

11-4/2015 - ISSN 2283-4527

Estratto

RIVISTA SEMESTRALE DI SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO diretta da AGOSTINO CARRINO e ALIS VIGNUDELLI

LO STATO

Mucchi Editore



RIVISTA SEMESTRALE DI
SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
AGOSTINO CARRINO e ALJS VIGNUDELLI

ANNO III - NUMERO 4 (GENNAIO-GIUGNO 2015)



Mucchi Editore

DIREZIONE SCIENTIFICA BOLOGNA

ALJS VIGNUDELLI
(Università di Modena e Reggio Emilia)

DIREZIONE SCIENTIFICA ROMA

AGOSTINO CARRINO
(Università di Napoli Federico II)

Comitato di redazione Modena

LUCA VESPIGNANI
(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

SIMONE FRANZONI
(Università di Modena e Reggio Emilia)

FEDERICO PEDRINI
(*Alma Mater* - Università di Bologna)

ANTONIO RIVIEZZO
(Università di Sassari)

ELENA CAPPELLINI
(Università di Modena e Reggio Emilia)

FEDERICA VERSARI
(Università di Modena e Reggio Emilia)

Comitato di redazione Roma

CARMINE DE ANGELIS
(Università di Roma Foro Italico, Capo redattore)

FEDERICO LIJOI
(Università di Roma La Sapienza)

DANIELE PORENA
(Università di Perugia)

COMITATO SCIENTIFICO

- ROBERT ALEYX (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel - Germania)
GUIDO ALPA (Sapienza Università di Roma, Pres. Ass. Civilisti Italiani - Italia)
ANTONIO BALDASSARRE (Luiss Guido Carli di Roma, Pres. Emerito Corte Cost. - Italia)
MAURO BARBERIS (Università di Trieste - Italia)
SERGIO BARTOLE (Università di Trieste, Presidente emerito AIC - Italia)
CESARE MASSIMO BIANCA (Sapienza Università di Roma - Italia)
SCOTT BREWER (Harvard University, Cambridge, MA - USA)
JÜRGEN BRÖHMER (Murdoch University, Perth - Australia)
PIERRE BRUNET (Université Paris Ouest - Francia)
AGOSTINO CARRINO (Università di Napoli Federico II - Italia)
ANTONIO D'ATENNA (Università di Roma Tor Vergata, Presidente AIC - Italia)
BLAGIO DE GIOVANNI (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" - Italia)
MARIO DOGLIANI (Università di Torino - Italia)
HORST DREIER (Julius-Maximilians-Universität Würzburg, già Presidente VDSrL - Germania)
GIUSEPPE DUSO (Università di Padova - Italia)
TIMOTHY ENDICOTT (Dean of the Faculty of Law, University of Oxford - Regno Unito)
LAWRENCE M. FRIEDMAN (Stanford Law School - USA)
ROBERTO GARGARELLA (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
LECH GARLICKI (Uniwersytet Warszawski, già giudice costituzionale - Polonia)
MORRIS L. GHEZZI (Università Statale di Milano - Italia)
JUAN CARLOS HENAO (Universidad Externado de Colombia, Pres. Emer. Corte Cost. - Colombia)
HASSO HOFMANN (Humboldt-Universität zu Berlin - Germania)
NATALINO IRTI (Sapienza Università di Roma, Accademia Nazionale dei Lincei - Italia)
THOMAS KENDALL (Columbia Law School New York - USA)
PHILIP KUNIG (Freie Universität Berlin - Germania)
CHARLES LEBEN (Université Panthéon-Assas - Francia)
MICHELA MANETTI (Università di Siena - Italia)
FABIO MERUSI (Università di Pisa - Italia)
ERIC MILLARD (Université Paris Ouest - Francia)
GIUSEPPE MORBIDELLI (Sapienza Università di Roma - Italia)
PÉTER PACZOLAY (Szegedi Tudományegyetem, Pres. Corte Cost. - Ungheria)
ENRICO PATTARO (*Alma Mater*-Università di Bologna - Italia)
STANLEY L. PAULSON (Washington University, St. Louis, MO - USA)
PIETRO PERLINGIERI (Università del Sannio, Presidente S.i.s.d.i.c. - Italia)
GERALD J. POSTEMA (University of North Carolina at Chapel Hill, NC - USA)
GIUSEPPE UGO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma - Italia)
PIETRO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma, Accademia Nazionale dei Lincei - Italia)
GEORG REISS (Universität des Saarlandes, già giudice della CEDU - Germania)
ALBERTO ROMANO (Sapienza Università di Roma - Italia)
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (Dir. Dep. de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - Spagna)
GINO SCACCIA (Università di Teramo - Italia)
ANTONINO SCALONE (Università di Padova - Italia)
FRANCO GAETANO SCOCA (Sapienza Università di Roma - Italia)
MICHELE SCUDIERO (Università di Napoli Federico II, già Presidente del CUN - Italia)
KURT SEELMANN (Universität Basel - Svizzera)
EMANUELE SEVERINO (Università Ca' Foscari di Venezia - Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
FEDERICO SORRENTINO (Sapienza Università Roma, Presidente emerito AIC - Italia)
SANDRO STAIANO (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIULIANA STELLA (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIUSEPPE TESAURO (Università di Napoli Federico II, Pres. Emerito Corte Cost. - Italia)
MICHEL TROPER (Université Paris Ouest - Francia)
STEPHEN TURNER (University of South Florida, FL - USA)
RODOLFO VÁZQUEZ (Instituto Tecnológico Autónomo de México - Messico)
ALJS VIGNUDELLI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)
MAURO VOLPI (Università di Perugia, già componente CSM - Italia)
GÜNTHER WINKLER (Universität Wien, già Presidente VDSrL - Austria)

INDICE

Saggi

ROBERTO BIN, <i>Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione</i>	11
AGOSTINO CARRINO, <i>Disobbedienza costituzionale?</i> <i>Dal primato della costituzione alla teologia dei diritti</i>	25
MARIO DOGLIANI, <i>La sovversione dell'immaginario costituzionale ovvero:</i> <i>come è cambiata la percezione del "fatto" nel diritto costituzionale</i>	51
GIOVANNI PITRUZZELLA, <i>Tutela della concorrenza e professione forense</i>	67
ANNAMARIA POGGI, <i>Riforme costituzionali e "concezioni" della Costituzione</i>	83
GIULIANA STELLA, <i>La dottrina di Adolf Reinach. Il diritto è φαivόμενον ο εἶδος?</i>	107

Materiali

ERNST-RUDOLF HUBER, <i>Stato di diritto e Stato sociale nella moderna società industriale</i>	135
FEDERICO PEDRINI, <i>Colloquio su Diritto, Natura e Volontà.</i> <i>Intervista al Prof. Natalino Irti (Roma, 14 maggio 2015)</i>	161

Interventi, Note e Discussioni

ALFONSO CELOTTO, <i>Spunti sul metodo nella riforma costituzionale</i>	181
TOMMASO F. GIUPPONI, <i>La Corte e il "suo" processo.</i> <i>Brevi riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale</i>	187
GIUSEPPE UGO RESCIGNO, <i>Sistemi elettorali, rappresentanza politica, democrazia</i>	199
LUCA VESPIGNANI, <i>Measure for measure. Osservazioni sulla motivazione delle leggi</i> <i>a margine della sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale</i>	221

Biblioteca

▶ AGOSTINO CARRINO, <i>Contro i giusmoralisti. Appunti a margine di un libro</i> <i>sull'interpretazione costituzionale</i>	235
ALJS VIGNUDELLI, <i>Une monarchie républicaine?</i> <i>Brevi note su due recenti monografie</i>	259

Riferimenti bibliografici	283
---------------------------------	-----

Contro i giusmoralisti

Appunti a margine di un libro sull'interpretazione costituzionale

di Agostino Carrino*



Sommario: § 1. Interpretazione e politica. – § 2. Ideologia e sociologia. – § 3. Stato di diritto e Stato dei giudici. – § 4. Legge e potere del giudice. – § 5. Diritto e concezioni del mondo.

ALJS VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 1291.

Hermeneutik ist die Kunst aus einem Text herauszukriegen was nicht drinsteht: wozu – wenn man doch den Text hat – brauchte man sie sonst?

ODO MARQUARD

§ 1. – *Interpretazione e politica*

Aljs Vignudelli ha profuso molta fatica in un lavoro che merita perciò di essere discusso anche a distanza di qualche anno dalla sua pubblicazione. Si tratta certo di un libro non facile, non solo e non tanto per la sua voluminosità, quanto, credo, perché la tesi del libro può sembrare alla maggioranza dei costituzionalisti e teorici del diritto italiani “arretrata” rispetto alle “conquiste” e alla condizione attuale del dibattito o, se si vuole, alle certezze raggiunte, che si fondano in gran parte sul convergere di due metodologie: l’analisi delle sentenze della Corte costituzionale, da un lato, e, dall’altro, quasi eziologicamente, le novità imposte dalla scoperta di un universo dispotico che detta le sue proprie regole a giuristi, politici e filosofi, vale a dire il mondo dei drit-

* Università degli Studi di Napoli Federico II.

ti dell'uomo, che oggi addirittura si sviluppa già oltre gli stessi diritti in una visione universalistica del fenomeno giuridico, che fa dei diritti non un "bene" – quindi circoscritto – da tutelare, ma uno strumento o un'ideologia a fini specifici. Il nuovo e progressivo «diritto flessibile e leggero»¹ cui molti sempre più si richiamano non pare essere lo stesso cui pensa Vignudelli.

