

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo e internazionale.
Curriculum: Diritto costituzionale. Ciclo XXVII.

Settore Concorsuale di afferenza: 12/C1
Settore Scientifico disciplinare: IUS/08

TITOLO TESI

**LA FUNZIONE LIMITATRICE DEI PRINCIPI-VALORI
COSTITUZIONALI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**
Riflessi ed implicazioni sulla legalità penale

Presentata da: Stella Romano

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Chiar.mo Prof. Luca Mezzetti

Esame finale anno 2015

INDICE

<i>Introduzione</i>	5
---------------------------	---

CAPITOLO I: PRINCIPI GENERALI E NORME

I. *La radice storico-filosofica del concetto di principio generale*

1.1.1 I principi primi: tra dimostrazione e ragione intuitiva.....	14
1.1.2 I principi generali quali <i>regulae iuris</i> nel diritto romano.....	18
1.1.3 I principi generali e la <i>naturalis ratio</i>	26

II. *Principi e norme nella prospettiva ermeneutica*

1.2.1 Introduzione metodologica.....	27
1.2.2. La teoria positivista.....	28
1.2.3 Lo sviluppo dell'ermeneutica con Esser.....	30
1.2.4 La teoria normativista.....	41
1.2.4 Norme-principio e norme-regola.....	52
1.2.5 La dialettica sulla natura normativa dei principi. La critica di Dworkin al positivismo giuridico.....	54
1.2.6 La dimensione deontologica dei principi. La connessione strutturale tra principi e valori nell'ottica di Alexy.....	62

CAPITOLO II: I PRINCIPI COME FATTORI DI ORIENTAMENTO INTERPRETATIVO E COME VALORI

I. *Il diritto costituzionale come 'diritto per principi'*

2.1.1 Il contenuto principialista delle Costituzioni del Novecento.....	67
2.1.2 Il concetto di Costituzione: un Giano bifronte.....	69
2.1.3 Oggetto e confini dell'indagine. Ragioni della prospettiva comparata con l'ordinamento spagnolo.....	76

II. *Rilevazione ed applicazione dei principi generali costituzionali*

2.2.1 Introduzione problematica.....	77
2.2.2 I principi costituzionali nella letteratura e giurisprudenza statutaria.....	79

2.2.3	L'efficacia giuridica dei principi costituzionali nella dottrina costituzionale repubblicana.....	84
2.2.4	La 'copertura' costituzionale dei principi generali.....	89

III. *La classificazione dei principi nella Costituzione*

2.3.1	I criteri di classificazione secondo la dottrina e giurisprudenza italiana: forma e funzione.....	95
2.3.2	Il 'polifacetismo' terminologico dei principi. Classificazione ed interpretazione nella dottrina e giurisprudenza spagnola.....	108

IV. *La Costituzione come sistema di principi e valori in reciproca tensione. Il profilo sistemico del rapporto tra principi e valori*

2.4.1	L'impronta assiologica dei principi costituzionali.....	118
2.4.2	Il valore come categoria filosofica: struttura e funzione.....	120
2.4.3	Il valore come categoria dogmatica costituzionale in rapporto sistemico con il principio costituzionale: approfondimenti e stimoli della dottrina.....	129
2.4.4	I valori superiori nella Costituzione spagnola: un interessante spunto comparativo.....	146
2.4.5	Identificazione dei valori superiori nella Costituzione spagnola.....	153
2.4.6	Ipotesi ricostruttiva della connessione tra principio-valore sul piano della teoria dell'ordinamento.....	157

CAPITOLO III: IL RIFLESSO DEI PRINCIPI-VALORI SUL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

I. I principi-valori nel sistema dell'interpretazione costituzionale

3.1.1	La proiezione normativa dei valori e dei principi costituzionali nell'opera dell'interprete.....	160
3.1.2	La peculiarità dell'interpretazione costituzionale in rapporto ai principi-valori.....	165
3.1.3	Il metodo sistematico e l'interpretazione conforme secondo il principio di supremazia costituzionale.....	171
3.1.4	Il metodo teleologico ed i valori-fini.....	176
3.1.5	La dimensione assiologica dei diritti fondamentali.....	180
3.1.6	La specificità dei principi: la distinzione tra discrezionalità e indeterminatezza.....	182

II. La prossimità dei principi alla logica dei valori. La funzione limitatrice.

3.2.1 La Costituzione come insieme di valori-fini non interamente componibili...	186
3.2.2 Il principio di legalità costituzionale e la posizione di un'istanza istituzionalizzata in base al valore.....	188
3.2.3 L'inevitabile relativizzazione del parametro costituzionale ed i suoi limiti...	191
3.2.4 Il 'nucleo essenziale' e la funzione limitatrice dei principi-valori.....	195

III. La necessaria complementarietà tra principi-valori, ragionevolezza e proporzionalità

3.3.1 Il riconoscimento dei diritti inviolabili come clausola ragionevolmente aperta.....	199
3.3.2 Il principio di ragionevolezza-proporzionalità come canone di bilanciamento tra diritti- valori.....	205

CAPITOLO IV : UNA MANIFESTAZIONE CONCRETA DEI PRINCIPI-VALORI SUL PARAMETRO COSTITUZIONALE. LE VICENDE DELLA LEGALITÀ PENALE

I. Generalità dei rapporti tra diritto penale e Costituzione

4.1 L'influenza della Costituzione sul contenuto del diritto penale.....	211
--	-----

II. Il principio di legalità penale come diritto fondamentale: portata e limite del sindacato di costituzionalità

4.2.1 La legalità penale e la sua interpretazione 'materiale' alla luce dei valori costituzionali.....	216
4.2.2 L'art. 7 CEDU e la qualificazione autonoma della legalità penale da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	221
4.2.3 Il limite della irretroattività della legge penale, le norme penali di favore e la derogabilità della <i>lex mitior</i>	228
4.2.4 Il limite del principio di ragionevolezza.....	238

III. Il principio di proporzionalità.

4.3.1 Significato e fondamento della proporzionalità. Considerazioni generali...	240
4.3.2 Il legame tra uguaglianza e proporzionalità.....	248
4.3.3 La proporzionalità come parametro costituzionale applicato al trattamento sanzionatorio: tra limite allo <i>ius puniendi</i> e bilanciamento di diritti fondamentali.....	251
4.3.4 <i>Segue</i> : la giurisprudenza costituzionale italiana.....	261
4.3.5 <i>Segue</i> : la giurisprudenza costituzionale spagnola.....	274

<i>IV. Conclusioni</i>	
4.4.1 Conclusioni ed ipotesi ricostruttive.....	280
<i>Bibliografia</i>	288

Introduzione

In un tempo come il nostro in cui le innovazioni della tecnologia sospinte dall'economia, applicate agli aspetti considerati più sacri e indiscutibili della vita, moltiplicano i 'casi estremi', le diverse concezioni del diritto ritornano a mettersi a nudo e la discussione che si accende riporta a galla l'antica tensione tra ciò che è posto e ciò che è giusto.

Sembrerebbe che non si sia riflettuto a sufficienza, in Italia, sulle trasformazioni categoriali del diritto che la presenza dei principi ha comportato. Si sarebbe rimosso il tema. Probabilmente sulla base di un presupposto nesso inscindibile tra positivismo e democrazia, si è temuto un ambiguo ritorno a tematiche giusnaturaliste.

Tuttavia, è opportuno, come affermava Santi Romano in un suo celebre scritto, che il giurista conosca e mediti il problema, che non abbia paura di oltrepassare quello che Benedetto Croce ha definito il 'Capo dei naufragi': ossia l'annosa in quanto ancestrale distinzione tra diritto e morale.

Tale problema non può essere sottovalutato dal giurista contemporaneo che non può fare altro che conoscere e meditare le diverse posizioni sul tema, "perché possa evitare lo scoglio di quelle che, dissolvendo il diritto nella morale (o in altra categoria dell'attività pratica), sono per lui, se non le più inaccettabili, le più pericolose, nel senso che la distinzione, anche se filosoficamente debba negarsi, giuridicamente deve sempre farsi".

Una distinzione che il giurista deve essere capace di tradurre nel suo linguaggio, adattandola ai suoi fini, eventualmente precisandola e proseguendola oltre i limiti che per la filosofia possono essere sufficienti.

Anche accogliendo questo monito chi scrive è fermamente convinto della necessità indefettibile di allargare l'ambito della presente ricerca alle teorie ermeneutiche-filosofiche e di trascendere almeno preliminarmente, i sicuri limiti di quello che, in questo lavoro, si vorrebbe definire il livello prettamente giuridico della

discussione: ossia il riflesso che i principi/valori producono sul parametro nel sindacato di legittimità costituzionale delle leggi.

Ciò non unicamente per la velleità di percorrere strade particolarmente inusuali e dissestate, quanto nella convinzione che la risposta a molti dei problemi pratici posti dalla teoria dei valori, riposi, anche e soprattutto, nei superiori livelli di astrazione descritti dalla filosofia.

Ed è a tale finalità che dedicherò il primo capitolo di tale lavoro alla ricostruzione, senza alcuna pretesa (e presunzione) di esaustività, delle principali teorie che hanno definito il concetto di principio generale del diritto, seguendo dapprima una prospettiva storico-filosofica, e poi una prospettiva ermeneutica, cercando di individuare per incisive pennellate i contorni di un concetto fluttuante.

Scopo delle prime pagine è, dunque, seguire a ritroso, i fili di una trama alquanto complessa, che vede intrecciarsi al principio il valore e, al valore il principio, in un intreccio inestricabile, che arriva fino ai giorni nostri e che connota, sul piano dell'ermeneutica costituzionale le nuove forme di argomentazione giuridica nel sindacato delle leggi.

Considerato che il motore della dogmatica giuridica non può che risiedere nell'*ars distinguendi*, ossia nella capacità di saper disaggregare il dato giuridico dalle sue componenti *meta-giuridiche*, il *focus prospettico* di questa prima visuale sarà incentrato sul concetto di principio generale del diritto.

Un concetto che affonda le sue *radici esistenziali* nella corrispondente matrice aristotelica di *principio*: matrice in cui è già insito quel connotato etico e valoriale, che attraverso il diritto giurisprudenziale romano e la riflessione metaetica sul diritto naturale, confluirà nella nozione di principio generale del diritto, a cui il principio costituzionale, nella sua componente costitutiva e applicativa deve ricondursi.

Dopo aver indagato la radice storico-filosofica del concetto di principio generale, si cercherà di mettere mano alle principali linee problematiche che si presentano nel dibattito dottrinale (ineusarito o forse ineusaribile) sul tema. In particolare, seguendo la prospettiva risalente a Bobbio, si possono rilevare tre questioni fondamentali che riguardano la *natura*, l'*origine* e la *validità* dei principi generali del

diritto; questioni che possono concretizzarsi in tre domande specifiche, le quali fungeranno da criteri di orientamento nella sistematizzazione sintetica della notevole mole di dottrina presente sul tema:

- 1- I principi generali possono ricondursi alle *norme giuridiche*?
- 2- Qual è la loro fonte? *Interna* od *esterna* al sistema?
- 3- Qual è il *fondamento della loro validità* tra le altre norme del sistema?

Al fine di rispondere a tali domande, si seguirà una traiettoria storica che evidenzia la faticosa e complessa evoluzione del concetto giuridico di principio, dall'epoca delle prime codificazioni fino all'avvento della Costituzione.

Oggi i principi costituzionali appaiono, infatti, come i dati *giuridicamente rilevanti* di un sistema *ordinamentale in atto, ossia di un sistema costituzionale assiologicamente orientato* che, nato dalle ceneri del secondo conflitto mondiale, in un preciso momento costituente, finisce per tingere di tinte più profonde un orizzonte di senso che si schiude ad una categoria prima inesplorata: i valori.

Alla struttura, forma e funzione dei principi costituzionali sarà dedicata la prima parte del capitolo II, al fine di delineare la connessione con la categoria affine dei valori costituzionali. Connessione che si rende necessaria soprattutto laddove l'analisi si estende al rapporto con la legge, ed, in particolare al sindacato di legittimità che i tribunali costituzionali compiono sulla legge medesima.

A tal scopo, verrà utilizzata un'ottica comparata con il sistema spagnolo, per la ragione speculativa che nella Costituzione spagnola del 1978 la categoria dei valori riceve un espresso e positivo riconoscimento. In tale prospettiva, sarà interessante notare quale sia l'esito teorico (e poi pratico) dell'atteggiarsi della suddetta relazione principi-valori, in un ordinamento che decide di codificare espressamente un concetto, così sfuggevole e mutante, qual è quello di valore. Stella polare in tal senso non può che essere l'esperienza del paese, dove si annida la teoria dei valori: la Germania. Una reazione palese e patente a quel formalismo giuridico che aveva negato qualsiasi sistematicità e validità cognitiva alla categoria di valori si manifesta, infatti, nella sentenza Lüth del 1958, BverfGE7, che ha interpretato la sezione *Grundgesetz* come un ordine oggettivo di valori.

Preliminare sarà dunque la ricostruzione filosofica di questo labile concetto, per tentare di definire contorni che, di rado, appaiono nitidi qualora ci si relazioni con tale categoria nell'ambito della scarna dogmatica costituzionale sul tema.

Occorrerà, dunque, chiedersi, alla fine di una complessa opera ricognitiva dei principi assunti a rango costituzionale dalla dottrina e dalla giurisprudenza, se, dal punto di vista della teoria della Costituzione, la distinzione tra le due categorie appaia meramente nominalistica, oppure se debba necessariamente ricondursi ad una differenza strutturale ontologica e non solo linguistica tra le suddette.

Orbene, il percorso storico – filosofico, tracciato nel I capitolo sul concetto di principio ci fornisce già alcune considerazioni di partenza: il principio appare un concetto normativo, a fattispecie indeterminata ed aperta, capace di concretizzarsi in regola con una forza espansiva tale da rivelare “un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto a quello proprio delle norme giuridiche”. Come considerare, dunque, tale “eccedenza deontologica (o assiologica)”, dal punto di vista del diritto costituzionale?

Si vedrà come la Costituzione si appropri della determinazione della giustizia e dei diritti umani attraverso il *medium* privilegiato delle norme di principio. Detto in altri termini, il principio di supremazia costituzionale si riempie di contenuti materiali e si intesse di quei supremi valori morali, che erano stati travolti dalle macerie di un conflitto che, insieme ai suoi orribili crimini, aveva annientato quel meta-valore kantiano corrispondente con il rispetto della persona umana. Allora, quella legge morale non poteva costituire più un astratto e formale imperativo categorico, fondato sulla coattività della sanzione, ma doveva ricercare un'adesione etica più profonda in un consenso politico-sociale, che doveva riconoscerla come il *primum verum*.

La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali inerenti alla persona umana coincide con questo ampio riconoscimento che le Carte Costituzionali del post-guerra promettono. Si assiste, dunque, a tal proposito, ad una torsione da un modello ‘imperativistico-categorico’ basato su regole, ad uno ‘ottativo-categorico’ basato su principi che, dal punto di vista della struttura sono caratterizzati da una fattispecie meno

definita, e dal punto di vista del contenuto possiedono una connotazione fortemente 'etica' o, meglio, assiologicamente, orientata.

La positivizzazione dei valori morali nelle Costituzioni segna, infine, la crisi del formalismo logico nella scienza giuridica, complicando le logiche dei processi di applicazione giuridica. In effetti, il costituzionalismo per valori, da un lato ha agito come istanza di delegittimazione della legalità e della forma legale (Mezzanotte), dall'altro ha reso l'interpretazione giuridica permeabile ad apprezzamenti, ponderazioni, bilanciamenti che non sono suscettibili di un riscontro in termini logici, e pervengono a conclusioni valutabili in termini di persuasività, plausibilità, proporzionalità e ragionevolezza.

Un'argomentazione che sembra sempre più risolversi nell'ascrizione di valore ai diversi fattori normativi e fattuali rilevanti per il giudizio e nella conseguente gerarchizzazione delle ragioni plausibilmente evocate a sostegno di una certa soluzione interpretativo-applicativa.

La misura di quest'ascrizione di valore e, quindi, in definitiva il grado di libertà dell'apprezzamento giudiziale dipende dal complessivo modo di intendere le relazioni tra i valori ed il loro rapporto con la normatività.

Sul punto si fronteggiano tre orientamenti di cui si darà conto nel corso del capitolo II. La concezione etica di tipo cognitivista che riconosce ai valori una più spiccata capacità di stabile autoriproduzione, di indipendenza ontologica e di autonomia fattuale, ammettendo la possibilità di definire gerarchizzazioni astratte e, di conseguenza, offrendo all'interprete costituzionale un più forte contenuto normativo-direttivo. Al contrario, i modelli normativi ispirati al non cognitivismo etico disconoscono al valore una capacità definitiva di orientamento del reale, attribuendo di conseguenza al fatto il ruolo di principale fattore determinativo del significato applicativo del valore.

In equilibrio, tra le due opposte visioni si colloca la posizione di quanti, seppur con significative differenze di impostazione metodologica, negano che la teoria dei valori abbia l'effetto di sovrapporre alle scale di preferenza insite nelle norme costituzionali e nella specificità dei principi costituzionali opzioni culturali e costruzioni

dogmatiche liberamente forgiate dall'interprete, laddove il criterio ordinatore risiederebbe invece o nella forma politica dello Stato democratico (Fois) o nella ricognizione della volontà originaria del Costituente (Luciani e Romboli). Tale orientamento, a cui si intende aderire, concepisce la teoria dei valori come una teoria essenzialmente ricostruttiva dell'ordinamento costituzionale, che, pur presentando un'immanente conflittualità e antinomicità, esprime una sua gerarchia di preferenza tra le disposizioni costituzionali. I valori si caratterizzano, dunque, per essere gli elementi primi delle disposizioni costituzionali ed il loro contenuto essenziale. Mutuando il pensiero di Hartmann sui giudizi etici, i valori esprimono i principi universali di carattere fondante rispetto a un determinato ordinamento giuridico disciplinante una certa comunità politica.

Ciò non implica che i valori siano essenze o cose inerti, i valori vivono incorporati nelle norme ed, *in primis*, nei principi costituzionali.

I principi costituzionali parrebbero, dunque, la manifestazione nell'ordinamento della natura sistemica dei valori e, allo stesso momento, come *i punti di emersione dai quali si può scorgere la forma del sistema assiologico costituzionale*.

Se così non fosse, ossia qualora si aderisse ad una concezione essenzialmente non cognitivista dei valori, quali entità non normative, percepibili solo attraverso un'opera di ascrizione di senso da parte dell'interprete, si degraderebbe la Costituzione ad una fonte incapace di porsi con quei caratteri di permanenza, di generalità e di unità con i quali è stata concepita. In sostanza, la specificità della Costituzione (e della volontà costituente che ne è alla base) risiederebbe nel descrivere dei rigidi confini esterni rispetto a quei valori che non sono nel sistema; e allo stesso tempo nell'identificare in quelli presenti un sistema, le cui disposizioni prime, i principi, stabiliscono relazioni oggettivamente riconoscibili.

Ciò impedisce, in ultima istanza, che la teoria dei valori muti nella legittimazione del più arbitrario volontarismo casistico delle Corti, e nella trasfigurazione del volto della giustizia costituzionale che smette i tratti della giustizia di garanzia, e pertanto sottomessa alla legge, per indossare la maschera della giustizia bendata.

Una logica di valori così concepita introduce, parallelamente sul piano interpretativo, un limite alla manipolazione giudiziale del parametro costituzionale da parte dell'interprete, ancorando il suo giudizio al testo e agganciandolo sul piano argomentativo alla relazione trilaterale principio-regola-fatto; in quanto assume quale dato logico precedente il canone di prevedibilità normativa (distinto da quello della mera opportunità) che deve connotare il momento di applicazione dei principi costituzionali.

Nel III capitolo muovendo da tale solida base ciò che si vorrà analizzare è come l'apertura del parametro costituzionale ad istanze materiali influisca sul controllo di costituzionalità delle leggi, e sulla fisionomia dello stesso giudice delle leggi, che viene a modellarsi come oggettivazione istituzionale di una supposta unità ideologica.

In particolare, partendo dalla duplice constatazione per cui il valore rappresenta l'elemento di stabilità del sistema assiologico costituzionale, limite invalicabile rispetto ai mutamenti del modello costituzionale, e che i principi, essendo categoria ibrida, vale a dire sia normativa che assiologica, si avvicinano maggiormente alla logica dei valori, man mano che aumentano il loro *nesso di funzionalità* con essi, bisognerà sviluppare l'ultimo tassello di questa catena argomentativa, enfatizzandone le ricadute sul piano del giudizio di costituzionalità.

Il punto di connessione positiva ultimo tra il principio normativo e l'assiologia costituzionale risiederebbe, infatti, nella 'necessità di funzionalizzare la legge verso la più ampia tutela dei diritti fondamentali'. Tale conclusione sembrerebbe confermata da ciò che la dottrina chiama *la funzione limitatrice* dei principi (Modugno), vale a dire un aspetto della loro capacità di incidere sui meccanismi di produzione normativa che si declinerebbe sia in un limite positivo (la funzione programmatica) sia in un limite negativo (la funzione limitatrice *stricto sensu*); non è un caso che tale caratteristica sembra essere peculiare dei principi supremi dell'ordinamento, quelli cioè che presentano la maggiore prossimità con la categoria dei valori e che, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, rappresentano il limite invalicabile quanto all'attività nomopoietica quanto alle stesse operazioni di bilanciamento.

Identificato il nesso tra principi e valori nella capacità funzionale dei primi di realizzare i diritti fondamentali, ciò che si vuole dimostrare è che la più estesa realizzazione dei principi-valori costituzionali, potrebbe compiersi a spese della legge e della certezza del diritto in una relazione inversamente proporzionale.

Nell'ottica dei valori, dunque, l'istanza di razionalità formale – assicurata dalla generalità, astrattezza, chiarezza della previsione legale –cede all'esigenza di assicurare la razionalità materiale della legge, cioè l'adeguatezza della previsione normativa rispetto al contesto di vita regolato e questa razionalità materiale è tanto maggiore quanto più ampia è la duttilità precettiva della legge.

Se la presenza di una struttura normativa 'aperta' all'integrazione giudiziale possiede la virtù di permettere all'interprete costituzionale, con una certa dose di flessibilità, di censurare disposizioni legislative che stabiliscono presunzioni legali assolute o automatismi sanzionatori rigidi, in altri casi la razionalità materiale, in cui sfuma la legalità, apre le porte al soggettivismo giudiziale a grave discapito della certezza e della generalità della legge.

Queste trasformazioni della legalità assumono significati più intensi quando si viene alla *materia penale*; ciò in quanto vengono ad insistere in un ambito dell'ordinamento giuridico tendenzialmente più refrattario d'altri alla trasformazione, ove i paradigmi classici della tradizione giuridica si pongono anche a baluardo dei diritti individuali (e delle libertà fondamentali), godendo dunque di ulteriore legittimazione (*nel senso di Legitimationskraft*).

Il principio di legalità delle pene e delle fattispecie penali prevista nella Costituzione diviene concetto sottoposto in misura crescente a tensioni interpretative, dove criteri di adeguatezza, di proporzionalità e di equità nel momento applicativo del parametro costituzionale da parte del Giudice delle Leggi lasciano intravedere, anche sotto la spinta centrifuga in direzione sovra-nazionale, la lenta erosione del principio democratico.

Orbene, la materia penale rappresenterà l'ottica privilegiata del capitolo conclusivo di tale lavoro di ricerca, dove quello che si cercherà di dimostrare è come una legalità *materiale*, letta alla luce di criteri di adeguatezza e di ragionevole

proporzione, seppur vicina alle esigenze di giustizia del caso concreto e alla massima realizzazione dei diritti fondamentali, se spinta in eccessi interpretativi rischia di invadere il campo del legislatore, unico deputato a compiere scelte di valore, soprattutto quando è in gioco il bene supremo, la libertà personale, appartenente a quel nucleo duro dei diritti fondamentali, vero argine alla manipolazione e alla dissoluzione del parametro costituzionale.

CAPITOLO I

“En suma, pese a las apariencias, la existencia de principios en un sistema jurídico no convierte a éste en ningún sucedáneo de la moralidad. Los principios, si son de los llamados generales del Derecho, reproducirán sin más el mérito o el demérito del ordenamiento que reflejan y del que se inducen; y si son principios explícitos, constitucionales, legales o jurisprudenciales, tendrán el valor moral que se deduzca del juicio crítico o racional sobre el contenido de los mismos. Definitivamente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o meno presente en el orden jurídico”

Luis Prieto Sanchís, “*Diez argumentos a propósito de los principios*”.

PRINCIPI GENERALI E NORME

SOMMARIO: I. *La radice storico-filosofica del concetto di principio*. 1.1. I principi primi: tra dimostrazione e ragione intuitiva. 1.2 I principi generali quali *regulae iuris* nel diritto romano. 1.3 I principi generali e la *naturalis ratio*. II. *Principi e norme nella prospettiva ermeneutica*. 2.1 Introduzione metodologica. 2.2 La teoria positivista. 2.3 Lo sviluppo dell’ermeneutica con Esser. 2.4 Norme-principio e norme-regola. 2.5 La dialettica sulla natura normativa dei principi. La critica di Dworkin al positivismo giuridico. 2.6 La dimensione deontologica dei principi. La connessione strutturale tra principi e valori nell’ottica di Alexy.

I. LA RADICE STORICO-FILOSOFICA DEL CONCETTO DI PRINCIPIO

1.1.1 I PRINCIPI PRIMI: TRA DIMOSTRAZIONE E RAGIONE INTUITIVA

La definizione di ciò che deve intendersi per principio giuridico o principio generale del diritto è una delle questioni che risulta più difficile al giurista. La ragione di tale difficoltà si comprende solo laddove si analizzi il mero significato letterale del termine principio. Se, infatti, per principio si intende “il motivo concettuale sul quale si

fonda una dottrina o una scienza o anche semplicemente un ragionamento”¹, i principi giuridici non possono essere altro che le fondamenta dell’ordinamento giuridico, e qui si radica precisamente la complessità della loro definizione ².

Esplicitamente o implicitamente la conoscenza, in qualsiasi sua forma ed espressione, è sempre la contemplazione di qualcosa attraverso un principio³.

Un affanno intellettuale, quello rivolto alla definizione del concetto di principio che affonda le sue radici nelle opere aristoteliche.

Com’è noto, il termine che, in greco antico, rende principio è *arche*. Nel pensiero aristotelico *arche* è connesso con *stoicheion* (‘elemento costitutivo’) e con *aitia* (causa).

Nella *Metafisica*, in particolare, Aristotele mostra come sotto il nome di scienza tutti intendano la ricerca delle cause prime e dei principi ⁴. Infatti, ogni scienza è tale nella misura in cui supera il livello della mera constatazione empirica delle cose per scoprire le cause delle cose stesse. E le cause delle cose sono i principi che le costituiscono, le ragioni che le determinano.

Nella classificazione del filosofo greco, i principi della scienza sono di tre tipi: gli assiomi, le definizioni e le ipotesi. Gli assiomi (*axiomata*) sono principi indimostrabili, comuni a più scienze⁵. Le definizioni (*oroi, orismoï*) sono proposizioni mediante le quali assume un significato un termine: esse non asseriscono nulla sull’esistenza o l’inesistenza della cosa definita⁶. L’ipotesi (*upothesis*) è l’assunzione di esistenza. Mediante un’ipotesi si assume l’esistenza dell’oggetto o dell’insieme di oggetti corrispondenti al significato del termine definito⁷.

Affrontando il problema del modo in cui si apprendono i principi primi della scienza, nel tentativo che l’uomo compie di rispondere alla domanda sul *perché ultimo*

¹ Terzo significato del termine principio del Dizionario della lingua italiana di Giacomo Devoto e Gian Carlo Oli.

² A. La Torre, in *Introduzione al Diritto*, Ariel, 7ª edizione, 1976, p.77 considera che i principi “sono i fondamenti del sistema giuridico, a partire dai quali si dispiega tutto l’apparato delle norme”.

³ Ortega y Gasset, J, *L’idea di principio in Leibniz e l’evoluzione della teoria deduttiva*, in *Scienza e Filosofia*, Armando Editore, 1983, p. 89.

⁴ Aristotele, *Metafisica*, 982a ss.

⁵ Aristotele, *Metafisica*, 1061b, 19.

⁶ Aristotele, *Analitici secondi*, 72a, 16-24, 76b, 12.

⁷ Aristotele, *Analitici secondi*, 72a, 16-24, 76b, 12.

di tutte le cose, Aristotele afferma come la conoscenza dei principi primi muove dalla ragione intuitiva (*nous*)⁸.

Aristotele esclude che il metodo dimostrativo, tipico della scienza, possa conoscere i principi primi. Infatti, la dimostrazione “presuppone la conoscenza dei primi principi i quali a loro volta non sono conosciuti per mezzo di dimostrazioni”⁹.

Negli *Analitici secondi*, Aristotele pone l'accento sull'*intuizione* quale imprescindibile punto di partenza per la conoscenza dei principi: “Poiché degli abiti razionali con i quali cogliamo la verità alcuni sono sempre veri, mentre altri ammettono il falso, come l'opinione e il calcolo, mentre la conoscenza scientifica e l'intuizione sono sempre veri, e poiché nessun altro genere di conoscenza è più esatto di quella scientifica tranne che l'intuizione, e d'altra parte i principi sono più noti delle dimostrazioni, e poiché ogni conoscenza scientifica si costituisce argomentativamente, non vi può essere conoscenza scientifica dei principi, e poiché non vi può essere nulla di più vero della conoscenza scientifica tranne che l'intuizione, l'intuizione deve avere come oggetto i principi. Ciò risulta dall'indagine non solo a chi fa queste considerazioni, ma anche dal fatto che principio della dimostrazione non è una dimostrazione; di conseguenza *principio della conoscenza non è la conoscenza scientifica*. Allora, se non abbiamo alcun altro genere di conoscenza vera oltre alla scienza, *l'intuizione sarà principio della scienza*. L'intuizione allora può essere considerata *principio del principio*, mentre la scienza nel suo complesso sta nello stesso rapporto con la totalità delle cose che ha per oggetto”¹⁰.

Sempre dal punto di vista metodologico, riveste decisa importanza nella conoscenza dei principi primi del comportamento il metodo dialettico che muove dalla *communis opinio*: “la dialettica ragiona muovendo dagli *endoxa* (opinioni comunemente accolte); i suoi argomenti sono perfettamente validi e non violano alcuna legge della logica¹¹. Al contrario delle scienze, la dialettica non ha, però, sue proprie peculiari

⁸ Aristotele, *Analitici secondi*, 100b.

⁹ Cfr. W.D. Ross, *Aristotele*, trad. it., di A. Spinelli, rivista sulla quinta edizione da C. Martelli, Feltrinelli, Milano, 1982, p. 59.

¹⁰ Aristotele, *Analitici secondi*, II, 19, 100b.

¹¹ Aristotele, *Analitici secondi*, 177a, 26 ss.

premesse, non comporta conoscenza di alcuna particolare branca del sapere¹², non ha un suo particolare oggetto, ma discute qualsiasi problema¹³, usa le premesse che sembrano probabili “a tutti gli uomini, o alla maggior parte di essi o ai sapienti”¹⁴.

Non bisogna sottacere, inoltre, che, secondo l’illustre filosofo, nell’ambito etico, più che applicare principi, si risale ai principi riconducendo ad essi il caso concreto. In tale senso, le virtù etiche svolgono un ruolo importante nella individuazione dei principi, laddove la dialettica fornirebbe loro un quadro più coerente¹⁵.

Se nel campo delle scienze, la ragione intuitiva rappresenta il metodo che conduce alla verità, nel campo dell’etica, invece, il costume e il metodo dialettico conducono alla scoperta dei principi primi, il procedimento metodologico più tipico della Metafisica è quello del cosiddetto *élenchos*, che consiste in un particolare tipo di confutazione, che Aristotele illustra nel libro IV, a proposito del principio di non contraddizione.

Il principio di non contraddizione, in quanto principio primo, non può dimostrarsi. Il principio di non contraddizione, che cogliamo perché immediatamente evidente, può tuttavia essere dimostrato tramite la confutazione di chi pretende di negarlo.

Il “procedimento elenchico” consiste, dunque, nella dimostrazione della contraddittorietà in cui cade chi nega il principio stesso: chi nega il principio di non contraddizione, si contraddice, proprio perché nel momento in cui lo nega, ne fa uso¹⁶.

Dall’esplicazione di tale metodo emerge come le supreme verità irrinunciabili, che coinciderebbero in ultima istanza con i principi primi, siano quelle che, nel momento in cui uno le nega, è costretto a farne surrettizio uso, proprio per negarle, e dunque, le riafferma negandole.

Giovanni Reale sul punto dirà, interpretando il pensiero di Aristotele, che è questo ‘l’agguato che tendono le verità metafisiche cui l’uomo non può sfuggire’: esse si riaffermano con prepotenza, nel momento stesso in cui si cerca di negarle¹⁷.

¹² Aristotele, *Analitici secondi*, 77a, 26 ss.

¹³ Aristotele, *Analitici secondi*, 77a, 31.

¹⁴ Aristotele, *Analitici secondi*, 77a, 32.

¹⁵ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1095a, 30-1095b.

¹⁶ G. Reale, *Introduzione alla Metafisica*, Editore Bompiani, 2013, XXXIII.

Il principio di contraddizione, principio primo indimostrabile, apre le porte al ‘teologico’, ad una realtà metafisica, in quanto porta ad inferire l’esistenza del metafisico per le seguenti ragioni strutturali. La sfera del sensibile, consegnata al divenire, appare contraddittoria, aporetica (essere e non essere si mescolano nel divenire), ed effettivamente lo sarebbe se essa fosse l’assoluto: pertanto, l’introduzione di un essere non soggetto al divenire si impone, per togliere quella contraddizione.

Ora, illustrato, seppur per brevi cenni il concetto di principio in Aristotele, occorre sottolineare come entrambi le matrici aristoteliche – sia quella dei principi della scienza che quella dei principi dell’agire – siano confluite nella nozione di ‘principio generale del diritto’ attraverso due strade maestre: il diritto romano e la riflessione etica e metaetica sul diritto naturale¹⁸.

Di questo si darà conto nei successivi paragrafi.

1.1.2 I PRINCIPI GENERALI QUALI *REGULAE IURIS* NEL DIRITTO ROMANO

Vediamo dunque concretamente se o quali enunciazioni dei giuristi romani giunte fino a noi possano apparire vicine al tema dei principi.

Il primo passo a venire in considerazione è il famoso brano di Ulpiano, che enuncia i tre *iuris praecepta*: Ulp.1 reg. D. 1, 1, 10, 2 *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. Il suo contenuto è “evidentemente etico-sociale, anziché specificamente giuridico”¹⁹; ciò si avverte, non solo nel suo primo elemento (*honeste vivere*) ma anche negli altri due, dato che anch’essi, invece di specificare quando vi sia un *laedere* giuridicamente rilevante quale fonte di conseguenze giuridiche, e in che cosa consista il *suum* da assegnarsi a ciascuno rinviano ad una nozione etico-sociale di *laedere* e di *suum*²⁰.

¹⁷ G. Reale, *Introduzione alla Metafisica*, Editore Bompiani, 2013, XXXIII.

¹⁸ E. Pattaro, *Alle origini della nozione “principi generali del diritto”* in *Soggetto e Principi generali*, a cura di Maurizio Basciu, Giuffrè, Milano, 1987.

¹⁹ G. Pugliese, *I principi generali del diritto. L’esperienza romana fino a Diocleziano*, in *Atti dei convegni lincei*, Accademia nazionale dei lincei, Roma 27-29 maggio 1992, 73.

²⁰ M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Editori Laterza, Bari, 2010, 63-84.

Ma è possibile considerare tali *praecepta* anche come direttive rivolte ai *iuris conditores*, agli organi e alle persone (giuristi e giudici) che formano ed interpretano il diritto²¹.

Queste direttive corrispondono a “valori etici o etico-sociali, così ampi e generici da non essere assimilabili ai principi di diritto, perchè non sono desunti dall’insieme delle norme e dei precetti vigenti, né si trovano formulati in qualche testo normativo fondamentale, costituzionale o no, bensì provengono dall’etica ossia dall'esterno del diritto”²². Restringendo dunque l'analisi alla teoria e concettualizzazione di tali principi, intesi come vincoli “precedenti” all'agire pubblico, a Roma vigeva infatti, in maniera del tutto singolare, il predominio, più ancora della legge (come era in Grecia) di una rete di valori etico-politici; *le virtutes* che riguardavano qualità astratte o personali, comportamenti, impegno reciproco, lo stesso rango sociale, con l'autorità e i doveri attinenti, e che erano teorizzate come principi di governo e parametro delle leggi (*virtus, honos, fides, sapientia, prudentia, gravitas, innocentia, probitas, iustitia, pietas, gloria, auctoritas, dignitas, humanitas, moderatio, liberalitas, ecc...*)²³.

