

COME SI INTERPRETA LA COSTITUZIONE?

NOTE DAL SEMINARIO METODOLOGICO FERRARESE

di Anna Alberti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'analogia tra l'interpretazione di un testo normativo e l'interpretazione di un testo musicale. – 3. La critica del positivismo legalistico. – 4. L'interpretazione e l'applicazione del diritto secondo Hans Kelsen. – 5. (Segue):... e secondo Hart. – 6. Confronto tra Zagrebelsky, Kelsen e Hart. – 7. Critica all'originalismo.

1. Premessa

«Gli esseri umani sono esseri interpretanti. La nostra esistenza è una continua attività interpretativa». Inizia con questo chiaro riferimento al pensiero ermeneutico il seminario metodologico sull'interpretazione costituzionale tenuto da Gustavo Zagrebelsky a Ferrara l'11 giugno scorso. Ma se interpretare significa attribuire significati, che cosa è oggetto di interpretazione e in cosa consiste e come si svolge realmente l'atto di attribuire significati? Sono queste le domande di fondo da cui prende l'avvio il discorso ferrarese sull'interpretazione costituzionale.

La risposta alla prima domanda è relativamente semplice: interpretiamo dei “segni”, che possono esprimere linguaggi di vario tipo, da quello propriamente verbale a quello corporeo, da quello simbolico a quello sonoro, ecc. Siamo circondati da numerosi segni che nella nostra vita quotidiana continuamente, e spesso inconsapevolmente, decifriamo: in questo senso va letta l'affermazione di Zagrebelsky secondo cui «la nostra esistenza è una continua attività interpretativa».

Meno facile è rispondere alla seconda domanda, cioè capire in cosa precisamente consiste e come si sviluppa l'attività interpretante.

2. L'analogia tra l'interpretazione di un testo normativo e l'interpretazione di un testo musicale

Zagrebelsky approccia la questione proponendo un parallelo tra l'interpretazione di un testo normativo e l'interpretazione di una partitura musicale. In effetti, al di là delle differenze che pure esistono tra l'interprete di un brano musicale e l'interprete di un documento normativo, l'analogia per un lungo tratto funziona e svela molte peculiarità dei processi ermeneutici generalmente intesi.

Anzitutto c'è la questione dell'*esecuzione*. Si parla infatti sia di “esecuzione musicale” che di “esecuzione della legge” e il problema affrontato da Zagrebelsky è se in entrambi i casi si dia veramente un'attività propriamente esecutiva. La risposta è negativa:

* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università di Firenze.

Osservatorio sulle fonti

e ciò perché l'interpretazione (sia di una partitura che di un atto normativo) non può descriversi come se avesse le sembianze di una esecuzione passiva, che solo veicola un comando (del legislatore o del compositore) senza aggiungere alcunché. È vero che dietro una partitura c'è sempre la volontà (l'intenzione) di chi l'ha composta, ma possiamo dire che c'è un solo modo di ricostruirla e portarla ad effetto? D'altronde delle sinfonie di Beethoven esistono tante interpretazioni diverse, secondo la personalità del direttore d'orchestra, e all'orecchio dell'intenditore sono perfettamente distinguibili: Karajan e Bernstein, Furtwängler e Kleiber, ciascuno ha lasciato il proprio tratto inconfondibile in *esecuzioni* memorabili. Ma se si trattasse solo di "esecuzioni" sarebbero veramente memorabili? In quanto "esecuzioni" dovrebbero essere la riproduzione seriale di un medesimo comando (del compositore), tutte eguali perché passivamente rivolte a "dichiarare" una volontà o intenzione creativa già compiuta in ogni suo aspetto essenziale (e non solo).

Ma non è solo il dato "soggettivo" della personalità interpretativa del direttore d'orchestra a fare la differenza tra esecuzioni ed esecuzioni: c'è anche il dato "oggettivo" dello scorrere del tempo. Zagrebelsky ricorda che *La Passione secondo Matteo* di Bach fu (ri)scoperta ed eseguita da Felix Mendelssohn nell'800, ma è sicuro che oggi sia interpretata con una sensibilità molto diversa da quella romantica ottocentesca, e così come noi contemporanei faticheremmo ad apprezzare lo stile esecutivo di allora, viceversa gli ascoltatori di Mendelssohn non capirebbero le interpretazioni bachiane attuali.