Si dà sempre più, infatti, a livello dell'interpretazione giuridica della costituzione vigente (ma anche l'aggettivo è oramai incerto), una metodologia che si autocostruisce su premesse *valoriali* del tutto sottratte ad ogni preventiva verifica razionale. Possiamo definire questa metodologia come un'interpretazione "oggettiva" del diritto, fondata sulla "volontà della legge", volontà del tutto indipendente dalla volontà del legislatore storico, concreto, ma anche dalla razionalità politica ricostruibile a partire dalla volontà originaria. Non si tratta più soltanto del fatto che una legge, una volta entrata in vigore, vive di vita propria entro un ordinamento giuridico complesso e dinamico, venendo condizionata dalla vigenza (*validità* positiva) delle altre norme – sicché la scienza è obbligata a coglierne il senso e il significato articolatamente entro una gerarchia normativa di intrecci tra momenti di volontà produttivi di norme, norme già valide e metodo logico. Si tratta, invece, del fatto che questa stessa significatività complessa entro l'ordinamento giuridico non dipende più dalla volontà del legislatore storico nella sua pur naturale limitatezza, bensì dal "legislatore attuale", che nell'interpretazione presente della norma ne coglie il senso oggettivo indipendente dalla volontà originaria, traendo fuori la "volontà" attuale e presente della norma nel contesto storico in cui l'interprete opera; che si tratti della volontà soggettiva del legislatore attuale è un'illusione del tutto ammissibile.

In tedesco può darsi lessicalmente una distinzione importante, difficile a rendersi in italiano, tra *Auslegung* e *Einlegung*, come fa Bernd Rüthers²; l'interpretazione estrae veramente ciò che sta dentro la legge o la norma? O non piuttosto l'*in*-terprete mette dentro la legge ciò che poi ne tira fuori? È stato il filosofo Odo Marquard a segnalare con incisività il modo di procedere di questa "arte": «L'ermeneutica è l'arte di cavare fuori da un testo qualcosa che in esso non c'è. Perché mai, altrimenti, si avrebbe bisogno di lei, una volta che si abbia il testo?»³. Non è un caso, infatti, che l'ermeneutica sia stata anche definita «oscurantista»; per dir meglio, la sua elaborazione filosofica si associa ad

¹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, 58.

² B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

³ O. MARQUARD, *Abschied vom Prinzipiellen*, Stuttgart, Reclam, 1981, 117-146, trad. it. di G. Carchia, in IDEM, *Apologia del caso*, Bologna, il Mulino, 1991, 63.

una finalità ideologica tutta sua, che si contrappone ad un'altra finalità anch'essa ideologica: con la metodologia interpretativa così detta "oggettiva", fondata in buona parte sull'ermeneutica (su un'ermeneutica non problematizzata, se non altro), si contrappongono due ideologie politiche, da un lato l'ideologia liberale dello Stato di diritto fondato sulla separazione dei poteri (che si tratti anche, quindi, di una ideologia o, meglio, di una finzione nulla toglie alla sua importanza pragmatica) e quindi sulla rappresentanza⁴, dall'altro l'ideologia "postmoderna" della sapienza e della certezza fondate sulla teologia dei diritti dell'uomo e che impone il superamento dello Stato di diritto in uno Stato costituzionale, ma oramai già *post-costituzionale* dove al governo della legge si sostituisce, paradossalmente, proprio il governo degli uomini, ma di alcuni uomini, questa volta i giudici, i veri *signori dell'ordinamento giuridico*.

La premessa implicita di questo ponderoso lavoro, che si colloca esplicitamente nel solco del programma metodologico kelseniano (cfr. 10, nota) – sia pure letto con gli occhiali di un certo kelsenismo analitico che solo di recente ha cominciato a fare i conti con il Kelsen austriaco, estraneo a quello americano⁵ – è una constatazione, non priva però di effetti "ideologici": di 'costituzione' si può parlare, oggi, in molti modi. Non è più solo l'antica opposizione tra costituzione in senso normativo e costituzione in senso "esistenziale", cui si richiamavano il conte de Maistre e il marchese de Bonald per criticare gli «adoratori del liquor nero»⁶, amanti della scrittura a tutti i costi; oggi il termine 'costituzione' può essere declinato variamente, sicché si hanno costituzioni scritte e non scritte, materiali e formali, testuali e viventi, normative e sociologiche, parlanti e silenziose, visibili e "nascoste" e così via.

Vignudelli vorrebbe proporre una convenzione tra giuristi su un paradigma accettato/abile, che ci consenta di dialogare in maniera produttiva arrivando a conclusioni condivise. Si tratta di un progetto ambizioso e degno di essere valutato, ma, a mio avviso, esso non fa che inserirsi in questo dibattito sulla, e per la, costituzione, rappre-

⁴ Sulle problematiche della rappresentanza si veda G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Angeli, 2003, nonché l'oramai classico H. HOFMANN, *Repräsentation* (1974), trad. it. di C. Tommasi, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁵ In parte, la responsabilità di questa lettura parziale di Kelsen è proprio di Norberto Bobbio, che pure del primo Kelsen era stato – negli anni Trenta – critico: cfr. A. CARRINO, *Con Kelsen, oltre Kelsen. Norberto Bobbio e la dottrina pura del diritto*, Introduzione a N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, II ed., a cura di T. Greco, Torino, Giappichelli, 2014, 7 ss. Ma vedi più in generale A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Kelsen*, Napoli, Esi, 1984, III ed., 1992. La lettura del Kelsen austriaco, il cui giuspositivismo critico non era privo di coloriture moralistiche e di giusnaturalismo logico-formale, ha faticato molto a farsi spazio nella letteratura italiana su Kelsen, che frequenta poco la lingua tedesca.

⁶ Cfr. A. CARRINO, *Joseph de Maistre et la science des constitutions*, in Ph. BARTHELET (a cura di), *Joseph de Maistre*, Lausanne, L'Age d'Homme, 2005, 462 ss.

sentando alla fine esso stesso una delle alternative di fatto in campo, probabilmente quella oggi più interessante (giudizio, però, soggettivo), ma ciò nonostante essendo pur sempre solo una voce tra le altre, discorso tra i discorsi, che si fonda, direi per l'appunto kelsenianamente, su un assunto: che il diritto è norma, senza però che venga problematizzato il concetto di 'norma', il quale è tutt'altro che semplice⁷. Un ulteriore problema è che oggi, a differenza di un secolo fa, il concerto delle voci non fa più una polifonia scientificamente comprensibile pur quando si suonavano spartiti differenti, ma un rumore (o un silenzio?) spesso assordante, rappresentando, in effetti, posizioni politico-culturali che aspirano ad una vittoria la quale, allo stato, pare spostarsi sempre più avanti. Il diritto si contrappone alla politica, la politica al diritto, e ovviamente alla fine, come nella recente sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2015 sulla incostituzionalità del blocco della rivalutazione delle pensioni, l'esito è una insopportabile, reciproca "stecca", dove anche chi si aggrada ad "obbedire", non può farlo solo "tacendo", ma con mille riserve mentali.

Dunque, se si vuol capire il senso profondo e fortemente partecipato di questo lavoro di Aljs Vignudelli, il primo errore da evitare è quello di fingere che l'Autore voglia veramente opporre la verità alla menzogna, la serietà scientifica all'ideologia fondata su scelte di parte, l'imparzialità alla presa di posizione. Se così fosse, il lavoro rientrerebbe in un filone di studi di natura, diciamo così, puramente accademica e perderebbe tutta quella *vis* polemica che invece, non a caso, lo pervade. Perché Vignudelli vuole (o diciamo che io ritengo che egli voglia), di fatto, opporre una presa di posizione ad altre prese di posizione, una politica ad altre politiche, un'idea ad altre idee, se si preferisce un'ideologia ad altre ideologie (non ritengo che l'ideologia sia di per sé qualcosa di negativo). Naturalmente, a suo modo di vedere, una buona idea ad altre idee meno buone, se non cattive.

