base dell'esegesi dell'*ordinary meaning* della disposizione, si poteva concludere che il Parlamento non avesse inteso includere questa categoria di coppie nella fattispecie disciplinata.

Quando però, qualche anno più tardi, si fa strada tra i giudici l'idea che lo HRA 1998 dovesse riverberare i suoi effetti nell'estensione dei diritti fondamentali, il *plain meaning argument* diventa meno sostenibile. Così, in *Ghaidan v. Mendoza*<sup>77</sup>, resa dal *Judicial Committee* della House of Lords nel 2004, il collegio arriva a conclusioni opposte. La vicenda riguarda, ancora una volta, il significato delle parole *husband* and *wife*. In particolare, la questione attiene all'interpretazione del par. 2(2) dell'allegato 1 del *Rent Act 1977* nella parte in cui fa riferimento, ai fini della successione nel contratto di locazione in caso di morte, al coniuge convivente identificato con le parole "wife" e "husband". I ricorrenti sostengono che tali espressioni sono riferibili anche alle coppie conviventi dello stesso sesso. Per rispondere al quesito, i *Law Lords* articolano il ragionamento in due passaggi. In primo luogo, verificano se la disposizione in questione, interpretata con gli strumenti ordinari, viola o meno i diritti convenzionali. In secondo luogo, qualora la risposta alla domanda sia affermativa, valutano se non sia possibile offrirne un'interpretazione tale da salvarla da una pronuncia di *incompatibility*.<sup>78</sup> Così i *Law Lords* difendono un'interpretazione estensiva della disposizione normativa che consenta loro, da un lato di realizzare un'interpretazione

<sup>75</sup> Di ciò si è mostrata immediatamente consapevole la House of Lords quando ha chiarito che la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e, dunque, lo *Human Rights Act* dovevano per loro natura essere ritenuti come l'espressione di principi fondamentali piuttosto che come un insieme di puntuali regole giuridiche: *R. v. Director of Public Prosecution, ex parte Kebeline* [2002] 2 AC 326. Sul punto v. R. Masterman, *Aspiration or Foundation? The status of the Strasbourg Jurisprudence and the 'Convention rights' in Domestic Law*, in H. Fenwick, G. Phillipson, R. Masterman (Eds), *Judicial Reasoning under the Human Rights Act*, Cambridge, 2007, 59.

<sup>76</sup> [2001] 1 AC 27.

<sup>77</sup> [2004] 3 WLR 113.

<sup>78</sup> Id. par. 24. Sul punto v. le riflessioni di A. Kavanagh, *Choosing between sec. 3 and 4 of the Human Rights Act 1998: judicial reasoning after Ghaidan v. Mendoza*, in H. Fenwick, G. Phillipson, R. Masterman, *Judicial Reasoning under the Human Rights Act*, Cambridge, 2007, 117-118, la quale sostiene che la progressiva articolazione di un *judicial reasoning* fondato sulla necessità di dare più ampia applicazione possibile alla Convenzione e, dunque, caratterizzato dalla prevalenza per argomenti diversi dalla *strict textualist construction*.

conforme e, dall'altro, di evitare una pronuncia di incompatibilità della legge rispetto ai diritti convenzionali.

Secondo alcuni autori, la sentenza *Ghaidan* costituisce il primo superamento degli argomenti testualisti come limite all'*interpretazione conforme a* (e cioè alla tecnica che la dottrina anglosassone racchiude nella formula degli *harmonising arguments*)<sup>79</sup>. Si tratta, comunque, di una teoria dell'interpretazione ancora ampiamente dedicata allo HRA e che, pertanto, non revoca in dubbio la generale preferenza per tecniche interpretative che evitano il ricorso ad argomenti teleologici, funzionali all'interpretazione conforme. Il caso britannico segnala che la costituzionalizzazione di un ordinamento generalmente attira percorsi interpretativi che valorizzano il contenuto assiologico dei testi, più che l'adesione puntuale al testo.