Da questo confronto tra diritto e musica Zagrebelsky trae alcune conclusioni:

a) «Chi esegue non interpreta, perché chi interpreta è distaccato dalla cosa e la sua attività è applicativa, materiale, mentre l'interpretazione nasce quando tra l'autore e l'esecutore c'è uno stacco».

b) «L'interpretazione del diritto (come di un brano musicale) nasce quando quest'ultimo si separa dall'autore. E tanto più il testo è indipendente dal suo autore, cioè tanto meno il suo autore può incidere sul testo, quanto maggiore è lo spazio a disposizione dell'interprete: e difatti, se si dicesse che il legislatore non può più tornare sul testo, la sovranità è dell'interprete». E ancora: «se una norma non può più tornare al suo autore, allora tutto il potere è dell'interprete».

c) Posto che «interpretare» deriva dal latino «inter-prestatio» e che la radice «praes» evoca la figura di un «garante» e l'idea di una «garanzia», cioè l'idea di una attività di qualcuno nei confronti di qualcun altro, dovrebbe discenderne che l'interpretazione sia «un'attività mediana in mezzo tra due lati»¹. Ma in realtà per Zagrebelsky i termini del

¹ «L'interpretazione giuridica è un'attività che si svolge tra due lati» come dimostrerebbe «la struttura composta delle parole *inter-prete*, *inter-pretazione*, *inter-prae(s)tatio*. Alla radice *praes* e *prês* (da cui il francese *prêter*) si collegano molti derivati(...). L'avverbio *praesto*, riferito a *esse* – stare al cospetto, a disposizione –, si collega alla voce verbale *praestare* – staredavanti, ma anche assicurare, garantire (da *praes*, garanzia)» (G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, 171). Così come la garanzia è un'attività di qualcuno nei confronti di qualcun altro, anche l'interpretazione indicherebbe un'attività di intermediazione.

rapporto sono tre². Se infatti fosse «un puro e semplice rapporto tra musicista e pezzo» o tra il giudice e l'atto normativo, «avremmo l'esecuzione»: «qual è dunque il terzo elemento? Ciò che l'autore concede all'interprete... ossia il pubblico!». Come si vede, il «compositore non esiste più»: e lo stesso deve dirsi per l'autore di un atto normativo. Ciò che conta, infatti, non è ricostruire l'intento del compositore/autore, ma «partire dal testo per raggiungere altri», cioè il pubblico. E questo «è un fattore decisivo. Il bravo interprete è colui che crea un collegamento con un uditorio». Ciò prova perché, a giudizio di Zagrebelsky, è impensabile eseguire Bach come si faceva in passato: il pubblico attuale non gradirebbe. Parimenti sarebbe impensabile eseguire un atto normativo come se incorporasse la volontà e l'intenzione del legislatore, prescindendo dalle «aspettative» del contesto attuale.

d) Tutto questo svela, infine, una differenza essenziale tra la legge e la costituzione: «mentre la legge è più facilmente modificabile, perché il legislatore può riappropriarsene più facilmente, la modifica della costituzione è più difficile, dunque maggiore è il potere dell'interpretazione». In altre parole, l'interpretazione costituzionale, proprio perché lo stacco tra l'autore e la sua creazione è più marcato, chiama l'interprete a un ruolo ben più ampio di quello che è naturalmente implicato dall'interpretazione legislativa.

Come si vede, attraverso l'analogia tra interpretazione musicale e interpretazione giuridica Zagrebelsky ripropone alcuni motivi polemici contro talune teorie interpretative. In particolare le critiche si indirizzano a tre bersagli: il positivismo legalistico, il positivismo critico e il cosiddetto originalismo.

Iniziamo dai primi due.