Per un autore scettico in filosofia e relativista in politica (dove la necessità della potenza, della *decisione*, meglio se illuministicamente argomentata) come chi scrive, dire che Vignudelli è una voce tra le altre cui si oppone non è una critica, ma un elogio, perché riconosce nel libro la sua struttura bellica e nient'affatto piagnona in difesa di un tempo passato. In cosa consiste questa arma di guerra che il Nostro ha approntato e spalmato su ben 1291 pagine? Nel rivendicare il senso e la *forza di civiltà* delle conquiste dello Stato di diritto prima che questo, divenuto "costituzionale", si abbandonasse ai furori agramantici dei valori e dei principi del neocostituzionalismo, la cui natura non sono

⁷ Cfr. ora S.L. PAULSON, *A 'Justified Normativity' Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law?* (2012), trad. it. di G. Luchena, *La giustificazione delle norme nella filosofia del diritto di Hans Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2014.

solo i valori e i principi, ma quello strumento teologico-metafisico rappresentato dai diritti dell'uomo, un regno che si contrappone oramai al regno della politica con tutte le conseguenze che ne scaturiscono, per esempio l'umanitarismo in campo internazionale (con la catastrofe del Kosovo, poi dell'Iraq, ora della Libia) e lo sfilacciamento del tessuto sociale delle nazioni, gettate nella pattumiera della storia in nome del diritto globale, del cosmopolitismo astratto e senza storia, del "diritto d'uscita" sul mercato dei diritti in nome del primato assoluto dell'individuo rispetto alla comunità.

Si tratta, dunque, di una politica del diritto, ovvero – anche se Vignudelli non sarebbe d'accordo sulla definizione –, meglio, di un diritto politico (così si chiamava una volta il diritto costituzionale, prima che fosse *saisi* dalla giustizia costituzionale) costruito contro altri diritti politici, in una lotta "*um die Verfassung*", per la costituzione, per la sua conquista, ovvero per la sua riduzione a prospettive determinate. Si tratta dell'opposizione tra chi vuole piegare la costituzione sulla politica e chi vuole piegarla sul diritto, ovvero sui diritti, tra chi vuole rimetterla nelle mani del popolo e/o dei suoi rappresentanti (e in generale dei cittadini⁸) e chi vuole che essa sia terreno di caccia riservato a pochi illuminati in cui si esprime lo spirito dei tempi, *Zeitgeist* che naturalmente è sempre e solo lo spirito «degli uomini nei quali i tempi si rispecchiano», spirito ben meschino, si affretta ad aggiungere il Poeta.

Può sembrare una forzatura, ridurre il tutto ad un contrasto politico-filosofico? Se sì, chiedo venia all'amico Aljs, ma io, per mia deformazione esistenziale, so vedere le cose solo così. Non è vero, allora, che la «quasi totalità» dei concetti di 'costituzione' risultano «completamente inservibili all'interno di un ragionamento stringente sull'interpretazione costituzionale» (1185), perché questo "ragionamento stringente" è una posizione politica tra le altre, di cui occorre solo vagliare la forza pragmatica, in tutti i suoi aspetti, diciamo la sua capacità di creare, sia pure solo in prospettiva, *unità politica* rispetto ad una concreta situazione sociale di una comunità storicamente determinata (mi rendo conto di essere così soggetto all'accusa di essere un hegeliano – cosa che Vignudelli *non* è –, ma forse, probabilmente, io sono davvero un hegeliano).

Che cosa è (dovrebbe essere) per Vignudelli l'interpretazione costituzionale? Sostanzialmente quella «indagine su enunciati appartenenti ad un particolare documento normativo (per desumerne l'autonomo significato prescrittivo)» (1188). La definizione pare semplice e tale da

⁸ Cfr. A. CARRINO, *Disobbedienza costituzionale?*, in questo fascicolo de *Lo Stato*, *supra*, 25 ss.

escludere tutte quelle altre possibilità riconducibili, in definitiva, a concezioni sociologiche e/o moralistiche della costituzione. Il problema è che le definizioni “sociologiche”, quale quella ad esempio di Rudolf Smend, sono esse stesse il risultato di conflitti politici e vanno interpretate esattamente nel contesto storico che pertiene loro. L’uso della dottrina dell’integrazione quale vien fatto per esempio dai neocostituzionalisti è del tutto improprio, perché mentre oggi l’integrazione è (stata) funzionale al potere del giudice, alla fine degli anni Venti, nella Germania di Weimar, l’integrazione aveva esattamente l’obiettivo di riportare il potere nelle mani del popolo, ovvero della decisione politica fondamentale posta alla base della stessa costituzione di Weimar: come ha osservato giustamente Ch. Van Ooyen, «la dottrina dell’integrazione di Rudolf Smend sviluppata all’epoca di Weimar conteneva implicazioni antipluralistiche e antiparlamentaristiche che fanno apparire altamente problematico l’odierno richiamo ad essa dal punto di vista democratico»⁹. Non è un caso che in séguito Smend abbia quasi lasciato andare questo suo scritto giovanile, ripreso fuori contesto in Italia.

Il problema è sempre quello di capire cosa c’è sotto. Uberto Scarpelli sosteneva che la scelta giuspositivista era una scelta moralmente giustificata, che cioè la separazione tra diritto e morale implicava una decisione etica (in realtà anche politica). La prospettiva puramente epistemica di Vignudelli non va dunque presa per quello che non potrebbe essere, cioè una rivendicazione di un discorso di verità nel campo del diritto. Le verità sono tante e non solo nel mondo moderno. Non a caso gli Antichi non pensavano che potesse esserci un unico dio, ma che gli dèi fossero tanti, che ogni popolo avesse i suoi, anche se tutti riconoscibili pur sotto nomi diversi. La “verità” è dunque sempre solo la ricerca della verità quale risultato di forze plurali, tra le quali anche la stessa posizione di Vignudelli e del suo libro, che per così dire influiscono e confluiscono sulla e nella definizione dei termini del problema. Come dire: teologia dei diritti, potere (oggettivo) del giudice (ordinario e costituzionale), crisi del principio di legalità, globalizzazione, scienza giuridica, interessi di parte, lotte di classe, idea di verità e via dicendo: tutto entra nel crogiolo, che non per questo implica un’analisi sociologica del diritto (Vignudelli è però a mio avviso troppo severo con i sociologi del diritto), quanto, piuttosto, una concezione realistica in grado di smascherare l’assenza di fondamento di *ogni* impostazione unilineare nella valutazione del diritto.

⁹ R.C. VAN OYEN, *Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik*, Berlin, Springer, 2014, 15.

§ 2. – Ideologia e sociologia

La decisione della Consulta sul blocco della rivalutazione delle pensioni è da questo punto di vista emblematica. La relatrice, la professoressa Silvana Sciarra, è un'esperta giuslavorista, che ricordo ai tempi dei *Critical Legal Studies*, quando me ne parlava in termini entusiasti un collega di Boston, Karl Klare, esponente di quella tendenza. È evidente che la sua personale impostazione politico-culturale ha influito sulla decisione della Corte e non poteva essere diversamente. Ora, però, la sentenza è "legge". Cosa accade? È da criticare la sentenza perché potrebbe essere il risultato di un'interpretazione sociologizzante della "costituzione", intesa appunto in senso non formale? I diritti dei lavoratori sono solo "sociologicamente" (ideologicamente) intoccabili? Può essere, anche se, in realtà, la sentenza si attiene a criteri oramai consolidati e specificamente al criterio, certo per molti aspetti *anti-politico e autolegittimante*, della *ragionevolezza*, anche se ribaltato, e direi correttamente, sulla *manca di ragionevolezza* (o di razionalità?) della norma impugnata (e ciò a ben vedere, trattandosi di una norma tecnicamente e politicamente imprudente, a dimostrazione della scarsa qualità non solo politica, ma anche tecnica del governo Monti). Ma il problema è che nell'impostazione formale di Vignudelli proprio la sua prospettiva epistemica, giuspositivista in senso formale, impone – né potrebbe essere altrimenti in forza del principio di legalità – di considerare "testo" la sentenza della Consulta, anche se fondata su quel criterio di ragionevolezza che egli critica per molte pagine (e devo dire con argomenti più che fondati, anche se *praticamente impotenti*). Sicché, a posteriori, la sua testualità formale si ribalta su tutto ciò che l'ha preceduta e dà senso positivo a tutto il procedimento che positivo nel senso di Vignudelli forse non era, ma proprio solo sociologico ed ermeneutico nella prospettiva sintetizzata dall'esergo di Marquard. Voglio dire che la mancata relativizzazione della proposta di Vignudelli finisce con l'avere proprio l'effetto analogo ed omologo agli effetti della proposta neocostituzionalista. Le due montagne si guardano in cagnesco, ma contemplan pacificate la valle dove continuerà a dominare, sempre più sovrano, il potere del giudice, che entrambe le posizioni, pur opposte, non possono (e quella neocos non vuole) mettere in discussione. Il superamento dello Stato di diritto in nome dei diritti e la sua tutela in nome della scienza validamente obiettiva confluiscono in una giustificazione dell'esistente, che ad alcuni piace, a Vignudelli invece no. Ma tutto deve restare com'era.