Sono quelle “linee guida” di cui parla Schulz²⁴ che si sedimentano in un parametro valoriale, divenendo spesso strumento di prassi istituzionale e politica in un sistema di garanzie giuridiche.

Sono tali valori che, secondo quanto dice Cicerone all'inizio del *de Republica*, una volta elaborati dai filosofi, hanno la realizzazione nella pratica politica; da essi derivano le vere leggi, il diritto : “Non basta possedere la virtù come arte senza metterla in pratica. Essa consiste proprio nella sua applicazione e l'applicazione si esercita specialmente nel governo della *civitas* [...] da dove altro potrebbe derivare la *pietas* o da chi la *religio*? da dove il diritto delle genti e quello che chiamiamo civile? da dove la giustizia, la *fides*, l'equità? da dove il pudore, la continenza, la repulsione del male, il desiderio di gloria e purezza? [...] Certamente da coloro che questi principi,

²¹ P.Cerami-G.Purpura, *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, 117 s.

²² G.Pugliese, 1992, 74.

²³ M.Pani, 2010, 172.

²⁴ F.Schulz, *Prinzipien*, Berlin, 1934, 91s.

delineati dalla teoria, li seppero alcuni confermare con i costumi, altri anche sancire nelle leggi”.

Queste proposizioni richiamano ciò che scrive Gustavo Zagrebelsky a proposito di “quanto vi è prima del diritto [...], cioè le idee generali, la mentalità, i metodi, le aspettative, le strutture di pensiero”, anche se egli poi respinge l'accostamento del “diritto per principi” al diritto di natura, come è invece nella impostazione che Cicerone dà dell'esperienza romana²⁵.

Concezione che è spiegata clamorosamente nel *De legibus* (1, 42): “Uno solo è il diritto dal quale è stretta insieme la società umana e una sola la legge che ne è il fondamento [...] Che se la giustizia consistesse nell'ottemperanza alle leggi scritte e agli istituti dei popoli e se [...] tutto dovesse misurarsi in base all'utilità, ignorerà le leggi e le infrangerà, se potrà, chiunque penserà che possa tornargli utile. [...] E se non fosse la natura a conformare il diritto, tutti i valori [virtutes] sarebbero eliminati: dove mai la generosità, dove l'amor patrio, dove la religiosità, dove il ben meritare dell'altro e rendere grazie [...]”.

Passando ad un campo più limitato, ma più concreto, si può constatare che i Romani, prospettandosi i problemi di particolari disposizioni o soluzioni suggerite dall'opportunità di proteggere determinati interessi hanno avuto la coscienza dell'esistenza nel diritto di qualcosa che oltrepassa le singole norme e i singoli precetti. Opposte a questo qualcosa sono appunto le disposizioni o soluzioni giuridiche aventi di mira la protezione di particolari interessi e costituenti un'eccezione. Esse, almeno da Giavoleno (I-II d.C) in poi, sono complessivamente indicate come *ius singulare*. “Si fa così l'esempio del *postliminium*, che era la regola singolare derogatoria del principio del *ius gentium*, in base alla quale il prigioniero di guerra, divenuto schiavo, perdeva ogni suo diritto; la regola non valeva però per i cittadini romani i quali, se riuscivano a fuggire al nemico o comunque a sottrarsi allo stato di schiavitù, ritornavano ad essere titolari dei loro diritti”²⁶. Ma è nel nome di “regula”, che il concetto di principio di ascendenza aristotelica, prende corpo attraverso la scienza giuridica romana.

²⁵ M.Pani, 2010, 172.

²⁶ G.Pugliese, 1992, 75.

Fu il giurista Labeone (nato nel 45 a.C) che per primo usò il termine “*regula*” (traduzione del greco *kanon*) con significato normativo in diritto, riferendosi appunto ad una “*definitio*” e traendo dai grammatici l'uso normativo del termine “*regula*”, cioè il concetto di “*regula*” come principio normativo²⁷. Dalla *regula* non si desunse il diritto da applicare nei singoli casi, ma dal diritto effettivamente applicato si ricavava la formulazione della *regula*.²⁸ Il giurista Paolo (II-III sec. d.C) infatti sosteneva che la *regula* descrivesse brevemente il diritto vigente: mediante la *regula* si tramandava una breve descrizione (del diritto vigente applicato al fatto), che era, come diceva Sabino (I sec. d.C) , qualcosa di simile a una *causae coniectio*, ossia ad un'enunciazione sintetica di tale diritto²⁹. Forse Sabino adombrava l'origine della nozione di *regula* (e quindi il significato originario di questo termine nel campo giuridico): un'origine “scientifica” consistente nell'osservazione di una data regolarità nelle soluzioni giuridiche di casi omogenei e nell'esposizione della soluzione tipo, desunta dalla constatata regolarità, in modo sintetico e facente astrazione dalle peculiarità dei singoli casi³⁰. Ne derivò una formula, che dapprima, si limitava a descrivere il diritto, quale veniva applicato con regolarità nei casi suddetti, ma che col tempo assunse una portata normativa o prescrittiva³¹.

Quest'operazione venne ripetuta parecchie volte relativamente a molte categorie di casi omogenei, e si costituì così una trama di *regulae*, che tanto le Istituzioni di Gaio quanto il Digesto e le altre compilazioni mostrano.

Con i primi imperatori infatti che autorizzavano i giuristi di loro fiducia a raccogliere i *responsa*, compaiono i primi libri che raccolgono *regulae*: i libri *regularum*, scritti da giureconsulti membri del *consilium principis*, e destinati ai funzionari inferiori della burocrazia imperiale. Il *princeps* -in origine saltuariamente, poi in modo stabile con Adriano (117-138 d.C) -si avvalese di un corpo consultivo (*consilium principis*) cui furono chiamati i maggiori giureconsulti. Il *consilium*

²⁷ E. Pattaro, *Alle origini della nozione “ Principi generali del diritto”*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, a cura di Maurizio Basciu, Giuffrè, Milano, 1987, 39.

²⁸ M.Bretone, *Storia del diritto romano*, Editori Laterza, Bari, 2001, 303-308.

²⁹ P.Stein, *Regulae iuris, From juristic rules to legal maxims*, At the university press, Edinburgh, 1966, 67 s.

³⁰ P.Stein, 1966, 103.

³¹ P.Stein, 1966, 96.

principis, infatti, costituì un supporto istituzionale al carattere normativo delle *regulae iuris*.

Tali *regulae* poi estesero la loro portata -già generale entro determinati ambiti del diritto (ad esempio, la *regula* Catoniana in materia di legati)- a tutto il diritto, divenendo vere e proprie massime, del tipo “*iuris ignorantia nocet*”³².

La massima era la trasformazione di una regola in un principio di ampio tenore, che però, per essere applicato, richiedeva di essere circostanziato. Nel definire la massima, cioè il principio generale, i giuristi romani assumevano quindi le debite cautele: ad es., quando si enunciava la massima *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, vi aggiungevano *quod vulgo respondetur, quod scriptum est, quod praeceptum est*³³.

Si delineava così o la differenziazione tra regola e massima oppure l'inglobamento della massima nella categoria delle regole, e per distinguerle dalle altre, le massime erano qualificate come *regulae generales* : così Paolo in D. 22, 3, 25, 2³⁴. Paolo si riferiva ad una citazione di Sabino, ma anche Cicerone usava l'espressione *regula*; praticamente si deve pensare che, registrando l'applicazione di medesime soluzioni giuridiche con regolarità rispetto a casi simili, i giuristi romani furono indotti a credere che quelle soluzioni erano espressione di una “regola” di natura generale. “Ne derivò una formula secondo cui il diritto non doveva essere tratto da enunciazioni astratte, ma dalla concretezza dei casi. Tuttavia, nel ripetersi della applicazione di regole, si sviluppava la convinzione che si potesse descrivere il diritto secondo enunciazioni generali”³⁵.

Ma come già si è notato, accanto a queste regole, nel complesso dell'ordinamento romano, si devono collocare principi di natura etico-sociale, che valgono come criteri interpretativi e provengono dall'esterno del diritto, in massima dall'etica, dalla religione, dalle ideologie socio-politiche. A parte i tre *iuris praecepta*, vengono in rilievo le direttive ispirate ad alcuni valori-cardine su cui lo *ius romano* si

³² E.Pattaro, 1987, 41.

³³ P.Stein, 1966, 106.

³⁴ P.Stein, 1966, 107.

³⁵ G.Pugliese, 1992, 79.

fondava e che fornirono un'intelaiatura solida e stabile al diritto consuetudinario e giurisprudenziale³⁶.

Quando Ulpiano scrive, infatti, nelle battute d'avvio dei libri *Regularum*, che “la giurisprudenza era la conoscenza di tutte le cose divine ed umane, la conoscenza del giusto e dell'ingiusto” siamo messi esattamente di fronte alla volontà di “imporre ai giuristi un nuovo rapporto con l'etica, di rinnovare la connessione inseguita da Cicerone per legittimare il dominio mediterraneo di Roma, e da allora sempre sostanzialmente rifiutata da una giurisprudenza appagata del suo isolamento e della potenza formale dei propri apparati”.³⁷In altri termini la scienza giuridica, già a partire da Papiniano (II sec.d.C), appariva non più soltanto la depositaria di una conoscenza specialistica, ma come un sapere in grado di riassumere la cognizione e il significato totale della civiltà (“*divinarum atque humanarum rerum notitia*”), e di offrire una dottrina della giustizia (“*iusti...scientia*”), in cui la tecnica giuridica, diventata ormai impegno morale, si potesse trasformare in canone universale dell'agire, in ricerca di un ordine giusto, sospeso tra innatismo e metafisica.

Ma la necessità di un fondamento etico-sostanziale del diritto non è stato il prodotto tipico dell'età severiana, ma il naturale sviluppo di una commistione, che interviene tra abiti tradizionali mentali romani, legati alla prassi dei *mores maiorum* e l'idea di diritto di natura, mutuata dal mondo ellenistico.

In effetti, nella tarda repubblica troviamo connessa alla legge di natura tutto l'apparato costituzionale romano, principi ed ordinamento: i valori appunto e *i boni mores*, che legati alla ritualità magico-religiosa, davano il modello di comportamento (l'*institutum vitae*). E' proprio questa connessione che fonda lo sviluppo concettuale dell'idea costituzionalistica a Roma, vista come *precedente lo Stato*, quale ci rappresenta Cicerone in maniera sapienziale.

Aldo Schiavone ritrova infatti la radice storica-filosofica della formula “*iura divina humanaque*”, che racchiude per gli autori dell'alto principato l'essenza stessa della *civitas*, il suo sano ordinamento, i suoi valori, nella distinzione tra *natura e institutum* operata da Cicerone nella *Topica*, laddove l'autore definisce il concetto di

³⁶ P.Cerami-A.Corbino-A.Metro-G.Purpura, *Roma e il diritto*, Jovene editore, Napoli, 2010, 178.

aequitas, che interviene quando si parla del giusto e dell'ingiusto; nasce quindi una ripartizione tra *natura ed institutum* (diritto civile): la prima riguarda “l’attribuire a ciascuno il suo e il ristabilire il diritto”, il secondo riguarda la legislazione, l'accordo, la consuetudine del *mos*”. “Sono questi” sostiene Schiavone “gli incunaboli del giusnaturalismo [...] ed insieme transustanzione del diritto della città elevato, attraverso la sua base proprietaria a principio universale di giustizia [...] la regola del mondo poteva ben essere una regola romana”³⁸.

Ora bisogna chiedersi se questa elaborazione concettuale, postulante la necessità di principi normativi precedenti trovasse riscontro effettivo nella tecnica giuridica a Roma.

Da un particolare del formulario legislativo - la *sanctio* che accompagnava o avrebbe dovuto accompagnare, tutte le leggi - vi è la possibilità di vedere, come la tutela di principi e norme, considerati superiori ed intangibili da parte del potere legislativo fosse idea presente nella prassi dei meccanismi istituzionali tradizionali: ci si riferisce a quella *sanctio* che disponeva fossero considerati nulli quei punti della proposta di legge che contravenissero a uno di quei principi o di quelle norme³⁹.

Tuttavia era un’idea che, contrastava in realtà con un’altra, pure fondamentale, nell’ordinamento romano, relativa al sempre vivo e preminente potere “costituente” del popolo, per cui una legge nuova annullava la precedente. “Più in generale non è un caso che tutti i tentativi volti a fissare nella *sanctio legis* la inderogabilità o la non abrogabilità di un precetto legislativo siano caduti nel vuoto e abbiano avuto solo il valore di un impegno politico”⁴⁰.

Ogni norma, ogni principio, dopo il riconoscimento contenuto nelle Dodici Tavole dello strumento legislativo come fonte di *ius*, poteva dunque essere abrogato: ciò conferma, secondo Valditara, la natura prettamente politica dei principi fondamentali.

Lo stesso principio repubblicano, estrinsecazione formale del valore della *libertas*, sempre con una legge, venne più volte derogato: si pensi alla vicenda decemvirale, che comportò come scrisse Livio (Liv. 3.33.1) un mutamento della *forma*

³⁷ A.Schiavone, *Ius, L’invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005, 390-391.

³⁸ M. Pani, 2010, 156.

³⁹ M.Pani, 2010, 173.

civitatis, o alla stessa vicenda sillana che portò ad una dittatura sempre in virtù di un provvedimento legislativo⁴¹.

Se dunque nell'intera complessità dell'ordinamento romano non vi erano principi immodificabili per via legislativa non vi era neppure un organo che fosse riconosciuto competente ad annullare le leggi in contrasto con i principi fondamentali⁴².

Si possono ritrovare elementi di verifica di corrispondenza ai principi/valori fondamentali nelle funzioni dei censori; in quelle dei tribuni della plebe con il “potere negativo” del veto; quindi nel Senato o nei comizi quando giudicano sul buon diritto di una legge, con la potestà di annullarla; e soprattutto nei collegi degli auguri, con il diritto degli auspici.

Ma, a parte questi strumenti di intervento istituzionale, il rifiuto di un potere o di una legislazione considerati contro i principi\valori e lesivi dei diritti a Roma resta in effetti, essenzialmente sul piano etico, e si traduce e risolve, di fatto sul piano politico, più che su quello giudiziario⁴³.

Una formula complessiva che racchiude tale livello di verifica/sindacato e che avrà fortuna si concentra sui *iura divina humanaque*, che saranno, come detto, collegati al diritto di natura e che il politico, il legislatore, il giurista si deve far carico di difendere.

Proseguendo poi lungo la linea retta temporale, la nozione di “*regula*” così tratteggiata nella tradizione del diritto romano, passa nel Medioevo attraverso l'opera dei glossatori assumendo il significato precipuo di “norma giuridica”, nella forma espressiva del brocardo.

I glossatori associano in senso moderno alla nozione di “regola” l'idea di “norma giuridica”; e l'uso delle regole espresse in forma di brocardo è così frequente da assolvere per i giuristi lo stesso ruolo dei luoghi comuni (*loci*) per gli studiosi di retorica.

⁴⁰ G.Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, Rubbettino editore, Catanzaro, 2008, 502.

⁴¹ G.Valditara, 2008, 502s.

⁴² G.Valditara, 2008, 502 s.

⁴³ M.Pani, 2010, 174.

Nella ricostruzione di Stein, la regola si tramuta attraverso l'opera dei glossatori nell'enunciato che risolve un caso e tutti i casi simili a questo; diventa la soluzione di tutti i casi in cui si può rintracciare la medesima *ratio*⁴⁴.

Azzone distingue tra *definitio* e *regula*: la prima è il procedimento con cui si forma la regola, la seconda è il risultato di quel procedimento⁴⁵.

1.1.3 I PRINCIPI GENERALI E LA NATURALIS RATIO

L'epilogo della storia meno recente riguardante la ricostruzione dei principi generali si chiude con i giusnaturalisti e i razionalisti. Essi tendono a staccarsi dal diritto romano e ad applicare le massime che rispondano ai dettami della ragione.

L'idea della ragione umana come fonte creatrice del diritto naturale ed il conseguente derivare da questo del diritto positivo, insieme alla progressiva distinzione del diritto dalla morale, rappresentano gli elementi base della secolarizzazione del diritto compiuta dai giusnaturalisti tra il Seicento ed il Settecento.

La 'legge umana positiva'-diceva San Tommaso d'Aquino e prima Sant'Agostino- doveva ispirarsi alla legge naturale, che è quella che svela agli uomini l'ordine voluto da Dio nella legge eterna. Tale concezione del diritto naturale perdurò (anche se in diverse accezioni, a seconda delle distinte correnti filosofiche) fino all'avvento del secolo XVIII, momento in cui il pensiero razionalista sostituì il fondamento del diritto di Dio con la ragione. Il diritto naturale era allora concepito come quelle verità prime che, solo attraverso un processo intellettuale, avrebbero potuto arrivare ad essere conosciute. Fino al secolo XIX, pertanto, il diritto si fonda su un diritto ideale, composto da un insieme di verità, eterne e immutabili, sia che si consideri che derivavano dalla legge eterna sia che fossero un prodotto intellettuale⁴⁶.

La trascendenza giuridica di queste differenti concezioni filosofiche era qualcosa di consustanziale all'essenza stessa del diritto, e a quella dei principi

⁴⁴ Stein, *Regulae juris*, Cambridge, 1966, 142.

⁴⁵ Stein, 1966, 143.

⁴⁶ Si veda Larenz, *Derecho justo. Fundamento de ética jurídica*. Trad.L.Diez-Pizazo, Civitas, 1985, p.23.

generali del diritto. Un'idea che si sedimenta nella concezione del diritto, e che ne condiziona l'applicazione pratica.

II. PRINCIPI E NORME NELLA PROSPETTIVA ERMENEUTICA

1.2.1. INTRODUZIONE METODOLOGICA

Nel 1966 Norberto Bobbio, dopo aver passato in rassegna gli ambiti di vigenza dei principi generali del diritto⁴⁷, conclude affermando che la discussione intorno ai principi generali del diritto non è mai stata attuale e piena di promesse (non ancora mantenute) come oggi.

Le ragioni di tale rinnovato interesse possono ricondursi, secondo Norberto Bobbio, ad una duplicità di considerazioni, che meritano di essere menzionate. In primo luogo, per la notevole incidenza che il tema dei principi generali sta assumendo nella “coscienza giuridica universale”, così tramutandosi in un “capitolo fondamentale della teoria generale del diritto”. Ed in secondo luogo e, tale è la ragione che qui più interessa, la constatazione di una crescente *“rivalutazione del ricorso ai principi in una cultura giuridica sempre più sensibile all’opera creativa del giudice e in seguito all’accresciuta consapevolezza dell’uso non infrequente e determinante degli stessi principi nell’attività processuale, specie nell’ambito della giustizia costituzionale e amministrativa”*.

⁴⁷ In particolare Norberto Bobbio individua il campo “originario” dei principi generali nel diritto privato, laddove questi dispiegano la funzione di ‘rimedio all’incompletezza dell’ordinamento giuridico. In particolare, egli ricorda come il legislatore del 1936, nella redazione del Codice civile abbia adottato l’insolita e poco perspicua espressione “principi generali dell’ordinamento giuridico dello stato” (art. 12 Disp. Gen.), inteso il termine “ordinamento”, secondo la spiegazione contenuta nella *Relazione* come “comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell’orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano comune, ecc.)”. Inoltre, a parere dell’autore, l’indagine sui principi conosce una fase più intensa quando l’art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale (1920) enumera tra le fonti cui la Corte avrebbe potuto fare riferimento per risolvere una controversia, oltre i trattati internazionali e la consuetudine internazionale, al terzo posto i “principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni civili”. Infine, Bobbio osserva come lo studio di tali principi si sia esteso anche alla sfera del diritto pubblico, laddove “è stata richiamata l’attenzione sui principi generali o fondamentali della nostra Costituzione, e sulla loro efficacia interpretativa, in connessione con l’individuazione delle cosiddette norme programmatiche” in Norberto Bobbio, *Principi generali di diritto, in Noviss. Dig. It., volo. XIII*, Torino, 1966.

Orbene, prima di ridurre la lente prospettiva all'«*uso processuale*» dei principi, dopo averne indagato la radice storico-filosofica, occorre porre mano alle principali linee problematiche che si presentano nel dibattito dottrinale sui principi generali del diritto. Seguendo la prospettiva introdotta da Bobbio, possiamo rilevare tre questioni fondamentali che riguardano la *natura, l'origine e la validità* dei principi generali di diritto, questioni che possono concretizzarsi in tre domande specifiche, le quali fungeranno da criteri di orientamento nella sistematizzazione sintetica della notevole mole di dottrina presente sul tema:

- 1- I principi generali possono ricondursi alle *norme giuridiche*?
- 2- Qual è la loro fonte? *Interna* od *esterna* al sistema?
- 3- Qual è il *fondamento della loro validità* tra le altre norme del sistema?

Al fine di rispondere a tali domande, si seguirà una traiettoria storica che evidenzia la faticosa e complessa evoluzione del concetto giuridico di principio, dall'epoca delle prime codificazioni fino all'avvento della Costituzione.

1.2.2. LA TEORIA POSITIVISTA

Il secolo XIX influenzato dal pregnante lascito del pensiero illuminista e percorso dall'affanno codificatore dei rivoluzionari francesi fu caratterizzato dalla pretesa di ridurre il diritto ad un complesso sistema di norme positive, chiuso verso l'esterno ed impenetrabile a qualsiasi valore di giustizia materiale, che solo il legislatore, in quanto portavoce della volontà del popolo, secondo la concezione roussoniana, poteva e doveva implementare: un diritto egualitario, antiparticularistico, basato su principi universali, un diritto enucleato e messo in chiaro dalla ragione.

La concezione positiva sostiene che i principi generali del diritto equivalgono a quei principi che informano il diritto positivo e ne costituiscono il

fondamento⁴⁸. Tali principi, in quanto coincidenti con i criteri che hanno guidato il legislatore nell'opera di positivizzazione del diritto stesso e delle sue regole particolari, si deducono per via di successive generalizzazioni dal diritto positivo e dalle sue norme particolari⁴⁹. Il loro valore non si fonda su un ideale di ragione naturale, quanto sulle potenzialità derivate dalla stessa legge⁵⁰.

I principi generali del diritto sono verbalizzati, incontrastati, non si bilanciano, sono reperibili nel sistema delle normali fonti di un dato ordinamento positivo.

H. Kelsen nella *Teoria Generale delle Norme* definisce principi del diritto “i principi della morale, della politica o del costume solo nella misura in cui essi influiscono sulla produzione di norme giuridiche da parte delle competenti autorità giuridiche. Essi conservano però il loro carattere di principi della morale, della politica e del costume e devono essere nettamente distinti dalle norme giuridiche, il cui contenuto è conforme ad essi”. Il fatto che vengano definiti principi “giuridici” non significa, che essi siano diritto, che abbiano carattere di diritto. La natura stessa dei principi li rende un corpo estraneo al Diritto⁵¹. La teoria positivista e la rigida separazione tra diritto e morale che la presuppone impongono a Kelsen di considerare diritto positivo soltanto determinate norme, statuenti specifici atti coercitivi, che vengono prodotte in un modo determinato dal diritto stesso.

I principi della morale, della politica e del costume vanno, così, ricondotti insieme ad altri fattori che ugualmente influenzano la produzione del diritto alle

⁴⁸ “Vissuto il nuovo diritto come diritto della ragione, il principio generale è il diritto stesso” in R. Sacco, *I principi generali del diritto*, Roma, Accademia dei Lincei, 1992, p.165.

⁴⁹ La posizione storicista-positivista identificava nell'interpretazione quell'attività finalizzata alla ricerca dell'intenzione del legislatore-persona, ossia dell'organo che, concretamente, aveva posto in essere la norma. In particolare si veda, innanzitutto Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung*, p.163; Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 18 e 103 ss, il quale sostiene che l'“interpretazione vera è quella soggettiva, che consiste nella ricerca del senso attribuito alla persona dichiarazione normativa dal “suo autore-persona fisica”.

⁵⁰ Nelle parole di Atienza: “ Para los iuspositivistas las afirmaciones básicas serían 1) Que el Derecho es, simplemente, el Derecho positivo, entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes, en quanto fenómenos sociales y variables históricamente. 2) Que, en consecuencia, la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia” in *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, pag. 42-43.

⁵¹ In tal senso, Kelsen si discosta dalla posizione di Esser per cui i principi influenzando la produzione di norme giuridiche si “positivizzano”, divenendo *elementi costitutivi* del diritto positivo.

motivazioni del legislatore, “motivazioni che non sono vincolanti” dal punto di vista del diritto positivo.

Kelsen ritrova la ragione prima della distinzione tra principio e norma giuridica non solo in una esigenza di economia concettuale quanto nella imprescindibile necessità di distinguere il diritto dalla morale. Necessità che deve rimanere ferma perché la scienza giuridica non travalichi la sua funzione ultima, che è quella di descrizione del diritto positivo⁵². Il diritto è un sistema normativo, un complesso di norme completo, senza lacune, che basta a se stesso, in modo che non ci sono principi se non quelli positivizzati nelle proprie norme: non c'è diritto al di fuori della norma positiva. Ammettere il contrario significherebbe negare la concezione scientifica del diritto e cadere in un soggettivismo senza rigore, diluire il Diritto nella morale e nella sociologia⁵³.

1.2.3. LO SVILUPPO DELL'ERMENEUTICA CON ESSER

La revisione critica della dottrina positivista segue un'evoluzione che può sintetizzarsi brevemente. Presto si avverte che la tipicità legislativa non può esaurire la variabile ed inesauribile ricchezza di situazioni capaci di presentarsi nella vita sociale, il cui continuo mutamento non si può arrestare. Tuttavia, tale constatazione si indirizza verso un “artificioso sforzo” di salvare le basi della teoria fondamentale⁵⁴: le “lacune della legge” si integrano mediante un processo deduttivo a partire dalle norme positive,

⁵² Kelsen, in particolare afferma che “Se il concetto di norma giuridica non è distinto chiaramente dal concetto di principio giuridico, il confine tra diritto positivo da un lato e morale, politica e costume dall'altro viene cancellato, cosa che può sembrare auspicabile solo a quei rappresentanti della scienza giuridica, i quali considerano loro compito non tanto conoscere e descrivere obiettivamente il diritto positivo quanto piuttosto giustificarne o metterne in discussione sul piano politico-morale la validità, operando così una valutazione estremamente soggettiva del diritto sotto la bandiera dell'oggettiva conoscenza giuridica”, in *Teoria Generale delle Norme*, a cura di Mario G. Losano, Einaudi, 1985, pag. 185.

⁵³ M. Aragón in *Constitution y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pag. 70 critica la posizione normativista di Kelsen sostenendo che: “ocurre que la realidad del Derecho no se corresponde exactamente con esa concepción normativista, asentada, en el fondo, en un voluntarismo de la logica o, como se ha dicho sagazmente, en un “romanticismo cartesiano”. De ahí que parezca muy difícil negar que el Derecho es algo más que las normas y ese algo más son los principios tantos parciales (o sectoriales) como generales. Que esto esto es así no requiere que yo ahora lo pruebe aquí, pues se encuentra claramente admitido por la doctrina (española y extranjera) y me basta remitirme, por ejemplo, a esa obra admirable de E. Garcia de Enterría titulada *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*”.

mediante la cosiddetta “espansione logica” delle norme singolari, senza ricorrere a nessun principio di giustizia materiale, al fine di non rompere l’unità e l’omogeneità del sistema: è il *dogma della completezza* dell’ordinamento nell’espressione di Donati⁵⁵, della *Lückenlosigkeit* o dell’*“assenza di lacune”*, della *logiche Geschlossenheit* o sistema logicamente serrato dell’ordinamento positivo⁵⁶.

Tuttavia, si trattava di una finzione giuridica che, nel tentativo di salvare la statalizzazione totale del diritto, aprì una poderosa breccia nell’assunto del Diritto come “volontà del legislatore”, dal momento che tale identificazione implicava lasciare fuori tutto il sistema delle fonti sussidiarie deputate ad applicarsi nel caso di assenza o mancanza di tale volontà. A partire da tale momento, i principi generali acquisiscono una speciale rilevanza fondata nell’insufficienza della legge di risolvere quei casi pratici che non incontravano una soluzione nella stretta positività del diritto: la loro funzione di fonte sussidiaria risulta un fattore imprescindibile per garantire la coerenza e la completezza dell’ordinamento.

L’inevitabile conclusione dell’incapacità della legalità a trascendere i suoi confini per offrire una coscienza completa della realtà condusse ad un abbandono del positivismo legalista, e sotto la spinta di una corrente che Larenz chiamò giusfilosofica⁵⁷, si risolse nell’introduzione nel Diritto di considerazioni di valori e dati

⁵⁴ Garcia de Enterría, 1984, 18.

⁵⁵ Donati, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

⁵⁶ Engisch, *Der Begriff der Rechtslücke*, en *Festschrift für W. Sauer*, Berlin, 1949, pag. 85 e 96; Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducido por E. Gimbernat. Edit. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 27 e ss. Al fine di comprendere tale cambiamento nella concezione del diritto occorre considerare la diffusione di una corrente filosofica di derivazione positivista che pretendeva mutuare le categorie scientifiche al Diritto, attraverso il tramite del metodo scientifico delle scienze naturali: ad eccezione della logica e della matematica, una conoscenza esatta e, quindi scientifica, fondata sui fatti, non può che escludere l’ammissibilità di qualsiasi proposizione giuridica prepositiva. Intorno a tale corrente filosofica dilagarono diverse concezioni del diritto: la giurisprudenza dei concetti di Ihering, per cui il fondamento del diritto si può ritrovare solo deducendo dalle norme positive i concetti fondamentali; metodo che tuttavia lo stesso autore abbandonò successivamente per abbracciare una concezione più pragmatica del diritto per cui lo stesso si identificava con “la forma della garanzia delle condizioni della vita della società attraverso lo strumento del potere coattivo dello Stato”: Ihering, *El fin del Derecho*, edit. Heliasta, Buenos Aires, p. 213. Si era fatta, altresì strada la teoria del carattere storiografico dell’attività interpretativa; fra gli altri cfr. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo*, in *Cassazione*, Padova, 1937, p. 111 ss; Gorla, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 18 e 103 che ricalca fortemente le posizioni crociane. “Interpretare significa ricercare il senso e il valore della norma per misurarne la precisa estensione e valutarne la efficienza sui rapporti giuridici”, così De Ruggiero, *Istituzioni di diritto privato*, Messina-Milano, 1934, p. 64 ss.

⁵⁷ Così Larenz in *Metodología*, pag. 159.

pre-positivi la cui conoscenza risultava imprescindibile al fine di raggiungere un'effettiva comprensione, e quindi, regolazione della complessità sociale⁵⁸. Lo stesso Larenz definisce il diritto come “l'ordine della convivenza umana sotto l'esigenza della giustizia che in ogni momento si rende vincolante in una determinata comunità giuridica”⁵⁹.

Da qui, l'implacabile critica di Geny in Francia che dimostra la necessità che l'interprete maneggi dati e criteri prepositivi al fine di procedere all'esame di dati positivi⁶⁰, e la susseguente considerazione promossa dalla dottrina tedesca per cui la legge “suole essere più intelligente del legislatore”⁶¹, e l'interprete deve attingere non ad una *voluntas legislatoris* pietrificata ma ad una viva *voluntas legis*, incarnata nelle istituzioni, e per ciò stesso soggetta ad un'interpretazione evolutiva⁶².

La legge, quindi, proprio in funzione della vivacità di tale *voluntas legis*, viene assunta a qualcosa di più sostanziale e profondo, “capace di sottomettere e relativizzare ciò che non è più che una semplice sua manifestazione o formalizzazione”⁶³. Ed è in tale momento che i principi generali del diritto assurgono alla funzione essenziale di tradurre la legge in vita giuridica effettiva. Così crolla il dogma della posizione del giudice come *bouche qui prononce les paroles de la loi*: Geny in Francia, Pound e Cardozo nel mondo anglosassone⁶⁴ ed Esser nel mondo tedesco, tra altri, misero in rilievo come, in tutta l'attività giudiziaria, si riproduce in

⁵⁸ Tale discorso filosofico, di derivazione postkantiana, si fonda sull'opera della Scuola di Baden, e ruota intorno al pensiero di Windelband, del suo discepolo Rickert, di Scheler e Hartmann.

⁵⁹ Così Larenz in *Metodología*, pag. 159.

⁶⁰ Geny, *Methode d'interpretation et sources en Droit privé positif*, París, 1899. R. Sacco riferisce come il grande giurista francese Geny convincerà la principale dottrina francese che “la fedeltà ai principi di Montesquieu non deve accecarci, e non deve farci misconoscere gli apporti che l'interprete deve dare, e dà, alla creazione del diritto” in *I principi generali del diritto*, Roma, Accademia dei Lincei, 1992.

⁶¹ Nella forma “Das Gesetz kann einsichtiger sein als Gesetzgeber” in Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosh, Barcelona, 1961, p. 257 e ss.

⁶² Santi Romano, *Interpretazione evolutiva* in *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1946, pag. 119. In particolare, Santi Romano, richiamando le teorie filosofiche di Croce e di Gentile, che ponevano in rilievo il cosiddetto carattere astratto della volontà della legge, necessitante di una sua concretizzazione, che non può che avere un momento valutativo e quindi etico, identifica i principi generali o meglio fondamentali in quei ‘principi che non sono né formalmente dichiarati dal diritto scritto né impliciti in esso, ma si desumono dalla struttura essenziale delle istituzioni in cui si concretano e, si potrebbe anche dire dalla loro stessa esistenza’, *Ibidem*, pag. 66.

⁶³ Garcia de Enterría, 1984, 18.

⁶⁴ Pound, *An introduction to the Philosophy of Law*, 1948, 48 e ss., e Cardozo, *The nature of judicial process*, New Haven, 1921.

maggiore o minore misura, il processo di creazione o produzione del Diritto, dal momento che l'interpretazione include di per sé un nucleo valutativo, e ogni decisione giudiziale è una decisione originaria sull'ordine giuridico⁶⁵.

I principi generali del diritto divengono, per Esser, “gli organi respiratori del diritto”,⁶⁶ la valvola di apertura che permette al giudice, ossia all'interprete del diritto, di attribuire un significato agli istituti e di garantire il loro sviluppo nell'ordinamento⁶⁷.

⁶⁵ Esser, *op.cit.*, pag. 23 e 150 e ss: “l'elaborazione giudiziale della legge non si riduce ad una semplice appendice della legge o ad una protesi occulta delle sue imperfezioni, ma ad una parte funzionalmente normale e necessaria della creazione necessaria di concetti giuridici”. A tal riguardo, si segnala sul fronte della dottrina spagnola, la posizione di F. De Castro, il quale ispirandosi agli autori tedeschi, sottolinea come la funzione dei principi generali del diritto non possa ridursi ad una mera funzione suppletiva, ma trascenda quest'ultima per atteggiarsi in maniera triplice come “fondamento dell'ordine giuridico” (efficacia derogatoria o direttiva), “orientativa dell'interpretazione”, e “fonte nel caso di insufficienza della legge o della consuetudine” in *Derecho civil in Espana, reed. Facs., Madrid, 1984*. Su tale linea si dirige lo stesso Díez-Picazo quando fa notare che i principi generali, tra le molteplici funzioni, si distinguono per la loro funzione informatrice del sistema: carattere su cui si fonda, normalmente, la funzione interpretativa dal momento che, le leggi, proprio perché informate da quei principi, devono essere interpretate conformemente agli stessi in *Constitution y fuentes del Derecho* in la obra colectiva *La Constitution espanola y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, p. 190. Ed è in tale funzione informatrice che risiede la reale efficacia giuridica dei principi, che non è solo direttiva dell'ordinamento giuridico, ma invalidante e derogatoria: perché i principi, quando la norma si oppone agli stessi, possono originare “la condenacion del ordenamiento por antijuridico” dato che “no son los principios generales consecuencia de las disposiciones legales; por el contrario, al informar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de conjunto inorganico en unida juridica”... Sono, quindi, “la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho, y, también, la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica», e per cui, «informan todas las normas formuladas; las convierten de *flatus vocis* o de pintados signos en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado», determinando così «el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas» F. De Castro in DCE, cit. pag. 428.

⁶⁶ Esser, *Grundsatz*, pag. 150, li qualifica espressamente come la “finestra” del sistema: “wertprinzipien, die hier als “Fenster” in das Ordnungsschema des Gesetzes eingebaut sind”.