3. La critica del positivismo legalistico

Lo scarto, la differenza tra *interpretazione* ed *esecuzione* – l'impossibilità di ridurre la prima alla seconda – è senza dubbio un altro modo di articolare la polemica contro il positivismo legalistico, cioè contro il positivismo imperniato sulla centralità della legge e della volontà del legislatore.

Secondo questa concezione, quando l'interprete ricava significati dal materiale normativo si limiterebbe a conoscere il diritto confezionato nelle disposizioni, come se il primo fosse (semplicemente) contenuto in piccole scatole (chiamate appunto «disposizioni»), che l'interprete apre per svelarne il segreto (cioè le «norme»). Durante

² G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit. Così come l'interpretazione di un atto normativo non è «un rapporto a due, fra chi interpreta e ciò che è interpretato» (p. 171), anche l'interpretazione musicale non si risolve nel rapporto tra il musicista e il pezzo, ma c'è bisogno di un terzo elemento: E questo «terzo» è sicuramente il pubblico nell'ultimo caso, mentre quando s'interpreta un testo normativo può essere indifferentemente «un pubblico terzo o (...) lo stesso interprete, il quale (...) si sdoppia in quanto autore e in quanto ricettore dell'interpretazione» (p. 172). L'interprete quindi può, attraverso l'interpretazione, unire «il passato (il tempo del testo) al presente (il tempo dell'interpretazione), o magari al futuro (il tempo in cui l'interpretazione di oggi non ancora convincente, lo diventerà)» (p. 173).

quest'operazione, però, nessun apporto è offerto dai soggetti che interpretano e poi applicano il diritto: solo aprono le scatolette per vedere e prendere atto di quello che c'è dentro. E conta solo quello che c'è dentro queste "scatolette". È evidente infatti che nelle concezioni positivistiche tradizionali – per come Zagrebelsky le rappresenta – poco spazio è riservato al caso concreto: «il lato pratico del diritto, cioè il suo legame con la realtà della vita da regolare, è semplicemente ignorato. L'interpretazione del diritto è funzionale al solo diritto»³.

A giudizio di Zagrebelsky questo disinteresse per il caso concreto è un grave limite delle teorie interpretative che derivano dal positivismo legalistico. Infatti, l'interpretazione non è un'operazione che si svolge dentro il perimetro delle sole disposizioni. Non si tratta solo di "aprire delle scatolette" per scoprire cosa c'è dentro. È invece un'attività che prende l'avvio dal caso concreto, cioè da ciò che sta al di fuori delle scatolette/disposizioni e che – sempre a giudizio di Zagrebelsky – indica (o concorre a indicare) la direzione di senso del processo ermeneutico. E difatti, se da un lato il caso «non può comprendersi se non in riferimento alla norma», dall'altro è vero pure che «questa non ha significato se non in riferimento a quello, poiché il caso deve orientarsi alla norma e la norma deve orientarsi a caso»⁴.

Detto questo, sino a che punto le concezioni positivistiche dell'interpretazione giuridica e costituzionale possono ridursi al "figurino" proposto da Zagrebelsky? Il problema si pone in particolare con le concezioni "volontaristiche" dell'interpretazione, cioè con quelle concezioni che riconoscono «l'esistenza, nell'attività interpretativa, di fattori esterni alle disposizioni da interpretare» e che perciò riconoscono una discrezionalità (più o meno ampia) all'interprete⁵.

4. *L'interpretazione e l'applicazione del diritto secondo Hans Kelsen*

Indubbiamente, tra le concezioni volontaristiche dell'interpretazione rientra quella elaborata da Hans Kelsen.

Per Kelsen una «norma appartiene a (ll') ordinamento giuridico soltanto per il fatto di essere stabilita secondo le prescrizioni di un'altra norma (dell') ordinamento» e di conseguenza «una norma che regola la produzione di un'altra norma viene applicata allorché si produce quest'altra norma secondo le modalità che essa stessa prevede. *L'applicazione del diritto è contemporaneamente produzione del diritto*»⁶. Per Kelsen, quindi, ad eccezione dei casi limite (e cioè della norma fondamentale e dell'esecuzione

³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 168.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *ult. op. cit.*, 175. È un'intuizione che era già presente nella monografia del '92, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, 179, anche se la metafora usata allora era diversa: per significare il fatto che l'applicazione, e prima ancora l'interpretazione, del diritto non fossero operazioni *statiche*, Zagrebelsky diceva che il diritto «non è un arsenale di formine giuridiche – le norme – da schiacciare sulla realtà».