Riassumendo, per Vignudelli esiste un significato *innato* al testo costituzionale; per gli "altri" questo significato è il risultato di un'attività ermeneutica complessa, che guarda a molte cose contemporanea-

mente, ma soprattutto si fonda sul primato dei diritti e su una concezione “morbida”, “cedevole” del diritto nell’epoca della globalizzazione e della (presunta) fine degli Stati nazionali. Ora, a mio avviso, la scelta non-ermeneutica difesa dal Nostro è una scelta politica, che una volta accolta imporrebbe al giudice di interpretare la costituzione secondo i criteri classici di interpretazione di un testo normativo (nella fattispecie *ex artt. 12 ss. delle Preleggi al Codice Civile italiano del 1942*); esattamente allo stesso modo in cui politica è la scelta ermeneutica, che ovviamente (anche se lo fa intuire, ma non lo dice) *mette nel testo quello che non c’è*, ma che l’interprete vorrebbe che ci fosse e che per questo lo trova (dopo avercelo messo). Nell’un caso, non si mette nulla nel testo; nel secondo caso sì. Il problema è che per non mettere nulla nel testo (per esempio il primato assoluto dei diritti quesiti in materia pensionistica, e forse domani salariale) occorre sapere quello che non si vuole mettere perché si capisce che non c’è. Nell’un caso il giudice – concretizzando la disposizione astratta in una norma individuale e concreta – cede al primato del legislatore, nell’altro lo rifiuta in nome del *proprio* primato.

Bisogna ben dire, dunque, che anche il giudice che tracima oltre i propri limiti¹⁰ lo fa perché ha applicato il metodo proposto da Vignudelli ed ha scoperto, “epistemicamente”, che il testo non gli dice quello che lui vorrebbe sentirsi dire. In altri termini, la critica di Vignudelli solo in apparenza è radicale, perché anzi rientra in un modo di comprendere che è ovviamente impiegato da tutti coloro che hanno un minimo di educazione giuridica, logica, storica e grammaticale. Il punto è che quasi nessuno più si ferma all’interpretazione “onesta” del testo, quella che il Nostro chiama «epistemica», perché la volontà va oltre, guarda oltre, sicché alla fine si contrappongono più decisioni politiche e più decisioni morali, nessuna delle quali naturalmente è “vera”.

Un punto incerto del lavoro di Vignudelli riguarda il soggetto dell’interpretazione: di regola, egli pare voler rivolgersi di fatto a tutti i ‘cittadini’ di uno Stato, in una sorta di fisiologia giuridica (la costituzione dovrebbe essere di tutti), ma certamente soggetto privilegiato finisce con l’essere il giurista inteso come scienziato del diritto. Il problema è che quando si parla di interpretazione non si pensa certo al professore, quanto, piuttosto, al giudice. È questo un punto del discorso del Nostro che andrebbe forse chiarito, perché è evidente che lo scienziato del diritto dovrebbe certo pensare in termini di significato effettivo del testo dal punto di vista formale, mentre un giudice, alle prese con un caso concreto, non potrà mai fare a meno di interpretare non solo la norma, ma anche il caso, ovvero il fatto, con tutti i suoi aspetti specifici,

¹⁰ Cfr. G. ACOCCELLA, *Sulle origini dello “sconfinamento giudiziario” nel sistema politico italiano*, in *Rivista di Studi Politici*, 3/2014, 121-139.

che si impongono anche al testo normativo. È in fondo questa la ragione che spingeva Kelsen al tempo stesso a ipotizzare più interpretazioni possibili in senso scientifico di una norma, ma poi ad ammettere una sola decisione (scelta) del giudice entro quel quadro di possibilità.

Vignudelli direbbe che anche così non va, perché il giurista, sia egli giudice o scienziato, ha il dovere di estrarre dal testo l'unico significato normativo possibile. Il problema è che il rifiuto dello scetticismo qui è eccessivo, perché la certezza assoluta della giustezza di un'interpretazione non esiste e infatti anch'egli non ce la dà. Ma il punto è forse un altro, ovvero quello che rende importante questo libro: i valori di civiltà dello Stato di diritto sono stati travolti dalla volontà di creare un nuovo ordine (o disordine?) giuridico, fondato sui diritti e sul potere (primato) del giudice (*Richterstaat*), sfasciando dunque i capisaldi dello Stato di diritto: principio di legalità, divisione dei poteri¹¹, tutela giurisdizionale del diritto (positivo). È questa la posta in gioco e non certo, a mio avviso, il fatto che la presunta interpretazione costituzionale di tipo ermeneutico è falsa dal punto di vista della scienza del diritto. Che possa essere falsa è un fatto. Ma l'interpretazione non diventa certo vera se dico che è possibile cogliere il significato autentico del testo di legge costituzionale e che questo significato può non coincidere con il senso della norma desumibile dall'interpretazione posta a base (di regola *post festum*) della decisione giudiziaria.

In altri termini: la sociologia giuridica, intesa come scienza di realtà e quindi come scienza politica, resta un presupposto ineliminabile per lo smascheramento delle scelte ideologiche che si occultano dentro le decisioni. Vignudelli dirà che è possibile un'interpretazione non-ideologica: in questo caso non sarebbe altro che l'interpretazione neutrale – perché “autentica” – dell'ideologia posta dietro, sotto e dentro il testo formale. Effetto analogo avrebbe il definire sbagliata una sentenza della Consulta senza però poterle togliere l'efficacia giuridica e anzi, come ho detto, con la possibilità di dover reinterpretare tutto il procedimento produttivo di diritto alla luce della sentenza finale, che entra a costituire il diritto costituzionalmente valido.

§ 3. – Stato di diritto e Stato dei giudici

La giurisprudenza non è mai stata estranea alla dogmatica giuridica, così come questa è sempre stata influenzata dalla scienza del diritto. Ora, tutte si legano in una processualità storica, nel senso che nessun

¹¹ Cfr. B. ACKERMAN, *The new Separation of Powers* (2000), trad. it. A. Ferrara, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, Carocci, 2003; e M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, ES, 2007.

concetto resta sempre lo stesso, pur quando per tanti aspetti lo resta, nel senso che tra passato e futuro si dà sempre un legame forte. La trasformazione del diritto pubblico è un dato che non può essere trascurato. Il concetto di 'legge', come già avevano notato Franz Neumann e prima di lui Karl Renner e ancora altri giuristi (molti francesi), non è certo oggi lo stesso della legge di cinquant'anni fa, né tanto meno del concetto di legge dei costituenti francesi al tempo della Rivoluzione. Non c'è bisogno, però, ecco il punto, di far ricorso alla sociologia per cogliere la mutabilità dei concetti, in quanto è dentro la scienza giuridica che si verificano le trasformazioni stesse, avendo essa una intima natura filosofica e, quindi, essendo *naturaliter* espressione del proprio tempo (impostazione hegeliana che Vignudelli critica spesso nel suo libro). Ci sono epoche di trasformazione radicale, altre di trasformazioni silenziose, ma tutte quante la scienza del diritto pubblico deve saper cogliere e portare nel concetto. L'epoca attuale è quella della trasformazione dello Stato di diritto prima in Stato sociale di diritto, poi in Stato sociale, oggi in "Stato costituzionale dei diritti" e già si parla di diritto universale dove i soggetti sono direttamente i soggetti individuali¹².

Qui si tratta di afferrare il dato oggettivo – cosa che il giurista può fare anche senza far ricorso al sociologo o allo storico – e il dato ideologico, ovvero ciò che è già accaduto e ciò che dovrebbe accadere secondo varie prospettive, ma anche ciò che si ritiene essere accaduto e che di fatto non può accadere (falsa coscienza che nasconde realtà di potere). Purtroppo, che noi si viva oggi in un tendenziale Stato dei giudici, almeno a partire da quando la Corte Suprema americana dichiarò incostituzionale il *National Recovery Act* di F.D. Roosevelt, è un dato oggettivo, rispetto al quale Vignudelli sembra contrapporre un ragionamento scientifico che non può certo essere indirizzato a tutti quei giuristi contenti di pre-comprendere e post-comprendere le sentenze dei giudici, sforzandosi semmai di inventare nuovi diritti da proporre alla loro riflessione.

Il diritto è oramai preda del neoliberalismo, che nulla ha a che vedere con il liberalismo classico, essendo una razionalità a se stante: «Esso si fonda sul verbo di esperti dai saperi sempre parziali: più che la verità conta il dire il vero, ciò da cui discendono i discorsi sulla competenza degli esperti e la retorica relativa. Il neoliberalismo è un oggettivismo relativistico»¹³, che «ha orrore del conflitto»¹⁴. Ciò significa che anche la scienza del diritto deve adeguarsi alla nuova situazio-

¹² Cfr. A. PETERS, *Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuum im Völkerrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

¹³ A. GARAPON, *La raison du moindre Etat. Le néolibéralisme et la justice* (2010), trad. it. di R. Sabato, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, Raffaello Cortina, 2012, 16.

¹⁴ *Ivi*, 43.

ne creatasi in questo campo, sapendo distinguere il dato di fatto, il giudizio di realtà, dal giudizio di valore, relativo alla critica dell'esistente e ai modi per uscire dalle criticità esistenti (se e ove questa fuoriuscita si rivelasse possibile). D'altra parte, tutto si fonda su una contraddizione originaria ma al momento ineliminabile, che cioè la costituzione in senso moderno non può non ipotizzare una Corte costituzionale, a pena di rischio di svuotamento delle norme costituzionali.