⁶⁷ Sull'interpretazione legale come “processo di attribuzione di senso” si veda Engisch, *Einführung*, cit., pag. 71, e Larenz, *Methodenlehre*, pag. 273. In particolare Larenz colloca tra i propugnatori della “teoria obiettiva dell'interpretazione” Binding, Wach e Koller per i quali “ciò che è giuridicamente rilevante non è il significato attribuito dall'autore ma un significato oggettivo, che occorre determinare indipendentemente da quello immanente nella lettera della legge”. In tal senso, questa parte della dottrina tedesca riconosce l'importanza dei principi generali del diritto, capaci di dare unità a tutto l'ordinamento giuridico: principi che si atteggianno non come concetti astratti ma come direttive, la cui conoscenza richiede un qualcosa di più che seguire un mero processo deduttivo concettuale. Infatti, per conoscere tali principi è necessario adempiere allo sforzo di “ricercare quelle situazioni di fatto a cui la legge voleva porre rimedio”. Si veda, altresì, Messineo “Interpretare è la ricerca e penetrazione del senso e della portata effettiva della norma (ossia della volontà della medesima), cioè l'attribuzione di un significato per misurarne la possibilità di applicazione al dato rapporto sociale da regolare. E' dunque un'operazione logica di conoscenza” in Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, p. 94.

“Con Esser la rivalutazione quasi rivoluzionaria della funzione autonoma dell’interprete va di pari passo con l’esaltazione della fonte che l’interprete produce nella sua inarrestabile opera innovativa”⁶⁸.

In sede di identificazione dei confini concettuali e della giuridicità dei principî generali, Esser ne propone in primo luogo una formulazione negativa, applicabile a tutti i tipi, secondo la quale “un principio giuridico non può considerarsi precetto giuridico né norma giuridica in senso tecnico ove non contenga alcuna istruzione vincolante di carattere immediato per un determinato ambito di questioni, ma richiede o presuppone la coniazione giudiziale o legislativa di dette istruzioni”⁶⁹.

La prima distinzione rinvenibile in seno all’opera maestra dell’Autore evidenzia, invece, la dicotomia tra *principî necessari o normativi* da una parte e *principî immanenti e informativi*, dall’altra. I primi si deducono da canoni particolari positivamente riconosciuti che in loro assenza non sarebbero adeguatamente intelleggibili o in quanto costituiscono il presupposto indispensabile per il funzionamento di una istituzione positiva. I secondi sono incorporati in seno ad un sistema positivo in quanto postulati di natura etica o politica: sono già divenuti oggetto di un ancoraggio strutturale nel sistema medesimo, ma non è ancora giunto a completa maturazione il processo finalizzato ad enucleare il vincolo giuridico dall’ideale politico, completando la transizione che conferisce stabilità ai principî. A tali principî, che necessitano una previa trasposizione alla sfera giuridica in quanto non figurano ancora nella sua sistematica attuale, l’Autore preferisce riservare – discostandosi dalla definizione proposta da autorevole dottrina (Radbruch) – la denominazione di *principî immanenti e informativi*: “tali principî ancora non ‘incorporati’, in assenza di altre forme di positivizzazione, non sono diritto sostanziale (o materiale, per dirlo con la nostra terminologia abituale), ma ‘direttive’ (*guides*). A volte vincolano il legislatore, e in tal caso nel diritto costituzionale si parla di ‘direttive’, ma per l’individuo non costituiscono diritto effettivo. Manca loro, effettivamente, la precisione che è indispensabile a una

⁶⁸ R. Sacco, *op.cit.*, pag. 170.

⁶⁹ J. Esser, 1964, 65.

disposizione oggettiva. Ma possono vincolare anche il giudice che ricorra al principio costituzionale per derivarne diritto immediato e materiale⁷⁰.

La classificazione dei principî in *normativi* e *informativi* non è peraltro improntato ad un criterio di rigida contrapposizione: nulla impedisce infatti, secondo la ricostruzione operata da Esser, che i principî (informativi) che si trovano al margine del diritto materiale si convertano in normativi ove ottengano riconoscimento nell'ambito di una determinata sfera di problemi⁷¹.

E' sulla base di tali considerazioni che si afferma che – sebbene non siano “regole giuridiche”, almeno nel senso tecnico del termine – i principî costituiscono, come *ratio legis*, un diritto positivo possibile, espresso nell'interpretazione e trasformato così in un grado più concreto⁷². D'altra parte, anche i principî sorti come semplici *guides* dell'argomentazione giuridica (massime retoriche e dottrinali), grazie alla loro formulazione in sede giudiziale e nell'ambito di una determinata tradizione giuridica, possono ottenere il carattere di norme di diritto positivo⁷³.

⁷⁰ J.Esser, 95-96.

⁷¹ J.Esser, 116.

⁷² Kelsen sferra una forte critica della teoria della “trasformazione” di Esser, ritenuta fondata su un equivoco tra la validità e la verità di una norma giuridica. Secondo Kelsen, non si può parlare di una trasformazione di criteri etici e politico-sociali in “verità giuridiche”, per una duplicità di motivi: *in primis*, perchè le norme della morale e i postulati della politica non si fondano su criteri etici e politico-sociali ed in secondo luogo perchè le norme giuridiche, su cui si fondano i valori giuridici, non possono essere “vere” o “non vere”. Il criterio di verità di una norma si distingue dal criterio di validità della medesima, in quanto il primo rappresenta una mera peculiarità dell'asserzione normativa. Se le norme morali sono dirette alla statuizione di norme giuridiche, ciò non significa che esse cambiano natura e si trasformano in “verità giuridiche”, quanto che esse esercitano una forza vincolante sulle persone che statuendo la norma le conferiscono un determinato contenuto: “La norma morale o il postulato socio-politico conserva la sua natura diversa da quella del diritto, cioè non viene trasformata in diritto; così come il comportamento di una persona che si conforma ad una norma morale non è una trasformazione della norma morale”, pag. 187. La morale non può trasformarsi in diritto, perché queste appartengono a due “diversi livelli normativi del dover essere”, cioè a due diverse sfere normative indipendenti. L'equivoco di Esser, in ultima analisi, nella prospettiva di Kelsen, si sarebbe fondato su una confusione terminologica basata sul fatto che si disconosce “il carattere metaforico della espressione ‘produzione’ o ‘creazione’ del diritto e che si ipotizza che il diritto sia prodotto al pari di un oggetto materiale”, assumendo, pertanto, i principî il carattere di questo materiale. La teoria di Esser non sarebbe che un travestimento del giusnaturalismo: il rifiuto da parte di Esser di un'autonomia categoriale dei concetti e degli argomenti giuridici rispetto alla verità morali e del conseguente “dualismo tra legge ed etica” terminerebbe per coincidere con quella costruzione giusnaturalista che egli pretende di rifiutare. Kelsen ripercorrendo l'assunto di Esser per cui “l'autonomia categoriale dei concetti e degli argomenti giuridici sarebbe una maledizione, il metodo giuridico dovrebbe rimanere sterile rinunciando ad inglobare quelle verità morali in cui si manifesta la forza morale e sociale”, ne deriva l'assunzione della validità di un diritto naturale, pag. 189.

⁷³ J.Esser, 121.

I principî giuridici acquistano la natura di diritto positivo a partire dal momento in cui siano concretati in seno ad una istituzione, ad opera di un atto costitutivo del potere legislativo, della giurisprudenza o della vita giuridica: “in tale cornice, tutti i principî giuridici sono elementi del diritto positivo che godono di tutela processuale, sia che appaiano come principî sistematici o costruttivi del diritto materiale o come massime, enunciati e regole tecniche, come figure fondamentali e comuni a tutti i diritti civilizzati o come semplici regole tecniche del pensiero e dell’attività giuridica”⁷⁴.

Nella ricostruzione di Esser sono diritto positivo, seppure non norme (nel senso di *rules*) precise ed indipendenti, anche i c.d. pensieri giuridici generali, le *rationes legis*, i principî valoriali e costruttivi di un sistema, i principî etici e di giustizia, *ove abbiano ricevuto validità in forme concrete dell’ordinamento*. Tali entità fungono anche da direttive (*guides*) per gli organi legislativi, al pari delle massime e regole frutto dell’opera di concretizzazione svolta in sede giudiziale⁷⁵. Riferendosi alla “trasformazione” di criteri di valutazione etici e socio-politici in verità giuridiche egli dice: “Questa trasposizione dell’elemento etico e politico nel giuridico con l’aiuto dei tradizionali mezzi dell’*εὐδοξία* rivela la falsità dei rappresentanti di un monismo del diritto e dell’etica interpretato in chiave giusnaturalistica. Essa confuta ugualmente la rappresentazione storica e statalistica del preteso carattere autonomo delle regole positive e delle figure giuridiche rispetto a tutto ciò che è “metagiuridico”. Il lavoro dei giudici significa un ripristino, continuamente rinnovato, della comunicazione tra valori di natura sostanziale e valori giuridici formali”⁷⁶.

⁷⁴ J.Esser, 170-171.

⁷⁵ J.Esser, 171.

⁷⁶ Così M. Aragón nell’opera sopra citata riporta come Esser affermi come il problema dei principi generali non consiste nella loro “ammissione” ma nella loro “conformazione”: “la apelación a que esa conformación sea consecuencia de una construcción doctrinal o jurisprudencial fiel al método jurídico, de tal manera que los principios generales, aunque no estén en la norma positiva disfruten de objetividad jurídica no resuelve interamente el problema, es decir, o conjura los riesgos de subjetivismo certeramente señalados por Kelsen, riesgos, por lo demás, bastante reales.” Su tali rischi, come ricorda lo stesso M. Aragón, si è espresso García de Enterría che ha scritto “La excesiva libertad, el apresurado dilentatismo, el uso inmoderado de las nuevas prospectivas abiertas a la ciencia y a la aplicación del Derecho por la jurisprudencia principal, y quizá una gratuita sensación de “libre recherche” y de desden de las leyes, ha motivado en todos los países una saludable reacción que en nombre del principio de respeto a la ley, a la seguridad y a la certeza del Derecho ha recordado la absoluta necesidad de una “sobriedad jurídica” y de una atención concreta a los rasgos técnicos de los problemas y soluciones jurídicas, sin la pretensión

La necessità di un giudizio di valore nella individuazione e precisazione dei principi è sottolineata da Betti, il quale precisa come essi manifestino “un’eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto a quello proprio delle norme giuridiche”. E per scoprire (o per ammettere) una tale eccedenza è sempre indispensabile e decisiva la valutazione dell’interprete.⁷⁷ La norma interpretata da applicare è come una “cornice” all’interno della quale sono possibili decisioni diverse. Il giudice dunque non è chiamato a risolvere un problema intellettuale, conoscitivo, ma un problema di politica legislativa paragonabile a quello del legislatore di emanare leggi “giuste” nella cornice della Costituzione⁷⁸.

Nell’individuazione dei principi generali diviene, quindi, fondamentale l’opera dell’interprete, la sua scelta valutativa, il suo giudizio di valore circa “l’importanza sostanziale della norma principio, importanza che si rivela nella caratteristica eccedenza di contenuto normativo e cioè valutativo della norma stessa”⁷⁹.

Per Betti il termine “principio” “designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata: è il pensiero, l’idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione. Esso fa

retorica e irresponsable de dominarlos “desde arriba”. Purtroppo lo stesso autore, pur riconoscendo l’opportunità di una critica di fronte all’intento inammissibile di risolvere l’oggettività del diritto e delle sue strutture tecniche in un sistema aperto, retorico e irresponsabile di semplici giudizi etici e politici, ha qualificato come “illogico” appoggiarsi a tale motivazione per riabilitare completamente i “dogmi” positivisti: “dogmas que fueron abandonados antes por su falta de funcionamiento efectivo que por virtud de posiciones de principio”.

⁷⁷ “Interpretare non è soltanto tornare a conoscere una oggettivazione di pensiero in sé conclusa, ma tornare a conoscerla, per integrarla e realizzarla nella vita di relazione” in Betti, *Interpretazione della legge*, cit., pag. 92. In questo senso interpretazione ed applicazione tendono ad assimilarsi per formare una sorta di unico esercizio intellettuale in cui si sovrappongono da una parte il momento razionale ed oggettivo della conoscenza –si direbbe come attività teoretica- e dall’altra la soggettiva intuizione e volontà dell’atto pratico del decidere, cfr. Galloni, *La interpretazione della legge*, Milano, 1955.

⁷⁸ Betti, *op. cit.*, pag. 20. Sulla stessa linea si pone Modugno che in *Appunti sulla teoria dell’Interpretazione*, Cedam, 1998, pag. 14 confutando le teorie dell’interpretazione come attività meramente conoscitiva ne afferma invece il carattere valutativo: ‘l’interpretazione concorre alla determinazione del significato della norma, l’interprete concorre, con il legislatore (in senso lato) alla creazione della norma. Affermare quindi che v’è chiarezza nelle disposizioni (così come cristallizzato in tradizionali brocardi: *in claris non fit interpretatio; interpretatio cessat in claris*) lascia fortemente perplessi.

⁷⁹ Modugno, *Appunti sulla teoria dell’Interpretazione*, Cedam, 1998, pag. 119 deriva dalla imprescindibile opera valutativa dell’interprete il carattere essenzialmente implicito dei principi “poiché il loro contenuto eccede sempre ogni formulazione”.

riscontro al problema pratico risolto dalla norma: ne ispira la *ratio iuris* sotto l'aspetto teleologico, in quanto ne fornisce il criterio di soluzione"⁸⁰.

Su tale versante sorge tuttavia l'antitesi, giudicata "insuperabile" tra l'esigenza di ogni precetto giuridico di essere formulato in termini normativi e "la ripugnanza che i principî generali oppongono a una precisa formulazione precettiva, in quanto affermano orientamenti e ideali di politica legislativa, capaci di una indefinita e, quasi si direbbe, inesauribile virtualità. (...) Ne deriva che ogni tentativo di fissare, ridurre e tradurre in termini precettivi i principî generali che li affermano, quando sia fatto da una fonte di diritto prima che il processo storico di maturazione sia giunto a termine, è, per necessità di cose, illusorio e destinato a fallire"⁸¹.

Qualificando come ovvie e troppo facili le obiezioni mosse dal positivismo giuridico alle teorie del diritto naturale, in quanto disconoscono nell'ordine giuridico il carattere di totalità spirituale e non tengono conto del fatto che "le singole norme non rispecchiano se non in parte i principî generali (il che esclude una meccanica equivalenza e convertibilità dei due termini), così i principî generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da *un'eccedenza di contenuto deontologico* (o *assiologico*, che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema (...) In essi, opera una virtualità e una forza di *espansione*, ma non già di indole logica e dogmatica, bensì d'indole valutativa e assiologia: forza non già di 'verità' e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti"⁸². Secondo la posizione dottrinale in oggetto, i principî generali di diritto non possono concepirsi come il prodotto di un procedimento di astrazione e generalizzazione, "ma come somme valutazioni normative, principî e criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme"⁸³.

⁸⁰ E. Betti, 1949, 207.

⁸¹ E. Betti, 1990, 846-847.

⁸² E. Betti, 1949, 211-212.

⁸³ Betti in particolare, riportando la disputa sulla natura dei principi generali del diritto, che riduceva quest'ultima ad una mera contrapposizione tra "principi fondamentali che informano la struttura dell'ordinamento oggettivamente considerata" e quei "principi generali", che, invece, si desumono dalle norme esplicite mercè un procedimento di astrazione e di generalizzazione crescente", ne critica la

I principî sono dunque per Betti *criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico e somme valutazioni normative, principî e criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme*: riesce difficile immaginare come entità immanenti all'ordine giuridico non partecipino della medesima natura (propriamente normativa) dell'ordine stesso, come entità capaci di generare norme singole non siano esse stesse norme. Ciononostante, per Betti i principî “non sono norme, ma principî di norme, attinti al fondo comune del diritto e dell'ethos, (...) direttive storicamente condizionate, determinanti le valutazioni normative che stanno alla base della nomogenesi degli istituti e delle singole norme giuridiche, e son tali che non si esauriscono in queste, ma abbracciano altresì esigenze di giustizia asseribili *de iure condendo*”⁸⁴.

Così elaborati, tuttavia, dalla giurisprudenza teorica (scienza giuridica) e pratica, i principî generali – si ammette infine da parte dell'Autore – “si collocano al margine del diritto positivo: *dentro la sua cerchia*, nella misura in cui riescono a determinare le decisioni e a configurare *sub specie iuris* i rapporti della vita; ai limiti della sua cerchia, nella misura in cui ne restino inappagate le esigenze asseribili *de iure condendo*”.⁸⁵

Sulla stessa linea di Betti, si pone Modugno, per il quale i principî generali del diritto presentano una natura inespressa o implicita con riguardo al proprio

estrema semplificazione affermando che: “ Il contrapposto ha, però, un'origine più profonda e denuncia un'antitesi tra una mentalità astrattistica e intellettualistica, ligia all'indirizzo denominato “normativismo” o “positivismo giuridico”, e una mentalità più aderente al dato fenomenologico e ai presupposti sociologici del diritto, incline ad una valutazione concreta del diritto come ordinamento, ossia assetto istituzionale informato alla tutela d'interessi e orientato verso certi fini sociali, in E.Betti, 1990, 89;

⁸⁴ E. Betti, 1949, 217.

⁸⁵ E.Betti, 1949, 220, corsivo nostro. Limitando il campo di indagine all'ordinamento positivo italiano, l'autore identifica quei principî “che ispirano la normalità della disciplina giuridica ed ad essa conferiscono un disegno razionale di coerenza, che rende possibile elaborarli in un sistema, in una totalità organica”. Il primo di questi principî è quello “per cui è riservata allo Stato la tutela giurisdizionale dei diritti, e solo in via eccezionale è consentita ai singoli un'autotutela privata”. Il secondo principio individuato è quello dell'eguaglianza di fronte alla legge. Infine, il terzo principio fondamentale è quello della “normale irretroattività della legge, in quanto rende omaggio all'esigenza sociale della certezza del diritto: esigenza che specialmente avvertita in tema di sanzione penale (c.pen. 2; costit. 25) non è di meno vitale importanza di altre sanzioni, quando non trovi giustificazione sicura in situazione preesistenti.

contenuto tipico: ‘vi è in essi un’*eccedenza di contenuto deontologico o assiologico* rispetto a quello proprio delle comuni norme giuridiche’⁸⁶.

La necessarietà di un giudizio di valore da parte dell’interprete viene, quindi, postulato dall’Autore ai fini della individuazione e precisazione dei principi generali: in forza di tale giudizio di valore, è possibile ricavare da un singolo enunciato normativo il principio espresso, da più enunciati o dal complesso dell’ordinamento il principio implicito, mentre dalle strutture, dagli assetti organizzativi e sociali, il cosiddetto principio istituzionale⁸⁷.

Modugno instaura, quindi, un nesso inestricabile tra la natura essenzialmente implicita o inespressa dei principi generali e il procedimento di individuazione dei medesimi che passa inevitabilmente attraverso la valutazione dell’operatore-interprete.

In particolare, l’Autore inverte i termini del sistema: il principio non si deriva in maniera strettamente dipendente da quella valutazione o dichiarazione che è la norma, ma il principio, proprio perché è esso stesso valutazione o qualificazione, è norma o fonte di norme⁸⁸.

Se il contenuto strutturale del principio induce Modugno a definire il principio come norma o fonte di norme, la sua funzione gli impone di considerare la seconda come l’unica alternativa corretta. Infatti, la funzione precipua dei principi è quella essenzialmente ‘normogenetica, ossia la capacità di venire adattato alla qualificazione di casi imprevisti’⁸⁹.

Una funzione che ne condensa tre distinte: una funzione interpretativa, per cui il principio è rivolto ad attribuire a disposizioni di incerta o indubbia accezione un significato con esso coerente; una funzione programmatica idonea ad indicare gli indirizzi al legislatore, ed una funzione integrativa volta a completare l’ordinamento.

Il carattere di fonti (fatto) di diritto, frutto dell’opera ermeneutico-ricostruttiva dell’interprete se contribuisce ad ascrivere i principi generali alla categoria delle norme, al medesimo tempo se ne differenziano secondo una duplicità di criteri: in primo luogo la stessa natura implicita rivela un’eccedenza che si estende all’intero

⁸⁶ F. Modugno, *Principi generali dell’ordinamento* in *Enc. Treccani*, XXIV, 1991, pag. 3.

⁸⁷ *Ibidem*, 1991, pag. 3.

⁸⁸ Modugno, 1991, pag. 3.

ordinamento o ad una parte rilevante di esso, manifestandosi nella capacità riproduttiva di tutte le norme che da esso discendono e che quindi in essi non si identificano o non si esauriscono; in secondo luogo il principio si ‘differenzia dalla norma (...) per essere essenzialmente enucleabile da una o più disposizioni, per esprimere altre norme applicabili a fattispecie non espressamente contemplate’⁹⁰.

La natura essenzialmente implicita dei principi generali viene, dunque, fatta convivere con la qualificazione normativa dei medesimi: e ciò attraverso il *passepertout* dell’opera dell’interprete che, avvalendosi di un giudizio di valore, astrae dall’intero ordinamento positivo quel ‘fascio indeterminato di valutazioni o qualificazioni di oggetti, fatti, situazioni, stati di cose, comportamenti ecc., potenzialmente idoneo a sciogliersi, a concretarsi, di volta in volta, in qualificazioni determinate, puntuali, e quindi applicabili a concrete fattispecie’⁹¹.

Il medesimo Sorrentino valorizza l’interpretazione e l’integrazione del diritto attraverso i principi generali in un’ottica di ‘esigenze di eguaglianza e di giustizia sostanziale, ma anche e soprattutto di coerenza e razionalità del sistema’⁹². I principi generali dell’ordinamento rappresentano ‘la razionalità intima dell’ordinamento (...) ne costituiscono il tessuto connettivo ricostruito, *a posteriori*, e volta per volta, dall’interprete’.

Ne deriva il carattere conformativo dei principi generali, capaci di orientare l’interprete nella ricostruzione del sistema.

1.2.4. LA TEORIA NORMATIVISTA

Sulla stessa linea positivista di Kelsen si situa Norberto Bobbio, il quale rifiuta quella parte della dottrina che aveva inteso identificare i principi generali del diritto con mere “costruzioni dottrinali” o “nozioni tecniche”⁹³. Tale dottrina, secondo

⁸⁹ Modugno, 1991, pag. 3.

⁹⁰ Modugno, 1991, 4.

⁹¹ Modugno, 1991, 4.

⁹² F. Sorrentino, I principi generali dell’ordinamento giuridico, ecc., 1987, 183.

⁹³ Norberto Bobbio fa riferimento ad una parte della dottrina che soleva identificare i principi del diritto con “teorie del diritto, formate coll’operazione dell’astrazione eseguita sia sui singoli istituti, sia sull’intera legislazione; e che perciò servirono certamente di guida al legislatore nel comporre gli uni e l’altra”: citazione esplicita di E. Pacifici-Mazzoni vol. I, 4 ediz., Firenze, 1903, pag.81.

l'autore, confonde "il modo con cui i principi sono di solito ottenuti con la loro funzione": la riconducibilità della natura dei principi a quella di "costruzione dottrinale" non esclude che essi possono intendersi come dotati di un'efficacia normativa propria; d'altronde si precisa che "le stesse norme speciali sono, spesso, per il modo in cui sono formulate, costruzioni dottrinali".

Ora, ai fini del definitivo consolidamento della dottrina normativa dei principi generali un contributo determinante è stato fornito da V. Crisafulli. Prodromica rispetto alla comprensione della natura dei principi generali è per Crisafulli l'individuazione in forma sufficientemente netta dei contorni del concetto di norma-principio: "norme- principio sono le norme fondamentali da cui derivano logicamente (e in cui sono pertanto già contenute implicitamente) le norme particolari regolanti immediatamente rapporti e situazioni specifiche della vita reale. Esse stanno quindi alle norme particolari come il più sta al meno, come ciò che è anteriore e poziore a ciò che è posteriore e conseguente (...) Esse rappresentano logicamente il principio delle varie norme particolari rispettivamente derivatine⁹⁴.

Per Crisafulli, i principi generali –sia espressi sia inespressi- hanno natura di "norme giuridiche, differenziatisi dalle altre, dette particolari, per una maggiore relativa generalità della relativa fattispecie e soprattutto per la funzione costruttiva e connettiva cui essi adempiono nella dinamica dell'ordinamento giuridico. Principio è, infatti, ogni norma giuridica, in quanto considerata determinante di una o più altre, subordinate, che la presuppongono sviluppandone e specificandone ulteriormente il precetto in direzioni più particolari. E si dicono per antonomasia principi generali quelli comuni ad una serie numerosa di norme particolari (meno generali) delle quali determinano, e pertanto riassumono potenzialmente il contenuto. (...) Un principio, sia espresso in una apposita formulazione legislativa, sia invece implicito o latente nell'ordinamento, costituisce dunque una norma, applicabile quale regola di determinati comportamenti pubblici o privati⁹⁵.

Nella costruzione di principio generale V.Crisafulli tenta di conciliare così le due opposte visioni: da un lato, i principi generali intesi come norme-basi, norme

⁹⁴ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 38-39.

fondamentali fino ad identificarle con i principi inespressi dell'ordinamento giuridico⁹⁶ e dall'altro i principi intesi quali norme dotate di tanta generalità che sarebbero inattuabili senza un procedimento di specificazione e di attuazione ulteriore. In tal senso, l'Autore sulla base del minimo comune denominatore delle due opposte concezioni dei principi, ossia la generalità, ne vivifica le potenzialità, specificandola in base ad una duplicità di criteri: il criterio funzionale, con riferimento alla funzione di principio che certe norme esercitano rispetto ad altre, ed in senso strutturale, in quanto riferita a norme la cui fattispecie è comprensiva di una serie più o meno numerosa di fattispecie minori. Così, infatti, Crisafulli si esprime: "Assumendo ora l'indicazione tratta dall'aggettivo 'generalì', in senso funzionale, svolgendo, cioè, tutto il senso della specificazione 'generalì' riferita alla nozione base dei principi, la distinzione dei principi da tutte le altre norme dovrebbe risultare abbastanza agevole. Il criterio della generalità vale, infatti, quando lo si riferisca anzitutto proprio alla funzione di principio, nel senso or ora spiegato, che certe norme esercitano rispetto ad altre: intendendosi per principi generali quelli comuni a più norme, delle quali determinano, e pertanto riassumono potenzialmente, il contenuto, siano poi queste effettivamente poste, in modo esplicito o implicito, siano invece soltanto deducibili dal rispettivo principio generale (...) Il carattere della generalità, in senso invece, strutturale, si presenta come semplice conseguenza necessaria del punto di vista funzionale: se infatti, i principi sono già norme più generali delle norme che li presuppongono (...), i principi generali, cioè, comuni a più norme, saranno, a loro volta, più generali anche in senso strutturale e cioè comprensivi di una serie indeterminata di fattispecie (date o possibili) distinte⁹⁷."

In sintesi, Crisafulli afferma nettamente "la natura normativa – e s'intende ormai, immediatamente, intrinsecamente normativa – dei principi generali"; sottolinea che tutti i "principi" "sono... al pari di tutte le regole di condotta, imperative, bilaterali e coercibili"; esclude che i principi possano essere considerati "un criterio, una direttiva logica" o qualsiasi altra direttiva a meno di ritenere giustificata e/o giustificabile la convinzione in base alla quale "l'interprete abbia a porre esso la norma".

⁹⁵ V. Crisafulli, 1952, 15-16.

⁹⁶ Vedi Carnelutti, *Teoria generale*, pag. 146.

⁹⁷ V. Crisafulli, *Per la determ...*, pag. 240.

Bobbio abbraccia la teoria, difesa da Crisafulli⁹⁸ della piena identificazione dei principi generali del diritto con le norme giuridiche, sostenendo la difficile confutazione di una duplicità di argomenti che egli pone alla base di tale asserita identificazione. In primo luogo, i principi sono derivati dalle norme particolari attraverso un procedimento di generalizzazione “onde non si riesce a vedere come arrivata a un certo grado di generalità la norma cambi natura e non sia più una norma, ma qualche altra cosa”. In secondo luogo, la funzione delle norme particolari e dei principi appare la medesima: ossia quella di “fornire all’occorrenza (generalmente, in caso di mancanza di norme particolari) prescrizioni, cioè modelli di condotta, agli operatori giuridici. Inoltre, contro i detrattori della teoria normativista Norberto Bobbio solleva l’obiezione che questi interpreterebbero in maniera restrittiva il termine “principio” così da comprendervi solamente i cosiddetti “valori ispiratori di un sistema giuridico”, facendo così intendere che è “una confusione terminologica” ciò che induce una parte della dottrina a negare la natura normativa ai principi⁹⁹. Se, dunque, si

⁹⁸ V. Crisafulli: “i principi sono le norme ...dalle quali logicamente derivano le norme particolari..e, alle quali, inversamente si perviene risalendo immediatamente da queste ultime”. Modugno riferendo il pensiero di Crisafulli sostiene come sia “la funzione di principio che certe norme esercitano rispetto alle altre” il criterio differenziale tra norme e principi. “I principi sono insomma le norme riassuntive del significato essenziale di più norme particolari, ovvero le norme determinanti la posizione di altre norme particolari subordinate. Ma in ogni caso, il concetto di principi generali presenta essenzialmente il carattere della relatività, poiché una norma che costituisce principio generale rispetto a norme subordinate o a norme particolari, può atteggiarsi a semplice norma particolare rispetto ad altra norma principio più generale e, d’altra parte, ogni principio generale si atteggia a norma particolare quando lo si applichi ai casi concreti non rientranti in una norma più specifica. Ne consegue che, a meno di voler ridurre il concetto a quei pochissimi principi massimi e fondamentali, non sussumibili in principi di ordine superiore, è impossibile operare una netta distinzione tra norme in quanto soltanto particolari e principi in quanto generali”.

⁹⁹ Bobbio precisa: “Si potrebbe aggiungere per svelenire il contrasto tra coloro che negano e coloro che affermano il carattere normativo dei principi generali, che mentre i primi usano il termine “principio” in senso stretto, si da ricomprendervi soltanto l’enunciazione dei cosiddetti valori ispiratori di un sistema giuridico (come il principio di uguaglianza o quello di solidarietà o di libera iniziativa), i secondi usano il termine “norma” in senso ampio, si da comprendervi ogni enunciato che contenga un orientamento o impulso all’azione”, *op.cit.*, pag. 890. Modugno segnala come “Il Bobbio, in verità, tendeva a ridurre la disputa in termini definitivi”, e come lo stesso si senta di aderire ad un analogo orientamento: “se per norma s’intende qualsiasi valutazione o qualificazione strettamente dipendente, connessa, dichiarata in una o più disposizioni, allora il principio, proprio perché privo di una simile dipendenza, connessione, dichiarazione non può essere considerato norma. Se invece per norma si intende qualsiasi valutazione o qualificazione possibile, rilevante nell’ambito dell’ordinamento, allora il principio è norma esso stesso o almeno è fonte di norme, ogni volta che la valutazione o qualificazione specifica, ossia applicabile al caso concreto è da esso ricavata”. Pur tuttavia Modugno, discostandosi in parte dalla tesi di Bobbio, precisa: “In realtà, le due tesi contrapposte erano mosse da preoccupazioni diverse e puntavano ad obiettivi diversi. La tesi di Crisafulli e di Bobbio tende a ricondurre i principi nell’ambito della normatività, senza

aderisce a tale posizione occorrerà introdurre il criterio di distinzione tra norme e principi; in tal senso Bobbio individua cinque “categorie principali” di principi generali:

1- Sulla base di un criterio meramente *quantitativo*, dato dall’ampiezza dell’oggetto disciplinato si possono rilevare *le norme “più generali” che valgono per una intera materia (negozi giuridici, proprietà, famiglia, responsabilità civile) o per un’intera branca del diritto (civile, penale, amministrativo, finanziario, costituzionale) o addirittura per l’intera sfera dei rapporti giuridici;*

2- Sulla base di un criterio *sostantivo*, di imprescindibilità per l’effettivo funzionamento di un ordinamento sociale si possono individuare *le norme fondamentali o norme-base* del sistema;

3- Sulla base di un criterio *ideologico* si possono individuare *le norme direttive (o principi guida), nel senso che indicano l’orientamento a cui un determinato sistema si ispira;*

4- Sulla base di un criterio misto *qualitativo-quantitativo*, vi sono *le norme indefinite* che comportano una serie indefinita di applicazioni;

disconoscerne la differenza dalle norme particolari, per riconoscerne valore ed efficacia giuridica nell’ordinamento, a differenza dei dogmi, delle costruzioni dottrinali, delle nozioni dogmatiche, delle esigenze etico-politiche o delle intenzioni o proclamazioni di futura attività legislativa. La tesi di Betti si preoccupa invece di porre in evidenza una caratteristica essenziale e innegabile dei principi e cioè che si mostrano –rispetto alle altre norme giuridiche, ossia ai precetti giuridici formulati in termini normativi – un’ eccedenza di contenuto deontologico o assiologico, una immanente ed inesauribile potenzialità e virtualità normativa e che, proprio per questo, non possono mai trovare, come precetti giuridici, una loro formulazione, poiché qualsiasi formulazione non potrebbe mai esaurire quell’inesauribile virtualità e quella forza espansiva che sola consente all’interprete – ma questo Betti non lo dice – di trarre da essi sempre nuove regole in relazione a diverse fattispecie non regolate da norme particolari. Allo stesso modo Mario Jori, riferendosi a tale controversia, fornisce una definizione di principio che l’Autore definisce ‘non neutrale’ rispetto alla stessa: “i principi di un ordinamento normativo (giuridico o meno) sono norme di contenuto relativamente generale che fungono da principi per una parte più o meno grande e talora per tutto quell’ordinamento o anche per più ordinamenti”. Tuttavia, continua l’autore, si distinguono dalle norme, in quanto i principi “evidenziano o portano scritto in faccia” il valore o i valori che possono giustificare l’accettazione dei principi stessi, e quindi anche delle altre norme ulteriori che dai principi sono deducibili, e che per questo si dicono discendere dai principi”. Ad esempio, l’Autore cita l’esempio del principio “*nemo censetur ignorare legem*” che, in quanto, norma molto generale, “giustifica l’accettazione di numerosissime norme di vari ordinamenti giuridici, norme riguardanti tutte l’aspetto soggettivo delle più varie fattispecie giuridiche e che sono deducibili dal principio in M. Jori, *Saggi di meta giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1985.

5- Infine, sulla base di un criterio *costruttivo* o *connettivo*, possono aversi norme *indirette*, intendendo norme, la cui funzione precipuamente “costruttiva e connettiva” consiste nel determinare e riassumere altre norme¹⁰⁰.

Affrontando il secondo degli interrogativi posti dall'interpretazione dei principi generali del diritto, Bobbio scompone il problema della fonte in due aspetti: la fonte materiale, ossia il complesso dei dati dai quali si desumono e la fonte formale, cioè l'autorità da cui traggono il fondamento della loro validità.

Per quanto concerne il *primo dei due aspetti*, l'eminente giurista riporta la forte contrapposizione tra le due scuole di pensiero esistenti in Italia sul punto: la prima, di chiara ascendenza positivista, connessa alle codificazioni di diritto privato e fondata sul testo di Vittorio Scialoja del 1880, il quale “mosso da una certa diffidenza verso l'equità e da un rigido ossequio verso l'autorità della legge” identificava i principi generali del diritto con ‘norme generali inesprese ricavabili per successive generalizzazioni dalle norme particolari del sistema’¹⁰¹. La seconda si identifica nell'opinione di Giorgio del Vecchio per cui i principi generali del diritto sono ‘principi del diritto naturale’¹⁰²; essi non possono trarsi solo per generalizzazione dalle norme particolari, infatti, “circoscrivere tali principi alle sole norme particolari significa introdurre di nuovo l'inconveniente che il legislatore ha voluto rimuovere e togliere ai principi la loro virtù integratrice”. La costruzione logica e sistematica del diritto¹⁰³ impone la necessità che le idee direttive e i principi

¹⁰⁰ Si veda anche V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio cit.*, pag. 15.

¹⁰¹ V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino 1880, poi in *Studi giuridici*, vol. III: Diritto privato, 1 parte, Roma, pag. 1-23.

¹⁰² Giorgio del Vecchio definisce ‘incongruo’ il tentativo della dottrina a lui contemporanea di ripudiare l'idea del diritto naturale quando “si tratta di interpretare un sistema che come il nostro è stato formato, direttamente o indirettamente sotto l'impero di quella”. Di ciò vi è prova, continua del Vecchio, “nel fatto che la nostra legislazione deriva, in massima parte, per il diritto privato, dal diritto romano, svoltosi tutto intorno all'idea della *naturalis ratio* (vedi INFRA Capitolo1) e per il diritto pubblico, dai sistemi costituzionali d'Inghilterra e Francia, che hanno per documenti fondamentali i *bills of rights* e le *Déclarations des droits*, espressioni tipiche e genuine della scuola del *jus naturae*.”, in *Sui Principi generali del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, pag.24-25.