⁵ Il virgolettato è tratto da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 166.

⁶ (Corsi miei). Tutti i virgolettati sono di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. M.G. LOSANO (a cura di), *La dottrina pura del diritto*, 1966, Einaudi, 264, 265.

dell'atto coercitivo), ogni atto è al contempo atto di produzione e di applicazione del diritto. Questo duplice volto dell'atto che contemporaneamente produce e applica diritto non è rigidamente determinato: «vari sono i gradi in cui una norma superiore può determinare la produzione di una norma inferiore», ma tale produzione non può «mai essere limitata al punto che non si possa più considerare l'atto in questione come atto di applicazione del diritto, né può mai spingersi fino al punto di non poter più considerare l'atto come un atto di produzione»⁷. È chiaro che, seguendo gli insegnamenti del Maestro praghese, le sentenze giudiziarie non sono mai considerabili come operazioni meccaniche di mera applicazione del diritto, perché sono *sempre* produttive di diritto⁸.

Ciascun atto giuridico – dalla costituzione fino alla pronuncia della sentenza giudiziaria – è, per una parte, determinato dal diritto e, per un'altra, indeterminato; e questa indeterminatezza può essere intenzionale (o volontaria) ovvero involontaria⁹. Mentre nel primo caso l'indeterminatezza deriva direttamente dall'intenzione dell'organo che definisce la norma da applicare, nel secondo caso, invece, «l'indeterminatezza può (...) essere la conseguenza involontaria della conformazione della norma giuridica, da applicarsi mediante l'atto in questione; la causa principale è l'equivocità di un termine o di una proposizione in cui si esprime la norma». In tutti questi casi, quale che sia il motivo che provoca l'indeterminatezza, «il diritto che dev'essere applicato costituisce uno schema, all'interno del quale esistono più possibilità di applicazione; quindi è lecito ogni atto che si attenga ai limiti di questo schema, che cioè sia conforme ad un qualsiasi significato possibile dello schema»¹⁰.

Il pensiero di Kelsen è chiaro: la creazione del diritto non è libera, ma è limitata dal diritto previgente, cioè dagli atti di creazione/applicazione previgenti. Questi fungono da recinto per l'interprete, il quale dovrà applicare e produrre le norme giuridiche entro il perimetro fissato dalle stesse. Ciò non toglie, però, che all'interno di questo recinto – di volta in volta più o meno ampio – l'interprete non sia un mero esecutore del comando normativo, bensì qualcosa di più. Ma prima di confrontare la tesi di Zagrebelsky con quella di Kelsen è utile ricostruire anche un'altra concezione volontaristica.

5. (Segue): ...e secondo Herbert Hart

Secondo Hart «in tutti i campi dell'esperienza, non soltanto quello delle norme, vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini gene-

⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., 266.

⁸ H. Kelsen, *ult. op. cit.*, 266. In particolare, «se si considera l'ordinamento giuridico statale (...) la norma fondamentale determina effettivamente la produzione della costituzione senza essere a sua volta l'applicazione di una norma superiore. Ma la produzione della costituzione ha luogo applicando la norma fondamentale. La produzione delle norme giuridiche generali, mediante la legislazione e la consuetudine, ha luogo applicando la costituzione; e la produzione di norme giuridiche individuali, mediante le sentenze giudiziarie (...), avviene applicando le norme generali ora viste. Soltanto l'esecuzione dell'atto coercitivo, ordinato in queste norme individuali (...) ha luogo in applicazione delle norme individuali che lo determinano, senza produrre a sua volta un'altra norma» (corsivi miei, p. 265).

⁹ H. Kelsen, *ult. op. cit.*, 382 e 383.

¹⁰ H. Kelsen, *ult. op. cit.*, 383 e 384.