Lo Stato di diritto è oggi sotto attacco. Questo è il primo dato evidente. Un attacco portato proprio da coloro che in passato ne difendevano i formalismi contro i sostanzialisti di destra e di sinistra (la democrazia formale è necessaria di contro alla democrazia sostanziale, per esempio). L'apparato giudiziario non è più, oggi, strumento di una reale o ipotetica "giustizia", ideale irrazionale (Kelsen) o utopia necessaria che fosse, ma un servizio che viene reso non alla comunità ma ai "consumatori", soggetti omologhi di un mercato universale che rifiuta le divisioni della politica classica. Il diritto deve essere "utile", entro una razionalità strumentale articolata su un rapporto di costi/benefici. La legge non ha più da molto tempo la sacralità che pretendevano di riconoscerci i costituenti francesi, ma non è nemmeno più la legge di cui Franz Neumann studiava il "cambiamento di funzione" negli anni Trenta del secolo scorso; anche rispetto al «legislatore motorizzato» di Carl Schmitt le cose sono molto cambiate, al punto che la legge è oramai semplicemente la risposta contingente che si dà (l'impersonale è indicativo) a stati di crisi o di emergenza puntuali. Anche il tempo delle leggi-provvedimento su cui si intratteneva Mortati¹⁵ sono oramai un ricordo del passato.

Si è detto che la legge è in fondo solo una "informativa", rispetto alla quale non un sovrano, un'autorità, un potere dovrà decidere in autonomia, ma le parti di un gioco privato dovranno farne uso per arrivare ad un compromesso. Si tratta di un gioco a effetto zero senza conflitti reali, ma, diciamo, in qualche modo, compensazioni reciproche. È quella che Michel Foucault¹⁶ chiamava la governamentalità, che per certi aspetti corrisponde oggi alla "governance", rispetto alla quale le parti non sono soggetti morali o politici (ideologicamente strutturati), ma parti neutre (non neutrali, ovviamente). Di ciò prende atto il neocostituzionalismo e la risposta che dà alle trasformazioni del diritto e dello Stato di diritto è la rivendicazione dei diritti dell'uomo come repertorio di sostituzione delle prese di posizione politiche di un tempo con regole che di diritto hanno solo il nome (moralmente, strategicamente, religiosamente, economicamente giustificate). Ai neocos i diritti dell'uomo sembrano essere la risposta necessaria per conserva-

¹⁵ Cfr. C. MORTATI, *Le leggi-provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1972.

¹⁶ S. AUDIER, *Foucault, le neoliberalisme et nous*, Paris, Grasset, 2014; IDEM, *Néolibéralisme(s): Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2012.

re un ruolo entro un mondo dove le parole d'ordine sono sempre più ridotte a quella di competizione, di cui l'Europa, fatta strumentario di un universo puramente mercantile, è un esempio tipico. Già oggi si punta ad andare oltre i diritti dell'uomo, rendendosi conto della impotenza di questo discorso e si pensa ad un mondo di soggetti individuali, padroni tutti in qualche modo di diritti e doveri, facoltà e poteri staccati dai contesti culturali di origine. Ovviamente, anche questo discorso, pur coerente, è impotente rispetto alla finanziarizzazione del mondo, dove il potere è oramai sempre più e solo del denaro.

Stando così le cose, le pratiche ermeneutiche dell'interpretazione costituzionale sono al tempo stesso espressione di questo processo, ma anche, già, arretrate rispetto a processi ulteriori, oggettivamente in corso, e negative rispetto a idee classiche di libertà individuale entro un ordine politico-giuridico fondato ancora sui principi della statualità e della sovranità. Vignudelli, che già ha a che fare con le criticità esistenti, non si pone il problema della ulteriore degenerazione del processo di tecnicizzazione del mondo e del diritto. Vediamo allora, innanzi tutto, quali sono le sue proposte in positivo rispetto all'oggetto polemico da lui scelto, per poi proseguire noi, autonomamente, sulla via della critica politica alla crisi del diritto.

Innanzitutto, Vignudelli fa richiamo all'art. 12 delle Preleggi sostenendo che esso si applica anche all'interpretazione della Legge fondamentale (costituzione), trattandosi appunto di Legge, tant'è che in tutto il libro egli usa non a caso spesso il termine 'Legge fondamentale' a preferenza di quello 'costituzione'. Non tutti sostengono la stessa tesi, anzi può dirsi che essa è sempre meno apprezzata in dottrina, innanzi tutto perché la costituzione è successiva alle Preleggi. In realtà, la sostanza del problema è come sempre politica: chi afferma che l'art. 12 non può applicarsi all'interpretazione della costituzione, che sta "al di sopra delle leggi", lo fa perché si è convinto che la costituzione viene prima dello Stato, sicché la costituzione del 1948 ha rotto la continuità storica e ha fondato *un altro Stato* (antifascista), che sta sotto la costituzione come deposito di valori, principi e diritti dell'uomo. L'altra, opposta opinione, è quella secondo cui lo Stato viene prima della costituzione e che ogni Stato si dà una costituzione, che è comunque subordinata allo Stato quale entità primigenia del vivere associato. La *politia* ha in sé la "costituzione", che corrisponde alla sua natura. La prima è una posizione di dover essere, la seconda afferma che l'essere viene prima del dover essere (che pure è aspetto imprescindibile di ogni ordine giuridico). Vignudelli è un teorico del primato del *Sollen*, inteso come norma, ma senza il *Sein* nessun dovere potrebbe avere dignità in questo mondo: essere e dovere si tengono nella loro distinzione (anche qui torna l'insegnamento del vecchio Hegel).

4. – Legge e potere del giudice

Senza richiamare qui il problema della contraddizione fondamentale e originaria della modernità, ovvero, in altri termini, il fatto che il *Sollen* è ciò che filosoficamente fa problema nella costruzione e nella comprensione della modernità, limitiamoci qui al tema dell'interpretazione *ex art.* 12 delle Preleggi e alla polemica di Vignudelli con le tesi avverse. Tra queste, emblematica quella di Pietro Perlingieri, per il quale gli artt. 12 ss. sull'interpretazione «sono inadeguati ad interpretare non soltanto la normativa costituzionale ma anche, e inevitabilmente, qualsiasi normativa»¹⁷. Per Perlingieri v'è «incompatibilità tra i canoni di interpretazione e l'argomentare costituzionale» e ciò perché la costituzione non si fonda sullo Stato, ma lo Stato, il diritto e tutto quanto si fondano (devono fondarsi) sulla costituzione, la quale dunque precede lo Stato. È una scelta politica (importante specialmente a livello europeo per giustificare *post festum* il primato del diritto comunitario sul diritto interno), espressione di una concezione, se così può dirsi, cattivo-illuminista, secondo la quale il mondo può essere piegato alla giusta bontà delle norme superiori escogitate dalla ragione, una ragione che però ha sempre meno razionalità (che è sostanza dura) e sempre più "ragionevolezza", sinonimo di mitezza, ovvero di adattabilità ai criteri di un solidarismo astratto (e per di più impossibile) che fa a meno delle dure repliche della storia, ovvero della realtà effettuale (ma solo in apparenza, perché si tratta in realtà di sostituire alla storia e alla tradizione la propria volontà impregnata di valori progressivi e "umanitaristi").

Questa pratica effettiva del diritto (ovvero gli *effetti concreti* dell'impostazione neocos a livello interno e a livello europeo) è ciò che Vignudelli non prende in sufficiente considerazione, nel senso che la sua critica all'ermeneutica costituzionale basata su principi tralascia il fatto che questa attività interpretativa ha *effettivamente e realmente* modificato l'impianto costituzionale generale, sicché la difesa dello Stato di diritto non può non passare attraverso la constatazione che oggettivamente la legislazione è oggi sempre più impotente rispetto al potere del giudice quale soggetto decidente. Si può discutere se il potere del giudice dipende dall'impotenza della politica o l'impotenza della politica dipende dal potere del giudice: a mio avviso è la crisi della politica che ha portato al tracimare dell'attività giurisdizionale, ma il risultato, allo stato dei fatti e fino a quando non sorgerà una nuova, dignitosa classe politica, è che le cose non cambieranno il loro sen-

¹⁷ P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 54.