La diffusione di letture non-testualiste in Europa non può, dunque, essere liquidata alla stregua di mera preferenza ideologica per letture progressiste dei testi costituzionali, radicandosi invece in una cultura giuridica che ha visto pressoché ovunque nell'avvento del costituzionalismo democratico – oppure nell'affermazione dei diritti oltre lo stato – un momento di profonda trasformazione ordinamentale. In altri termini, le costituzioni assolvono la loro funzione nella misura in cui riescono – attraverso l'interpretazione – a condizionare interamente l'esperienza del diritto in un ordinamento giuridico<sup>80</sup>.

## 6. Il ritorno al testo come revival della sovranità della costituzione (o dello Stato)?

Negli ultimi anni, autorevoli esponenti della dottrina italiana hanno riproposto l'attenzione verso il problema dell'interpretazione costituzionale e, in particolare, verso la necessità di discutere la bontà di quelle dottrine che difendono la centralità del testo nelle operazioni interpretative<sup>81</sup>. Si tratta di posizioni teoriche che talvolta guardano al testualismo americano per sottolineare che l'aderenza al testo della costituzione non è che un modo per preservarne la piena normatività e, dunque, per assicurarsi che sia effettivamente applicato nei suoi precetti. Da un'altra prospettiva, il rispetto del testo può determinare vuoti di tutela, tutte le volte in cui la costituzione non è in grado di offrire salvaguardia a una nuova esigenza di protezione che emerge dalla società. Secondo questa prospettiva, la soluzione in questi casi non deve però essere reperita dentro il testo e neppure attraverso l'attivazione del potere contromaggioritario delle corti. La soluzione, invece, può essere affidata al processo politico come sede alternativa per l'emersione dei diritti. In quest'ottica, la legislazione rileva come strumento non solo (e riduttivamente) di attuazione della Costituzione, ma di realizzazione di un

---

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> M. Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Right as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in 7(4) *German L.J.* 341 (2006).

<sup>81</sup> N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, dibattito su *originalismo e Costituzione* 7/2022, lettera AIC disponibile all'indirizzo internet <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/la-costituzione-neutrale-di-kavanaugh>.

indirizzo politico compatibile con quest'ultima e, comunque, del tutto autonomo rispetto a essa.

La difesa di approcci interpretativi che predicano una maggior aderenza al testo corrisponde così, almeno per alcuni autori, alla valorizzazione del circuito democratico-rappresentativo<sup>82</sup> sul presupposto per cui le costituzioni possono non raggiungere ogni situazione giuridica meritevole di una qualche forma di tutela. Secondo queste tesi, sostenere il contrario equivale ad assegnare ai giudici il compito di creare diritto ogni volta in cui devono attribuire un significato alle norme costituzionali per cogliere l'esigenza di tutela che affiora dal tessuto sociale, così marginalizzando il ruolo del confronto politico sui diritti.

In queste posizioni teoriche riecheggia l'idea per la quale la natura delle costituzioni risiede nel loro essere un atto di volontà politica e, dunque, prodotti contingenti di una certa visione del mondo riflessa nel testo<sup>83</sup>. Per questa ragione, occorre accostarsi ai testi costituzionali non come contenitori di valori universali, ma come documenti culturalmente e storicamente radicati, i quali esprimono i principi e i valori di una convivenza decisa nel più alto momento di libertà politica che è la scelta di fondare un ordine costituzionale<sup>84</sup>.