Osservatorio sulle fonti

rali può offrire». Di conseguenza, ci saranno casi in cui saranno chiaramente applicabili le norme generali e ci saranno altrettanti casi in cui non è chiaro se queste norme generali possano essere applicate: «qualunque mezzo, precedente o legislazione, venga scelto per la comunicazione di criteri di condotta, questi, per quanto il loro effetto sulla grande massa dei casi ordinari sia regolare, si dimostreranno, in qualche punto in cui la loro applicazione sia in questione, indeterminati: essi avranno quella che è stata chiamata una *struttura aperta*»¹¹. Per Hart la discrezionalità del giudice si manifesterebbe soltanto con riferimento ai casi difficili (i cosiddetti *penumbral cases*) per i quali non c'è una norma da applicare.

La differenza con Kelsen è palpabile. Mentre Hart afferma che la discrezionalità giudiziaria si esercita quando manca una regola da applicare al caso, cioè quando non c'è un diritto da applicare e quindi *al di fuori* del diritto, per Kelsen invece la discrezionalità è compenetrata con l'interpretazione/applicazione del diritto. Nel caso di Hart la discrezionalità giudiziale inizia quando finisce il diritto, in quello di Kelsen è una caratteristica strutturale, ontologica del diritto il fatto che non possa essere applicato ed eseguito senza un ruolo creativo di chi è chiamato a darne applicazione ed esecuzione. Insomma, per il primo l'attività discrezionale si esercita *fuori* dal diritto (inteso come prodotto delle disposizioni); per il secondo la discrezionalità giudiziaria è creazione *dentro* il diritto.

6. Confronto tra Zagrebelsky, Kelsen e Hart

Ciò premesso, parrebbe che la critica rivolta da Zagrebelsky al positivismo colpisca Hart ma non Kelsen. È il primo, infatti, a porre la discrezionalità fuori dal diritto e, perciò, *a postulare implicitamente e specularmente che quando non c'è discrezionalità c'è mera esecuzione del diritto*.

È vero che sia la ricostruzione kelseniana, sia quella hartiana sembrerebbero annoverabili tra le concezioni “unilaterali”, cioè tra quelle concezioni che trascurano il legame sussistente tra l'operazione interpretativa e il caso concreto. Ma è vero anche che, nel caso di Kelsen, la soggettività dell'interprete nell'applicazione/esecuzione del diritto è pur sempre una soggettività che è tale in quanto condizionata dal contesto particolare in cui l'interprete si trova a operare: gli esseri umani sono diversi e vedono le cose diversamente anche perché non hanno avuto tutti la stessa vita e perché vivono in ambienti differenti. La soggettività, l'individualità peculiare di ciascuno deriva da motivi che in parte sono genetici, innati, ma che in parte sono ambientali, cioè contestuali: ecco, quindi, che seppur indirettamente, vengono in rilievo i casi concreti, i fatti, i dati contestuali.

¹¹ Tutti i virgolettati sono di H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford University Press, London, 1961, trad. it. M. CATTANEO (a cura di), *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1991, 148 e 150. Secondo l'A. «in ogni ordinamento giuridico viene lasciato un ampio e importante spazio all'esercizio della discrezionalità da parte dei tribunali e di altri funzionari nella determinazione di criteri inizialmente vaghi, nel chiarimento delle ambiguità delle leggi, nello sviluppo e della determinazione di norme trasmesse soltanto in modo generico per via di precedenti di autorità» (*ult. op. cit.*, 159).

Tutto questo invece non sembra potersi dire con riguardo a Hart. Non mi riferisco alla nozione di “soggettività”, “individualità”, ma al fatto che questa soggettività, quando c’è, è un fenomeno che non è *interno*, ma *esterno* al diritto. Quando c’è il diritto, ossia quando è chiaro cosa il diritto vuole, non c’è soggettività creatrice, ma esecuzione passiva; e quando invece non è chiaro cosa il diritto voglia, e quindi non c’è diritto, allora c’è soggettività creatrice. Volendo individuare il bersaglio polemico di Zagrebelsky in una qualche forma di giuspositivismo contemporaneo, forse occorrerebbe fare proprio il nome di Hart.