¹⁰³ G. Del Vecchio concepisce il sistema giuridico come “una compagine unica ed omogenea, un vero organismo logico, tale da offrire una direttiva certa, non equivoca e tanto meno contraddittoria, per ogni possibile relazione di convivenza. L'intrinseca congruenza delle varie parti componenti il sistema deve essere saggiata e confermata ad ogni momento, raffrontando le singole norme tra loro, e rispetto ai principi generali con i quali si connettono; solo in tal modo è dato al giurista di cogliere l'intimo spirito

informatori dell'intero sistema occupino il primo posto, in confronto delle disposizioni particolari: “i casi particolari rappresentano solo sparsi frammenti, capaci, al più di avviare una ricostruzione ideale del tutto, ma non certo di compierla. Per ciò è necessario l'intervento della ragione, la quale, nella ricerca dei principi generali, trova bensì un certo sussidio nel riscontro delle norme particolari, ma deve pur riferirsi, in ultima analisi, alla viva fonte che ha in sé medesima; poiché appunto dall'essere del soggetto procedono originalmente i principi della verità giuridica in generale che si rinfrangono in varia guisa e misura nelle figure concrete della esperienza”. Il richiamo alla ragione permette a Del Vecchio di superare la “stretta” derivazione di principi dalle norme particolari, per cui “l'inevitabile incompiutezza di ogni diritto positivo” postula il ricorso all'equità, che esige la considerazione di tutti gli elementi della realtà, per determinare l'equilibrio o la proporzione corrispondente nei rapporti tra persona e persona. In tal senso, i principi fondamentali della materia, quantunque legislativamente non codificati, concorrono a plasmare il giudizio di proporzionalità che inevitabilmente si apre laddove si “tratti di stabilire il limite del diritto individuale in confronto al potere pubblico”.

Interessante notazione, a tale ultimo riguardo, viene svolta da Bobbio, il quale profetizza che “con la graduale rivalutazione della funzione creativa del giudice andrà di pari passo l'accentuazione dell'origine extrasistemica dei principi generali”:¹⁰⁴ tendenza che si accentuerà soprattutto nell'ambito del “diritto costituzionale laddove il materiale normativo depositato attraverso il tempo, spingerà la dottrina ancora più oltre in questa stessa direzione”.

Infine, Bobbio risponde all'ultimo quesito posto sull'interpretazione dei principi generali: ossia quello relativo alla *fonte formale* da cui i principi generali del diritto traggono il fondamento della loro validità. Egli riferisce una molteplicità

del sistema e di seguirlo nelle applicazioni particolari, evitando gli errori che facilmente deriverebbero dalla considerazione astratta di questa o quella norma. Il giurista, e in specie il giudice, deve – per quanto possibile dominare e quasi rivivere l'intero sistema, sentirne la spirituale unità, dalle premesse lontane e tacite fino alle minime statuizioni, come se del tutto egli fosse autore, e in lui parlasse la legge stessa: in questo senso possiamo fare nostro l'ideale, al quale si ispirava Aristotele, definendo il giudice come il giusto vivente.

¹⁰⁴ Vedi A. Tozzi, *I principi generali del diritto e il positivismo giuridico* in *Riv. Internaz. Filos. Dir.*, XXXIV, 1957, 749-65.

di opinioni che si atteggiavano diversamente a seconda dell'ambito di riferimento. Nel campo del diritto privato i principi generali traggono la loro fonte di validità dalla legge medesima: i principi generali inespressi si ricavano per successive generalizzazioni dalle norme espresse, e solo un procedimento interpretativo può determinare tale opera di astrazione. A tale posizione si contrappone, a parere di Bobbio, una dottrina più attenta alla "funzione insopprimibile della giurisprudenza nella trasformazione e nella evoluzione di un sistema giuridico, si va facendo strada l'idea che i principi generali siano il prodotto specifico dell'opera innovativa del giudice, il mezzo precipuo attraverso cui si apre un varco, in paese tradizionalmente ostile, la giurisprudenza come fonte autonoma di diritto"¹⁰⁵.

L'ultima posizione riferita è quella (su cui torneremo nel capitolo seguente) e che ha riguardo alla dottrina costituzionalista, la quale nella posizione sostenuta da Santi Romano identifica i principi con norme originarie del sistema, fonte autonoma e immediata, informale e naturale.

Dopo avere riepilogato le diverse posizioni riguardanti l'interpretazione dei principi generali, Bobbio ne deriva il *carattere non unitario della categoria* e sottolinea come compito qualificante della dottrina, ai fini della ricostruzione di una teoria generale sui principi generali, sia quello di operare un "censimento dei principi soprattutto attraverso la giurisprudenza che dei principi si vale per la sua attività di interpretazione, di integrazione e di adattamento del diritto". Cosicché in tale opera di classificazione Bobbio individua il criterio precipuo nell'estensione dell'ambito di validità dei principi¹⁰⁶ e mostra come si tratti di un'eccessiva semplificazione l'assunto per cui i principi generali del diritto abbiano solo una fonte, poiché proprio la loro estrema varietà fa sì che i "principi possano avere fonti diverse e la via per giungere alla loro enucleazione e formulazione non è una sola". La loro mera assimilazione al *ricorso all'analogia* va rifiutata non solo per il

¹⁰⁵ Tale tesi per cui la validità giuridica dei principi generali dipende dalla enucleazione e recezione della giurisprudenza è stata particolarmente accolta in Francia, come nota lo stesso Bobbio, soprattutto nel campo della giustizia amministrativa, dove la "presenza del legislatore è meno incombente e pertanto '*les principes y sont maîtres*' secondo G. Vedel.

¹⁰⁶ In particolare egli individua i principi generali a) di un istituto b) di una materia c) di un'intera branca del diritto d) di un determinato ordinamento giuridico.

procedimento che vi è alla base che, nel caso dei principi generali del diritto, si identifica nella *sussunzione diretta* del particolare nel generale (e non in quella *indiretta*), ma anche perché (e soprattutto) vi sono “principi generali, presenti ed operanti, che pur non sorgono da norme espresse del sistema e proprio per questo costituiscono un procedimento d’interpretazione e d’integrazione diverso dal procedimento analogico”¹⁰⁷.

Sulla stessa linea positivista di Bobbio si colloca Guastini¹⁰⁸ che, ferma la convinzione dell’impossibilità di offrire una definizione unitaria di principio, individua sei tipi differenti di norme. In primo luogo, le norme provviste di *alto grado di generalità*, quali il principio di tutela dell’affidamento e il principio dispositivo nel processo civile. La generalità rappresenta, a parere dell’autore, una qualità graduabile a seconda dell’ambito di validità degli stessi. In secondo luogo, vi sono le norme provviste di *alto grado di vaghezza*, che richiedono concretizzazione in sede interpretativa, al fine di trovare applicazione alle fattispecie concrete. Tra questi individua, tra gli altri, *il principio del “favor” in diritto del lavoro* o *il “principio di eguaglianza giuridica”*, inteso quale principio che permette l’applicazione analogica della stessa regola a casi che presentano la stessa *ratio legis*. In terzo luogo, si identificano principi quelle norme di carattere “programmatico”, rivolte al legislatore e/o alla pubblica amministrazione, le quali prescrivono il perseguimento di un fine, ovvero dichiarano solennemente un valore, sottacendo i mezzi con cui il fine deve essere perseguito o le situazioni in cui il valore deve essere realizzato”. Seppur vaghe, la vaghezza, in tali norme, affetta non ai termini relativi al campo di applicazione bensì alle finalità o ai valori da perseguire: si vedano, per esempio, i diritti sociali, quali il diritto alla salute o al lavoro. In quarto luogo, Guastini classifica quali principi quelle “norme (o disposizioni esprimenti norme) che occupano una collocazione molto elevata nella

¹⁰⁷ In particolare, Bobbio distingue tra 1- principi tratti non da questa o quella norma particolare, ma dallo spirito del sistema; 2 – principi estratti dalla natura delle cose, sia essa la natura del “rapporto” o dell’ “istituto”; 3- principi desunti da idee e convinzioni tramandate tanto da apparire patrimonio comune della umanità civile; 4- principi desunti da idee e convinzioni morali affioranti nella società.

¹⁰⁸ R. Guastini, *Sui principi del diritto*, Relazione presentata al XV Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Viareggio, 16-18 maggio, 1985.

gerarchia delle fonti”: sono le norme di rango costituzionale, che in forza del documento in cui sono collocate, rivestono la qualifica di principi. In quinto luogo, vi sono quelle norme considerate fondamentali, senza le quali, il sistema nel suo insieme muterebbe identità. Tra questi, l’autore individua il principio consensualistico; di effettività della tutela giudiziale; di separazione dei poteri; il principio di legalità nell’amministrazione; il principio di stabilità nel rapporto di lavoro ed i “principi supremi della costituzione materiale”. Infine, in sesto luogo, si collocano quelle norme rivolte agli organi dell’applicazione, la cui specifica funzione è “dirigere la selezione delle disposizioni o norme applicabili alle diverse fattispecie”: tra gli esempi tipici vi sono il principio di gerarchia delle fonti e, in generale, i criteri di soluzione delle antinomie.

Inoltre, Guastini individua un’ulteriore importante distinzione, “che attraversa orizzontalmente tutte le sei classi di principi individuate”, ossia la presenza di principi espressi, esplicitamente formulati da un’autorità legislativa e principi inespressi, cioè non formulati da alcuna autorità legislativa. La distinzione, dunque, si pone nella possibilità di attribuzione di uno specifico significato ad una determinata disposizione: quando è possibile ritrovare nel linguaggio giuridico tale significato, siamo di fronte ad un principio esplicito (vedi principio di irretroattività della legge); qualora, invece, nel discorso legislativo vi sia però una pluralità di disposizioni tali da poter essere intese come “applicazioni” o “specificazioni” di quel dato principio, o tali che da esse il principio possa essere “indotto” o “desunto”, siamo di fronte ad un principio implicito (si veda il principio di tutela dell’affidamento, o il principio dispositivo nel processo civile). Inoltre, l’Autore introduce un’ulteriore classificazione tra i principi impliciti, accordata secondo ciò che Crisafulli ha definito il grado di “conferma” che ciascun principio trova nelle disposizioni legislative: per cui, si evidenzia una graduazione dai principi che trovano un riscontro nelle disposizioni o norme esplicite (come quelli sopra citati) a quei principi impliciti desunti da una sola disposizione, spesso consistente in una norma teleologica formulata con un enunciato ottativo o valutativo (come il principio di ragionevolezza desunto dall’art. 3 Cost.) , fino a quei principi che sono

definiti totalmente inespressi, in quanto desunti non da qualche disposizione, bensì dalla natura delle cose, dalla “costituzione materiale” del sistema giuridico nel suo complesso, da altri principi a loro volta inespressi, e così via.

Tra tali ultimi principi, espressione di un’ideologia o di una dottrina, Guastini richiama: a) il principio della divisione dei poteri; b) il principio dello stato di diritto; c) i principi “supremi della costituzione materiale”; d) il principio di uguaglianza nel trattamento giuridico; e) la cosiddetta “norma generale esclusiva”. Ora, l’importanza di tali distinzioni, principalmente quella esistente tra principi espressi e impliciti risiede nelle conseguenze che si deducono sul piano dell’interpretazione, esposta nel caso dei principi inespressi, ad un’attività di integrazione ed inevitabilmente creatrice laddove sia minore il numero delle disposizioni adducibili a ragioni della validità di un principio: “Là dove la disposizione manca non vi è alcuna norma. Pertanto il sintagma “norma inespressa” è un ossimoro: non vi sono, a rigore, cose come norme inesprese. La formulazione di una “norma (fino a quel momento) inespressa” equivale alla creazione di quella norma”.

Ferma la identificabilità con le norme, estremamente ricca è la classificazione dei principi di Carriò¹⁰⁹, per il quale i principi sono le norme con le seguenti caratteristiche: a) presuppongono l’esistenza di altre norme e si riferiscono ad esse (sono norme di 2° grado); b) si rivolgono a coloro che debbono giustificare in concreto decisioni o richieste fondate su norme di 1° grado, in primo luogo ai giudici; c) offrono una guida sul modo o sull’occasione in cui si debbono usare le norme di 1° grado, sulla loro portata, sulla loro scelta, su come riempire le lacune da esse lasciate; d) presentano un certo grado di neutralità tematica, di relativa indifferenza rispetto al contenuto e ai settori di disciplina. L’espressione “principio di diritto” viene inoltre utilizzata : 1) per enucleare *le caratteristiche essenziali* di un ordinamento (es. divisione dei poteri, inamovibilità dei giudici; 2) per esprimere alcune generalizzazioni (es. buona fede nei contratti, non c’è responsabilità senza colpa, né responsabilità penale per fatto altrui); 3) per indicare la *ratio legis* di una o

¹⁰⁹ Carriò G.R, *Principios juridicos y positivismo juridico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

più norme; 4) per indicare *criteri dal contenuto manifestamente ingiusto* (es. divieto di discriminazioni razziali o religiose); 5) per indicare requisiti formali di qualsiasi ordinamento (es. generalità, irretroattività, chiarezza, non contraddittorietà delle norme); 6) per riferirsi alle direttive rivolte al legislatore; 7) per indicare giudizi di valore esprimenti esigenze fondamentali di giustizia e morale positive (sostenuti dalla “coscienza giuridica popolare”); 8) per riferirsi a massime provenienti dalla *tradizione giuridica*; 9) per indicare una misteriosa fonte generatrice delle norme presenti e future del sistema; 10) per indicare enunciati che si pretende derivino dall’essenza dei concetti giuridici.

1.2.5 NORME PRINCIPIO E NORME REGOLA

Orbene, ai fautori della tesi positivista incombe l’onere di affrontare un secondo problema, *se i principi generali si distinguono dalle altre norme, ed in particolare dalle regole.*

Schematicamente, nel dibattito teorico sui principi si può individuare una famiglia di orientamenti che affermano una *distinzione forte* (qualitativa, ontologica, logica, ecc.) tra regole e principi, e una famiglia di orientamenti che affermano invece una *distinzione debole* (quantitativa, di grado), e infine alcune teorie intermedie.

Le teorie della distinzione forte (tra i cui esponenti: Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, M. Atienza, J. Ruiz Manero, Mengoni, D. Martínez Zorrilla, Betti) si basano sull’idea che esistano determinate caratteristiche costantemente esibite dai principi, caratteristiche necessarie e sufficienti a distinguere i principi dalle regole. Così, i principi avrebbero (una o più delle) seguenti caratteristiche distintive:

- sono norme particolarmente importanti, sono i valori fondanti e costitutivi dell’ordinamento; e pertanto ad essi “si aderisce”, mentre alle regole “si ubbidisce”;

- hanno un notevole grado di generalità, vaghezza, indeterminatezza (sono norme con fattispecie “apertissima”, o addirittura “norme senza fattispecie”),

mentre le regole sono norme che connettono conseguenze giuridiche ad una precisa fattispecie;

- proclamano, se sono espressamente formulati, o comunque incorporano un valore, mentre le regole sono opache rispetto al valore che intendono tutelare: si limitano ad associare una modalità deontica (divieto, permesso, obbligo) ad una condotta;

- la loro applicazione è condizionata da considerazioni di “peso” e importanza (più principi possono essere applicabili in un medesimo caso concreto, e al fine della decisione se ne dovrà individuare il più importante); tali considerazioni invece sarebbero assenti nell’applicazione di regole (una regola si applica o non si applica – non si “pesa”);

- sono soggetti ad eccezioni implicite, non chiaramente determinate in anticipo (sono norme defettibili), e quindi sono ragioni non conclusive, applicabili solo *prima facie*, poiché la loro applicazione può essere differita una volta considerati tutti i fattori rilevanti; di contro, le regole sarebbero soggette ad applicazione categorica, tutto-o-niente, una volta verificatesi le circostanze fattuali previste nella fattispecie;

- sono “mandati di ottimizzazione”: i principi cioè prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore ecc., nella maggior misura possibile a seconda delle concrete possibilità fattuali e normative;

- i principi sono norme categoriche, mentre le regole sono norme ipotetiche.

La teoria della distinzione debole (tra gli esponenti di questo orientamento: Raz, MacCormick, Gianformaggio, Hart, Prieto Sanchís, Guastini, Barberis, Maniaci) si basa sull’osservazione che tutte le norme, siano esse regole o principi, sembrano possedere *in qualche misura* almeno alcune delle caratteristiche sopra indicate. Ciò che differenzia regole e principi, secondo tale posizione, è il grado in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi: così, i principi sarebbero norme più generiche, più aperte ad eccezioni

implicite rispetto alle regole, avrebbero una maggiore dimensione di “peso”, sarebbero ragioni meno conclusive, e così via.

1.2.6 LA DIALETTICA SULLA NATURA NORMATIVA DEI PRINCIPI. LA CRITICA DI DWORKIN AL POSITIVISMO GIURIDICO.

Il passaggio dallo Stato di diritto liberale allo Stato di diritto costituzionale, la crisi della legittimità dello Stato, la tendenza alla deprecazione del positivismo e la conseguente idealizzazione del sistema giuridico condusse alla crescita del cosiddetto ‘principlismo’.

La catastrofe dell’ultima guerra mondiale risveglia i giuristi dal sonno dogmatico¹¹⁰. Ciò risulta evidente sul piano della filosofia del diritto e, della teoria generale del diritto. Il ripudio del positivismo giuridico fu il risultato di un esame di coscienza con lo sguardo rivolto al passato, alle rovine materiali e morali lasciate dallo Stato totalitario¹¹¹.

Sul piano sociale, la crescita di un sistema industriale complesso aveva dato origine a una nuova struttura pluralistica, nella quale è imminente un nuovo concetto di politica come conflitto permanente tra gruppi organizzati di interessi.

Il pluralismo delle forze politiche e sociali in campo, tutte ammesse alla competizione per l’affermazione delle proprie istanze nelle strutture dello Stato democratico e pluralista, conduce all’eterogeneità dei valori e degli interessi espressi nelle leggi. La legge –a questo punto della storia- non è più l’espressione ‘pacificata’ di una società politica al suo interno coerente, ma è manifestazione e strumento di competizione e confronto sociali; non è fine ma il proseguimento di un conflitto; non è atto impersonale, generale e astratto, coincidente con interessi obiettivi, coerenti, razionalmente giustificabili e razionalizzabili, cioè, se si vuole “costituzionali” dell’ordinamento. Diviene invece atto personalizzato (nel senso di proveniente da

¹¹⁰ Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

¹¹¹ L. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, pag.22.

gruppi individuabili di persone e rivolto ad altri gruppi egualmente individuabili) che persegue interessi particolari¹¹².

La legge, insomma, non è più garanzia assoluta e ultima di stabilità ma diviene essa stessa strumento e causa di instabilità. Per tali ragioni, le tensioni sociali generate dal dinamismo della struttura pluralistica, nella misura in cui non possono essere assorbite mediante strumenti politici produttivi di nuovo diritto –legislazione e contrattazione collettiva–, si trasformano in domande di giustizia indirizzate agli organi del potere giudiziario, cioè agli organi di applicazione del diritto esistente¹¹³.

Ciò incide sul ruolo della interpretazione, un tempo intesa come rigidamente separata dalla legislazione, e che viene invece ad agire sullo stesso piano valutativo sul quale si muove il legislatore. Il problema del metodo giuridico diviene, dunque, quello di fornire strumenti per il controllo dell'attività interpretativa e dei suoi presupposti che, pur caratterizzati da un momento valutativo, devono produrre –specie l'interpretazione qualificata, cioè quella giudiziale– decisioni razionalmente giustificate, non arbitrarie. Al riguardo, diventa decisivo il quadro dei valori cui si fa riferimento e come si intenda il problema della giustizia; se si ritiene preminente il valore della certezza, dell'ordine, della sicurezza, della prevedibilità, ecc., oppure quello della giustizia del caso concreto, quindi dell'equità, dell'individualità irripetibile e storicamente condizionata. In effetti è su questo terreno, tutto ideologico, che affonda le sue radici la disputa sulla natura del ragionamento giuridico, sulle diverse forme di conoscenza, e quindi di verifica e controllo del ragionamento giuridico¹¹⁴. In questa disputa al modo di pensare sistematico –o dogmatico– viene contrapposto un modo di pensare problematico. Il primo, fondato sul ragionamento logico deduttivo, respinge come questioni falsamente poste tutti i problemi che non siano compatibili con il “punto di vista” rispetto al quale il sistema è ordinato. Nel secondo, “il punto di vista”, premessa del ragionamento, non è

¹¹² G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, pag. 45.

¹¹³ L. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, pag.23.

¹¹⁴ L. Mengoni in *Diritto e Valori*, Il Mulino, 1982, pag. 24: “Il problema di fondo è dunque quello del rapporto del giurista con la società. Ed è un problema essenzialmente metodologico, perché il ruolo della giurisprudenza di fronte allo sviluppo sociale non può essere correttamente definito se non mediante una riflessione sul metodo. Solo una riflessione di questo tipo può fornire un quadro di riferimento teorico che renda possibile il controllo della tendenza a impegnare i giuristi nella politica del diritto e la preservi da

“dato”, ma occasionalmente prescelto; nella interpretazione del diritto, quindi, gli elementi costitutivi del ragionamento (i concetti, i principi giuridici) non hanno valore logico, ma appaiono come semplici criteri direttivi della condotta.

Si rende evidente che il difetto essenziale del pensiero sistematico, in quanto contrapposto a quello problematico, consiste nella sua chiusura verso aspetti non afferrabili dal punto di vista del sistema, nella sua capacità di ammettere solo “soluzioni implicite nelle premesse di decisioni già integrate nel sistema, e quindi deducibili con procedimenti logico formali”¹¹⁵.

Il vincolo garantito alla legge dallo schema positivista della “sussunzione” improntato alla tecnica del sillogismo dimostrativo e quindi all’ideale di un controllo delle decisioni applicative del diritto con mezzi puramente logici risulta insufficiente e insoddisfacente in una società pluralistica.

Nella società pluralistica, dove le opinioni sono grandemente differenziate e le trasformazioni strutturali derivanti dal processo tecnologico producono incessantemente nuovi interessi e nuovi valori, la soluzione di un problema giuridico comunicata in forma puramente dogmatica non è in grado di proporsi come decisione plausibile. Per conservare il ruolo di mediatore tra il sistema normativo e il conflitto sociale, il giurista deve esplicitare con un linguaggio comprensibile le valutazioni che hanno guidato la formazione delle premesse della decisione giustificandole con argomenti aperti alla critica, ossia razionalmente discutibili.

La più forte critica al positivismo che presenta tutt’oggi un’incisiva ripercussione sul pensiero giusfilosofico, e che attribuisce un ruolo fondamentale ai principi è quella promossa da Ronald Dworkin. La sua teoria insiste, fondamentale, sull’insufficienza di criteri meramente formali e di natura empirica (Austin e Hart) o ipotetica (Kelsen) per circoscrivere il carattere della normatività del diritto: i principi rappresentano precisamente quegli elementi sintomatici che rivelano la carenza del modello positivista per definire il diritto¹¹⁶.

pretese degradanti di politica della giustizia al servizio di ideologie totalitarie o di interessi di gruppi o classi”;

¹¹⁵ F. Modugno, *op.cit.* pag. 43.

¹¹⁶ Tuttavia, occorre precisare come la riflessione di Dworkin si distacca dalla generale riflessione giuridica europea, meritando il nome di riflessione ‘endogamica’, nel senso che parte da premesse proprie

La teoria di Dworkin pretende bandire, in definitiva, il “formalismo giuridico”, inteso come la teoria che sostiene una definizione del diritto in termini formali e non materiali¹¹⁷.

Per Dworkin, la concezione del diritto come insieme di regole ignora l'esistenza di altri standard normativi diversi che denomina principi. Tali principi si dividono in principi *in senso stretto*, posti a tutela di diritti fondamentali (*individual rights*) e politiche o standards (*policies*), i quali si orientano al conseguimento di ‘obiettivi collettivi’ (*collective goals*). La presenza dei principi nei sistemi giuridici viene posta in relazione al collegamento tra diritto e morale che deve essere realizzato nella dimensione fondativa della comunità giuridica: quest'ultima è legittima se esprime, attraverso i diritti assegnati agli individui, l'esigenza morale dell'eguale considerazione e rispetto dei suoi membri. La presenza dei principi corrisponde perciò, primariamente, ai diritti degli individui e rappresenta il nucleo morale della comunità: questa base morale rende il diritto obbligatorio. Tale materializzazione dei principi obbedisce alla ideologia antiutilitarista e, se si vuole “neogiusnaturalista” dell'autore americano. I diritti della persona devono imporsi al calcolo utilitaristico dello Stato: questa massima assume una particolare rilevanza nei casi difficili, laddove i principi devono prevalere su altri argomenti¹¹⁸.

del sistema nordamericano per apportare soluzioni a problemi tipici del sistema di common law. In tal senso si può leggere Pietro Sanchis, *Teoria del Derecho*, pag. 353, “Comprender y mostrar ‘Los derechos en serio’ con mentalidad de jurista formado en el Derecho continental representa una empresa difícil y comprometida, pues el trabajo de Dworkin responde a unas preocupaciones y se inscribe en unas polémicas que parecen tener muy poco en común con que ha sido la historia de nuestra reflexión jurídica. De un lado, como tantos otros escritores angloamericanos, Dworkin se muestra perfectamente endogámico o, como dice Carriò en pleitos de familia; (...) De otra parte, la construcción dworkiana quiere presentarse como contrapunto a algunas doctrinas que, como el utilitarismo, apenas encontraron eco en España, de modo que a veces sus ataques parecen dirigirse a un enemigo para nosotros invisible”;

¹¹⁷ Bobbio N., *Il positivismo giuridico*, pags. 154-155.

¹¹⁸ Pur tuttavia, la materializzazione dei principi, e la loro identificabilità con i diritti fondamentali viene fortemente aversata da R. Alexy in *La teoria dei diritti fondamentali*, pag.111, che sottolinea come “non è necessario legare il concetto di principio al concetto di diritto fondamentale. Le proprietà logiche comuni di ambo i tipi di principi, alle quali allude Dworkin con il suo concetto di “principle in the generic sense” e che si palesano chiaramente nella collisione tra i principi, suggeriscono la convenienza di un concetto ampio di principio”. Allo stesso modo Gianformaggio definisce poco rigoroso introdurre tale distinzione, in “L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”, pag. 83. Sulla stessa linea di Gianformaggio, si pone Pintore, che segnala come la teoria di Dworkin presenti un chiaro carattere ‘antianalitico’ in *La teoria analitica dei concetti giuridici*, pag.146 e MacCormick riferisce come il vincolo dei principi ai diritti fondamentali collide con l’applicazione dei principi nei casi difficili; il ragionamento di MacCormick è il seguente: i principi entrano in gioco per

“Diritto in sostanza non è un sistema di regole, ma di regole e *standards*, cioè di principi, di politiche e di retro *standards*. Principio è uno standard che deve essere osservato non perché provochi o mantenga una situazione (economica, politica o sociale desiderata) ma in quanto esprime un’esigenza di giustizia, o di correttezza o di qualche altra dimensione della morale”¹¹⁹.

Secondo Dworkin, i principi sono quindi diversi dalle regole, ma fanno parte del diritto.

La dicotomia regola/principi si stabilisce mediante il ricorso congiunto a due criteri distinti: 1) *un criterio logico-formale* per cui l’enunciato normativo si esprime in modo preciso, mentre il principio non determina l’esposizione di condizioni che rendono la sua applicazione necessaria. Inoltre, a differenza delle regole, i principi hanno un’ulteriore dimensione: essa è data dal peso o dall’importanza: “quando i principi si intersecano, chi deve risolvere il conflitto dovrà prendere in considerazione il peso relativo d’ognuno. *Naturalmente non potrà trattarsi di una misurazione esatta, e il giudizio sul fatto che un principio o una policy sia più importante di un’altra rimarrà sempre una questione controversa*”¹²⁰; 2) il secondo criterio è dato *dall’idoneità per il riconoscimento*. Dworkin, in particolare, rigetta l’idea che il criterio suggerito da Hart per identificare le norme giuridiche valide possa funzionare anche per i principi: l’idea

risolvere casi difficili. I casi difficili sono quelli in cui vi sono diritti in conflitto. Orbene, se i diritti sono vincolati ai principi, come si può dare una soluzione al conflitto tra diritti? La risposta di Dworkin è la seguente: dobbiamo distinguere tra diritti in astratto e in concreto. Il conflitto tra diritti si verifica in astratto ed i principi tramitano soluzioni in concreto. MacCormick segnala come Dworkin per risolvere una contraddizione introduce una dicotomia, in MacCormick N., *Dworkin as Pre-Benthamine*, The Philosophical review, LXXXVII, No. 4, October, 1978, pag. 237;

¹¹⁹ G.Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2006, pag.36. Ad esempio, in *Law’s Empire* Dworkin esemplifica tale concezione del diritto con il riferimento ad un caso riportato già in *Taking Rights Seriously*, conosciuto come ‘caso Elmer’. La sentenza che lo risolse, pronunciata in Nueva York nell’anno 1889, enunciava i seguenti fatti: nel suo testamento Francis Palmer aveva lasciato in eredità i suoi beni alle figlie e al nipote Elmer. Francis contrae un nuovo matrimonio e Elmer, allo scopo di evitare che il nonno potesse alterare il testamento iniziale, lo uccide. Una volta condannato, le figlie del defunto ricorrono in giudizio per evitare che Elmer potesse ereditare, non prevedendo lo *Statute of Wills* di Nueva York la cosiddetta causa di indegnità. Infine, la Corte d’appello di Nueva York, si decide a favore delle due ricorrenti sulla base del principio ‘per cui nessuno deve trarre profitto dall’illecito’. In tal senso, Dworkin afferma come tale caso riveli come sia i repertori della legislazione sia le decisioni giudiziali non esauriscano le fondamenta del diritto’, in definitiva, ‘si presenta la questione di che cosa il diritto sia realmente’ in *Law’s Empire*, pag.5.

¹²⁰ Dworkin, in *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1976, a cura di Rebuffa, pag. 54 cita l’esempio del caso *Henningsen v. Bloomfield Motors* laddove si presenta il conflitto tra la *policy* di proteggere i consumatori del mercato dell’auto e il principio della libertà contrattuale.

di una norma fondamentale abbastanza stabile che precisi “alcune lacune o più caratteristiche, il cui possesso da parte di una certa norma è considerato come un’indicazione affermativa e decisiva circa la sua qualificazione come norma”¹²¹. Il criterio di validità dei principi reggerebbe invece su un senso di *adeguatezza* sviluppatosi nel tempo tra gli operatori e all’interno della comunità per cui la ‘erosione’ di tali principi dipenderebbe in ultima istanza dal persistere o meno di questo senso di adeguatezza. Senso di adeguatezza che a sua volta nascerebbe dalla combinazione di diversi fattori, quali la ‘responsabilità istituzionale, l’interpretazione della legge, la forza persuasiva dei vari tipi di precedente, la relazione con le morali attuali ed una moltitudine di altri standard di questo tipo’.

Secondo Dworkin, la concezione positivista disconosce una parte importante del diritto: quella costituita dai principi, standards normativi che non possono essere riconosciuti in base ad un criterio meramente formale: i principi si possono conoscere *ex post*, cioè dopo l’applicazione da parte del giudice.

In ogni caso, fermarsi alla concezione positivista non è possibile, secondo Dworkin: ciò che si può fare è tener conto dell’esigenza positivista in ordine al controllo della discrezionalità dell’interprete e alla coerenza e logicità della motivazione; soprattutto in ordine alla consapevolezza dell’uso dei principi. Tale consapevolezza, che rappresenta, a parere di Dworkin l’unico argine garantista alla discrezionalità dell’interprete si deve fondare su un presupposto fondamentale che l’autore americano chiama la ‘giustificazione del cambiamento’: i giudici possono annullare o modificare una norma esistente qualora rinvengano un qualche principio che possa costituire la base di tale cambiamento. Purtuttavia, tale cambiamento non può sfociare in arbitrarietà, ed è per tale motivo che tale cambiamento sarà giustificato laddove l’interprete ricorrerà a due dottrine consolidate: la dottrina della ‘supremazia legislativa’ che richiede alle Corti di prestare obbedienza agli atti legislativi e la dottrina del precedente, che riflette esigenze di equità e di efficienza legate alla coerenza¹²². Se queste dottrine

¹²¹ Hart, *The concept of Law*, cit., trad., pag.112.

¹²² Sulla stessa linea di pensiero si colloca A.Ruggeri, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2001, 567ss laddove l’illustre costituzionalista indica come un’esigenza di ragionevolezza la necessità che la Corte costituzionale sia tenuta a confrontarsi *omisso*

contribuiscono a contemperare il cambiamento e a mantenere lo *status quo*, non sono tuttavia assolutamente vincolanti: ciò significa che l'interprete può discostarsene e seguire una direzione opposta che ritenga collettivamente più importanti. D'altronde in ciò consiste la vincolatività: una norma è vincolante quando è 'positivamente sostenuta da principi che la corte non è libera di disattendere e che sono collettivamente più importanti di altri principi che incoraggiano il cambiamento'.

Ciò conduce al problema di una fondazione relativamente oggettiva delle decisioni giuridiche e dei problemi morali. Questa possibilità viene sviluppata da Dworkin attraverso la valutazione critica dello scetticismo etico e l'articolazione di una posizione moderatamente cognitivista, legata alla dimensione argomentativa del discorso giuridico e morale. Ciò implica la possibilità della individuazione di una risposta corretta alle diverse questioni poste dall'interpretazione dei principi e dei diritti in un quadro pluralistico. Tale risposta va intesa, primariamente, nella prospettiva di un metodo che consenta di giungere a decisioni corrette e rappresenta una proposta che tende a superare l'alternativa tra cognitivismo e non cognitivismo. La presenza dei principi e l'inclusione di elementi morali nel diritto viene cioè posta in relazione alla possibilità di giungere a decisioni fondate in termini razionali attraverso il postulato della coerenza e della universalizzabilità delle decisioni.

Ed è in tale contesto che si iscrive il tema della 'right answer', che affronta, per l'appunto il problema di come sia possibile individuare, nonostante le diverse interpretazioni, una risposta 'corretta' e non discrezionale nell'interpretazione del diritto di una comunità. Esso subisce un'evoluzione, seppure all'interno di un'intenzione che resta unitaria, nel passaggio da *Taking Rights Seriously* e *A Matter of Principles* a *Law's Empire*, che stempera alcune assunzioni iniziali. Si può dire che mentre nella riflessione iniziale il tema della *right answer* ha una dimensione più 'sostantiva', nella seconda essa si identifica con quella del 'modo corretto (*right way*) ... di decidere un caso difficile' e ha perciò fondamentalmente una dimensione di tipo 'procedurale'¹²³. In

medio con i propri precedenti, con gli "indirizzi" da essi composti e di cui gli stessi sono espressione, ed a mostrarsi complessivamente coerente rispetto ad essi così come rispetto a se stessa".

¹²³ Habermas, *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano, 1996, 262, che sviluppa questa interpretazione a partire anche dalle analisi di Günther 1989, e della sua distinzione tra discorsi di 'fondazione' (contrastati tra principi) e di 'applicazione' (diversi principi applicabili rispetto al caso).

parallelo, si può affermare che parte delle critiche alla ‘right answer thesis’ hanno quale punto di riferimento la prima versione e non colgono questa evoluzione. Nella prima fase infatti, Dworkin lega la tesi della risposta corretta alla distinzione tra regole e principi nell’applicazione giudiziaria: nei casi difficili si avrà una tale risposta attraverso il ricorso al principio che può essere individuato al di là della regola (o delle regole) che disciplinano il caso. Il riferimento polemico di Dworkin è la tesi della ‘discrezionalità’ del giudice propria del positivismo a cui viene opposta quella del vincolo rispetto ai principi impliciti o espliciti dell’ordinamento. In *Law's Empire*, la tesi della ‘risposta corretta’ non figura più quale argomento autonomo ma appare piuttosto una conseguenza della concezione della integrità: la *right answer* sottolinea i vincoli del giudice ma contemporaneamente afferma che essa deriva dalla ‘migliore interpretazione’ dei principi di una comunità e dalla scelta tra principi diversi e tra loro in conflitto di modo che ‘la coerenza avrà bisogno di un ordine non arbitrario di priorità, di valutazione o di compromesso’ tra di essi ‘che rifletta le loro rispettive fonti a un più profondo livello della moralità politica’¹²⁴.

In questa prospettiva, la risposta corretta viene posta quale problema che emerge al livello della ‘giustificazione’ e di quella che Dworkin chiama integrità ‘pura’ cioè di quella che richiede il ricorso alla ‘moralità politica astratta’ e alle esigenze di ‘giustizia’ della comunità: a questo livello però ‘i giudizi giuridici sono profondamente contestabili’. L’idea della risposta corretta è perciò relativa a quella di integrità in quanto richiede che il giudice valuti l’adeguatezza delle diverse risposte e ‘giustifichi’ la sua decisione alla luce della ‘migliore’ teoria politica dei valori della comunità: quest’ultimo compito lascia però aperto lo spazio della critica e richiede lo sviluppo di quella che Dworkin chiama un’ ‘attitudine protestante’ verso le decisioni politiche e giudiziarie¹²⁵.