so. Anche Vignudelli riconosce che il testo può essere ambiguo e che le interpretazioni possono essere plurime, ma egli considera l'ipotesi più che altro come esempio di scuola, mentre il deteriorarsi della legge – la “crisi del diritto” di cui si parlava in Italia dopo la guerra – è un processo storico, che lascia spazio all'interpretazione “creativa” fondata su principi e sulla retorica dei diritti. La proposta di attenersi al significato della norma e all'intenzione del legislatore al fine di garantire la certezza del diritto non considera a sufficienza il dato che l'intenzione del legislatore non è oramai nemmeno più un compromesso politico, ma un'incertezza costante e un balbettio privo sia di forma sia di sostanza quale risultato di un uso privatistico del pubblico (se la politica non ha una sua dignità autonoma dal diritto, come potrebbe un “politico” avere rispetto della sua propria azione?). Rispetto a questo dato non v'è colpa dei giusmoralisti, i quali non fanno altro che teorizzare la fine della politica, della sovranità, della legge, dello Stato, in definitiva dello stesso diritto, per legittimare – in buona o cattiva fede, questo è un altro discorso – il potere del giudice e l'attività ermeneutica creativa sulla base di principi extratestuali. Non è questione di “pluralismo”, che i giusmoralisti allegano a giustificazione della fine delle vecchie certezze e infatti bene fa Vignudelli a contestare che le crisi odierne siano in grado di fondare teoricamente la crescita esponenziale del potere (ermeneuticamente) creativo del giudice costituzionale. Il testo non è debole a causa del pluralismo (indipendentemente da ciò che questo possa effettivamente significare); è debole perché è debole *il soggetto* legiferante e non in forza del pluralismo socio-economico, istituzionale e politico (dal “pensiero debole” al “diritto mite” al “soggetto incapace”: ecco la storia degli ultimi trent'anni). È debole perché dal conflitto (necessario e benefico) non nasce un soggetto decidente che risolve il conflitto, ma perché viene rifiutata propria la necessità del conflitto e la sua ineliminabile dimensione ontologica¹⁸. Una politica seria sarebbe in grado di esplicitare nel testo e attraverso il testo una volontà complessa; una non-politica balbetta o lagrima alla Fornero in attesa che chi ha il potere e la volontà chiara (oggi: il giudice) sostituisca l'impotenza dei finti politici con un *giudizio*. Vignudelli non si colloca sul piano del diritto politico, ma vuole interloquire da costituzionalista con gli altri costituzionalisti; solo che la gran parte di questi si è da tempo volontariamente appiattita sul dato che oggi è il “giudice delle leggi” che fa la legge. I neocostituzionalisti potranno sempre obiettare a Vignudelli che essi sono più oggettivi e concreti – *più politici* – di quanto egli stesso non sia.

¹⁸ Cfr. C. MOUFFE, *On the Political* (2005), trad. it. di S. D'Alessandro, *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Milano, Mondadori, 2007.

Il punto è che in nome del pluralismo – di cui Vignudelli discute criticamente le premesse e le forme: cfr. 625 ss. – proprio gli autori che egli cita (cfr. 495 ss.) non affermano affatto la fine della unificabilità delle società pluralistiche, ma solo che questo «dato unificante» (Pizzetti: cfr. 498) non è rappresentato dal legislatore e quindi non è più la legge. Che tuttavia un soggetto produttore di unità vi sia non lo negano affatto; solo sostengono che non può essere (più) il legislatore, ovvero non può essere la politica (con i suoi concetti superati: Stato, sovranità, legalità, legittimità, norma, decisione ecc.). Si andrebbe troppo lontano, in questa sede, se si volesse osservare che si spostano causa del male e rimedio perché non si vuole mettere in discussione il dato centrale (devo dire che non lo fa nemmeno Vignudelli, ma in tante pagine può essere che mi sia sfuggito), cioè che tutto nasce dal fatto che la costituzione repubblicana ha voluto immaginare un parlamento in grado di “governare”, mentre non è questo – né può esserlo – il suo ruolo. In altre parole, ciò che fa problema è la democrazia parlamentare, il grande tabù intoccabile se si vuole evitare di essere annoverati nella schiera dei cattivi (ma sempre più si avvicina il momento in cui la *verità effettuale* del vecchio Machiavelli si farà spazio con gran rumore e – temo – molti danni). Lo “Stato costituzionale” non è la risposta, come immagina qualcuno, alla crisi dello Stato legislativo: è solo la foglia di fico messa sopra la crisi ricorrente e insuperabile del *parlamentarismo* (la situazione non è ancora molto diversa da quella degli anni in cui Schmitt metteva sotto accusa lo Stato legislativo ottocentesco e la costituzione di Weimar e dopo di lui tanti altri in Germania, Italia e Francia). Né lo è quello che oramai possiamo chiamare lo *Stato postcostituzionale*, cioè solo un pallido pensato di ciò che fu la più splendida creazione dello *jus publicum europaeum*.

Quello che voglio dire, riprendendo un discorso più “borghese” e meno rischioso, è che una legge o un insieme di norme prive di volontà politica sono necessariamente ambigue: nessuna interpretazione epistemicamente corretta potrà togliere questa *ambiguità strutturale* alla norma: potrà farlo soltanto sostituendosi alla mancanza di volontà politica inserendo nella norma una nuova e più chiara volontà politica. Da questo punto di vista non a caso resta emblematico lo scontro tra il Presidente Roosevelt e la Corte Suprema americana: il tentativo della Corte di soppiantare la volontà politica del Presidente portò ad una reazione politica *vinta* da una delle due parti. *Quando c'è la volontà politica il giudice si adegua. Quando manca la volontà politica il giudice la crea*; non a caso essa si atteggia di fatto a «contropotere» (545) rispetto al legislativo. Significativa ed espressiva di tutto un mondo ideale, qui, è la posizione di un fine civilista come Stefano Rodotà sui diritti, intesi oramai non solo come “indisponibili” e “indecidibili” – secondo la

posizione di Luigi Ferrajoli –, ma anche “indivisibili”, un tutto omogeneo e però in evoluzione, oggetto pur sempre di “interpretazione”, ma solo da parte del giudice delle leggi, nune tutelare di questa novella arca calata in terra da non si sa dove a portare felicità e diritti a tutti. Il diritto dunque non è più garanzia dell’azione e della libertà individuale, sicché un buon teologo dei diritti come Rodotà si afferma a dichiarare subito che il diritto oramai (il “suo” diritto), essendo «strettamente vincolato a un sistema di valori», è «dunque in grado di offrire una guida pur per le scelte tecnologiche»¹⁹. Il diritto non è più la forma delle libertà (individuali), ma lo strumento per la realizzazione in terra del paradiso dei diritti, non quelli della *Common Law* americana, si affrettava a precisare Rodotà, legge troppo individualista, ma del diritto “solidarista” europeo, che ci dovrà dire fin nei minimi particolari e dettagli come la nostra vita dovrà essere condotta perché tutti i nostri “diritti” siano non garantiti, ma effettivamente “vissuti” (non importa se la “mia” vita verrà “vissuta” da chi “sa” come si deve vivere²⁰)!

5. – *Diritto e concezioni del mondo*

Qui non è possibile evidenziare una differenza tra le posizioni di Vignudelli e quelle di chi scrive²¹. Per il Nostro la costituzione sembra essere definibile come un «semplice insieme di norme promananti da un particolare documento normativo» (500), definizione «minimale», ma non condivisibile, almeno dal punto di vista storico. Non è un caso, infatti, che oggi non è facile scrivere una costituzione e nemmeno riformarla se non rischiando di fare un regolamento di condominio. Le costituzioni, infatti, hanno perduto la loro forza propulsiva²² perché è venuto a mancare, almeno per ora, il senso di rottura epocale che in qualche modo è stato alla base delle costituzioni occidentali, direi almeno fino a quella della V Repubblica francese (la costituzione “cucita” sulla figura di de Gaulle in quanto liberatore della Francia dalla guerra civile legata all’Algeria francese). Non me la sentirei, quindi, di pensare alle costituzioni come un semplice insieme di norme, così come non mischerei l’idea di Schmitt della costituzione quale decisione politica fondamentale con quella di patto, armistizio ecc., opponen-

¹⁹ S. RODOTÀ, *Tra diritto e non diritto*, cit., 37.

²⁰ Per una concezione della *rule of law* anglosassone in senso non necessariamente “individualista”, ma certo nel senso della regola che garantisce l’azione e non stabilisce il fine dell’azione, rinvio agli scritti di M. OAKESHOT, *On Human Conduct*, Oxford, Oxford University Press, 1975; IDEM, *The Politics of Faith and the Politics of Scepticism* (1996), trad. it. di A. Carrino, *La politica moderna tra scetticismo e fede*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013.

²¹ Rinvio comunque ad A. CARRINO, *La giustizia come conflitto. Crisi della politica e Stato dei giudici*, Milano, Mimesi, 2011.

²² D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M, Suhrkamp, 1991.

do poi tutte alla teoria di Kelsen di una *Grundnorm* a fondamento della costituzione, *Grundnorm* (per quanto ambigua) di fatto sempre identificabile con la forza politica che prende il sopravvento, se non la si vuole immaginare, neokantianamente, come mera ipotesi scientifica del metodo conoscitivo del diritto e produttivo del suo oggetto.

La "lotta per la costituzione" è ben aperta, perché che la costituzione del 1948 sia fatta di norme o di principi è una questione che viene posta oggi, non quando la costituzione veniva approvata. All'epoca la costituzione era esattamente un insieme di norme, forse in parte programmatiche, ma pur sempre direttamente o indirettamente cogenti per qualcuno. Che si trattasse di "principi" è giudizio successivo e qui ha senz'altro ragione Vignudelli a contestarlo, perché solo *a posteriori*, per trovare una soluzione alla crisi politica nell'epoca dell'impotenza parlamentaristica, si è voluto, con decisione tutta politica, interpretare la costituzione come un insieme di principi fondati su valori che imponevano una certa "interpretazione", prima che una determinata applicazione.