7. Critica all’originalismo

Infine, c’è la questione del compositore/autore e del ruolo che a questa figura deve essere assegnata nell’atto interpretativo: si deve tenere conto del fatto che dietro un’opera c’è un autore, che dietro una creazione c’è un creatore? L’interpretazione deve sforzarsi di ricostruire quello che l’autore voleva o intendeva dire?

Se «la nostra esistenza è una continua attività interpretativa» (come ha detto Zagrebelsky nel seminario ferrarese), tutte le parole che pronunciamo devono essere interpretate da chi ci ascolta. E accade (anche con una certa frequenza) che quello che capiamo è in realtà diverso da quello che intendeva colui che ha parlato. Lo stesso fenomeno accade nell’interpretazione giuridica: l’interprete non sempre ricava dalle disposizioni lo stesso significato che il legislatore (se si tratta di disposizioni legislative) o il costituente (se si tratta di disposizioni costituzionali) intendeva esprimere con quella norma. Ritornando all’analogia con i testi musicali, se Bach sentisse come vengono eseguite le sue partiture probabilmente non le riconoscerebbe più come opere sue.

Ebbene, per Zagrebelsky, ricercare l’intento dei compositori (per i testi musicali) o dei padri costituenti (per i testi costituzionali) o la volontà del legislatore (per le leggi) non è un’operazione *corretta*. È vero che l’interprete è vincolato al testo, ma bisogna aggiungere che nell’interpretare il testo «dovrà ‘tenere conto’ del contesto culturale in cui si svolge la ricezione».¹² L’intenzione storica come tecnica d’interpretazione «porterebbe ad una interpretazione cristallizzata, totalmente subordinata alla volontà del legislatore come soggetto reale, che ha legiferato nel suo tempo e nelle sue circostanze»¹³.

Zagrebelsky, dunque, critica l’originalismo: e lo critica nelle due versioni in cui questa teoria si presenta: sia come teoria secondo cui i testi costituzionali devono essere interpretati secondo le intenzioni dei fondatori (diremo noi, dei padri costituenti), sia come teoria secondo cui le parole contenute nel dettato costituzionale devono intendersi nello stesso significato che avevano quando il testo costituzionale è entrato in vigore.

¹² G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 173, «non è un buon interprete né quello che sforza il testo per superficiale narcisismo o per altri suoi fini personali, né quello che gli si incolla con un filologismo così esasperato (per esempio, le esecuzioni musicali su lamentosi strumenti d’epoca) da rendersi, lui stesso, estraneo al suo tempo, e da rendere il testo muto nei confronti di un pubblico indifferente».

¹³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 247. Vedi anche G. ZAGREBELSKY, *Discorso del prof. Gustavo Zagrebelsky, Presidente emerito della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

Osservatorio sulle fonti

Entrambe le concezioni, infatti, dell'originalismo pietrificerebbero il testo costituzionale.

Ovviamente, per affrontare la questione se sia legittimo il metodo interpretativo originalista occorrerebbe uno spazio ben più ampio di queste brevi note. Si porrà, pertanto solo un interrogativo: se è vero che gli atti normativi – le leggi e le costituzioni – sono prodotti della politica, cioè nascono da azioni politiche, come esito di lotte politiche che partiti e movimenti vincono o perdono, che destino è riservato alla politica democratica se le sue deliberazioni vengono interpretate in un senso che non deve tenere conto di ciò che con queste deliberazioni ci si prefiggeva di ottenere? Perché impegnarsi per ottenere l'approvazione di un documento normativo, se poi questo – in relazione al contesto futuro o allo scorrere del tempo – viene fatto “significare” in modi che prescindono dagli obiettivi perseguiti da chi ne volle l'approvazione?

Insomma, se interpretare è “garantire”, cioè svolgere un'attività mediana tra un testo e un contesto, occorre capire sino a che punto sia lecito disattendere le aspettative di garanzia che sono rivendicate dalla deliberazione democratica.