¹²⁴ Dworkin 1989, 252;

¹²⁵ Questa diversa impostazione permette di valutare le critiche che sono state rivolte alla ‘right answer thesis’: in particolare, quella per cui essa necessita di un giudice “ideale” (Hercules) per essere possibile e quella secondo cui tale tesi avrebbe alla sua base l’idea di completezza dell’ordinamento. Dal primo punto di vista, si può dire che in *Law's Empire* la figura di Hercules non appare fondamentale e si riduce ad un semplice ‘modello’ per l’interpretazione. Dal secondo punto di vista, va invece segnalato, che l’idea di risposta corretta basata sull’integrità fa soprattutto riferimento al metodo che il giudice deve seguire e lascia spazio al confronto tra principi e teorie ‘politiche’ diverse;

G. Zagrebelsky si colloca nello stesso solco di Dworkin ed analizza i principi sotto una triplicità di punti di vista: a) esse sono enunciazioni che “più che interpretare attraverso l’analisi del linguaggio, devono essere intese nel loro *ethos*: alle regole ‘si ubbidisce’, ai principi ‘si aderisce’; b) essi sono “criteri per prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengono a determinarsi concretamente; c) non hanno fattispecie, per cui non può darsi alcun significato operativo se non facendoli reagire con qualche caso particolare.¹²⁶ Sono caratterizzazioni che rivelano l’originaria natura morale dei principi, la loro derivazione dal diritto naturale. I principi morali hanno una funzione orientatrice di modi di vita e di comportamento, non indicano in astratto il contenuto del dovere, che varia a seconda delle situazioni concrete, ma forniscono i criteri alla stregua dei quali esso è da riconoscere¹²⁷.

Il passaggio dal diritto naturale al diritto positivo è dato proprio dalla vigenza dei principi medesimi; sono i principi dei moderni ordinamenti che gettano un ponte tra la sfera dell’essere e la sfera del dover essere: ‘in presenza dei principi, la realtà esprime valori e il diritto vale *come se* vigesse un diritto naturale’. Se la volontà giuridica sovrana pone i principi allora quella secca censura posta dal positivismo a sancire due sfere così inconciliabili tra essere e dover essere si dissolverà per mezzo dello stesso diritto positivo che, in funzione della volontà, esprimerà una realtà di valori¹²⁸.

1.2.7 LA DIMENSIONE DEONTOLOGICA DEI PRINCIPI. LA CONNESSIONE STRUTTURALE TRA PRINCIPI E VALORI NELL’OTTICA DI ALEXY.

Il principlismo della teoria di Alexy segue i passi di Dworkin, ma corregge alcuni dei suoi aspetti ed incorpora altri nuovi. I principi dell’opera di Alexy presentano una doppia incidenza: da un lato, sulla teoria dell’argomentazione giuridica, dall’altro sulla teoria del diritto. Assumendo quale base di partenza la riflessione del Tribunale costituzionale tedesco, il quale aveva interpretato i diritti fondamentali come un

¹²⁶ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p.149.

¹²⁷ N. Hartmann, *Etica, I, Fenomenologia dei costumi*, tr. it., Napoli, 1969, p. 16. Cfr. pure Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, p. 160.

¹²⁸ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p.162.

ordinamento oggettivo, contenuto nella Costituzione, al quale l'intero diritto si poteva ritenere sottomesso¹²⁹, Alexy sviluppa la correlazione tra principi e valori in relazione all'analisi delle caratteristiche strutturali dei principi (e nella conseguente loro distinzione dalle regole), e, all'interno della tesi della connessione tra diritto e morale, sulla base della loro "parentela strutturale".

In particolare, lo sforzo di Alexy si orienta verso un costituzionalismo 'temperato': da un lato, mira a dimostrare l'inadeguatezza teorica del legalismo, inteso quale concezione che risolve il diritto nella mera legge, dall'altro intende ricostruire la teoria giurisprudenziale dei valori come teoria (deontologica e non assiologica) dei principi, purificandola da assunzioni inaccettabili dal punto di vista di un "modello di sistema orientato alla ragion pratica".

I principi sono caratterizzati come precetti di ottimizzazione (*optimisierungsgebote, optimization commands*): ciò implica che essi prescrivono che qualcosa deve essere realizzato nella misura più ampia possibile compatibilmente con le possibilità giuridiche (cioè gli altri principi e regole presenti nell'ordinamento) e di fatto. In merito ai precetti di ottimizzazione, Alexy afferma che si tratta di fatto di una 'inclusione nel diritto di criteri tratti dall'ambito della razionalità economica'. La definizione dei principi come mandati di ottimizzazione implica una connessione necessaria con il *principio di proporzionalità*, di cui il diritto costituzionale tedesco si serve per giustificare interventi sui diritti. In relazione a ciò, la giurisprudenza costituzionale ha stabilito che la legittimità di ogni intervento sui diritti è subordinata al

¹²⁹ A partire dalla sentenza Luth del 1958, la Corte interpreta la parte del *Grundgesetz* dedicata ai diritti fondamentali come una "objektive Wertordnung" come un ordine di valore (e di valori) obiettivi che, in quanto espressione di una decisione politica fondamentale di diritto costituzionale, fornisce impulso ed orientamento a tutti i settori della vita politica dello Stato, esercitando un peculiare 'effetto di irradiazione'. Alla base di questa posizione vi è l'idea che la Costituzione non sia soltanto un fondamento formale circa la produzione del diritto ordinario, ma che contenga in forma positivizzata una serie di valori (dignità, libertà, eguaglianza, Stato di diritto, democrazia e Stato sociale) che insieme trascendono e indirizzano il diritto positivo. La positivizzazione costituzionale conferisce a tali valori un carattere obiettivo, cioè indipendente dalla mutevole volontà politica delle maggioranze legislative, e una superiorità di rango che consente alla loro tutela giurisprudenziale di operare aldilà ed eventualmente anche *contro* la (lettera della) legge, in particolare attraverso forme di applicazione che fanno saltare gli schemi classici della sussunzione sotto regole generali, e che consistono essenzialmente in una continua opera di ponderazione e adattamento proporzionale ai casi concreti, sulla base di quegli stessi valori e principi. In sintesi, il *jus* non si riduce alla *lex*. I valori incorporati nella Costituzione in forma di diritti fondamentali attestano un "surplus" in diritto che preclude ogni ritorno ai criteri di un "angusto legalismo positivistico" in R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, pp. 5 sgg.

rispetto di tre regole: deve essere *appropriato* (ossia adeguato al suo scopo); *necessario* (occorre verificare se sussista la possibilità di interventi più miti o meno penetranti); *proporzionale* (sono richieste ragioni tanto “più motivate” quanto più intensivo è l’intervento e dunque più gravosa la ponderazione).

La definizione dei principi come mandati di ottimizzazione deriva dall’“apertura” della formulazione dei principi: si tratta, secondo Alexy, di una questione sia semantica che deontica. Nel primo caso, il problema è relativo alla indeterminatezza del termine e dell’enunciato; nel secondo caso, alla dimensione deontica della norma e alla sua relazione con l’ordinamento e le circostanze di fatto¹³⁰.

I principi, infatti, sono norme nelle quali non vengono specificate le condizioni di applicazione. Nei termini di Alexy, la loro validità non è definitiva ma *prima facie*. Ciò determina la specificità dei principi in relazione ai diversi tipi di conflitto e alla dimensione argomentativa. Essi sono caratterizzati dal fatto che la loro realizzazione richiede sia la valutazione delle esigenze del caso, sia, parallelamente, delle possibilità giuridiche a esso connesse. Ciò significa che nel caso di collisione tra principi, cioè quando un principio vieta e un altro autorizza, si stabilirà tra essi una relazione di prevalenza (*Vorrangrelation*): la presenza di diversi principi applicabili richiede una ponderazione e un bilanciamento in relazione alla soluzione della controversia. La prevalenza, pur tuttavia, non determina l’invalidità di un principio rispetto ad un altro ma solo una scelta per la quale il medesimo principio potrà avere applicazione in altro caso concreto. Inoltre, al fine di stabilire una gerarchia tra i diversi principi in conflitto, Alexy considera che non esistono principi che abbiano il carattere

¹³⁰ Habermas, in *Fatti e Norme* del 1996, pag. 308, rifiuta la tesi dei precetti di ottimizzazione perché questa sottopone i principi a criteri di razionalità economica, ad un’analisi strumentale di costi e benefici che tratta i diritti individuali secondo la logica dei beni collettivi (dworkinamente, gli argomenti di *principles* come argomenti di *policies*). In quanto norme “universalmente vincolanti e non solo politicamente preferibili”, i principi dispongono di una “forza giustificativa maggiore di quella dei valori” e si sottraggono a ogni calcolo. *Ottimizzandoli*, Alexy e con lui la giurisprudenza costituzionale, rischia di “anteporre argomenti di tipo funzionalistico ad argomenti di tipo normativo” e di “demolire quella paratia antincendio che una concezione deontologica delle norme e dei principi inserisce nell’architettura del discorso giuridico”, favorendo la possibilità di sentenze irrazionali.

di ‘assoluto’, ossia, che a prescindere da qualsiasi circostanza abbiano una prevalenza rispetto agli altri ¹³¹ .

A tal proposito Alexy elabora la cosiddetta ‘legge di collisione’ che permette determinare a quali condizioni la realizzazione di un principio deve prevalere sugli altri in funzione dei risultati che nella pratica si otterranno dalla sua realizzazione. Formulata tecnicamente, questa ‘legge’ dice:

“Se il principio P^1 , per le circostanze C , prevale sul principio P^2 : (P^1, P, P^2) C , e se da P^1 , per la circostanze C , risulta la conseguenza R , allora ne deriva una regola che contiene C come fondamento di fatto ed R come conseguenza giuridica: $C \rightarrow R$ ”

Detto in altri termini, le condizioni per le quali un principio prevale su un altro costituiscono le ragioni di fatto di un regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prevalente. Questo è il punto in cui la teoria di Alexy si distingue totalmente dalle precedente complessa concettualizzazione dei principi: questi non dovranno essere ponderati solo in base all’origine, al contenuto, al “peso” o alla gerarchia ma nella determinazione di questi elementi sarà fondamentale la considerazione del risultato che si originerà dalla loro applicazione.

Orbene, se non esistono principi con una prevalenza assoluta ma tutti potenzialmente suscettibili di ponderazione, si renderanno inevitabili situazioni di incertezza giuridica, dato il margine di discrezionalità che è insito nel giudizio di ponderazione. Rispondendo a tale obiezione, Alexy ricorre alla ‘teoria dei valori’ al fine di fondare validamente la ponderazione tra principi. Nel giudizio dei casi, vi saranno diversi principi applicabili e l’interprete, sulla base di opzioni di valore, dovrà stabilire quale dei principi sarà prevalente. In presenza di casi “dubbi”, dove “si tratta di

¹³¹ In tal senso, Alexy in *Teoria de los derechos* ... pag. 108 considera che se, dal punto di vista dell’ordinamento tedesco l’unico principio del quale potrà predicarsi questo carattere assoluto è quello che garantisce la dignità umana -espressamente l’art. 1 della Costituzione di Bonn stabilisce che “La dignità della persona umana è intangibile”-, in realtà, non si tratta di un principio assoluto ma di un concetto articolato allo stesso tempo come regola e come principio, per cui la regola che protegge la dignità umana ha il carattere assoluto, mentre non il principio che, in caso di conflitto deve essere ponderato come qualsiasi altro”.

trovare una risposta a una questione pratica non desumibile dal materiale autoritativo precostituito”, il giudizio non potrà essere basato “sulle decisioni di un’ autorità” ma dovrà fare riferimento a tutti i principi pertinenti alla soluzione del caso. Ciò determina che ‘tra i principi pertinenti per la soluzione del caso concreto se ne troveranno sempre alcuni che appartengono ad una qualche morale’, e parallelamente, che “una parte degli argomenti con cui il giudice fonda l’esito della ponderazione ha sostanzialmente carattere morale”.

Tale passaggio argomentativo si giustifica sulla base di un’affinità strutturale esistente tra ‘principi’ e ‘valori’ per cui i principi sono sempre ‘principi di qualche morale’. La loro identità di struttura è data dal fatto che i giudizi sui valori si presentano, allo stesso modo che il giudizio su principi, come criteri di valutazione o regole di valutazione. Questa identità di struttura del giudizio fissa la necessaria corrispondenza tra principi e valori. Essi sono, quindi, differenziabili solo sulla base di un criterio *funzionale*: per cui i principi hanno un carattere deontologico in quanto stabiliscono ciò che è dovuto, mentre i valori hanno una dimensione assiologica, cioè fissano ciò che è bene.

Le Costituzioni che rientrano nel modello di Stato Costituzionale si differenziano rispetto al modello di Stato liberale proprio perché racchiudono principi nei quali si esprimono delle decisioni valutative che si impongono al legislatore, in quanto “principi e valori sono la stessa cosa”.

CAPITOLO II

“In tema di giustizia e ingiustizia, di sanità e di empietà, essi (i sofisti) sono pronti a sostenere che nulla di tali cose è per natura dotato di una sua propria essenza, ma che ciò che viene ritenuto giusto dalla collettività in quel punto diventa vero, nella forma in cui è ritenuto tale e per tutto il tempo che si continua a pensare così”
Platone, *Teeteto*, 172b

CAPITOLO II: I PRINCIPI COME FATTORI DI ORIENTAMENTO INTERPRETATIVO E COME VALORI

SOMMARIO: *I. Il diritto costituzionale come 'diritto per principi'*. 1.1 Il contenuto principialista delle Costituzioni del Novecento. 1.2 Il concetto di Costituzione: un Giano bifronte. 1.3 Oggetto e confini dell'indagine. Ragioni della prospettiva comparata con l'ordinamento spagnolo. *II. Rivelazione ed applicazione dei principi generali costituzionali*. 2.1 Introduzione problematica. 2.2 I principi costituzionali nella letteratura e giurisprudenza statutaria. 2.3 L'efficacia giuridica dei principi costituzionali nella dottrina costituzionale repubblicana. 2.4 La 'copertura' costituzionale dei principi generali. *III. La classificazione dei principi nella Costituzione*. 3.1 I criteri di classificazione secondo la dottrina e giurisprudenza italiana. 3.2 Il 'polifacetismo' terminologico dei principi. Classificazione ed interpretazione nella dottrina e giurisprudenza spagnola. *IV. La Costituzione come sistema di principi e valori in reciproca tensione. Il profilo sistemico dei rapporti tra principi e valori*. 4.1 L'impronta assiologica dei principi costituzionali. 4.2 Il valore come categoria filosofica: struttura e funzione. 4.3 Il valore come categoria dogmatica costituzionale in rapporto sistemico con il principio costituzionale: approfondimenti e stimoli della dottrina. 4.4 I valori superiori nella Costituzione spagnola: un interessante spunto comparativo. 4.5 Identificazione dei valori superiori nella Costituzione spagnola. 4.6 Ipotesi ricostruttiva della connessione tra principio-valore sul piano della teoria dell'ordinamento.

I. IL DIRITTO COSTITUZIONALE COME 'DIRITTO PER PRINCIPI'

2.1.1 IL CONTENUTO 'PRINCIPIALISTA' DELLE COSTITUZIONI DEL NOVECENTO

Scorrendo i testi delle costituzioni moderne, anche il lettore distratto può subito notare che gran parte delle loro disposizioni consistono in dichiarazioni normative di tipo speciale. Sono i *principi generali*¹³².

¹³² Così D. Farias esordisce il capitolo III della sua opera *Idealità e Indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, precisando che i giuristi parlano di “disposizioni di principio” o di

In età moderna, le Costituzioni rendono palese un'intenzione, ossia indicare le linee essenziali dello Stato e segnare una rottura col passato, contribuendo a determinare "le condizioni giuridiche più generali di possibilità di uno Stato che vede nell'apertura al nuovo, nella libertà e nel progresso il suo *telos* essenziale". E tali condizioni giuridiche non possono che identificarsi con quel cuore pulsante costituito dalle dichiarazioni dei diritti di libertà, i cui principi intendono porre limiti invalicabili ai poteri pubblici e valere come precetti per lo stesso legislatore.

Emerge una forza escatologica delle Carte Costituzionali, che si presentano come un disegno o un programma, esprimente una tendenza collettiva di ampia portata, storico-epocale, di radicale rinnovamento della società "per avviarla verso obiettivi etico-giuridici estremamente ambiziosi"¹³³.

Una protensione di senso che non può che cristallizzarsi nel dato testuale, nell'espressione linguistica che deve essere necessariamente aperta, plurale e cangiante, capace di accogliere quel carattere di continua trasformazione e complessità dello spirito dei tempi.

Una tensione ideale che si esprime, appunto, nei principi racchiusi in tali Carte che si fondano così in un'altra dimensione: la legalità si converte in legalità costituzionale, le vestigia del diritto cessano i panni dell'astratto (e vuoto) formalismo per indossare quelli più ingombranti del materialismo.

Quei principi generali del diritto, di stampo positivista, non possono essere più rappresentati solo come norme generalissime. "A caratterizzare i principi come tali è in più essenziale un rapporto con altre norme dell'ordinamento, alle quali essi intendono connettersi. Un'idea ritorna di frequente, se non esclusiva certo preponderante: i principi sono anima e fondamento delle altre norme. E' in sostanza l'idea di una *fecondità* del principio che si aggiunge a quella della mera generalità"¹³⁴.

Lungi dall'aver un mero ruolo interpretativo e integrativo di una legislazione ereditata dalla tradizione e codificata, i principi formano, quindi, con l'avvento della

"principi generali costituzionali", dando così rilievo alla differenza rispetto alle consuete norme astratte e generali enunciate nelle leggi ordinarie. Il riferimento è chiaramente a Crisafulli ed a Bobbio.

¹³³ D. Farias, *op. cit.*, pag. 167.

¹³⁴ D. Farias, *op. cit.*, pag. 163.

Costituzione una ‘*summula ideologica* più o meno completa e coerente che vuole espandersi e compenetrare tutto l’ordinamento’¹³⁵.

Il “nuovo” diritto costituzionale, il diritto costituzionale della seconda metà del Novecento, si presenta un diritto per “principi” - principi che peraltro non costituiscono un *hortus conclusus*, ma sono destinati ad impregnare, a riverberarsi su tutto l’ordinamento.

Già Santi Romano così si esprimeva laddove affermava che ‘tali principi hanno una grande importanza per il diritto costituzionale anche in quegli Stati che possiedono una costituzione scritta: si è, infatti, osservato che né le carte costituzionali né le leggi particolari che sono ad esse complementari esauriscono tutto il diritto costituzionale di uno Stato, che, per la sua stessa natura non si presta ad essere dichiarato in formule rigide e, in notevole parte, rimane non scritto’¹³⁶.

2.1.2 IL CONCETTO DI COSTITUZIONE: UN GIANO BIFRONTE

Prima di procedere oltre nella determinazione dei principi fondamentali delle Costituzioni del Novecento appare però necessario –da un punto di vista sia metodologico che storico-giuridico- l’analisi del concetto di Costituzione.

Il relativo dibattito attraversa tutto il XX secolo, parallelamente all’affermazione della Costituzione da documento politico a norma giuridica.

In tale sede, mi limiterò ad accennare le coordinate essenziali di tale dibattito in una prospettiva comparata, senza la pretesa (e la presunzione) di abbracciare l’intera mole dottrinale che si è esercitata su un concetto tanto intuitivo quanto usurato. In particolare, con queste veloci (e sommarie) pennellate si vorrà evidenziare come sia già insito nella concezione anfibologica dell’unità costituzionale quella connessione concettuale inevitabilmente esistente tra principi e valori costituzionali.

Come noto, i primi decenni del secolo scorso sono caratterizzati dalla contrapposizione fra la visione kelseniana e quella di Schmitt del concetto di Costituzione. Una contrapposizione dialettica che verte sull’individuazione delle basi giuridiche dell’unità di fronte alla politicizzazione delle masse e al progressivo

¹³⁵ D. Farias, *op. cit.*, pag. 168.

estendersi del pluralismo in ambiti prima riservati alla sfera della pura statualità. Normativismo e decisionismo, pur nella loro reciproca dichiarata ostilità, erano accumulati dalla convinzione che l'universo multidirezionale delle ideologie e dei valori non potesse formare oggetto di compromessi, né esprimere alcuna capacità integrante.

Hans Kelsen ritiene che la Costituzione, quale *Grundnorm* – norma fondamentale dell'ordinamento – rappresenti il fondamento di validità del diritto positivo e la stessa – secondo tale impostazione formalistica – ha un contenuto essenzialmente procedurale¹³⁷. Riecheggiava tale posizione, la rielaborazione istituzionale di Santi Romano, per il quale vanno ricondotte alla Costituzione “la parte fondamentale ed essenziale di tale struttura (di ogni istituzione), quella su cui poggiano tutte le altre parti, le quali, quindi, la presuppongono, nonché quella che ne rappresenta la prima armatura ed i muri maestri”¹³⁸. Secondo l'indiscusso maestro di diritto pubblico, la Costituzione si identifica con ‘l'attività diretta a fondare uno Stato, a dargli un nuovo regime politico, a instaurarne il governo, in altri termini, a dargli una Costituzione in senso materiale che ne determini l'esistenza o un diverso assetto’¹³⁹.

Solo dopo il secondo conflitto mondiale, con l'instaurarsi in Europa della giustizia costituzionale nel suo modello accentrato, si potrà parlare della Costituzione come norma, in quanto la medesima si erge come canone di validità delle leggi. Con l'effettività del funzionamento della giustizia costituzionale, la Costituzione si trasforma in quella “norma primaria, che prevale e domina su tutte le altre norme, le articola, le conferisce significato, dirige la loro interpretazione, le colloca al proprio posto nel seno dell'ordinamento: *norma normarum*”¹⁴⁰.

La supremazia della Costituzione su tutte le norme ed il suo carattere centrale nella costruzione e nella validità di tutto il sistema ordinamentale nel suo complesso obbliga ad interpretare l'intero ordinamento in qualsiasi momento della sua

¹³⁶ S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, 134-135.

¹³⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Berlin, 1934, trad. it. *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1954.

¹³⁸ S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, pag.1.

¹³⁹ *Ibidem*, pag. 2.

¹⁴⁰ E. García De Enterría, *El valor normativo de la Constitución*, in *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, agosto 2000, pag. 67-68.

applicazione, ed in qualsiasi sua parte, – nel senso che risulta dai principi e dalle regole costituzionali.

Il principio di interpretazione conforme a Costituzione non è che la conseguenza del carattere normativo della Costituzione e del suo rango supremo e tale principio riceve riconoscimento in tutti quegli ordinamenti che ne fanno un postulato basilico. In ultima istanza, si può dire che è l'esigenza dell'unità dell'ordinamento, che trova nella supremazia normativa della Costituzione il suo punto focale implicando così l'integrazione dell'ordinamento nell'opera applicativa dell'interprete.

Quella stessa unità dell'ordinamento, assicurata dalla Costituzione, considerata assumendo un altro punto prospettico si può fondare su un'unità materiale di senso, espressa in alcuni principi generali, che spetta all'interprete ricercare e scoprire, o che la stessa Costituzione ha posto, distaccando tra tutti, per decisione suprema della comunità costituente, alcuni valori sociali determinanti, che si proclamano nel solenne momento costituente come primordiali e basilici di tutta la vita collettiva.

Ecco, allora, che la Costituzione non appare come una norma qualsiasi, ma come una norma portatrice di alcuni valori materiali.

Si richiama così l'altra concezione di Costituzione per cui tali valori non sono altro che 'la decisione politica fondamentale di un popolo sul proprio assetto istituzionale'¹⁴¹. "La Costituzione di Weimar – scrive Schmitt - presuppone il popolo tedesco come unità che fa direttamente da mediatrice, senza le organizzazioni dei gruppi sociali, è capace di agire, può esprimere la sua volontà e nel momento decisivo, superando le divisioni pluralistiche, deve riunirsi ed imporsi. La costituzione cerca di dare soprattutto al Presidente del Reich la possibilità di unirsi direttamente con questa volontà politica generale e proprio perciò di agire come custode e difensore dell'unità costituzionale e della totalità del popolo¹⁴²".

¹⁴¹ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Dunker & Humblot, Berlin, 192, trad.it *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984. Sul punto è rilevante segnalare l'opinione di Antonino Spadaro per cui la medesima Costituzione di C. Schmitt si caratterizza come 'una Costituzione vuota' poiché, benché individui un 'tipo' di unità politica, nel quadro del decisionismo schmittiano non contano tanto i valori storicamente protetti in sé, quanto il mero atto politico della decisione *ut sic* inteso in A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Giuffrè Editore, 1994, 58.

¹⁴² C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Dunker & Humblot, Berlin, 192, trad.it *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pag. 89.

La Costituzione si converte, così, proprio in forza delle ineliminabili forze disgregatrici, in un'istanza di unità, in un'unità presupposta o ontologica.

La sovranità della Costituzione può essere, dunque, intesa come una novità piena di significato 'purchè non si pensi che il risultato sia dello stesso tipo di un tempo, cioè la creazione di un nuovo centro di emanazione di forza concreta, causa sufficiente della unità politica statale'¹⁴³.

L'assunzione del pluralismo come dato socialmente rilevante rende, infatti, la Costituzione non un 'progetto rigidamente ordinante che possa essere assunto *a priori* della politica dotato di forza propria, dall'alto al basso'¹⁴⁴. L'unità dell'ordinamento non è un dato di cui si debba prendere semplicemente atto, ma diviene un difficile problema: la legge diviene strumento di conflittualità e si afferma l'esigenza di sottoporre la stessa attività legislativa a regole generali. Tale esigenza si traduce nell'opportunità di ancorare la legge ad un insieme di principi e valori costituzionali sui quali si possa realizzare un ampio consenso sociale.

Ciò è evidente nel pensiero di Smend, per cui: "... come diritto positivo la costituzione non è soltanto norma, ma anche realtà" e "questa realtà è persistente e quotidiana" e "costituisce un esempio particolarmente imponente dell'indubitabile effetto d'integrazione di ogni comunità giuridica ... Questa realtà non è prodotta dalla costituzione intesa come 'il momento statico e persistente della vita statale' ma viene costantemente riprodotta dalla vita costituzionale in continuo rinnovamento"¹⁴⁵.

L'idea di uno Stato come unità che deve essere costruita era soprattutto in Smend la teoria del quale si è detto concretizzarsi in un 'olismo non ontico ma teleologico'¹⁴⁶, vale a dire nella visione di una società che, preda di tensioni

¹⁴³ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pag. 10.

¹⁴⁴ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pag. 10.

¹⁴⁵ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht, Munchen-Leipzig*, 1928, trad.it, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 150-153.

¹⁴⁶ G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht*, trad.it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988: in tale opera, Smend, come è noto, delinea tre tipi di integrazione ossia i processi tramite cui tramutare la società da semplice aggregato di individui a comunità spirituale. Essi sono l'integrazione personale, mediante un *leader*, l'integrazione funzionale, mediante le istituzioni, e quella materiale che opera mediante i valori. Questa taglia trasversalmente le altre due e ne diviene momento unificante come si legge chiaramente quando egli conclude sull'integrazione funzionale e dice a pag. 95, che "La possibilità che abbia di per sé quest'effetto presuppone una comunità di valori non

disgregatrici, può ritrovare la propria unità solo tramite l'accordo intorno ad un nucleo di valori che la definisca, innanzitutto, come entità spirituale, come continua 'realizzazione di senso'. La Costituzione incarna, dunque, un significato di integrazione che conduce a rifiutare ogni teoria che vede nella Costituzione un apparato tecnico, oggettivato in modo meccanicistico che serve a determinati scopi¹⁴⁷.

Heller a sua volta cerca di superare la dicotomia tra diritto e potere affermando che, nel potere costituente "essenzialità e normatività ...non sono in opposizione ma si condizionano reciprocamente. Un potere costituente che non è legato agli strati sociali decisivi per la struttura del potere da principi giuridici comuni non ha potere né autorità, dunque neppure esistenza"; "una costituzione necessita piuttosto, per essere tale ... e per valere dunque come ordinamento conforme al diritto, di una legittimazione sulla base di principi giuridici etici". Secondo Heller "la Costituzione dello Stato non è dunque innanzitutto processo, bensì prodotto, non attività piuttosto forma di attività: essa è una forma aperta, dentro cui passa la vita: vita in forma e forma della vita"¹⁴⁸.

In Italia, una delle maggiori riflessioni sul concetto di unità costituzionale si deve a Costantino Mortati che nel 1939 elaborò la nozione di "Costituzione in senso materiale" e che sottoponendolo poi a rielaborazione, agli inizi degli anni Sessanta, nella voce dell'Enciclopedia del diritto "Costituzione dello stato" e nel commento all'art. 1 della Costituzione e nelle diverse edizioni del suo celebre Manuale.

Ne "La costituzione in senso materiale" Mortati si interroga sulla possibilità di individuazione giuridica del principio primo dell'organizzazione statale, di fronte al dubbio se "invece non vi sia luogo a ricercare un contenuto della Costituzione, che sia indipendente dalle particolarità delle singole figure storiche di Stato, un contenuto assoluto, tipico, determinabile in via di deduzione logica attraverso la ricerca della costante funzione che essa adempie in ogni Stato, da compiere in relazione a quelle che

messa in questione dalla lotta politica, la quale peraltro non è condotta contro quella, la comunità che dà regole a questa lotta le conferisce il senso di una funzione integrativa della vita di gruppo".

¹⁴⁷ R. Smend, *op. ult. cit.*, 157.

¹⁴⁸ H. Heller, *Staatslehre, Leiden*, 1934, trad.it., *Dottrina dello Stato*, Napoli, Esi, 1988, 428.

devono ritenersi le condizioni fondamentali perché uno Stato possa assumere una concreta forma giuridica e realizzare i suoi compiti”¹⁴⁹.

Al termine di tale ricerca, Mortati afferma che la costituzione “è data dal valore o dal complesso di valori, di cui sono portatori una data classe sociale e il partito, che ne è l’espressione attiva, e intorno ai quali sono coordinate le varie istituzioni sociali”¹⁵⁰. E nella voce “Costituzione dello Stato” del 1962 identifica tali gruppi sociali con i “gruppi prevalenti in virtù del potere di fatto esercitato, che ricercano nella Costituzione lo strumento idoneo alla tutela degli interessi di cui sono portatori, al consolidarsi dei principi di vita associativa che meglio giovano alla stabilizzazione ed al più ordinato svolgimento del potere stesso.” A ciò si ricollega l’idea di “superlegalità costituzionale dei principi stessi”, basati sull’idea forza che li ispira e che tutti li riassume e che è rappresentata dall’art. 1 Cost. per cui l’Italia è “una repubblica democratica fondata sul lavoro”¹⁵¹. Riecheggia la teoria mortatiana, la concezione di Gustavo Zagrebelsky che considera la Costituzione come al tempo stesso “comando costituente” e “ricognizione obbligatoria dei valori politici in campo”¹⁵². Nei momenti costituenti, le volontà politiche dei soggetti si coordinano in vista di uno scopo comune: dettare principi al di sopra degli interessi particolari di ognuno per consentire la convivenza di tutti¹⁵³. Secondo l’autore non ci sono solo tanti “comandi costituenti” quanti sono i valori riconosciuti ma c’è piuttosto “il riconoscimento o il rispecchiamento di una situazione pluralistica, accompagnato dal mutuo consenso al rispetto di tutte le posizioni riconosciute”. Siamo, dunque, di fronte ad una “ricognizione accertata di valori politici ... che si unisce ad una comune soggezione ad essi”. In tal senso, si era espresso Mortati secondo cui la costituzione repubblicana, se è il risultato di un compromesso, parimenti non ha “esclusivamente un valore di patto di garanzia fra parti contrapposte” esprimendo

¹⁴⁹ C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale* (1939), Milano, Giuffrè, 1998, ristampa inalterata con Prefazione di G. Zagrebelsky.

¹⁵⁰ C. Mortati, *op. cit.*, 198.

¹⁵¹ C. Mortati, *op. cit.*, 367.

¹⁵² Zagrebelsky, *Storia e Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, Portinaro, Luther, Torino, Einaudi, 1996, 76.

¹⁵³ Per la teoria del momento è di fondamentale importanza quanto osserva Rawls, *A theory of justice* (1971) trad.it. Una teoria della giustizia, Feltrinelli, Milano, 1982, p. 125 a proposito della ‘situazione originaria’ che rende possibile il patto costituzionale in presenza del velo di ignoranza, cioè della

invece “un’esigenza di rinnovamento del sistema dei rapporti associativi, poggiante su un fondo di idee comuni ai gruppi più rappresentativi”¹⁵⁴. E, in quanto costituzione pluralistica, essa non può essere oggetto di interpretazione alla stregua della legge o del contratto da cui (legge e contratto) differisce sostanzialmente. Nell’interpretazione della Costituzione compito della scienza costituzionale è di non ridursi ad una “esclusiva ricostruzione di significati testuali, quali espressioni di volontà normativa sovrana unilaterale, o di volontà normativa contrattuale plurilaterale” dovendo invece svolgere un “ruolo autonomamente costruttivo”. Nell’ermeneutica costituzionale, “ciò che più conta sono le domande e chi le pone”¹⁵⁵.

Il concetto di Costituzione (e dunque la funzione della stessa), mutuando la complessità sociale che la modernità impone come dato ontologico, pur continuando a rivestire un ruolo centrale sia del sistema giuridico che di quello politico, tende così a rarefarsi e soprattutto a confermare la propria non univocità. E così, secondo Luhmann, nel termine Costituzione si condensa “un orizzonte di senso”, la Costituzione diventa “il risultato di uno sviluppo evolutivo, un’acquisizione evolutiva che nessuna intenzione può cogliere con precisione”. Di conseguenza, la natura polisemica del concetto medesimo di Costituzione si ripercuote sulla teoria dell’interpretazione, che risente del carattere problematico dell’oggetto. Emblematiche, in tal senso sono le parole dello stesso Luhmann che, dopo aver ricordato che “ogni costruzione del senso della costituzione implica la pretesa di partecipare alla sovranità”, puntualizza che le interpretazioni della costituzione “perturbano” contemporaneamente sia il sistema giuridico che il sistema politico, di conseguenza “diritto e politica sono liberi di ignorare le opinioni scientifiche che li riguardano”¹⁵⁶. E sempre con riguardo alla specificità dell’interpretazione costituzionale, Zagrebelsky ha precisato che lo stile, il modo di argomentare in diritto costituzionale assomiglia allo stile, al modo di argomentare “in diritto naturale”, come sa chiunque abbia dimestichezza con le

mancanza di conoscenze su fatti contingenti che oppongono gli interessi delle parti politiche, l’una contro l’altra.

¹⁵⁴ C. Mortati, *op. ult. cit.*, 399-400.

¹⁵⁵ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

¹⁵⁶ N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pag. 101.

decisioni dei Tribunali costituzionali¹⁵⁷. Da ciò, deriva l'opinione di chi considera che 'l'interpretazione della Costituzione prende sempre più l'aspetto di una filosofia del diritto'¹⁵⁸, poiché i suoi procedimenti, per quanto collegati al diritto vigente, non possono muoversi nell'universo chiuso delle regole giuridiche. Incorporandosi i principi morali nel diritto positivo costituzionale, le modalità argomentative del diritto costituzionale divengono così 'aperte' nei confronti dei discorsi metagiuridici, tanto più quando si dia valore ai principi contenuti della Costituzione.

2.1.3 OGGETTO E CONFINI DELL'INDAGINE. RAGIONI DELLA PROSPETTIVA COMPARATA CON L'ORDINAMENTO SPAGNOLO.

Alla struttura, forma e funzione dei principi costituzionali sarà dedicata la prima parte del capitolo II, al fine di delineare la connessione con una categoria affine: la categoria dei valori costituzionali. Connessione che si rende necessaria soprattutto laddove l'analisi si estende al rapporto con la legge, e, in particolare al sindacato di legittimità che i tribunali costituzionali compiono sulla legge medesima. A tal fine, verrà utilizzata un'ottica comparata con il sistema spagnolo, per la ragione speculativa che nella Costituzione spagnola del 1978 la categoria dei valori riceve un espresso e positivo riconoscimento. In tale prospettiva, sarà interessante notare quale sia l'esito teorico (e poi pratico) dell'atteggiarsi della suddetta relazione principi-valori, in un ordinamento che decide di codificare espressamente un concetto, così sfuggevole e mutante, qual è quello di valore.