Così giustificato, il testualismo ha molto a che fare con la difesa della sovranità giuridica (e della superiorità gerarchica) della Costituzione, intesa come documento giuridico-politico di un certo popolo. Se si assume questa prospettiva, il testualismo non nega la dimensione assiologica degli enunciati costituzionali e neppure intende imporsi come unico metodo dell'interpretazione costituzionale. Allo stesso modo, questa versione del testualismo non intende revocare in dubbio che ciascuna costituzione, pur esprimendo i valori etico-politici di una certa comunità, non possa disporsi ad essere normativamente integrata dal diritto internazionale e sovranazionale, nella misura in cui ciò sia contemplato dal testo ovvero originato da una decisione politica sovrana. Infatti, il testualismo che qui si descrive sembra avere due finalità essenziali: la tutela della costituzione scritta e, parallelamente, la difesa del ruolo del Parlamento quale istituzione che può riconoscere e garantire i diritti fondamentali.

Si tratta di una precisazione importante in quanto argomenti che attingono a questo orizzonte teorico hanno fatto capolino, in anni recenti, nella giurisprudenza di corti che hanno ingaggiato un'aperta contestazione del primato del diritto europeo e sovranazionale. Così, per esempio, la Corte costituzionale polacca ha giustificato la negazione della *supremacy* del diritto dell'Unione impiegando tesi che contrapponevano a quest'ultima, la supremazia della costituzione nell'ambito dell'ordinamento domestico, giungendo ad affermare che la normatività del testo costituzionale fosse minacciata dall'applicazione del diritto europeo e che i giudici interni dovessero sempre assicurare l'applicazione della costituzione e del diritto

---

<sup>82</sup> M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, voce in *Enc. dir. - Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 462. V. inoltre A. Pace, *Diritti 'fondamentali' al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1, 1993, 3.

<sup>83</sup> M. Carpentier, *Variations autour de l'originalisme*, 740.

<sup>84</sup> *Ibid.*

interno in luogo di quello UE<sup>85</sup>. Il caso polacco manipola alcuni argomenti prima esposti e puntualmente proposti all'attenzione degli studiosi del diritto pubblico comparato per discutere la tenuta di quelle posizioni che assegnano preminenza al ruolo del giudice costituzionale negli ordinamenti contemporanei. Non è un'operazione nuova. Anche negli Stati Uniti, infatti, le letture originaliste-testualiste hanno spesso fornito argomenti ad atteggiamenti culturali di chiusura verso il diritto internazionale o verso il rilievo della comparazione nella pratica giudiziale<sup>86</sup>. Per questa ragione, le tesi del ritorno al testo e del testualismo devono essere tenute distinte dall'appropriazione di argomenti testualisti in contesti caratterizzati da tentativi isolazionistici.

La manipolazione delle tesi menzionate consiste nella confusione – abilmente ingenerata – tra la sovranità del testo costituzionale e quella dello stato. Il ritorno al testo non significa, infatti, ritorno alla dimensione statuale del diritto, effetto nei fatti prodotto dalle letture polacche (e da alcune letture americane) della centralità della costituzione domestica. Il ritorno al testo può essere un modo (discutibile) di risolvere i problemi interpretativi e di bilanciare la creatività del giudice e la centralità del processo politico. Non è però concettualmente necessario che la valorizzazione del testo comporti anche il ritorno anacronistico alla statualità come unica fonte del diritto, posto che l'adesione degli Stati agli enti sovranazionali (UE e CEDU) è avvenuta con un atto di volontà politica, uno di quegli atti che le dottrine dell'interpretazione attente al testo difendono come prove della capacità del circuito democratico-rappresentativo di attuare la costituzione anche attraverso decisioni di indirizzo politico compatibili, eppure non imposte direttamente da quest'ultima.

## 7. Considerazioni conclusive

Ogni riflessione sull'interpretazione costituzionale porta con sé una o più concezioni di cosa e quale funzione debba svolgere una costituzione. Il diritto comparato ci insegna che tali concezioni sono influenzate in modo decisivo tanto dalla tradizione e dalla cultura giuridica, quanto dai contesti socio-politici in cui le costituzioni sono state adottate.