Per la verità, a mio avviso, una costituzione potrebbe ben contenere sia norme sia principi, senza che questi ultimi fagocitino le prime, pur essendo un fatto – la presenza di principi – che già Kelsen aveva paventato come un rischio per una valida sussistenza della costituzione. In effetti, il principio svolge un suo ruolo in ogni ordinamento dove i poteri siano ben stabiliti ed equilibrati, ma non dove questi sono incerti nei confini e nelle facoltà. Nel momento in cui il principio fagocita la norma, la distinzione tra diritto e morale, tra diritto e politica, nel senso della reciproca autonomia di queste sfere, viene a crollare e la giuridificazione (ma ora è tempo di parlare di moralizzazione e non certo in senso positivo) del mondo comincia il suo cammino fino ad abolire ogni distinzione. Il testo e le norme non hanno più indipendenza, ma la loro comprensione e/o interpretazione sempre più richiamerà «la necessità di tutta una serie d'apporti meta-normativi ed extra-testuali per consentire finalmente ai principi (altrimenti afoni) di "entrare in gioco"» (525).

L'obiezione che mi sento di fare alle proposte di Vignudelli riguarda in definitiva il fatto che l'idea che vi sia una sola possibile soluzione per ogni caso non è accettabile intellettualmente perché significherebbe immaginare che la verità sia effettivamente possibile. All'inizio di queste pagine ho citato Marquard, ma proprio questo filosofo ci avverte di una doppia necessità: da un lato, di essere consapevoli del fatto che l'interpretazione ha una componente soggettiva ineliminabile, dall'altro che ogni unicità è limitativa delle libertà dei singoli. Il che significa che quando si vuole interpretare un testo ci si mette sempre qualcosa che non c'era, e dunque occorre esercitare la critica su quello

che nel testo viene messo; ma che anche l'idea che vi sia *una storia soltanto* finisce con l'escludere preliminarmente ogni altra possibile storia, dimezzando così le possibilità dell'individuo, anche di quello che decide o che conosce (qui c'entra l'esserci come possibilità, che nulla ha a che fare con il prospettivismo).

In altri termini, si tratta di riconoscere che dietro i "principi" costituzionali distinti dalle norme vi sono delle storie, al plurale, ovvero delle *concezioni del mondo*. Questo politeismo dei valori non è qualcosa di nuovo; nuova è soltanto la pretesa di certezza che alcune storie pretendono per sé sulla base di una superiorità "morale" del proprio racconto. In altri termini – ed è un punto che nel libro di Vignudelli viene tralasciato – il diritto così come viene oggi considerato dalla maggior parte dei suoi studiosi è tutt'altro che un fenomeno oggetto di scienza giuridica, quanto, piuttosto, un *oggetto moralizzato* e moralisticamente pre-giudicato sulla base dell'ideologia dei diritti. In altri termini, esso pretende una fondazione non giuridica, ma morale (che informa di sé tutto il diritto e poi tutto il reale), sul presupposto che la morale sia superiore al diritto e non semplicemente distinta²³. È la storia raccontata da un giudice, Elena Paciotti, sui magistrati, la cui "moralità" sarebbe "mediamente superiore" a quella dei comuni cittadini. Ovviamente, si tratta solo della "moralità" di chi riconosce che al di sopra delle norme ed anche dei principi vi sono dei "valori" intoccabili che costituiscono un mondo a parte di cui soltanto la casta dei giudici e dei loro interpreti moralisti e moralizzanti sono depositari. Questa storia racconta la menzogna che il diritto e la politica sono due cose distinte, di cui il diritto è però superiore alla politica. Ovviamente, si tratta di una storia politica a senso unico, ideologicamente legittimata, che non a caso immagina una immutabilità delle norme di legge, mentre in una condizione di normalità le leggi potrebbero e dovrebbero essere modificate dal legislatore (con sapienza, possibilmente) tutte le volte che la tensione con le trasformazioni sociali si sia fatta eccessiva (cfr. quanto dice giustamente Vignudelli, 302 ss.).

Esistono dei «significati normativi estrapolabili dal testo costituzionale quali *autonomo* significato di esso» (1225)? È qui il fulcro di tutto il discorso di Vignudelli, in quel concetto di "autonomia" del significato normativo. Esistono significati autonomi? Ma autonomi da cosa? Evidentemente, da ciò che l'interprete vuole mettere dentro il testo, ma anche da significati di altri testi analoghi di natura non giuridica, bensì morale, etica, estetica, religiosa. La risposta non è semplice, né univoca, nel senso che, se anche questo significato esistesse, nel momento in

²³ Cfr. J. FREUND, *La crisi dello Stato tra decisione e norma*, trad. it. e cura di A. Campi, Napoli, Guida, 2008.

cui venisse “estrapolato” dal testo esso perderebbe la sua “autonomia” e diventerebbe la scelta soggettiva dell’interprete: il significato autonomo del testo, contrapposto a significati non-autonomi, non avrebbe alcuna pretesa più forte o maggiore legittimità, perché si tratterebbe sempre e soltanto di un confronto tra significati la cui “forza” non starebbe mai nella “autonomia”, ma nella capacità dell’interprete di imporre il significato dichiarato, e quindi scelto.

In altri termini, non v’è nessun significato che può pretendere una legittimazione maggiore rispetto ad un’altra, se non sulla base della forza politica del soggetto. Il diritto è indipendente dalla politica e scienza giuridica e scienza politica non devono essere confuse, ma il fondamento ultimo del diritto, il suo fondamento di legittimazione è sempre e soltanto politico, non giuridico. Tutto il discorso di Kelsen sulla norma fondamentale, nonostante la sua nobiltà intellettuale, è privo di senso dal punto di vista pratico, cosa che lo stesso Kelsen, alla fine della sua vita, negli anni Sessanta, dovette ammettere ribaltando sessant’anni di “purezza” metodologica e di puro costruttivismo giuridico. È la politica che fonda il diritto e fonda un diritto legittimo se la politica rispetta se stessa, la sua autonomia dalla morale. Per dirla con Michael Walzer²⁴, la giustizia – una giustizia relativa – è possibile solo se ogni “sfera” della vita associata non pretende di invadere le altre, come oggi si fa con protervia sempre maggiore.

Il libro di Vignudelli può dunque inserirsi in questa critica alle confusioni di campo, alle fondazioni estranee al campo specifico studiato. Il giurista non deve immaginare fondamenti o legittimazioni morali(stiche) delle norme giuridiche, ma prenderle per quel che sono in quanto diritto. Da questo punto di vista il giuspositivismo riacquista oggi un significato politico e morale che aveva perso all’indomani della guerra per lo sbandamento comprensibile degli spiriti. A condizione di intendere il positivismo giuridico come realismo politico e non come dogma – ben superato nei fatti – della sacralità delle legge: come rispetto della legalità in nome di una legittimità politica. In questo modo non è escluso che lo Stato di diritto potrebbe riacquistare quel significato di civiltà giuridica che sempre più impallidisce sotto i colpi dei giusmoralisti e dei teorici della fucina dei diritti.

Ciò che Vignudelli propone, anche oltre il terreno di battaglia sul quale si è impegnato, è un *recupero di realtà*²⁵. In verità, non è recente la tendenza della scienza giuridica a costruire su se stessa, immaginando che così il suo “oggetto” possa essere “conosciuto” meglio e con mag-

²⁴ Cfr. M. WALZER, *Spheres of justice* (1983), trad. it. di G. Rigamonti, *Sfere di giustizia*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

²⁵ Sulla «realtà come tabù» cfr. i saggi raccolti da A. MOHLER (a cura di), *Wirklichkeit als Tabu*, München, Oldenbourg Verlag, 1986.

giore “purezza”: è ciò che ha fatto non solo la teoria pura di Kelsen, ma tutta quella tendenza neokantiana che all’inizio del Novecento ha “prodotto” il suo proprio oggetto di conoscenza dissolvendo la realtà in nome di una metodologia che si voleva “scientifica”, ma che si rivelò presto impregnata di scelte soggettive di natura politica e/o morale. Da tempo vado ripetendo che quanto più si parla di diritti tanto più se ne perdono di concreti (e si perdono libertà – al plurale – e “privilegi”) e che stiamo andando a passi di gigante verso una società fondata su un dominio molle ma pervasivo, sull’intolleranza e la prevaricazione proprio in conseguenza della perdita di realtà prodotta dall’approccio dei giusmoralisti e più in generale dei teorici del diritto mondiale, della fine delle sovranità e degli spazi di civiltà²⁶.