Preliminare sarà la ricostruzione filosofica di questo labile concetto, per tentare di definire contorni che, di rado, appaiono nitidi qualora ci si relazioni con tale categoria nell'ambito della scarna dogmatica costituzionale sul tema.

Occorrerà, dunque, chiedersi, alla fine di una complessa opera ricognitiva, a cui ora mi accingo, se, dal punto di vista della teoria della Costituzione, la distinzione tra le due categorie appaia meramente nominalistica, oppure se la distinzione debba

¹⁵⁷ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Milano, 1992, pag. 152.

¹⁵⁸ J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, trad.it. a cura di Leonardo Ceppa, Einaudi, 2007, pag.17.

necessariamente ricondursi ad una differenza strutturale ontologica, e non solo linguistica tra le suddette categorie.

Orbene, il percorso storico – filosofico, appena tracciato sul concetto di principio ci fornisce già alcune considerazioni di partenza: il principio appare un concetto normativo, a fattispecie indeterminata ed aperta, capace di concretizzarsi in regola con una forza espansiva tale da rivelare “un’eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto a quello proprio delle norme giuridiche”. Come considerare, dunque, questa differenza di “eccedenza deontologica”, dal punto di vista del diritto?

II. RIVELAZIONE ED APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI COSTITUZIONALI

2.2.1 INTRODUZIONE PROBLEMÁTICA

L’esistenza di una Costituzione rigida-garantita, che si pone come fondamento di tutto l’ordinamento statale, sposta l’attenzione dell’interprete sia perchè ne recepisca i principi (espressi) sia perchè ne utilizzi le norme ai fini della ricostruzione dei principi generali¹⁵⁹.

La presenza di una gerarchia normativa tra la Costituzione e la legge “obbliga l’interprete, nella ricostruzione dei principi generali, ad operare in successione su due livelli; quello costituzionale e quello legislativo ordinario”¹⁶⁰: di qui la necessità di partire dai principi costituzionali espliciti o ricavati in via d’interpretazione dalle norme particolari della Costituzione.

La riconosciuta superiorità normativa della Costituzione si converte così nel rapporto di tali norme costituzionali con il diritto previgente e nella difficoltà di “concretizzare principi o disposizioni programmatiche di formulazione generica per estrarne regole da applicare ai rapporti intersubiettivi”¹⁶¹.

Una prospettiva ricostruttiva sui principi generali impone di analizzare il ruolo che tali principi svolgono nell’ordinamento costituzionale, *a seconda delle distinte classi di principio e della forma con la quale la Costituzione li ha recepiti*.

¹⁵⁹ Su questi profili si vedano i saggi di V. Crisafulli, *Sull’efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit. pag 27ss.

¹⁶⁰ F. Sorrentino, *I principi generali dell’ordinamento giuridico*, in *Diritto e Società*, 1987, pag. 190-191.

Ciò che si vuole indagare è, dunque, in prim'ordine, la connessione o il coordinamento tra 'l'ordine delle grandezze costituzionali e l'ordine delle grandezze giuridiche ordinarie¹⁶²'. Si adotterà un punto di vista *statico*, atto ad inquadrare i principi nella loro collocazione all'interno dell'ordinamento costituzionale.

Tra i due ordini di grandezza esiste uno scarto che si fonda su una molteplicità di ragioni che occorre primariamente considerare al fine di addentrarci nella specificità della natura dei principi costituzionali. A tal riguardo, vorrei considerare le tre ragioni addotte da Farias al fine di esemplificare lo scarto esistente tra livello costituzionale e livello giuridico ordinario.

La prima ragione è data dalla dimensione applicativa, per cui il piano costituzionale è "un piano macrosociale o macrostorico" che si rivolge ad una collettività, presenta un carattere intemporale, di inesaribilità e di durevole vigenza¹⁶³.

Le altre ragioni sono qualitative, per cui le norme costituzionali racchiudono un'interiorità spirituale per cui è difficile delineare una prospettazione unitaria e precisa. Il dislivello tra principi costituzionali e livello ordinario coincide, dunque, con lo 'scarto tra la poliedricità inesaribile dell'interiorità e le forme esteriori del suo manifestarsi, alle quali tuttavia essa deve in qualche misura essere riportata o "ridotta" per poter diventare materia di considerazione giuridica definita'¹⁶⁴. Infine, una terza ed ultima ragione del divario tra piano della Costituzione e piano delle leggi ordinarie è da ravvisare, a parere di Farias, nell'accentuato carattere assiologico della prima.

Prima di addentrarci in questi ultimi aspetti qualitativi delle disposizioni normative riconducibili ai principi costituzionali, occorre tracciare preliminarmente la definita portata applicativa dei principi costituzionali.

¹⁶¹ F. Sorrentino, *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, in *Diritto e Società*, 1987, pag. 190-191.

¹⁶² D. Farias, pag. 168.

¹⁶³ "Le norme costituzionali non di rado prendono in considerazione globalmente, per impegnarla o per disciplinarla, l'intera collettività in un lungo periodo della sua esistenza storica. Basti ricordare nella nostra costituzione tutti quegli articoli che hanno la Repubblica per soggetto vincolato o l'intero popolo per soggetto di diritti e poteri. Di questa totalità le leggi ordinarie prendono invece in considerazione solo dei settori, dei segmenti" in *Idealità e Indeterminatezza dei principi costituzionali*, pag. 169.

¹⁶⁴ A.C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, II ed., Milano, 1972, Cfr. ad es. le pp. 57 ss, 116 ss.

2.2.2 I PRINCIPI COSTITUZIONALI NELLA LETTERATURA E GIURISPRUDENZA STATUTARIA

Al fine di chiarire l'esatta portata della diretta applicazione dei principi costituzionali, occorre considerare le vicende storiche pregresse all'avvento della Costituzione. A tal riguardo, si fece già osservare come "la presenza di disposizioni di questo tipo non sia affatto una singolarità della vigente Costituzione italiana, ma un fatto comune al vecchio Statuto"¹⁶⁵. Costatazione, questa, che, quando venne formulata, non voleva avere soltanto un rilievo teorico: "in effetti, essa apriva una prospettiva di taglio certamente pratico-operazionale, in quanto costituiva la premessa di una ricerca volta a superare lo stallo cui l'applicazione della Costituzione era costretta dalla pendenza del delicato e controverso problema della natura e dell'efficacia delle disposizioni costituzionali a seconda della loro appartenenza al genere delle norme programmatiche o di quelle immediatamente precettive"¹⁶⁶. Solo queste ultime, infatti, si diceva, erano in grado di fornire "la regola immediatamente e direttamente applicabile alla disciplina di un determinato rapporto o la soluzione bell'e pronta per determinate situazioni" mentre delle prime si sottolineava come si presentassero "*prima facie*, con caratteristiche diverse dalle abituali disposizioni dei comuni testi legislativi", "in quanto rivolte a disporre quel che potrà o dovrà essere disposto in determinate ipotesi"¹⁶⁷.

La questione dell'applicazione dei principi costituzionale trova, dunque, la sua radice ultima nel dibattito che sorge in sede di Assemblea Costituente sulla natura della Costituzione, e in quella contrapposizione dialettica che vedeva l'onorevole Calamandrei e l'onorevole Mortati su posizioni nettamente antitetiche.

Calamandrei aveva, infatti, sottolineato come la Costituzione fosse una legge e come tale dovesse avere determinati caratteri giuridici, ossia "contenere non affermazioni generiche, ma norme precise di condotta e stabilire mezzi pratici per il

¹⁶⁵ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, p. 29.

¹⁶⁶ S. Bartole, in *La Costituzione è di tutti*, Il Mulino, Bologna, 2012, pag. 13.

¹⁶⁷ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, p. 27.

raggiungimento di certi scopi”, nonché le sanzioni che saranno applicate a chi non osserverà quelle precise regole di condotta”¹⁶⁸.

A contrapporsi alla postura di Calamandrei, l'onorevole Mortati definisce una Costituzione che, sia per la natura degli organi cui si dirige sia per la relativa genericità ed elasticità delle sue statuizioni, presenta un carattere programmatico¹⁶⁹.

Il ritenuto carattere programmatico della Costituzione non ha impedito a Mortati di riconoscere alla Costituzione il valore di atto normativo e, con essa dei suoi principi, che “sono anch’essi normativi in quanto, da un lato, vincolano l’interpretazione delle leggi e il completamento delle lacune e, dall’altro, ove sia ammesso il controllo di costituzionalità sostanziale delle leggi, possono avere per effetto di invalidare quelle fra esse che contrastino con essi”¹⁷⁰.

Secondo Zagrebelsky, il vero nucleo di quel dibattito non era difendere la “vera natura del diritto dal tentativo di contaffarla, promosso per contingenti ragioni politiche (...) si trattava, invece, di un confronto tra due diverse concezioni del diritto, nessuna delle quali “più vera” dell’altra”¹⁷¹.

Da un lato vi era chi difendeva una visione positivista del diritto proveniente dallo Stato di diritto legislativo, dall’altro i fautori delle norme di principio ‘consapevolmente o inconsapevolmente aprivano la strada ad una nuova concezione del diritto, più complessa di quella anteriore e gravida di molte conseguenze”. Le regole giuridiche, nella normale disponibilità del legislatore, avrebbero dovuto convivere con i principi, con l’altra faccia del diritto. La posta in gioco era assai più importante di quella apparente: “essa riguardava il ruolo della legislazione e, correlativamente della giurisprudenza rispetto alla determinazione del diritto”¹⁷².

Oltre al riscontro interessante della presenza nel pensiero del Costituente Mortati di un legame imprescindibile tra il giudizio di costituzionalità delle leggi e la

¹⁶⁸ Si veda Camera dei deputati-Segretariato generale, in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, VI, Commissione per la Costituzione, Roma, 1976, p.46.

¹⁶⁹ Si veda l’onorevole Mortati in Camera dei deputati-Segretariato generale, in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, VI, Commissione per la Costituzione, Roma, 1976, p.45: “La Costituzione è destinata a contenere principi direttivi piuttosto che norme direttamente e immediatamente azionabili”.

¹⁷⁰ Mortati, *Ibidem*, p.72.

¹⁷¹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, pag. 155.

normatività dei principi, si è osservato come la considerazione del carattere programmatico della Costituzione e quindi dei suoi principi dovesse una delle sue ragioni al confronto con l'esperienza statutaria¹⁷³. D'altronde non si può prescindere dalla constatazione, come si diceva all'inizio, che l'esperienza statutaria ha notevolmente influito sulla percezione del rapporto tra Costituzione e legge, per la finanche semplice ma pregnante determinazione che lo stesso Statuto conteneva disposizioni di principio.

Tuttavia, come osservano i commentatori dell'epoca, il rapporto tra lo Statuto e la legge si caratterizzava per una stretta simbiosi, per cui si negava ai precetti dello Statuto l'efficacia regolativa dei rapporti della vita, e si sosteneva che soltanto l'intermediazione del legislatore ordinario consentiva loro di trovare pratica e diretta attuazione. D'altronde lo Statuto si poteva collocare tra quelle costituzioni che si configurano come "dichiarazioni e proclamazioni solenni di principi in attesa della loro sostanza vitale e specifica, anzichè leggi compiute in sè stesse, e pronte a funzionare senz'altro sussidio di sviluppi e determinazioni ulteriori"¹⁷⁴.

Purtuttavia, pur di fronte ai notevoli spazi riconosciuti al Parlamento nell'attuazione dei principi dello Statuto sia in sede di loro pratica concrezione sia in sede di controllo politico del concreto atteggiarsi dei rapporti di vita, e in particolare, delle relazioni fra autorità e cittadini, Santi Romano, quasi alla fine dell'esperienza statutaria, e con il profilarsi all'orizzonte del regime fascista, intese affermare che era compito dell'autorità giudiziale interpretare la legge ordinaria presumendone fino a prova contraria la conformità allo Statuto¹⁷⁵. Un'atteggiamento che poteva trapelare una chiara rivendicazione della normatività dello Statuto,¹⁷⁶ ma che probabilmente, come ci riferisce Crisafulli, "potrebbe essere spiegato come il risultato di una tarda applicazione dei canoni ermeneutici che regolano il rapporto tra norme di principio e norme di

¹⁷² G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, pag. 156.

¹⁷³ S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, pag. 15-16.

¹⁷⁴ F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, pp. 191-193.

¹⁷⁵ S. Romano, *Corso di diritto istituzionale*, Padova, 1933, p. 34.

¹⁷⁶ vedi S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, pag. 17.

dettaglio, che la stessa esperienza del fascismo con l'adozione nel 1927 della Carta del lavoro poteva stimolare¹⁷⁷.

Nonostante la diatriba che giunge fino ai giorni nostri sulla normatività dello Statuto albertino¹⁷⁸, occorre scandagliare la più significativa giurisprudenza statutaria in materia, senza nessuna pretesa di esaustività, al fine di trarne argomenti per sottolineare l'esistenza di profili di chiara e diretta applicabilità dei principi contenuti nello Statuto.

In particolare, l'analisi della giurisprudenza dell'epoca lascia intravedere come il carattere della immediata applicabilità era riservata alle disposizioni statutarie concernenti l'organizzazione dello Stato e la ripartizione tra poteri: i cosiddetti principi organizzativi (sul punto si veda la dottrina di Santi Romano).

Esemplare in tal senso è l'art. 71 dello Statuto Albertino che è stato più volte utilizzato quale norma di organizzazione a contenuto immediatamente precettivo per contestare, in nome del principio del giudice naturale, la pretesa della permanenza di competenze giurisdizionali in capo ad autorità amministrative, rafforzando l'argomentazione con l'esplicito richiamo all'art. 81, per cui "ogni legge contraria al presente Statuto è abrogata"¹⁷⁹.

Così, l'art.18 del medesimo Statuto ("i diritti spettanti alla podestà civile in materia beneficiaria, o concernenti all'esecuzione delle Provvisioni d'ogni natura provenienti dall'estero, saranno esercitati dal Re") era oggetto di immediata applicazione da parte della stessa giurisprudenza amministrativa, nella sua più alta rappresentanza, il Consiglio di Stato, al fine di ribadire che solo con decreto reale, cioè "in armonia coi principi fondamentali dello stesso Statuto del Regno", potevano essere esercitati "i diritti spettanti alla potestà civile in materia beneficiaria, trattandosi di

¹⁷⁷ V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in AA.VV. *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941.

¹⁷⁸ A tal riguardo preme evidenziare la posizione di una certa parte della dottrina tra cui Mandel, *The Unbearable Flexibility of the Statuto Albertino*, e A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, pp.1 ss che deriva, con diversi argomenti, il carattere rigido dello Statuto albertino dall'atteggiarsi della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa dell'epoca che avrebbe esercitato una sorta di controllo di costituzionalità delle leggi ordinaria assumendo quale parametro lo Statuto albertino medesimo.

¹⁷⁹ Cass. Firenze 14 marzo 1866, in *Giur. It.*, 1866, I, pp. 179 ss.

provvedimenti (ad esempio, sequestri di temporalità per misura di repressione) che dovevano essere adottati in forza di regia prerogativa¹⁸⁰.

Infine, peculiare appare anche il caso dell'accesso delle donne ai diritti elettorali (art. 24: "Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi"), nel campo dei diritti politici. L'esclusione delle donne dall'elettorato veniva fatta derivare dall'assenza di espresse, diverse indicazioni legislative "dal momento che, in assenza di espresse, diverse indicazioni legislative, non vi erano argomenti che consentissero alle donne di accedere ai diritti *de quibus*"¹⁸¹.

Vediamo, dunque, come tali esempi testimonino che le disposizioni statutarie, soprattutto concernenti l'organizzazione dello Stato, ricevevano una diretta applicazione. In ogni caso, ciò che appare lampante è l'attribuzione al precetto statutario della funzione di norma e di guida alla interpretazione¹⁸².

L'esperienza del diritto vivente rivelava, cioè, esempi di utilizzo, alla stregua di precetti immediatamente applicabili, di quelle che venivano definite disposizioni di principio. La via seguita prendeva le mosse dall'individuazione della norma di principio per dedurre il precetto regolatore del rapporto, di cui ci si doveva occupare, argomentando – a sostegno di tale positiva conclusione – dalla mancanza di indicazioni legislative contrastanti o limitative della rilevanza della prescrizione statutaria e delle sue potenzialità normative nel caso di specie. Di massima, questo orientamento giurisprudenziale non metteva in discussione quel rapporto di stretta complementarietà esistente fra Statuto e Legge, ma liberava potenzialità di applicazione diretta dello Statuto, almeno nella misura in cui il legislatore non avesse manifestato l'intento di contenerne o limitarne la portata. In definitiva, come osservato da Sergio Bartole, "l'esperienza statutaria andava oltre quanto in Francia Hariou andava insegnando

¹⁸⁰ Cons. Stato 10 novembre 1899, in *Giur.it*, 1900, III, pp. 1 ss.

¹⁸¹ Vedi Cass. Roma 12 dicembre 1906 e 15 dicembre 1906 in *Giur.it*, 1907, III, pag. 1.

¹⁸² Cass. I 16 agosto 1904, in *Giur. It*, 1904, II, pp. 345 ss.

quando affermava che “un droit individuel n'existe d'une façon pratique que lorsqu'il est organisé”¹⁸³.

Purtuttavia, l'avvento del fascismo, segnando un momento di profonda rottura con l'esperienza pregressa, ha certamente ostacolato l'accoglimento di tale orientamento giurisprudenziale e, dunque, ulteriori sviluppi di tale linea interpretativa.

2.2.3 L'EFFICACIA GIURIDICA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI NELLA DOTTRINA COSTITUZIONALE REPUBBLICANA

All'entrata in vigore della Costituzione, dato di partenza generalmente accettato era che la nuova Carta repubblicana- come aveva preannunciato Calamandrei- era una legge¹⁸⁴. L'affermazione della piena normatività della Costituzione e della sua superiorità rispetto alla legge ordinaria fu senz'altro facilitata negli anni del dopoguerra dall'introduzione del giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi: la normatività della Costituzione e la sua superiorità rispetto alla legge ordinaria “tende a tradursi in un sistema di invalidità giuridica delle disposizioni delle leggi ordinarie contrarie al testo o ai principi della Costituzione”, aveva ammonito Hariou, subito richiamando il “sistema di incostituzionalità delle leggi o del controllo di costituzionalità delle leggi”¹⁸⁵.

La riconosciuta normatività delle disposizioni costituzionali, conseguenza inevitabile e diretta della collocazione della Costituzione nel novero delle fonti del diritto, pone più marcatamente il baricentro della riflessione sull'efficacia giuridica delle disposizioni di principio in essa contenute e sulla loro pratica utilizzabilità.

L'adozione di una Costituzione rigida congiuntamente all'introduzione di un sindacato giurisdizionale accentrato sulla conformità a costituzione delle leggi viene avvertita come un fattore che, mutando l'assetto dell'ordinamento, esige una radicale riformulazione *ex novo* del problema. Tale problema si inseriva in una questione pratica di grande rilevanza: ossia la questione dei rapporti tra la nuova Costituzione e le leggi ordinarie, in particolare quelle antecedenti e con esse confliggenti.

¹⁸³ Hariou, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930, pag. 631.

¹⁸⁴ Si veda la *Costituzione della Repubblica italiana*, cit. pag. 45.

¹⁸⁵ Hariou, *Precis de droit constitutionnel*, cit., p. 261.

In tal senso, certi principi generalissimi inerenti alla Costituzione materiale dello Stato, che in regime di Costituzione flessibile fungevano da norme generatrici di un vincolo meramente direttivo nei confronti del legislatore ordinario, si deve ritenere siano divenuti –nel quadro di un ordinamento a Costituzione rigida- pienamente obbligatori per la potestà legislativa, configurandosi la loro violazione come giustiziabile di fronte alla Corte Costituzionale.

Nell'autorevole ricostruzione di Vezio Crisafulli, infatti, le disposizioni costituzionali dispiegano la loro efficacia normativa “nei confronti di tutti i soggetti dell’ordinamento giuridico statale complessivo in quanto direttamente regolatrici delle materie che volta a volta ne formano l’oggetto specifico”, pur senza perdere “valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa dell’ordine dei rapporti cui si riferiscono”¹⁸⁶.

Risulterebbe evidente come, nella posizione di Crisafulli, il giudizio sulla funzione dei principi a “regolare situazioni e rapporti non previsti in modo specifico da norme più particolari” rappresenti la conseguenza della considerazione del profilo strutturale delle norme costituzionali, in posizione di gerarchica sovraordinazione rispetto alla legislazione ordinaria. Nell’ottica di Crisafulli, si stempera quindi e si diluisce per divenire quasi evanescente la contrapposizione tra efficacia programmatica ed efficacia obbligatoria delle norme costituzionali presuntivamente appartenenti a diverse categorie: “ogni norma costituzionale deve dirsi senz’altro obbligatoria nei confronti di ogni potestà statale discrezionale, compresa la stessa potestà legislativa, potendosi tuttora utilizzare la locuzione “norme programmatiche” unicamente per evidenziare e sottolineare le peculiari caratteristiche che determinati precetti costituzionali recano rispetto ad altri: “norme che, invece di regolare fin dal primo momento in modo diretto e immediato determinati ordini di situazioni e rapporti (cui pure si riferiscono), regolano comportamenti pubblici destinati a loro volta a incidere su dette materie: stabiliscono, cioè, quel che i soggetti governati dovranno o potranno fare (e inversamente, dunque, quel che non potranno fare) relativamente ad oggetti

¹⁸⁶ Si ricordi, in particolare, il rilievo di Crisafulli per cui l’adozione di un principio generale comporta sempre l’adozione di una determinata linea di sviluppo, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, pag. 54.

determinati¹⁸⁷.” Vincolanti per la formazione dell’indirizzo politico, le norme programmatiche – si diceva – possono interessare sia l’esercizio della funzione propriamente amministrativa nell’ambito del margine di discrezionalità spettante, caso per caso, alle singole autorità, sia l’esercizio della funzione giurisdizionale, anch’essa nell’ambito delle zone di discrezionalità della funzione medesima¹⁸⁸.

In tal senso, si andava oltre l’indicazione di Mortati alla Costituzione, per cui oltre a fungere da parametro del controllo sostanziale di legittimità costituzionale delle leggi, i principi costituzionali erano destinati a manifestare la loro normatività “se non altro perchè vincolano quanti debbono applicare le leggi, sia nell’attività interpretativa, che in quella di completamento delle lacune¹⁸⁹.”

La riconosciuta normatività dei principi costituzionali trova una sua conferma nella prima decisione della Corte Costituzionale (1/1956), dove l’organo di giustizia costituzionale si esprime precisamente sulla questione dell’assunzione delle norme costituzionali di principio a parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi anteriori alla Costituzione. La Corte Costituzionale, in particolare, superando la “nota distinzione tra norme programmatiche e norme precettive”, riconosce all’art. 21 della Costituzione la piena legittimazione normativa a fungere da parametro di costituzionalità dell’art. 113 della legge di pubblica sicurezza. In tal senso, la Corte propone una duplicità di argomenti: da un lato si richiama ai suoi poteri, citando il dato testuale dell’art. 134 della Costituzione, dove si parla di questioni di legittimità costituzionale delle leggi senza fare distinzioni tra fonti anteriori e successive alla Costituzione, dall’altro svolge un argomento di tipo dommatico e logico per cui “è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse effettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali”. Si ribadisce così il criterio

¹⁸⁷ *Ibidem* in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, pag. 18.

¹⁸⁸ *Ibidem* in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, pag. 70-73.

¹⁸⁹ Camera dei deputati- Segretariato generale, *La Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 72; l’osservazione di Mortati conferma la tendenza della dottrina prevalente a ritenere estensibili all’interpretazione della Costituzione i canoni tradizionali dell’interpretazione legislativa. In tal senso lo stesso F. Sorrentino laddove si esprime : “Data la comune natura normativa (ed il *continuum* che si istituisce) tra norme e principi, non v’è naturalmente alcun ostacolo all’applicazione diretta dei principi o

adottato in dottrina sulla prevalenza del criterio gerarchico su quello temporale nel rapporto tra Costituzione e leggi ordinarie anteriori. “Il problema non è più un problema di successione di leggi, ma è un problema diverso e più alto, il problema delle relazioni tra legge ordinaria e legge costituzionale” aveva affermato Calamandrei sancendo la priorità di una valutazione che prendesse in considerazione l’unità dell’ordinamento nel suo complesso¹⁹⁰.

Avuto riguardo al contenuto normativo non è possibile, dunque, tracciare alcuna differenza sostanziale “tra le disposizioni costituzionali che enunciano principi generali già in atto, rivolte cioè, in modo diretto e immediato a determinare o a definire riassuntivamente modi di essere attuali dell’ordinamento giuridico, e quelle che pongono invece principi generali programmatici, precisandone cioè le linee fondamentali dello sviluppo”¹⁹¹.

Ciò in quanto si riconosca che i principi generali sono norme al pari di quelle particolari e nel presupposto che si individuino nelle disposizioni costituzionali programmatiche la declinazione di un punto di equilibrio raggiunto dalle forze politiche in sede costituente¹⁹².

In tale quadro, le Costituzioni moderne – da concepirsi “come qualsiasi altra legge, (...) anzitutto e sempre un atto normativo” e le cui disposizioni “debbono essere intese di regola (...) come disposizioni normative: enunciati, dunque, vere e proprie norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale¹⁹³– contemplan accanto all’idea liberale che si concretizza nella fissazione di principi quali limiti invalicabili ai poteri pubblici una dimensione escatologica.

Su tale punto si esprime Mengoni che, distinguendo tra principi e regole afferma: “Nella dogmatica costituzionale di ordinamenti come il nostro la distinzione non è utilizzabile se non riqualificando i principi come specie del genere norma

meglio alla estrazione da questi di norme applicabili al caso concreto, con il procedimento di cui all’art. 12 delle preleggi).

¹⁹⁰ Vedi Calamandrei, *La illegittimità costituzionale nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, pag. 631.

¹⁹¹ *Ibidem in La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 37.

¹⁹² *Ibidem*, 38.

¹⁹³ V. Crisafulli, 1952, 1.

giuridica, differenziata non per la struttura, ma per l'efficacia: differenza pur sempre qualitativa perchè non attiene semplicemente al grado di generalità della norma. Le regole stabiliscono un programma condizionale, che si attua interamente ogni volta che la regola riceve applicazione. I principi delineano un programma di scopo, che deve essere attuato nella misura massima compatibile con le possibilità di diritto e di fatto esistenti *hic et nunc*".¹⁹⁴ "I principi non sono semplici limiti posti al potere perchè la libertà si espliciti senza intralci, ma danno anche un indirizzo positivo, svolgono una funzione propulsiva. Le carte costituzionali si presentano come un disegno o programma scientifico e inoltre esprimono una tendenza collettiva di ampia portata, storico-epocale, di radicale rinnovamento della società per avviarla verso obiettivi etico-giuridici estremamente ambiziosi"¹⁹⁵.

I principi generali delle Costituzioni moderne, in sintesi, formano "una *summula* ideologica più o meno completa e coerente che vuole espandersi e compenetrare tutto l'ordinamento"¹⁹⁶.

Giova peraltro ricordare, su tale versante, come già Perassi avesse configurato le norme costituzionali quali componenti di un ordinamento in seno al quale non vivono ed operano isolate, ma che fanno parte di un sistema in cui i principi generali fungono da collegamenti attraverso i quali le norme medesime si aggregano per costituire un blocco sistematico.

Dal riconoscimento del principio di unità dell'ordinamento giuridico deriva così – in una visione giuspubblicistica che si avvale delle conquiste metodologiche della nuova ermeneutica – il principio di unità della Costituzione, in una prospettiva di efficacia e normatività che si irradiano a tutte le parti dell'ordinamento: "vi è identità di natura tra norma e principio, e più precisamente perché anche il principio è norma"¹⁹⁷. I

¹⁹⁴ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 128.

¹⁹⁵ D. Farias, 1981, 167.

¹⁹⁶ D. Farias, 1981, 167- 168. Ed è proprio sulla base di tale funzione integrativa o normogenetica che Modugno stabilisce che il principio costituzionale è piuttosto fonte di norme applicabili alla fattispecie, che non norma esso stesso: "è appunto principio di valutazione e non valutazione in atto; è anteriore e posteriore alle norme che ne scaturiscono. In questo senso allora i principi costituzionali –come tutti i principi –*non sono direttamente applicabili*, abbisognando della *mediazione*, rispetto alla fattispecie, costituita dalla *precisa norma*, ma che, proprio in quanto precisa e specifica, non lo esaurisce in *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, 1991.

¹⁹⁷ F. Pergolesi, *Sistema delle fonti normative*, Bologna, 1949, 129, nota 17.

principî generali del diritto, sia se espressi in singole disposizioni sia se non espressi ma ricavabili da un complesso normativo “sono sempre da considerare norme, o più genericamente, se si preferisce, contenuto di fonti”¹⁹⁸, e sono “le disposizioni supreme di tutto un ordinamento o (in piano meno elevato) di singole branche di esso, dalle quali le norme particolari logicamente discendono”, non rilevando la loro rinvenibilità, in tutto o in parte, fuori del diritto positivo formale codificato, “perché si tratterebbe sempre di norme implicitamente presupposte o recepite (la differenza non ha qui importanza) dal diritto statutale ¹⁹⁹”.

La vicenda sviluppatasi in Italia negli anni '50 con riferimento alle dichiarazioni di principio della Costituzione dimostra come la configurazione dei principi generali come norme giuridiche non incontri ormai grandi ostacoli di ordine teorico, ‘anche se l’esperienza dimostra che si tratta di uno strumento da impiegare con prudenza, evitando gli inconvenienti che potrebbero derivare dall’illusione di poter superare qualunque difficoltà di ordine pratico facendo esclusivamente ricorso agli strumenti della tecnica giuridica’²⁰⁰.

2.2.4 LA ‘COPERTURA’ COSTITUZIONALE DEI PRINCIPI GENERALI

Occorre ora dipanare l’interrogativo sulla relazione tra i principi generali ed i principi costituzionali, ossia se tutti i principi generali ricevano una copertura costituzionale con l’avvento della Costituzione ed in quali termini di efficacia giuridica tale copertura si traduce.

Tale interrogativo sarà affrontato principalmente dall’ottica della dottrina italiana e spagnola.

Nella dottrina italiana assume una posizione rilevante in tale passaggio Modugno, il quale si pone il problema di accertare, in presenza di una Costituzione “lunga e rigida”, quale la nostra contenente numerosi principi costituzionali, “se vi siano e quali siano i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato non dotati di

¹⁹⁸ *Ibidem*, 129.

¹⁹⁹ *Ibidem*, 130.

‘copertura’ costituzionale, in quanto non espressi o, comunque sia, non ricavabili, in quanto impliciti, dalla Costituzione”.

L’interrogativo di Modugno si esplicita, dunque, in una domanda pregnante rispetto ad una concezione della Costituzione formale, vertice dell’ordinamento, rigida e modificabile solo a determinate condizioni. In tale quadro, la concepibilità di una *zona franca*, ossia di un ‘ambito nel quale le scelte normative siano appunto costituzionalmente indifferenti e in cui sia dato perciò di rintracciare principi generali dell’ordinamento adiafori dal punto di vista costituzionali’²⁰¹ risulta una questione rilevante.

Orbene, lo stesso Autore rigetta la questione ritenendo che la stessa natura espansiva dei principi costituzionali, ovvero sia l’assorbimento del carattere primario della Costituzione, induce ad escludere l’esistenza di una sfera di principi generali che rimangono indifferenti al valore della Costituzione. La Costituzione è “fondamento della legislazione in senso specifico” per cui “ogni volta che un principio di legislazione venga enucleato, esso o è disforme da una norma costituzionale e allora è illegittimo, o è conforme e comunque compatibile con la Costituzione, ma allora non è più del tutto costituzionalmente indifferente²⁰²”.

Il nuovo assetto delle fonti unitamente all’introduzione del principio di rigidità costituzionale ridetermina la funzione dei principi generali che risulta ‘potenziata’, in quanto ‘non rivolta più soltanto a colmare le eventuali lacune della legislazione, bensì ad influire sull’interpretazione delle disposizioni vigenti e a determinare la rimozione di queste’²⁰³.

Inoltre, a conferma del fatto che i principi generali espressi o impliciti devono ritenersi innervati dalla Costituzione e sono a quest’ultima comunque riconducibili,

²⁰⁰ A. Pizzorusso, *I principi generali del diritto: l’esperienza pubblicista*, 244, Roma, Atti del Convegno dell’Accademia dei Lincei, 1991-1992.

²⁰¹ Modugno, *Principi generali dell’ordinamento*, 1991, 2.

²⁰² Modugno, 1991, 2.

²⁰³ Modugno, 1991, 3. Sulla stessa linea si colloca Pizzorusso, per cui se i ‘principi generali erano destinati ad esercitare un ruolo tendenzialmente soltanto interstiziale rispetto alle disposizioni legislative vigenti, i principi costituzionali sono oggi destinati a realizzare un sistema di regole potenzialmente (anche se non necessariamente) capaci di disciplinare ... qualsiasi materia che debba essere assoggettata al diritto dello Stato italiano” in Pizzorusso, A., *Delle fonti del diritto*, in *Comm. C.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, sub. Art. 1-9.

vengono addotti da Modugno esempi di principî generali tradizionalmente ritenuti sprovvisti di copertura costituzionale, ma che in seguito a più attenta osservazione, tale da individuarne il collegamento – più o meno diretto, più o meno labile - con una o più disposizioni costituzionali, risultano invece dotati della medesima: il principio della responsabilità per danno, il principio di legalità, il principio di irretroattività della legge (parzialmente), il principio cronologico, il principio di obbligatorietà delle norme (parzialmente).

Ma vi è di più.

Il *principio cronologico*, il *principio di specialità*, il *principio di adeguazione tra norme incongruenti o disarmoniche* e il *principio di adeguatezza di ogni norma alla sua ratio* rappresentano corollari del *principio di unità e totalità dinamica dell'ordinamento*, “che richiede che ad ogni mutamento temporale di parti segua una ricostruzione che garantisca la coerenza del tutto, colmando la lacuna di collisione tra le discrepanti valutazioni legislative vecchie e nuove²⁰⁴.”

Allo stesso modo, Alpa, partendo dalla considerazione che la Costituzione è la legge sulla quale si incentra tutto l'ordinamento, ne deriva che tutte le regole sottostanti non possono che riflettere i suoi principi ed uniformarsi ad essi²⁰⁵.

Tuttavia, lo stesso Autore introduce una distinzione tra i principi fondamentali contenuti in Costituzione e l'interpretazione costituzionale degli altri principi contenuti nell'ordinamento civilistico: distinzione che, diremmo noi, se, dogmaticamente deve farsi, è tuttavia piegata al principio di supremazia della norma costituzionale.

L'esempio paradigmatico a conferma di tale forza irradiante della Costituzione anche ad i principi di stampo civilistico è la recente giurisprudenza in tema di danno biologico; qui si può verificare il diverso orientamento giurisprudenziale in merito al principio di responsabilità per danno. Mentre l'art. 2043 c.c. enuncia tale principio prevedendo il risarcimento per le conseguenze negative della lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelata *erga omnes* indipendentemente dalla patrimonialità di esse, l'art. 2059 c.c. circoscrivendo la responsabilità per danno non patrimoniale ai soli casi determinati dalla legge, limita in tal modo la potenzialità del principio. E poiché tali

²⁰⁴ *Ibidem*, 6.

danni si riducono all'ipotesi di danno da reato (art. 185 c.p.) e all'ipotesi dell'art. 89 c.p.c, la giurisprudenza della Cassazione ha allargato in conformità al principio di cui all'art. 2043 inteso alla luce dei principi costituzionali, le categorie del danno risarcibile. E infatti secondo la Cassazione, a norma dell'art. 2043, nel quadro del sistema normativo e della gerarchia dei valori giuridicamente tutelati, il risarcimento è dovuto per ogni danno ingiusto e quindi oltre che per i danni in senso patrimoniale anche per il c.d. danno biologico (inteso come la menomazione dell'integrità psico-fisica della persona in sé e per sé considerata), in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali riguardanti il soggetto nel suo ambiente di vita ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica (vedi sent. Cass. 6 giugno 1990, n. 7101).

Passando alla dimensione spagnola, nella Costituzione del 1978 si introducono una serie di principi riconosciuti come "principi costituzionali" (alcuni riconosciuti in forma espressa dallo stesso testo costituzionale: "Dei principi rettori della politica sociale ed economica"- rubrica del capitolo III del titolo I) che hanno aperto la strada per la nascita di un'epoca di gloria dei 'principi' anche se parallelamente 'le cose si sono intricate'²⁰⁶.