Se si osserva da questo punto di vista, il successo prima dell'*originalism* e, più di recente, del *textualism* dipende in larga misura dall'affinità culturale tra queste dottrine e la tradizione giuridica di *common law*. Infatti, sia l'originalismo che il testualismo richiamano apertamente, come ricorda Bruce Ackerman, il tema della "riscoperta" (*the myth of rediscovery*) del reale e iniziale significato del testo costituzionale<sup>87</sup>. La *rediscovery* non significa soltanto fedeltà al testo, ma anche e soprattutto ritorno al patto originario

---

<sup>85</sup> Cfr. Tribunale costituzionale polacco, CT 15 Aprile 2020; CT 15 Luglio 2021 e CT 7 ottobre 2021; per una disamina di questa giurisprudenza v. A. Bień-Kacała, *How to Unfriend the EU in Poland*, in *I-Connect*, 16 October 2021, disponibile all'indirizzo internet: [www.iconnectblog.com/symposium-part-i-how-to-unfriend-the-eu-in-poland/](http://www.iconnectblog.com/symposium-part-i-how-to-unfriend-the-eu-in-poland/).

<sup>86</sup> G. Romeo, *The conceptualization of constitutional supremacy: legal tradition and global discourse*, in 21 *German L.J.* 922-23 (2020).

<sup>87</sup> B. Ackerman, *We The People. Foundations*, Vol. 1, Cambridge (Mass.), 1991, 140.

della comunità politica. La cultura di *common law* metabolizza facilmente questa impostazione del problema dell'interpretazione della costituzione in quanto il radicamento storico di una soluzione giuridica è, da sempre, un indizio della sua correttezza metodologica e della sua bontà al piano dei valori etico-politici. Nell'idea del ritorno indietro cronologicamente alla ricerca dell'identificazione del reale significato della costituzione risuona la sensibilità verso il passato della cultura di *common law*.

Nelle versioni più recenti dell'originalismo il *myth of rediscovery* sembra combinarsi anche con la valorizzazione del *consensus* come elemento caratterizzante l'epoca dell'adozione del testo costituzionale. Secondo questa narrativa, infatti, la Costituzione americana rappresenterebbe il frutto non semplicemente di uno sforzo di sintesi costituente, ma di un clima culturale diffusamente presente nell'opinione pubblica americana<sup>88</sup>. Ciò contribuisce a spiegare per quale ragione sia l'originalismo che il testualismo sono spesso presentati dai loro sostenitori come dottrine interpretative coerenti con gli assunti del costituzionalismo democratico.

La cultura giuridica europea sembra sintonizzarsi su una frequenza diversa. L'insieme dei valori etico-politici assimilati nella comunità politica e codificati nel testo costituzionale suggeriscono ai giudici e agli studiosi europeo-continentali che l'interpretazione non deve conservare il significato originario del testo, ma consentire l'attuazione *continuata* nel tempo della costituzione. La preservazione della normatività non si radica, dunque, nella fissità del significato e del modello di società politica che la costituzione istituisce, ma nella capacità del testo di rispondere nel tempo alle questioni giuridiche sollevate dalle esperienze della vita individuale, collettiva e istituzionale.

Graziella Romeo  
Dip.to di Studi giuridici  
Università comm.le L. Bocconi  
[graziella.romeo@unibocconi.it](mailto:graziella.romeo@unibocconi.it)

---

<sup>88</sup> In senso critico rispetto al *consensus constitutionalism* si esprime J. Driver, *The Consensus Constitution*, in 89 *Tex. L. Rev.* 755 (2010-2011). Nell'ambito della *consensus school of thought*, v. C. Sunstein, *A Constitution of many minds*, Princeton (N.J.), 2009 e B. Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, 2009. La tesi riprende alcuni classici del pensiero politico americano e, in particolare, R. Hofstadter, *The American Political Tradition and the men who made it*, New York, 1947. *Contra*: J. Higham, *The cult of the "American Consensus": Harmonizing our History*, in 27 *Commentary* 93, 93 (1959).