Giustamente Vignudelli mette sul banco degli accusati l’ideologia del pluralismo (concetto esplicitamente più consono al mondo anglo-sassone che a quello continentale e non a caso introdotto da Berlin), ma qui occorre fare attenzione a non confondere l’ideologia con il fenomeno: v’è indubbiamente nelle società moderne, quelle che il troppo prolifico Bauman ha definito “liquide”, uno sfaldamento progressivo del legame sociale, con l’avvento di forze centripete d’ogni tipo, dalle organizzazioni sindacali alle *lobbies* degli omosessuali, dai partiti ai boy-scouts alle società di soccorso dei migranti; ma questo disgregarsi non è un fatto positivo, perché si confonde la libertà di associazione (cioè la democrazia, che appunto viene sostituita con il “pluralismo” per far dimenticare la componente di forza, di governo, che sta dentro il termine ‘democrazia’) con l’essere obbligati a subire la propria perdita progressiva di identità morale, sociale, politica, culturale. Il neocostituzionalismo costruisce su questo dato l’ideologia dell’equilibrio (spacciata per “tolleranza”) finalizzata ad impedire la decisione politica (è un processo omologo allo spodestamento del governo da parte della “governance”). Nel momento in cui Vignudelli afferma che il pluralismo (da lui indagato in quello che è un vero e proprio libro nel libro) rappresenta per i neocostituzionalisti più un mezzo che un fine in sé (1154), appare evidente che ciò che conta non è la congruità dell’interpretazione costituzionale ad una realtà sociale particolare, quanto tentare di legittimare uno specifico uso della costituzione finalizzato a obiettivi politici: il rifiuto della politica in nome del “diritto” è una precisa *opzione politica*. Se posso fare un rimprovero al libro è quello di non aver sottolineato abbastanza il fatto che la questione non è “epistemica”, “giuridica” o metafisica o metodologica: è *politica*. La posta in palio, non solo a livello interno, è politica, nel senso che

²⁶ Si legga il bel libro di H. JUVIN, *La grande séparation. Pour une écologie des civilisations*, Paris, Gallimard, 2013.

dietro l'ideologia "pluralistica" del neocostituzionalismo si nasconde il rifiuto della politica decisoria in nome della tutela del potere di alcune minoranze (presunte) illuminate. Il caso dell'integrazione europea, affidata di fatto alla Corte di Giustizia è da questo punto di vista quanto mai istruttivo. La crisi dell'Europa è il risultato di tutto questo, così come la crisi mondiale è il risultato del prevalere delle ideologie "umanitariste" fondate sulla "democrazia" da esportare e i diritti dell'uomo da tutelare anche a costo di un crollo delle civiltà.

I giusmoralisti pensano che la proclamazione dei diritti per tutti singolarmente presi costituisca realmente un processo di liberazione individuale, ma ciò potrebbe esserlo solo se i singoli fossero dèi (o diavoli) e non comuni persone bisognose di legami e di protezione. Non c'è molta differenza, negli effetti, tra l'obbligo del singolo di partecipare alla realizzazione del paradiso comunista e il comune riconoscimento dei singoli nell'unico dovere che li lega, la proclamazione (astratta) dei diritti di tutti e di ciascuno, proclamazione che si accontenta di se stessa, cioè della sua proclamata giustezza "morale". Non è di questo che oggi si ha bisogno. Non si può tornare indietro, ma per uscire da una condizione di crescente paura e di crescente insoddisfazione generale occorre un altro tipo di "legame" sociale, che al tempo stesso riconosca la dignità del singolo e il fatto che solo in una società fornita di sufficiente autorità e autorevolezza è possibile condurre una vita buona e non solo "giusta" perché rispondente ai criteri astratti del giusmoralismo (la fondazione del diritto su principi morali soggettivi).

È stato Michael Oakeshott, con la sua distinzione tra *societas* e *universitas*, la prima adeguata al *Rule of law*, la seconda alle organizzazioni di natura totalitaria (che si tratti di totalitarismo *hard* o *soft* non cambia), a proporre una via d'uscita attuale al dilemma tra individualismo liberale disgregativo e comunitarismo irrispettoso della dignità dei singoli: «The idea *societas* is that of agents who, by choice or circumstance, are related to one another so as to compose an identifiable association of a certain sort. The tie which joins them, and in respect of which each recognizes himself to be socius, is not that of an engagement in an enterprise to pursue a common substantive purpose or to promote a common interest, but that of loyalty to one another, the conditions of which may achieve the formality denoted by the kindred word 'legality'»²⁷.

Questa *societas* può certo apparire oscura a qualcuno, ma in definitiva non è altro che l'idea della migliore tradizione europea ed occidentale che considera il rispetto reciproco e il dialogo come strutturale al modo di vivere di una civiltà che si può per questo definire nobile:

²⁷ M. OAKESHOTT, *op. cit.*, 201.

la conversazione tra soggetti, entro una struttura politica dove ovviamente chi decide ha un legame con i cittadini ed è in grado egli stesso di prendere parte alla conversazione. Una conversazione che è ovviamente preoccupata della generalità, ovvero del buon andamento del vivere associato, che proprio per questo è una *res publica*, composta di *cives* e quindi *legittima*. Non esiste, nella modernità, un unico “bene comune” che tutti possano o vogliano raggiungere, in particolare la felicità del paradiso fondato sui diritti, ma certo uno “stare insieme” è comunque necessario e non può essere dato dall’unico perseguimento del “diritto” individuale, quale che sia e ad ogni costo (per la comunità). I legami di gruppo restano, ma ogni individuo può dialogare con gli altri individui degli altri gruppi senza che ciò significhi rompere il legame con le sue origini e con la *respublica*, ma per l’appunto manifestando il senso del proprio essere uomo libero in una società che non può che essere democratica, ovvero plurale nel senso che ogni individuo può essere contemporaneamente membro di vari gruppi, essendo cristiano e giocatore di *bridge*, musicologo e podista e via dicendo, continuando però ad essere *cives* di una *respublica*.

La *respublica* non si fonda su un “bene comune”, che sarebbe ben difficile da individuare, e sarebbe sempre solo tirannico, ma sul concetto di *bonum civile*, che traduce nei termini di Oakeshott l’idea del repubblicanesimo civico, ma aggiornato ed adeguato ai criteri della modernità. La *respublica* non è dunque priva di un suo carattere morale, anzi ne è ben pregna, ma questo carattere morale non è strumentale, come nel caso dei giusmoralisti, che attraverso il discorso morale pretendono di imporre un determinato discorso giuridico-politico, ma è proprio della dimensione *politica* della *respublica*: «And this *respublica* is the articulation of a common concern that the pursuit of all purposes and the promotion of all interests, the satisfaction of all wants and the propagation of all beliefs shall be in subscription to conditions formulated in rules indifferent to the merits of any interest or the truth or error of any belief and consequently not itself a substantive interest or doctrine»²⁸. Ovviamente, la morale di cui qui si parla non è una morale individuale, ma l’etica che una determinata *respublica* manifesta e protegge, nel senso di Hegel.

Per concludere queste note, il grande merito di questo libro è quello di far vedere a tutti che l’imperatore è nudo, che i giusmoralisti non hanno (ancora) vinto, ma semplicemente hanno occupato uno spazio reso vuoto dagli altri. Non si tratta, però, di sostituire i primi con nuovi giuristi consapevoli dei propri limiti e della dimensione “epistemica” della propria scienza “pericolosa”, per citare Schmitt; questi ultimi

²⁸ *Ivi*, 172.

potranno tornare solo una volta che il dominio dell'astratto sarà stato sostituito dal dominio di un nuovo concreto, dalla storia, dalla politica, dagli interessi delle nazioni, dalle decisioni di una volontà politica che sia espressione di un conflitto reale e sia capace e abbia voglia di risolverlo. Nessun ceto giuridico è in grado di scalzarne un altro senza avere alle spalle un potente movimento storico, che voglia costruire un destino e non limitarsi ad amministrare una continua emergenza.

Abstract

The Author reviews a book on the problems of interpretation by Aljs Vignudelli, pointing out the ideological premises of many recent trends in legal science. He criticizes in particular the way in which many scholars consider the human rights talk as a tool for bending the constitution to a political view of a new cosmopolitan law without any remnant of the traditional concepts of constitutional law.

Saggi

ROBERTO BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*

AGOSTINO CARRINO, *Disobbedienza costituzionale?*
Dal primato della costituzione alla teologia dei diritti

MARIO DOGLIANI, *La sovversione dell'immaginario costituzionale ovvero:
come è cambiata la percezione del "fatto" nel diritto costituzionale*

GIOVANNI PITRUZZELLA, *Tutela della concorrenza e professione forense*

ANNAMARIA POGGI, *Riforme costituzionali e "concezioni" della Costituzione*

GIULIANA STELLA, *La dottrina di Adolf Reinach. Il diritto è φαίνόμενον ο εἶδος?*

Materiali

ERNST-RUDOLF HUBER, *Stato di diritto e Stato sociale
nella moderna società industriale*

FEDERICO PEDRINI, *Colloquio su Diritto, Natura e Volontà.*
Intervista al Prof. Natalino Irti (Roma, 14 maggio 2015)

Interventi, Note e Discussioni

ALFONSO CELOTTO, *Spunti sul metodo nella riforma costituzionale*

TOMMASO F. GIUPPONI, *La Corte e il "suo" processo.*

Brevi riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale

GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Sistemi elettorali, rappresentanza politica, democrazia*

LUCA VESPIGNANI, *Measure for measure. Osservazioni sulla motivazione delle
leggi a margine della sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale*

Biblioteca

AGOSTINO CARRINO, *Contro i giusmoralisti.*

Appunti a margine di un libro sull'interpretazione costituzionale

ALJS VIGNUDELLI, *Une monarchie républicaine?*

Brevi note su due recenti monografie

Riferimenti bibliografici