Anche nell'ordinamento spagnolo, la complicazione deriva infatti dal fatto che unitamente ai nuovi principi costituzionali sopravvivono i principi generali del diritto dell'articolo 1.4. del Codice Civile²⁰⁷, il che genera la possibilità della comparsa di distinti modi di relazione tra i principi generali e i principi costituzionali: se i principi costituzionali raccolgono nel loro contenuto quanto enunciato fino alla promulgazione della CE da parte dei principi generali, si può parlare di una vera "costituzionalizzazione" dei principi generali, che, quindi, avanzerebbero in posizione gerarchica e in effettività; e, qualora ci fosse, invece, una contraddizione tra i due tipi di

²⁰⁵ G. Alpa, *I principi generali*, Milano, Giuffè, 2006, pag. 374.

²⁰⁶ F. J. Ezquiaga Ganuzas, *La función de los principios en la sentencias del Tribunal Constitucional*, in *Jornada de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, 1984, pag. 3237.

²⁰⁷ L'articolo 1.4 del Codice civile spagnolo recita così: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

principi, i principi generali si vedrebbero pregiudicati dalla capacità derogatoria della Costituzione, e quindi saranno, di conseguenza espunti dall'ordinamento, e, per ultimo se i principi generali e i costituzionali si riferiscono a cose distinte, i primi manterranno esclusivamente l'autorità che gli concede l'articolo 1.4. del CC e i secondi dovranno ricevere un trattamento differente dai principi generali non costituzionalizzati né pregiudicati dalla disposizione derogatoria della Costituzione.

La posizione di Francisco Rubio Llorente risulta essere estremamente chiara nell'affermare che i principi generali non formano parte, come categoria specifica dei principi costituzionali, in quanto principi costituzionali sono solamente quegli enunciati da cui possa derivarsi un dovere concreto che non venga imposto da altre norme costituzionali. Seppur la Costituzione abbia incorporato, a parere dell'Autore, attraverso i principi generali del diritto, molti dei diritti fondamentali riconosciuti sull'onda rivoluzionaria del 1789, ciò non ha comportato la loro automatica costituzionalizzazione. Nello stesso tempo, la '*no-costituzionalizzazione*' dei principi generali del diritto non ha significato in nessun modo che tali principi generali siano scomparsi dall'ordinamento spagnolo: "il giudice ordinario può e deve continuare a ricorrere ai medesimi principi, per riempire le lacune dell'ordinamento, interpretare le leggi e, incluso non applicare per eccezione al caso concreto"²⁰⁸. Il ricorso ai principi generali del diritto da parte dei giudici non deve implicare, tuttavia, che questi possano essere utilizzati per fondare l'illegittimità di una legge. Non vi è una scissione dei due piani dell'ordinamento, ma un conto è una decisione fondata razionalmente nel diritto, e quindi nei principi generali, altra considerazione è quella che vorrebbe che tali principi assurti a rango costituzionale possano invalidare una norma di legge²⁰⁹.

Da qui la conseguenza tratta da Rubio Llorente per la quale i principi costituzionali si incontrano in quegli enunciati, dove espressamente non è enucleato alcun principio: ossia nella componente principialista dei diritti fondamentali. Una componente ricavabile tanto nell'aspetto soggettivo che oggettivo di tali diritti fondamentali. Al contrario, alcuni dei principi enunciati in Costituzione come principi o

²⁰⁸ F. Rubio Llorente, Prólogo in *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1995, XIII.

non lo sono o lo sono in quanto derivabili da altre norme costituzionali, ma non da quelle in cui la Costituzione espressamente li proclama²¹⁰.

A tal riguardo, occorre segnalare come Manuel Aragón indichi che l'unica differenza apprezzabile tra principi generali costituzionali e principi generali del diritto sarebbe di indole quantitativa: “il diritto costituzionale, per la materia politica che regola e per il carattere notevolmente generico (e anche sintetico) delle sue norme, è più fortemente principialista di qualsiasi altro settore dell'ordinamento. Ossia, in esso opereranno, inevitabilmente, in maggior misura che in altri settori dell'ordinamento, i principi generali”²¹¹. Tuttavia, avvicinando la lente focale all'inevitabile posto che il diritto costituzionale occupa nel sistema delle fonti, lo stesso Aragón non può non sottolineare come emerga una profonda differenza qualitativa tra i principi costituzionali ed il resto dei principi generali: essendo il diritto costituzionale il diritto fondamentale dell'ordinamento, i principi costituzionali sono, pertanto, anche fondamentali rispetto a qualsiasi altro principio giuridico. In altri termini, il carattere di ‘fondamentalità’ dei principi costituzionali rispetto agli altri principi generali gli attribuisce un'importanza straordinaria e converte il loro procedimento di conformazione dottrinale e giurisprudenziale in un'attività straordinaria per la vita dell'intero ordinamento²¹².

La costituzionalizzazione dei principi generali ‘fondamentali’ porta, dunque, con sé la conseguenza che qualsiasi altro principio generale debba conformarsi con i principi contenuti nella Costituzione. Sul carattere derogatorio e conformativo del contenuto principialista della Costituzione è intervenuta a porre un punto fermo la Sentenza 4/1981 del 2 febbraio (F. J. 1) del Tribunale costituzionale spagnolo: “I principi generali del diritto inclusi nella Costituzione presentano un carattere informatore di tutto l'ordinamento giuridico – come afferma l'art. 1.4 del Titolo Preliminare del Codice – che deve essere interpretato d'accordo con gli stessi. Ma appare chiaro che laddove

²⁰⁹ F. Rubio Llorente, Prólogo in *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1995, XIII.

²¹⁰ F. Rubio Llorente, Prólogo in *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1995, XIII. Da qui l'autore deriva l'incapacità dell'art. 9.3 ad atteggiarsi come principio costituzionale, in quanto stretta derivazione solo del principio di legalità. Su questo torneremo.

²¹¹ M. Aragón, *Constitucion y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, 74-75.

²¹² M. Aragón, *Constitucion y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, 74-75.

l'opposizione tra principi generali plasmati nella Costituzione sia irriducibile, tali principi, in quanto formino parte della Costituzione, partecipino della forza derogatoria della stessa Costituzione”.

Tuttavia, se tale sentenza districa bene il punto dell'avvenuta costituzionalizzazione dei principi espressi in Costituzione, a cui gli altri principi si debbono conformare, rimane, invece, latente, un punto non ancora sciolto completamente dalla giurisprudenza costituzionale spagnola.

Infatti, in tale decisione si manifesta una certa indecisione, resa evidente dall'allusione espressa all'art. 1.4 del Codice civile, sull'esatta collocazione dei principi costituzionalizzati tra le fonti del diritto. Emerge, infatti, una certa confusione tra i principi generali del diritto, a cui si riferisce l'art. 1.4 del Codice civile spagnolo ed i principi generali costituzionali.

Infatti, la duplice funzione informatrice e sussidiaria, a cui allude l'art.1.4 del Codice Civile spagnolo per cui: “*Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*” è predicabile con riferimento ai principi generali non espressi. Diversamente, i principi espressi nella norma costituzionale (nei precetti costituzionali), in quanto formano parte della Costituzione, e partecipano della forza derogatoria della stessa, non possono essere assimilati solo ad una fonte di carattere sussidiario: essi si trasformano anche in una fonte normativa immediata²¹³.

III. LA CLASSIFICAZIONE DEI PRINCIPI NELLA COSTITUZIONE

2.3.1 I CRITERI DI CLASSIFICAZIONE SECONDO LA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA: FORMA E FUNZIONE.

Ciò che si tenterà di raccogliere, nei due successivi paragrafi, senza la pretesa di una completa ricognizione di una complessa mole di dati, è la classificazione adottata dalla dottrina giuspubblicista e dalla giurisprudenza relativamente ai principi

²¹³ M. Aragón, *Constitucion y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, 83.

costituzionali, seguendo due criteri determinanti, la forma (espressa o implicita) e la funzione che essi svolgono nell'ordinamento costituzionale.

In particolare, intendo soffermarmi sul pensiero di tre autorevoli costituzionalisti italiani, che hanno tentato una proficua classificazione dei principi costituzionali, cercando di identificarne i tratti comuni; riservandomi, in altra sede, di procedere alla rilettura di quella dottrina che, invece, ha inteso porre l'accento sul criterio discretivo tra principi e valori per una lettura costituzionale dei primi.

La classificazione delle disposizioni di principio adottata da V. Italia comprende, accanto ai principî generali tradizionali, che l'interprete evince da una o più disposizioni singolari, i *principî fondamentali costituzionali*, i *principî fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato*, i *principî generali stabiliti dal legislatore* e i *principî direttivi*²¹⁴.

I *principî fondamentali costituzionali* devono concepirsi secondo l'Autore come "le disposizioni di principio che presiedono ad un determinato ordinamento; sono cioè l'espressione giuridica delle stabili valutazioni politiche che presiedono ad un determinato ordinamento", "gli elementi costitutivi del sistema dell'ordinamento costituzionale", "la espressione giuridica dell'ideologia politica dell'ordinamento", "l'espressione della decisione politica fondamentale su tutto l'ordinamento", di cui costituiscono il nucleo²¹⁵.

Alla enucleazione, in seno alla categoria in oggetto, delle tre sub-categorie dei *principî fondamentali espliciti*, dei *principî fondamentali relativamente espliciti* e dei *principî fondamentali costituzionali assolutamente impliciti*, è correlato il criterio di individuazione dei principî fondamentali costituzionali, che può essere formale, sostanziale ovvero correlato al tipo dei principî medesimi. Con riferimento ai principî fondamentali espliciti il criterio è prevalentemente formale, in quanto basato sulle indicazioni del legislatore, da convalidare attraverso l'esame del loro contenuto secondo un criterio sostanziale; con riferimento ai principî fondamentali relativamente espliciti il criterio cui fare ricorso è parimenti formale, implicando la ricerca delle indicazioni del

²¹⁴ V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Giuffrè, Milano, 1970, 189 ss.

²¹⁵ *Ibidem*, 190-195.

legislatore concernenti i principî medesimi, verifica parimenti da asseverare in seguito ad un'analisi di natura sostanziale²¹⁶.

E' alla luce dei criteri menzionati che devono considerarsi principî fondamentali costituzionali espliciti quelli contemplati dai primi dodici articoli della Costituzione, prescindendo dal loro atteggiarsi quali principî di struttura dell'intero ordinamento: anche disposizioni che disciplinano aspetti apparentemente marginali – quali gli artt. 9 e 12 Cost. – denotano infatti la ragione politica che ne ha giustificato l'inserimento in Costituzione in funzione caratterizzante il regime politico. Ai fini della individuazione dei principî fondamentali costituzionali relativamente espliciti è utile il riferimento all'indicazione del legislatore che in alcune disposizioni normative vi devono essere dei principî, pur non stabilendo quali essi siano: ne sarebbero espressione l'art. 139 Cost. che, vietando la revisione della forma repubblicana, instaura un collegamento diretto con l'art. 1 della Costituzione, esprimendo una volontà politica riferita alla struttura stessa dell'ordinamento, nonché la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione che, vietando la ricostituzione del partito fascista, instaura un collegamento con gli artt. 49 e 18 Cost.²¹⁷. Alla sub-categoria dei principî relativamente espliciti sono infine riconducibili il principio di continuità dell'ordinamento giuridico italiano, il principio di sovranità dell'ordinamento giuridico italiano come ordinamento originario, il principio di rigidità della Costituzione, il principio della separazione dei poteri²¹⁸. La elaborazione dei principî fondamentali costituzionali assolutamente impliciti e la stessa configurazione di principî giuridici sostanziali o materiali che determinano la struttura complessiva della comunità è infine ammissibile sempreché nelle disposizioni normative della Costituzione “esistano degli indizi per poter affermare l'esistenza di quei principî che esprimono la struttura dello Stato e che (...) caratterizzano anche la Costituzione materiale”²¹⁹. Pur non potendosi accogliere la tesi della assoluta identificazione dei principî fondamentali costituzionali con la Costituzione in senso materiale avuto riguardo alla funzione esplicita dalla medesima, è ammissibile rilevare l'esistenza di “punti di contatto tra principî fondamentali di

²¹⁶ L. Mezzetti, *Valori, principi, regole* in *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 137;

²¹⁷ V. Italia, *Ibidem*, 207-208.

²¹⁸ *Ibidem*, 210-212.

struttura dell'ordinamento e costituzione materiale": tali principi formano anche i principi della Costituzione materiale, "in quanto rappresentano la determinazione della ideologia politica espressa da quelle forze politiche costituenti la costituzione materiale" e "il punto di incontro tra costituzione formale e costituzione materiale"²²⁰.

In ragione della natura che li connota, i principi fondamentali costituzionali sono immodificabili e insuscettibili di abrogazione (non così i *principi generali costituzionali* relativi, ad esempio, alla struttura bicamerale del Parlamento).

I principi fondamentali costituzionali assolvono ad una pluralità di funzioni: di *limite* nei confronti delle norme con cui si relazionano per identità di materia, rispetto alle altre categorie di principi (generali e direttivi), alle disposizioni che non contengono un principio e rispetto agli altri atti normativi o amministrativi; *abrogatrice* delle disposizioni normative che si pongono in contraddizione con i principi medesimi (ove tale antinomia ricorra tra i principi e norme di grado inferiore opera la cessazione di efficacia contemplata dall'art. 136 Cost.); *dinamico-programmatica*, in quanto rivolti al legislatore ordinario "affinché sviluppi in disposizioni normative ed in istituti quelle valutazioni ideologiche e politiche che essi esprimono"²²¹; di *integrazione delle lacune* in base all'art. 12 disp. prel. c.c.; di *canone interpretativo* rispetto alle disposizioni normative oggetto di interpretazione alla luce dei principi stessi.

Secondo Barile²²², i principi generali richiamati in Costituzione appaiono scorporati in tre categorie: *i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato*, *i principi fondamentali della legislazione dello Stato*, e *principi supremi o fondamentali dell'ordinamento costituzionale*.

I principi dell'ordinamento giuridico dello Stato assumono una portata ben più ampia dei principi generali del diritto di cui all'art. 12, II comma. Tali principi, posti dal Costituente e dai vari articoli degli Statuti della Sardegna, del Trentino Alto Adige, della Valle d'Aosta, del Friuli Venezia e (si ritiene implicitamente) anche dallo Statuto

²¹⁹ *ibidem*, 217.

²²⁰ *Ibidem*, 245-246.

²²¹ *ibidem*, 228.

²²² P. Barile, *I 'principi generali' nel diritto costituzionale*, in *I principi generali del diritto*, Atti dei Convegni Lincei, Roma, 1992, pag. 311ss.

siciliano rappresentano un limite alla legislazione esclusiva delle regioni a Statuto speciale.

La giurisprudenza e la dottrina hanno poi contribuito ad identificare tali principi nella riserva di legge, nelle cosiddette grandi riforme, nel rispetto e nella gestione degli obblighi internazionali e nel potere sostitutivo dello Stato in materia di adempimento degli obblighi posti dall'Unione europea, nell'ipotesi di inadempimento da parte delle regioni a statuto speciale. Barile, in particolare, ritiene che il limite alla legislazione esclusiva statutaria derivi dal carattere della loro inderogabilità.

In secondo luogo, vi sono i cosiddetti *principi fondamentali della legislazione dello Stato*, i quali costituiscono un limite alla legislazione concorrente delle Regioni a Statuto ordinario, secondo quanto disposto dall'art. 117 comma 3. Si tratta di un limite più ristretto del limite imposto alla legge c.d. statutaria: limite che avrebbe dovuto ricevere una sua attuazione nella cosiddetta legge cornice ma, in assenza della stessa, i principi devono essere desunti dalla legislazione dello Stato, attraverso un procedimento interpretativo.

Infine, Barile si riferisce ai *principi fondamentali o supremi* dell'ordinamento costituzionale. Tali principi sono frutto di un'elaborazione giurisprudenziale che ha inciso sulla gerarchia interna della Costituzione, elevando ad un rango superiore tali principi. Tali principi presentano il loro nucleo originario nei diritti inviolabili della persona umana, anche se il concetto è stato esteso ad altre norme.

Tale elaborazione giurisprudenziale si sviluppa in due momenti decisivi. In un primo momento, quando la Corte Costituzionale nel 1971 affronta il conflitto tra Patti lateranensi e Costituzione e, decise, con le sentenze nn. 30, 31 e 32 che i Patti lateranensi non erano stati costituzionalizzati, che le norme potevano prevalere sulla Costituzione, ma mai sui principi supremi. In un secondo tempo, con rapporto alle norme della (allora) Cee, la Corte Costituzionale ha affermato, in astratto, la propria competenza circa il rispetto da parte delle norme comunitarie, di tutte le norme del Trattato di Roma o da esse scaturenti, dei principi fondamentali o supremi, fa cui per primi i diritti della persona umana.

I principi supremi dell'ordinamento costituzionale consisterebbero, in ultima istanza, nei diritti inviolabili dell'uomo che devono fungere da soglia di sbarramento rispetto all'ingresso nell'ordinamento costituzionale interno di fonti esterne suscettibili di violare suddetti contenuti essenziali dell'ordinamento costituzionale. Non è un caso, infatti, che l'Autore annoveri tra tali principi supremi non solo l'art. 139 della Costituzione, la forma di Stato repubblicana ma anche la stessa rigidità costituzionale, garantita dall'art. 138 Cost., abbracciando un'estensione più ampia del concetto di principio supremo, confermata dalla stessa sentenza 1146/88²²³, che attiene all'essenza dei valori supremi su cui si fonda la Repubblica italiana. Ciò induce Barile ad affermare la competenza della Corte Costituzionale a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Per Modugno i principî costituzionali al pari degli altri principi generali presentano una natura essenzialmente implicita e normogenetica, sia nel senso dell'«immanenza nell'ordinamento complessivo (o di una sua parte significativa), sia rispetto alla disposizione che eventualmente lo dichiara o lo esprime, poiché tale dichiarazione non è mai sufficiente ad erigerlo a principio generale, occorrendo all'uopo l'attività ermeneutica-ricostruttiva (con implicita una ulteriore scelta di valore) dell'operatore²²⁴.

Analogamente agli altri principî, svolgono una *funzione interpretativa* rispetto ad una disposizione dal significato incerto, *funzione integrativa o normogenetica* quali fonti di norme e *funzione programmatica* nei confronti del legislatore: la funzione di normogenesi è *precarimente integrativa* in quanto la enucleazione della norma derivata dal principio è finalizzata alla singola operazione applicativa; nel secondo caso,

²²³ Corte Costituzionale, sentenza n. 1146/88: «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa costituzione repubblicana esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati tra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

²²⁴ *Ibidem*, 4.

ove l'integrazione sia realizzata dal legislatore sulla base di un principio programmatico, la funzione del principio medesimo è stabilmente integrativa²²⁵.

La funzione normogenetica dei principî costituzionali può estrinsecarsi anche – in alcuni casi significativi - nella loro diretta applicabilità (è l'ipotesi che ricorre con riferimento ai principî derivanti dagli artt. 32 e 36 Cost.): la inevitabile soggettività dell'opzione valutativa che conduce a tale esito, ancorchè riconducibile all'autorità del giudice ovvero, a maggior ragione, della Corte costituzionale, è compensata ad avviso dell'Autore dalla generalità del riconoscimento degli operatori dei consociati; rimangono insolute, su tale versante, tradizionali ma sempre attuali questioni concernenti la quantità e qualità del consenso e la legittimazione degli organi che all'esito in precedenza descritto conducono. La problematicità di tali questioni trova una immediata conferma ove si abbia riguardo al fatto che – tra i principî suscettibili di applicazione diretta – rientrano anche quelli che, “indipendentemente dalla loro formulazione in disposizioni costituzionali, sono assunti (...) quali principî idonei alla produzione di norme applicabili ai casi concreti”²²⁶.

E' sulla base di tali considerazioni che si traccia la classificazione tra i principî costituzionali caratterizzati da una più pronunciata dinamicità in quanto idonei alla produzione effettiva di norme, e principî costituzionali che implicano invece un'attuazione legislativa ovvero risultano funzionali all'attività interpretativa: vi sono in altri termini “principî costituzionali generali assumibili propriamente come fonte di norme (e sono quelli che svolgono anche una funzione di integrazione normativa, ovvero che possono dirsi *direttamente applicabili*) e principî costituzionali idonei semplicemente a svolgere funzione programmatica (rispetto al legislatore) ed ermeneutica (rispetto agli altri operatori)”²²⁷.

Tra i principî costituzionali, i *principî supremi* – la cui enucleazione dalla Costituzione e la cui “punzonatura” rispetto agli altri principî costituzionali spetta alla giurisprudenza costituzionale – “hanno valenza ermeneutica, programmatica e normogenetica al pari degli altri principî, ma si segnalano per la loro *inderogabilità* ad

²²⁵ *Ibidem*, 9.

²²⁶ *Ibidem*, 9.

²²⁷ *Ibidem*, 10.

opera di norme pur dotate di copertura costituzionale (diritto ecclesiastico concordatario, diritto dell'Unione europea, diritto costituzionale regionale speciale) e parametricità nei confronti delle norme da ultimo menzionate nonché delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale²²⁸.

I principî supremi rinvenibili in seno ai primi dodici articoli della Costituzione vengono infine articolati da Modugno in due categorie, secondo una classificazione che non manca di ingenerare disorientamento e comunque non condivisibile²²⁹. Infatti, pur qualificandosi come principio “veramente” supremo il principio di eguale libertà di tutte le confessioni religiose proclamato dall'art. 8 Cost. e come “vero e proprio principio costituzionale supremo” il *principio internazionalistico* espresso dall'art. 10 Cost. e pur ravvisandosi nel successivo art. 11 Cost. “un crocevia di principî supremi” (ripudio della guerra e del *bellum iustum*, riconoscimento di un ordinamento sovranazionale, promozione di organizzazioni internazionali, reciprocità, limitazione della sovranità dello Stato), inspiegabilmente si riserva la denominazione di “principî veramente supremi” ai soli principî contemplati dai primi cinque articoli della costituzione, “la cui strettissima connessione reciproca li rende indispensabili l'uno per l'altro e per la delineazione della forma di Stato: essi sono i principî *repubblicano, democratico, lavoristico, personalista, pluralistico-societario, ugualitario, autonomistico*. Gli altri principî ricavabili dalle successive disposizioni comprese fra i ‘principî fondamentali’ possono distinguersi in *due gruppi*, secondo che riguardino i rapporti tra l'ordinamento statale e altri ordinamenti originari (canonico, internazionale, supernazionale) o ritenuti dal primo come derivati (ordinamenti delle altre confessioni religiose, ordinamenti delle minoranze linguistiche); ovvero che siano configurabili come programmatici o teleologici (tutela delle minoranze linguistiche, promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica, tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione, ripudio della guerra offensiva e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali, promozione delle organizzazioni internazionali pacifiste e di giustizia, fino alla possibile limitazione della sovranità statale”²³⁰.

²²⁸ *Ibidem*, 13.

²²⁹ L. Mezzetti, *Valori, principi, regole* in *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 137.

²³⁰ *Ibidem*, 23.

Rielaborando i tratti comuni ai tre studiosi, si può rilevare come al di là della natura esplicita o implicita dei medesimi, vi è un certo consenso (seppur con alcune distinzioni) nell'identificare una certa gerarchia tra i principi costituzionali, laddove nei primi dodici articoli della Costituzione sarebbe rinvenibile quel nucleo materiale essenziale dell'ordinamento costituzionale, in nessun modo modificabile *in peius*. Per quanto concerne la funzione, i principi svolgerebbero ad una triplice funzione fondamentale: quella di limite-parametro alla legislazione ordinaria; di impulso e propulsione alla medesima, ed infine quella interpretativo-integrativa del sistema costituzionale.

Mentre le prime due funzioni sono strettamente riconducibili alla supremazia normativa che la Costituzione riveste, la terza funzione attiene propriamente alla natura o alla qualità del principio medesimo.

Guardando ora all'individuazione operata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, occorre distinguere principi a carattere immediatamente costituzionale, principi generali dell'ordinamento (che come detto assumono questo carattere solo indirettamente), principi della materia ed, infine, principi supremi del sistema costituzionale.

Al di là del loro rilievo specifico nel sistema delle fonti i principi presentano caratteri strutturalmente omogenei. La Corte, fin dall'inizio (sent. n. 6 del 1956), ha considerato tali enunciati normativi a carattere di particolare generalità e fundamentalità e cioè “quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente” e che scaturiscono da questa “coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo” (nello stesso senso cfr. sent. n. 68 del 1961, n. 28 del 1964 ecc.).

Quanto alle tecniche di individuazione, per la ricostruzione dei principi la Corte muove per lo più dall'assunto che il principio è la regola generale che induttivamente si ricostruisce dalle norme particolari. L'argomento analogico come enucleazione di una *ratio decidendi* desunto da norme che disciplinano fattispecie “equiordinate” rispetto a

quella in esame è, come pure *l'argumentum a contrario*, nettamente recessivo nella giurisprudenza della Corte²³¹. Allo stesso tempo non si può affermare che questi principi sempre si assumono già dati da singole ed individue norme non essendo frequente il ricorso ai “diritti inviolabili” e risultando del tutto svalutato il titolo stesso ‘principi fondamentali’ che apre il testo costituzionale²³². Ancora la Corte, in genere, afferma una “deduzione” di carattere “sistematico” dei principi fondamentali; con argomentazioni, peraltro, che palesano, quasi sempre, un sostrato a carattere ‘intuitivo’.

I principi generali poi secondo la tendenza recente della Corte si caratterizzano in ragione della concorrente circostanza: a) di essere strettamente integrativi di valori costituzionali supremi ovvero b) di essere intermateriali²³³.

²³¹ Su come il testo costituzionale sia intrinsecamente povero di possibilità analogiche si veda Zagrebelsky, *Appunti in tema di interpretazione ed interpreti della Costituzione*, in *Giur. Cost.* 1970, 904 ss.

²³² Si veda sul punto V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto di principio generale del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa 1941, pag. 205.

²³³ In tal senso si veda la sent. n. 75 del 1992, laddove la Corte Costituzionale respinge il dubbio di legittimità costituzionale che la Provincia autonoma di Bolzano ha prospettato nei confronti dell'art. 1, secondo comma, della legge n. 266 del 1991 (legge quadro in materia di volontariato), dovendosi riconoscere che le disposizioni della predetta legge che contengono principi generali dell'ordinamento non possono non vincolare l'esercizio delle attribuzioni statutariamente affidate alla ricorrente, tanto a titolo di competenza esclusiva, quanto a quello di competenza concorrente. In particolare, la Corte deriva la natura di principi generali dell'ordinamento dall'essere espressione di valori supremi fondamentali e dal manifestare un carattere di intermaterialità. In particolare la Corte ha affermato: “Quale modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Della natura di tali diritti fondamentali il volontariato partecipa: e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità. Come schema generale di azione nella vita di relazione, basato sui valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale, il volontariato esige che siano stabilite, da parte del legislatore statale, le condizioni necessarie affinché sia garantito uno svolgimento dello stesso il più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale (v. spec. sentt. nn. 49 del 1987, 217 del 1988 e 49 del 1991). E ciò è richiesto - quantomeno in relazione alla connotazione essenziale delle attività e delle organizzazioni operanti in tal campo, nonché in ordine alla definizione del tipo di rapporti che devono intercorrere tra le varie istanze del potere pubblico e le

Ha escluso però che possano trarsi principi da norme eccezionali (sent. n. 208 del 1992), derogatorie (sent. n. 64 del 1968, ordinanza n. 714 del 1988), temporanee (sent. n. 157 del 1990) o più in generale da norme che non esprimono indicazioni di carattere assiologico (sent. 169 del 1994).

Caratteristica dei principi generali è poi secondo la Corte la loro applicazione “universale” nell’ordinamento giuridico (e non solo nell’ordinamento giuridico statale), e, quindi il loro conseguente utilizzo nell’interpretazione delle stesse leggi regionali o provinciali (cfr. con riferimento al principio di inesigibilità, sent. 19 del 1994).

In base a tale giurisprudenza, la Corte è venuta via via individuando (o riconoscendo come tali) non pochi principi generali dell’ordinamento giuridico desunti dal testo costituzionale, valorizzando in taluni casi l’intento storico del costituente, o anche la tradizione precostituzionale di un istituto, sia desunti invece dall’esame complessivo del sistema normativo. Taluni principi poi sono utilizzati in chiave meramente interpretativa (anche se la Corte non può essere chiamata a sciogliere dubbi interpretativi essendo la scelta tra le diverse interpretazioni devoluta al giudice di merito: ad es. sentt. 473 del 1989; n. 87 del 1986, o ad esprimere in astratto opinioni e pareri: es. n. 123/1970), altri in chiave programmatica (per es. con riferimento all’art. 35 Cost. cfr. sentt. n. 1 del 1986 e n. 72 del 1987 nelle quali la Corte ha affermato che si tratta di una norma di principio che non apporta una specifica tutela al lavoratore, ma demanda al legislatore in concreto la disciplina per la protezione delle varie forme di attività lavorativa), altri in chiave integrativa (come ad es. per i principi desumibili dall’art. 36 Cost.; o anche allorchè ha esteso alla Regione Sicilia per il tramite del principio di unitarietà della Repubblica limiti non previsti nel relativo statuto speciale);

organizzazioni dei volontari e in ordine alla determinazione delle relative modalità dell'azione amministrativa - al fine specifico di garantire l'essenziale e irrinunciabile autonomia che deve caratterizzare le stesse organizzazioni di volontariato e le loro attività istituzionali. A tale scopo la legge n. 266 del 1991, accanto a disposizioni che stabiliscono compiti o discipline d'interesse nazionale o che pongono criteri di azione per le amministrazioni statali o per gli enti locali, fissa principi cui le regioni e le province autonome dovranno attenersi nel regolare i rapporti fra le istituzioni pubbliche e le organizzazioni di volontariato. Questi ultimi, in base alla costante giurisprudenza di questa Corte, vanno indubbiamente qualificati come principi generali dell'ordinamento giuridico, in ragione della concorrente circostanza che attengono strettamente a valori costituzionali supremi (v. sentt. nn. 6 del 1956, 231 del 1984 e 1107 del 1988) e, soprattutto, che contengono criteri direttivi così generali da abbracciare svariati e molteplici campi di attività materiali (v. sentt. nn. 6 del 1956, 68 del 1961, 87 del 1963, 28 del 1964, 23 del 1978, 91 del 1982, 1107 del 1988, 465 del 1991”).

funzione resa più evidente da tutta una serie di corollari di indubbia e immediata normatività che la Corte ha collegato all'enucleazione degli stessi (ad es. dal principio democratico sono stati desunti tutta una serie di corollari specifici in tema di referendum come il divieto di quesiti eterogenei, non univoci e chiari, o dal principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni (o tra organi dello Stato) ha tratto ad es. il dovere di reciproca informazione, l'obbligo di motivare un eventuale rifiuto di accedere ad una proposta d'intesa;)²³⁴, altri, infine, in funzione limitativa della potestà legislativa regionale.

Tra i principi enucleati dalla Corte in via esemplificativa possono ricordarsi, oltre quelli già citati, taluni principi particolari, dai quali poi la Corte ha fatto derivare una serie di conseguenze applicative anche in funzione integrativa dell'ordinamento, come il principio di conservazione dei documenti normativi (ad es. sent. n. 279 del 1988), il principio dell'autonomia contrattuale e della libertà negoziale (sent. n. 6 del 1958), il principio del *neminem laedere* (cfr. sent. n. 16 del 1992), il principio del giusto procedimento nell'attività amministrativa che incide sui diritti dei privati (sent. n. 13 del 1962; nel senso che tale principio "pur non potendo dirsi assistito da garanzia costituzionale" è certo che ad esso debba almeno "essere assegnato il ruolo di un criterio di orientamento come per il legislatore così per l'interprete" sentt. n. 57 e n. 210 del 1995), il principio della certezza del diritto (sent. n. 389 del 1991), il principio della libera circolazione delle cose e degli animali (sent. n. 51 del 1991), il principio del rendiconto giudiziale (sent. n. 107 del 1988), il principio di "conformazione" del diritto di proprietà (sent. n. 231 del 1984; per i limiti della competenza regionale in materia cfr. sent. n. 231 del 1984), il principio di continuità (o unità) dell'ordinamento che ha il significato secondo la Corte di garantire la coerenza e la ragionevolezza del sistema e quindi l'intangibilità da parte di norme regionali delle situazioni prodotte dalle leggi dello Stato (cfr. sent. n. 266 del 1990; ma v. sent. n. 389 del 1991 che ha 'relativizzato' tale principio escludendo la legittimità di leggi regionali che tocchino rapporti pregressi rispetto al venir in essere della Regione solo quando ciò avvenga senza valida ragione).

²³⁴ Sul punto si veda A. Cerri, *Lo stylus iudicandi della Corte cost.*, in *Studi Gorla*, I, Milano 1994, 435 ss.

In varie occasioni, la Corte ha fatto riferimento ai “principi supremi del sistema costituzionale” i quali hanno una valenza superiore rispetto alle norme o leggi di rango costituzionale (nel senso della sussistenza di una gerarchia tra norme e norme della Costituzione rispetto alla quale è individuabile, come del resto in ogni corpo di disposizioni ordinate a sistema, un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre (v. già sent. 175 del 1971) non potendo dalle stesse essere derogati (cfr. ad es. sentt. n. 30 del 1971, n. 12 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 18 del 1982 secondo le quali le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare copertura costituzionale fornita dall’art. 7, secondo comma Cost., non si sottraggono all’accertamento della loro conformità ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale ed anche le sent. n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984, secondo le quali la legge di esecuzione del Trattato CEE può essere assoggettata al sindacato della Corte “in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”), o comunque, ha asserito che la portata di una norma derogatoria non potrebbe “non essere definita secondo criteri di stretta interpretazione” (così ad es. sent. n. 261 del 1995).

Si tratta di principi, secondo la Corte, che hanno carattere fondante dell’ordinamento democratico voluto dal costituente. Vi rientrerebbero soprattutto i diritti individuali, i quali “formano il patrimonio irreversibile della persona umana” (e che, nel loro contenuto essenziale, sono automaticamente incorporati anche negli ordinamenti autonomi, speciali o comunque diversi dall’ordinamento statale: sent. n. 235 del 1988), come ad esempio il diritto al nome (sent. n. 13 del 1994), il diritto alla vita (da ult. sent. 35 del 1997), la libertà e segretezza delle comunicazioni (ad es. sentt. n. 366 del 1991, n. 81 del 1993), il diritto di azione e difesa (ad es. sentt. n. 18 del 1982, n. 329 del 1992, n. 98 del 1994, n. 419 del 1995), talvolta ricollegato allo stesso principio democratico (sent. n. 148 del 1996), i c.d. nuovi diritti, come il diritto alla privacy (ad es. sent. n. 463 del 1994), la libertà sessuale (sent. n. 561 del 1987) od anche il diritto di identità personale (ad es. sentenza n. 13 del 1994). Vi rientrerebbero inoltre il principio solidaristico come base stessa della convivenza sociale normativamente prefigurata dal costituente (ad es. sent. n. 75 del 1992), il principio della parità di voto

(sentt. n. 216 del 1995, n. 304 del 1996), il principio di laicità o non confessionalità dello Stato (ad es. sentt. n. 203 del 1989; n. 195 del 1993; n. 149 del 1995; n. 440 del 1995; n. 334 del 1996).

La Corte ha poi spesso precisato le conseguenze che discendono dall'inclusione di un principio nella categoria dei cd. principi supremi, i quali consistono soprattutto, anche se non esclusivamente, nell'impossibilità di pregiudicarne il contenuto essenziale, il contenuto di valore cioè, limite alla stessa revisione della Costituzione, o di subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante (cfr. ad es. sent. n. 366 del 1991) o, ancora nella necessaria sottoposizione del giudice comune "al vincolo interpretativo di conferire" alle norme di rango ordinario che disciplinano aspetti connessi ai diritti dell'uomo "un significato espansivo diretto a rendere concreto ed effettivo, nei limiti del "possibile" il diritto contemplato (cfr., in tali sensi, ad es. sentt. n. 10 del 1993, n. 81 del 1993).

2.3.2 IL 'POLIFACETISMO' TERMINOLOGICO DEI PRINCIPI. CLASSIFICAZIONE ED INTERPRETAZIONE NELLA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA SPAGNOLA.

Quando si guarda all'estrema varietà con cui la Costituzione spagnola elenca i principi al suo interno, si rende evidente che tra le preoccupazioni del Costituente spagnolo non compariva quella di usare con precisione definitoria un termine, che al contrario impiega per designare realtà normative con una diversità profonda di significati. Hernandez Gil ha parlato, a tal riguardo, di un "*polifacetismo terminologico*"²³⁵.

In primo luogo, si riferisce al termine "principi della Costituzione" l'art. 8.2. in materia di organizzazione militare. Ai principi di "legalità, gerarchia normativa, pubblicità e irretroattività" si riferisce l'articolo 9.3. L'art. 27. 2 si riferisce ai "principi democratici di convivenza". Il "principio costituzionale" come limite alla libertà di creazione dei centri docenti è formulato nell'art. 27.6. In relazione all'imposizione tributaria, l'art. 31.1 si riferisce ai principi di uguaglianza e di progressività. "Principi

²³⁵ Hernandez Gil, *Sistema de valores en la Constitución* in *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*, Edición de A. Lopez Piña, 1983, pag. 127.

rettori della politica sociale ed economica”, si intitola il Capitolo III del Titolo primo. “I principi di preferenza e sommarietà” sono menzionati nell’art. 53.3. “I principi di efficacia, gerarchia, decentralizzazione e coordinamento” riferiti all’attività dell’Amministrazione Pubblica sono enunciati nell’ art. 103.1. E nello stesso articolo, paragrafo 3, appaiono i “principi di merito e di capacità” per l’accesso alla funzione pubblica. “Il principio di unità giurisdizionale” nell’organizzazione e funzionamento dei tribunali presenta la sua sede nell’articolo 117.5. “Principi generali in relazione all’organizzazione territoriale dello Stato”, si intitola il Capitolo I del Titolo VIII. Ed al “principio di solidarietà” tra le regioni si riferisce l’articolo 138.1.

Francisco Rubio Llorente distingue tale enorme varietà di principi in tre distinte categorie a seconda della forza vincolante dei medesimi sui pubblici poteri; una distinzione che merita riportare, in quanto ci fornisce un utile quadro ricostruttivo del contenuto principialista della Costituzione spagnola. I primi sono i principi contenuti nell’art. 9.3 e nell’art. 103.1 della Costituzione che possiedono un’efficacia assolutamente vincolante; i secondi, contenuti negli art. 103. 3, 117. 5, 124.2 (quest’ultimo relativo alla soggezione del Procuratore della Repubblica ai principi dell’unità giurisdizionale, della dipendenza gerarchica ed, in ogni caso della legalità ed imparzialità) e 138 che invece, dal punto di vista strutturale, per la loro capacità di trasformarsi in regola, possono vincolare direttamente i pubblici poteri e specificamente il legislatore. Infine, al terzo gruppo appartengono i principi rettori della politica sociale ed economica che, invece, possiedono una forza quasi nulla ²³⁶.

Inoltre, occorre segnalare come autorevole dottrina individui una serie di principi impliciti, che non sono citati espressamente nella Costituzione, ma che appaiono ricompresi nel contenuto implicito di quest’ultima: il principio di supremazia della Costituzione (con un certo fondamento nell’art. 9.1); il principio di interpretazione dell’ordinamento conforme alla Costituzione, quello di divisione dei poteri; il principio di cooperazione nella relazione tra Stato e autonomie; o la riserva assoluta di legge²³⁷ .

²³⁶ F. Rubio Llorente, Prólogo in *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1995, XIII.

²³⁷ A. Torres del Moral, in *Principios de Derecho Constitucional español*, vol. I, Atomo edizione, Madrid, 2 ed., 1988, raccoglie questi ed altri principi costituzionali, raggruppandoli secondo la loro relazione con lo Stato di diritto, lo Stato sociale, lo Stato democratico, e la democrazia rappresentativa. L.

Nella costituzione spagnola, dunque, ci incontriamo con un catalogo vario di principi²³⁸.

Aldilà dell'efficacia, i principi espressi nella Costituzione spagnola vengono classificati dalla dottrina secondo una pluralità di criteri. In tale sede ci limiteremo ad indicarne i principali.

Tra la vasta gamma di principi generali a cui si è fatto riferimento, o che potranno estrarsi dal testo costituzionale: alcuni di questi denotano una chiara connotazione economica, amministrativa, processuale, civile; altri possono ricavarsi da qualsiasi altro ramo, settore, o parte dell'ordinamento, "non essendo facilmente applicabili a questo nella sua totalità"²³⁹.

Inoltre, qualora si faccia riferimento ai principi contenuti nell'art. 9.3 (legalità, gerarchia normativa, pubblicità ...), si è precisato che si tratta più di principi di uno Stato di diritto che di principi generali del diritto, indipendentemente dalla loro relativa o apparente ampiezza o generalità settoriale²⁴⁰.

A tal riguardo, invece, Joaquin Arce y Florez-Valdés distingue tra i principi generali del diritto e quelle "idee fondamentali e informatrici dell'organizzazione

Pietro Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, distingue tra principi impliciti, che sono "normas que se obtienen a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio" e principi extra-sistematici, che non si trovano espressi in disposizioni normative, ma in "dottrine morali o politiche che si suppone soggiacciono all'ordine pubblico".

²³⁸ Hernandez Gil in *op.ult.cit.*, riferisce che nella Costituzione si avverte un significato manchevole di uniformità e non coincidente con quanto corrisponde a questa figura giuridica basica, dal momento che l'espressione si utilizza con una portata ampia e non sempre equivalente". E per di più, negli articoli 1.1 e 10.1 che, al parere dell'autore citato, sono "localizaciones de los principios en su significado esencial, no utiliza esta palabra, sino las de 'valores' y 'fundamento'".

²³⁹ Joaquin Arce y Florez-Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pag.100ss.

²⁴⁰ Sanchez Agesta, *L. Sistema político de la Constitución española del 1978*, Madrid, 1984, pag. 10; J. Leguina Villa, in *Principios generales del derecho y Constitución*, in *Revista de Administración Pública*, Núm. 114. Septiembre-diciembre 1987, pag. 10-11 afferma che i principi contenuti nell'art. 9.1 e 3 rappresentano l'espressione più diretta del valore dello Stato di diritto affermato nell'articolo 1.1 della Costituzione: "La Constitución española de 1978 no ha sido ajena a este fenómeno, optando por constitucionalizar una parte muy significativa de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello, la Constitución ha resuelto un problema teórico y práctico de primera importancia: el relativo al valor jurídico de tales principios. Pues, en efecto, mediante la asunción formal por el texto constitucional de algunos principios generales, y no de otros que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.4 del Código Civil, también integran el ordenamiento y sostienen jurídicamente el funcionamiento de las instituciones, aquéllos quedan «dotados de la superioridad normativa formal que la Constitución implica".

giuridica” che costituiscono la “*clave de arco*” di tale organizzazione nella sua totalità. Costituiscono tali idee basiche e fondamentali la dignità umana ed i valori superiori dell’ordinamento giuridico così espressi nell’art. 1.1., laddove i principi garantiti all’art. 9.3 della Costituzione rappresenterebbero meri principi normativi: la ragione risiede nel fatto che “alcuni principi come l’irretroattività, la responsabilità o la interdizione dell’arbitrarietà, presentano una limitata applicabilità. Altri, come la legalità, la pubblicità o la certezza, perché possono ricondursi all’esigenza di giustizia. Ed infine, il principio di gerarchia normativa, essendo una manifestazione dello stesso principio di legalità e una naturale esigenza di questo”²⁴¹.

In generale, secondo quanto segnala Hernandez Gil i principi stabiliti all’art. 9.3 costituiscono manifestazioni o esigenze del proprio principio di legalità e si incontrano in relazione alla consacrazione piena del valore della giustizia. Lo stesso Tribunale Costituzionale spagnolo segnala come i concetti normativi espressi nel 9.3 sono vincolati alla promozione dei valori della giustizia, libertà e uguaglianza. Infatti, nella sentenza del 20 luglio 1981, in materia tributaria, la Corte Costituzionale si era così espressa: “*Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución -legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad- no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho*”.

Adolfo Carretero identifica quattro classi di principi nella Costituzione: i principi ordinamentali, i principi istituzionali o settoriali, i principi legali ed i principi politici²⁴².

I principi ordinamentali si ritrovano nell’art. 9 della Costituzione, e si definiscono ordinamentali in quanto le norme di rango primario devono osservarli a pena della loro incostituzionalità. Al medesimo tempo, Carretero sottolinea la natura

²⁴¹ Joaquin Arce y Florez-Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pag. 100ss.

²⁴² A. Carretero, *Los modos de constitucionalización del derecho y sus consecuencias de los principios generales*, in *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, Secretaría general técnica, centro de publicaciones, 1988 pag. 3211.

estremamente varia dell'art. 9 della Costituzione: esso include i principi generali, come il principio di legalità, dal quale derivano i principi di gerarchia e di interdizione dell'arbitrarietà; si trovano, inoltre, sanciti i principi che plasmano la forma della norma ossia quello di pubblicità e di irretroattività; una componente del diritto come la certezza giuridica e una conseguenza dell'atto pubblico come la responsabilità. La ragione di tale esemplificazione viene ritrovata dall'Autore nella necessità della Costituzione di semplificare il tema e di renderlo più operativo, elevando così a principi gli elementi che compongono e plasmano lo Stato di diritto.

In secondo luogo, Carretero identifica "i principi istituzionali o settoriali": essi si deducono dal complesso delle norme che configurano un'istituzione e si ritrovano nell'ordinamento corrispondente. Tali principi non hanno un carattere sovraordinato alla legge, dal momento che trovano la loro fonte nella stessa legge ed una legge posteriore può derogarli: sono le norme di un settore che li introducono²⁴³. Tali principi assumono, dunque, la funzione di organizzare la struttura basica dell'organizzazione giuridica di una determinata materia o settore²⁴⁴.

In terzo luogo, Carretero classifica tra i principi presenti in Costituzione i cosiddetti 'principi legali', che si deducono dall'interpretazione di una sola legge o di un blocco normativo della stessa classe, ma che non giungono a formare un'istituzione.

Infine, l'Autore identifica una serie di "principi politici", la cui fonte è rinvenibile nell'art. 9.2 della Costituzione che disegna uno Stato di giustizia materiale, il quale stabilisce alcuni principi di distribuzione dei beni al fine di garantire libertà e uguaglianza. Tra tali principi svolgono una funzione primaria i principi rettori della politica economica e sociale²⁴⁵. Da tali principi positivi si distingue un'ulteriore categoria che Carretero chiama i 'principi sovraordinamentali', che coincidono nel contenuto con i diritti fondamentali, proclamati nella sezione I del capitolo II del titolo

²⁴³ Un esempio è dato dall'art. 132 della Costituzione quando si riferisce ai principi tradizionali sui beni pubblici.

²⁴⁴ A. Carretero, *op. ult. cit.*, pag. 3219: "La unidad es la institución o célula estructural, de la que a vez se derivan normas que regulan un tipo de relaciones sociales. Cada uno de ellas se constituye sobre Principios Generales que le dan sentido".

²⁴⁵ In particolare l'Autore segnala come "In questa parte della Costituzione si pongono in rilievo fini traducibili in norme concrete come risultato di una decisione politica. La sua finalità ultima è ottenere il

I. Tali ‘principi superiori dell’ordinamento’ presentano, al parere dell’Autore, un duplice grado: in quanto rappresentano ‘valores de Derecho natural’ che, per di più, sono incorporati nel diritto internazionale. A ciò si ricollega la funzione di valvola di apertura dell’art. 10 della Costituzione spagnola, che contiene una duplicità di dichiarazioni: da un lato, il riconoscimento come fondamento dell’ordine politico e della pace sociale, ossia dell’ordine costituzionale di determinati valori del Diritto naturale costituzionalizzati nel diritto comparato e internazionale come la dignità della persona ed i diritti inviolabili che le sono inerenti; dall’altro il vincolo di interpretare le norme relative a questi diritti in conformità con il diritto sovrapositivo dello Stato: Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo e trattati internazionali sulla materia²⁴⁶.

Guardando alla classificazione operata dal Tribunale Costituzionale, l’analisi della giurisprudenza ci mostra che l’uso dei principi è alquanto vario e non si presta alla riconducibilità ad una categoria unitaria.

La dottrina ha inteso identificare quattro significati di ‘principio’ nell’interpretazione del Tribunale Costituzionale spagnolo: 1- un articolo della Costituzione che presuppone un ‘carattere fondamentale’; 2- la conseguenza o la deduzione da un articolo della Costituzione; 3- i ‘lineamenti fondamentali’ di una materia, di una legge, o di un settore della legislazione; 4- i principi generali del Diritto²⁴⁷.

Guardando, dunque, al dato empirico e tenendo in considerazione la distinzione delineata, la grande maggioranza delle volte in cui il TC si riferisce o si appella ai principi applica un precetto costituzionale concreto; pur tuttavia, non un precetto costituzionale concreto, ma un precetto che manifesti il carattere di ‘fondamentale’. Occorre, dunque, intendersi su che cosa consista tale carattere: il TC non riferisce nella

bene comune, come specifica il Preambolo della Costituzione. Il potere si giustifica sulla base di questa finalità, e per tale finalità definisce i beni che sono necessari allo sviluppo della persona umana;

²⁴⁶ Il riconoscimento di tali principi-valori a livello internazionale e, nell’ordinamento interno attraverso la valvola di apertura dell’art.10 della Costituzione comporta, a parere di Carretero, un’interpretazione giusnaturalista di tutta la parte dogmatica della Costituzione, vincolata ai valori e ai principi di accettazione universale, direttamente quando sono riconosciuti nel diritto internazionale e, in forma meno immediata, però non meno efficace, quando non lo sono: il primo di tali principi-valori è rappresentato dalla persona umana e dalla sua dignità.

²⁴⁷ F.J. Ezquiaga Ganuzas, *La función de los principios en la sentencias del Tribunal Constitucional*, op.ult.cit., 1984.

sua argomentazione alcun dato che permetta di identificare i criteri utilizzati per giustificare l'elevazione di un precetto costituzionale alla categoria di principio.

Pur tuttavia, dall'analisi giurisprudenziale emergono alcuni dati che possono servire a chiarire questo punto. In primo luogo, occorre segnalare come la prima fonte dei principi costituzionali per il Tribunale, è rappresentata dal Titolo Preliminare della Costituzione e dalla sezione prima del capitolo II dello stesso Titolo I, in particolare, i suoi articoli 2, 9, 14, 16, 25 e 27. In diverse sentenze, il TC ha proclamato la presenza in questi articoli di principi come il principio di solidarietà (vedi sentenza 64/1982 del 4 novembre, f.j. 6), di legalità, gerarchia normativa, pubblicità delle norme, divieto della retroattività *in peius*, certezza giuridica, responsabilità (nella sentenza del 20 luglio del 1981, f.j. 10, il TC si riferisce a tutti i principi dell'art. 9.3).

Tenendo in considerazione il dato letterale che utilizza la CE per enunciare questi principi e il modo in cui sono invocati da parte del TC si può derivare una duplicità di considerazione: in alcuni casi, in accordo con il dato letterale di alcuni articoli della Costituzione, il TC ha affermato una sorta di pre-esistenza dei principi proclamati, sostenendo che determinati principi sono stati 'assunti costituzionalmente'²⁴⁸, in altri casi, invece, si è affermato che un precetto costituzionale 'racchiude l'espressione generale' di un principio (STC 25/1983 del 23 febbraio, f.j. 3: in concreto, si riferisce all'art. 25. 1 e al principio di legalità).

²⁴⁸ Si veda la sentenza del 2 luglio 1981, fondamento 5, in cui il TC dichiara incostituzionale la disposizione addizionale dello Statuto dei lavoratori, laddove venga interpretata come norma che introduce l'incapacità di lavorare ai sessantanove anni, ed in forma indiretta e incondizionata determina l'estinzione del rapporto di lavoro. Il TC, in particolare, argomentando sulla legittimità costituzionale di tale norma, parte dall'assunto per cui il pensionamento forzoso rientra nelle misure attive di politiche di lavoro, che contribuiscono a ridurre la disoccupazione e a creare nuovi posti di lavoro. Pur tuttavia, l'inevitabile menomazione automatica del diritto al lavoro che questa comporta impone che la medesima trovi una giustificazione in un fine costituzionale lecito, qual è l'opportunità di creazione di nuovi posti di lavoro, e al medesimo tempo, che dall'applicazione di tale misura non derivi una limitazione sproporzionata dell'altro interesse di rango costituzionale. A quanto qui interessa, la base giustificativa della politica di pensionamento forzoso è ritrovata nei principi della solidarietà, e della promozione dell'uguaglianza reale: principi-valori che vengono espressamente ritenuti assunti dalla Costituzione. 'Esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el art. 35; pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 29.2 -el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la Constitución).

In altri e diversi casi, il Tribunale Costituzionale spagnolo ha dedotto l'esistenza di un principio da un articolo della Costituzione: in tali casi non assistiamo ad una piena identificazione tra un precetto costituzionale ed un principio, ma il precetto costituzionale diviene il fondamento di un'argomentazione consequenzialista, in base alla quale si deriva dalla norma esplicita un suo contenuto implicito come conseguenza necessaria. 'La maggioranza delle volte in cui il TC ha utilizzato tale tecnica di affermazione dei principi costituzionali lo ha fatto pretendendo di mantenere il riferimento in un principio costituzionale espresso, dal quale avrebbe dedotto 'logicamente' il principio invocato'²⁴⁹.

Pur tuttavia, tale connessione logica tra il precetto costituzionale invocato ed il principio costituzionale dedotto non è sempre così esplicita e palese nell'argomentazione del Tribunale Costituzionale: si tratta, più, di una derivazione consequenzialista, dove subentrano valutazioni di valori dell'interprete costituzionale piuttosto che un'argomentazione logicamente serrata di 'derivazione necessaria' fondata su criteri meramente formali. Altre volte, il principio si estrae attraverso

²⁴⁹ F.J. Ezquiaga Ganuzas, *op. ult. cit.*, 3246; Si vedano, per esempio, le STC 86/1984 del 27 di luglio, fondamento 3 e la STC 97/1984 del 19 ottobre, fondamento terzo. In tali decisioni, il Tribunale Costituzionale intese 'costituzionalizzato' nell'articolo 24.1 della Costituzione spagnola il principio del contraddittorio: tale articolo riconosce il diritto di difesa, però, dal momento che il principio del contraddittorio è parte o (garanzia) di tale diritto, si può dire incluso implicitamente in tale diritto. In particolare, si può osservare come nel ricorso di amparo 97/1984 l'argomentazione che conduce il TC a ritenere implicito il principio del contraddittorio nel diritto di difesa si fonda su una premessa 'assiologica' che impone un'interpretazione della Costituzione che promuova l'effettività dei diritti fondamentali: "Tal y como ha dicho este T. C., en su Sentencia 21/1981, de 15 de junio, «Boletín Oficial del Estado» núm. 161, de 7 de julio, fundamento 10: «Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal... que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico», por lo que resulta incuestionable que el enjuiciamiento militar, sin perder por ello sus peculiaridades, ha de verse configurado por la Constitución vigente. Dentro de ella, en su art. 24.2, se reconoce el derecho de todos a ser informados de la acusación que se formula contra ellos, de suerte que les sea factible ejercitar su propia defensa. Pues bien, en el caso objeto de esta Sentencia que examinamos desde el momento en que el demandante se vio acusado de haber cometido una falta y luego resultó condenado por un delito no hay duda de que sus posibilidades de defensa se vieron mermadas, puesto que, lógicamente, debió articular en la vista oral sus alegaciones en oposición a aquella falta que se le imputaba y no frente al delito por el que finalmente fue condenado. Su defensa quedó limitada a la incriminación por la falta de que era objeto de acusación y no se proyectó hacia la de delito por la que acabó siendo penado. De esta forma se ha producido una vulneración del principio de contradicción y por ende, del fundamental derecho a la defensa, con violación del art. 24.1 de la C. E., ya que la Sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, como ha reconocido este T. C. en reiteradas ocasiones, que en el presente caso no ha podido tener lugar, debido a que la infracción finalmente estimada y la pena impuesta eran distintas de las que se le acusaba y se pedía por el Ministerio Fiscal".

un'interpretazione *a contrario* di un precetto costituzionale: si veda, ad esempio come il Tribunale Costituzionale ha dedotto dall'art. 9.3 della Costituzione che garantisce l'irretroattività delle norme sanzionatorie non favorevoli, il principio della retroattività delle disposizioni sanzionatorie favorevoli²⁵⁰.

Ora, si può osservare che, in diversi dei casi sopra riportati, il TC nella pretesa di dedurre dai precetti costituzionali principi ritenuti impliciti negli stessi si orienta verso una chiara finalità interpretativa che poggia il suo fondamento sull'effettività della tutela dei diritti fondamentali : “Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal... que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico” (Sent. 15 giugno 1981, f. 10 e STC 97/1984 del 19 di ottobre).

Inoltre, in ultima istanza quando il TC invoca i principi nelle sue decisioni, si riferisce ai principi generali del diritto.

In particolare a partire dalla sua prima sentenza di incostituzionalità, il 2 febbraio del 1981, il Tribunale Costituzionale spagnolo classifica i principi generali come principi, criteri o idee applicabili dotati di efficacia costituzionale, che superano il mero legalismo. In particolare, il TC fu assolutamente esplicito nel precisare che: “I principi generali del diritto inclusi nella Costituzione hanno un carattere informatore di tutto l'ordinamento giuridico –come afferma l'art. 1.4 del titolo preliminare del Codice civile, - che deve essere interpretato d'accordo con gli stessi. Laddove vi sia un contrasto tra le leggi anteriori e i principi generali plasmati nella Costituzione, tali principi, in quanto formano parte della stessa, partecipano della forza derogatoria della stessa, e non può essere in un altro modo” (sent. del 2 febbraio del 1981).

In tal senso, l'organo di giustizia costituzionale ha inteso affermare il carattere immediatamente applicativo –e non meramente programmatico- dei principi generali plasmati nella Costituzione²⁵¹.

²⁵⁰ STC del 7 maggio del 1981: “ La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, a contrario sensu en el art. 9.3 de la Constitución que declara la irretroactividad de las no favorables o restrictivas de derechos individuales.

²⁵¹ Garcia De Enterría, *op. cit.* : “Non si tratta di una conclusione puramente deduttiva, ma di un'esperienza universale, lì dove opera una giustizia costituzionale effettiva, che assicuri la primazia normativa della Costituzione: questa cessa di essere vista come una semplice articolazione formale di poteri per porsi come un parametro di valori materiali di tutto l'ordinamento, il che opera come una reale

E' chiaro, pertanto, non solo che nella Costituzione si sono enunciati alcuni principi generali che anteriormente informavano lo spirito del Codice, ma, che per di più, questi principi si sono convertiti in vere e proprie norme costituzionali. Unitamente a questi, il TC ha invocato anche altri principi generali del diritto che non hanno ottenuto tale riconoscimento e che continuano a formare parte di quella categoria tradizionale dei "principi generali del diritto". Tuttavia, nell'ottica dell'organo di giustizia costituzionale, la maggioranza dei principi generali subiscono un procedimento di 'costituzionalizzazione' abbastanza chiaro. Per esempio, in diverse sentenze il TC ha posto in rilievo il cambio di *status* sperimentato da parte del principio della presunzione di innocenza. Elevandosi a principio costituzionale nell'art. 24.2 della Costituzione, tale principio ha cessato di essere un mero principio generale del diritto che deve informare l'attività giudiziale per convertirsi, in reiterate affermazioni del TC, in un "ampio diritto fondamentale che vincola tutti i poteri pubblici ed è di applicazione immediata" (Si veda, tra le altre, la STC del 28 luglio 1981, f. 2; STC 55/1982, del 26 luglio, f.2; STC 107/1983 del 29 novembre, f. 2 e STC 124/1983 del 21 dicembre, f.1). Altri principi generali del diritto, chiaramente costituzionalizzati, a cui il TC si è riferito nel suo argomentare sono i principi *nemine damnatur sine auditur* (art. 24. 1), *nulla poena sine indicio* (art. 24.2), e *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (art. 25.1).

IV.LA COSTITUZIONE COME SISTEMA DI PRINCIPI E VALORI IN RECIPROCA TENSIONE. IL PROFILO SISTEMICO DEL RAPPORTO TRA PRINCIPI E VALORI.

2.4.1 L'IMPRONTA ASSIOLOGICA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

I mutamenti politici e sociali di cui si è detto innanzi, gli orrori causati dal secondo conflitto mondiale, contribuiscono, nel secondo dopoguerra, alla penetrazione, nelle varie carte costituzionali degli stati moderni, di una serie di *postulati dalla forte connotazione etica*, prevalentemente riguardanti i diritti fondamentali.

conversione da uno Stato puramente legale ad uno Stato ordinato per i principi basilari costituzionali, principi che rompono per sé stessi tutto l'intento di una giurisprudenza formale puramente immanente e soprattutto del legalismo".

La Costituzione si appropria della determinazione della giustizia e dei diritti umani. Il principio di supremazia costituzionale si riempie di contenuti materiali, si intesse di quei supremi valori morali, che erano stati travolti dalle macerie di un conflitto che, insieme ad i suoi orribili crimini, aveva annientato quel meta-valore kantiano corrispondente con il rispetto della persona umana. Allora, quella legge morale non poteva costituire più un astratto e formale imperativo categorico, fondato sulla coattività della sanzione, ma doveva ricercare un'adesione etica più profonda in un consenso politico-sociale, che doveva riconoscerla come il *primum verum*.

La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali inerenti alla persona umana coincide con questo ampio riconoscimento che le Carte Costituzionali del post-guerra promettono. Si assiste, dunque, a tal proposito ad una torsione da un modello 'imperativistico-categorico'²⁵² basato su regole, ad uno 'ottativo-categorico' basato su principi che, come abbiamo visto, dal punto di vista della struttura sono caratterizzati da una fattispecie meno definita, e dal punto di vista del contenuto possiedono una connotazione fortemente 'etica' o, meglio, assiologicamente, orientata.

Baldassare parlerà di una differente logica dello 'Stato costituzionale' rispetto allo 'Stato legislativo-parlamentare' che può esprimersi in un'opposizione: "mentre lo Stato 'legislativo-parlamentare' è dominato dal principio della mera 'legalità', l'altro è strutturato secondo una 'doppia legalità' –quella della Costituzione e quella della legge (ordinaria) – che risponde a due differenti forme di razionalità: la legalità è, essenzialmente, razionalità rispetto ai valori²⁵³. Negli stessi termini, si esprimerà García De Enterría quando si riferisce ad un'esigenza del diritto, a cui la mera legalità debba

²⁵² Si veda A. Falzea, *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica* (I Teoria generale del diritto), Milano, 1959, 466 il quale ripercorre la distinzione di *Gunter Ellscheid* tra i due modelli di discorso normativo: il primo definito *Dekalogsforeln*, o modello deca logico, che 'ricalca il modello imperativistico-categorico del decalogo biblico' e dunque si basa sull'osservanza di regole rigidamente prescrittive: "non uccidere", "non rubare", alle quali, secondo l'usuale schema della regola, si può solo obbedire o meno. L'altro modello il *Grundrechtformeln*, o modello assiologico, si basa non sulla costruzione di rigide formule prescrittive ma su proposizioni ottative che hanno il loro momento centrale nell'affermazione di un valore, ad esempio la sacralità della vita umana. In realtà, secondo l'A., le costituzioni moderne si porrebbero quale via di mezzo tra i due modelli, essendo gli enunciati di cui sono composti costruiti su un modello logico intermedio che si definisce come 'ottativo categorico', nel quale la posizione di un dato assiologico non dismette del tutto un'aspirazione teleologico-prescrittiva.

²⁵³ A. Baldassare, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, Vol. XXII, n.4., dicembre 1991, pag.655.

intendersi vincolata²⁵⁴. Come afferma Habermas, “commisurata alla tesi positivistica della separazione diritto/morale, la materializzazione del diritto comporta ora una sua ‘ri-moralizzazione’ che, aprendo le porte ad argomenti morali di principio e ad argomenti di ‘policy’ nell’argomentazione giuridica, allenta il vincolo lineare della magistratura alle disposizioni del legislatore politico”²⁵⁵.

Dopo avere indagato sulla struttura dei principi contenuti in Costituzione, occorre, quindi, avvicinare ora il *focus* a quell’altra categoria che ai principi viene strutturalmente e funzionalmente associata: i valori costituzionali.

Il legame tra principi e valori, pur nelle molteplici visioni delle varie dottrine, pare ormai un dato acquisito nella riflessione giuridica contemporanea. Come afferma autorevole dottrina: “I valori vivono principalmente seppur no esclusivamente, attraverso la loro positivizzazione nei principi e questi attraverso gli atti ulteriori che ad essi si legano nell’incessante ciclo della produzione giuridica”²⁵⁶.

Tuttavia, prima di soffermarsi sulla specificità di tale rapporto onde illuminarne le conseguenze pratiche sul piano dell’argomentazione delle Corti costituzionali, occorre analizzare la rigorosa sistemazione dogmatica di tale istanze materiali che definiscono la natura degli ordinamenti moderni. Il concetto di valore presenta un alto tasso di ambiguità, incertezza ed elusività. I suoi labili ed impercettibili confini così sfumati da percepirsi inevitabilmente come arbitrari ed aperti al soggettivismo delle opinioni, in quanto è forte l’allusione semantica del termine a quel concetto della mutevole e cangiante coscienza umana, a cui il valore è filosoficamente legato fin dagli albori del pensiero umano. Bobbio, infatti, sottolinea che “i termini di valore sono interpretabili in maniera diversa secondo l’ideologia assunta dall’interprete”; che il ‘riferimento al valore si risolve in una “formula generica capace di dare luogo a contrasti” nel momento di applicazione; che i valori non si “giustificano”, ma si “assumono”; d’altronde altri (Perelman) sottolineano che i “principi-valori” sono “nozioni a contenuto variabile”²⁵⁷.

²⁵⁴ E. Garcia de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

²⁵⁵ J. Habermas, *Fatti e norme*, Milano, 1996, 293.

²⁵⁶ Ruggeri, ‘Nuovi’ diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Pol.dir.*, 1993, 202.

²⁵⁷ Bobbio, *L’età dei diritti*, 1990-1992, Torino, pag. 8-9.

L'*humus* della definizione categorica di valore risiede nel dibattito filosofico che fonda le sue premesse nel concetto di categoria kantiana per poi svilupparsi lungo il movimento storicista tedesco fino all'ontologismo critico di Hartmann.

E su tale terreno occorre percorrere i primi passi.

2.4.2 IL VALORE COME CATEGORIA FILOSOFICA: STRUTTURA E FUNZIONE.

L'idea di valore presenta una notevole ambiguità di fondo: è un'idea sfuggente che la mera astrazione non può concepire se non in termini estremamente vaghi ed indefiniti.

Esso, infatti, "presenta la strana singolarità di congiungere ad una esperienza immediata incomparabilmente marcata e profonda, una debole espressività concettuale"²⁵⁸: è più facile 'sentire' che 'definire' il valore.

L'idea di valore appare centrale nel dibattito sull'etica sin dalla metà del XIX secolo, momento in cui comincia a sostituire nelle indagini dei filosofi, la categoria del 'bene' che aveva fino a quel momento monopolizzato l'interesse della speculazione etica ed in parte metafisica.

In particolare, gran parte della filosofia dei valori si muove sulla falsariga del criticismo: la speculazione kantiana risulta essere l'antecedente ideale di tutte le riflessioni in merito ai valori.

E' infatti indubbio che tale tematica sia stata inaugurata dal variegato filone neo-kantiano, non solo (come dicono Heidegger e Schmitt) per il desiderio di contrastare il montante nichilismo etico di quell'epoca, ma soprattutto sulla spinta dell'esigenza di fondare tanto la conoscenza (teoria) quanto l'etica (pratica) su basi diverse dal nuovo (razionalistico) 'naturalismo'²⁵⁹.

Anche se Kant non si occupò specificamente di assiologia, il criticismo kantiano non può che costituire l'ineludibile punto di partenza di qualsiasi considerazione intorno alla categoria dei valori costituzionali.

²⁵⁸ V. E. Opocher, Voce *Valore (filosofia)* in *Enc.dir.*, XLVI, 1993, 114.

²⁵⁹ A. Baldassare, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del 'pensare per valori')*, pag. 147.

L'etica kantiana, in adesione alla rivoluzione copernicana del maestro di Königsberg per cui la conoscenza trascendentale è la unica valida in sé in quanto prescinde dal dato empirico, si fonda sull'equivalenza tra *validità, universalità e forma*.

Anche nella sfera della morale l'*a priori* kantiano si sprigiona con tutta la sua forza dirompente: “per una legislazione della ragione occorre che essa debba presupporre meramente *se stessa*, poiché la regola è obiettiva e universalmente valida *solo quando vige senza quelle condizioni soggettive, accidentali, che distinguono un ente razionale da un altro ...* così le leggi pratiche si riferiscono solo alla volontà, indipendentemente dai risultati prodotti dalla sua causalità; e si può fare astrazione da quest'ultima (in quanto appartiene al mondo sensibile), per averle in tutta purezza”²⁶⁰.

Un'etica così concepita non può conoscere valori materiali poiché “tutti i principi pratici materiali sono, in quanto tali di una stessa specie, e appartengono al principio generale dell'amore di sé, o della propria felicità” e “in una legge pratica, la ragione determina la volontà immediatamente non con la mediazione di un interposto sentimento di piacere o dispiacere, neanche per questa stessa legge, e solo la sua possibilità di essere pratica come ragione pura le consente di essere *legislatrice*”²⁶¹. Pertanto “tutti i principi pratici che presuppongono un oggetto (materia) della facoltà di desiderare come motivo determinante sono complessivamente empirici, e non possono dare luogo a nessuna legge pratica”²⁶².

Le istanze assiologiche cedono, dunque, il passo al puro enunciato deontico: “è quindi della *legge morale*, che noi diventiamo immediatamente consapevoli (non appena consideriamo massime della volontà), è la legge morale a presentarsi per prima, e a condurci direttamente al concetto della libertà, in quanto la ragione la presenta quale un motivo determinante tale da potere essere soverchiato da nessuna condizione sensibile, e anzi a esserne totalmente indipendente”²⁶³.

In definitiva, se l'indagine kantiana fu rivolta alla decodificazione della realtà – anche di quella etica- tramite il ricorso a strutture minime puramente formali (gli *a*

²⁶⁰ I. Kant, *Critica della ragion pratica*, 1992, Milano, 161.

²⁶¹ I. Kant, *Critica della ragion pratica*, 1992, Milano, 147.

²⁶² I. Kant, *Critica della ragion pratica*, 1992, Milano, 135.

²⁶³ I. Kant, *Critica della ragion pratica*, 1992, Milano, 161.

priori), la filosofia dei valori, non fu altro il tentativo di trasformare queste strutture formali in entità materiali²⁶⁴.

Nella riflessione del movimento storicista tedesco, fondato da Wilhelm Dilthey e continuato da Windelband e Rickert le categorie *a priori* kantiane divengono entità normative sostanziali, dotate di *senso*, che costituiscono il fondamento della validità ideale dell'agire umano non solo nel campo della conoscenza ma anche in quello dell'etica e dell'arte: i valori.

In particolare, il concetto di senso (*Sinn*) diviene cruciale in questa ricostruzione, ponendosi quale tramite tra il mondo dei valori e quello della cultura: l'indagine che lo storico deve compiere per interpretare la realtà, consiste, infatti, nell'inquadrare il senso di un determinato accadimento all'interno di una tavola di valori metastorici; proprio questa attribuzione di senso ad un fatto costituisce la *funzione tipica del valore*. Si stabilisce così un nesso inscindibile tra senso e valore: la realtà umana è infatti dotata di senso solo se la si rapporta ad una data scala di valori.

La conoscenza storica diviene 'comprensione del senso di un oggetto': cioè del rapporto che unisce tale oggetto ad un certo valore; ²⁶⁵ in tale opera di valutazione o ascrizione di senso non è tuttavia incluso un giudizio in termini di positività o negatività²⁶⁶.

Tale distinzione verrà ripresa da Max Weber il quale, nella costruzione di una categoria cognitiva, intese tenere nettamente distinto il 'riferimento al valore' (*Wertbeziehung*) come mezzo di un procedimento teorico che 'mette in relazione ciò che è empirico con certi valori' dal giudizio di valore vero e proprio (*Werturteil o Bewertung*), che orienta il momento pratico e deve rimanere fuori dall'analisi scientifica²⁶⁷.

L'imprescindibilità del dato assiologico diviene, dunque, un'esigenza epistemica per qualsiasi tipo di giudizio conoscitivo: si afferma la necessità di avere un criterio

²⁶⁴ Sul punto vedi A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica, Ipotesi e problemi*, Jovene, Napoli, 2007, pag. 26.

²⁶⁵ P. Rossi, *Lo storicismo contemporaneo tedesco* cit., 163.

²⁶⁶ P. Rossi, *Lo storicismo contemporaneo tedesco* cit., 146.

²⁶⁷ M. Weber., *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* in *Saggi sul metodo delle scienze sociali*, Torino, 2001, 147 ss.

prestabilito attraverso il quale ordinare concettualmente il dato empirico. Un caos di ‘giudizi esistenziali’ relativi a innumerevoli osservazioni particolari sarebbe il solo esito a cui potrebbe approdare una teoria della conoscenza della realtà che fosse ‘priva di presupposti’ ... In questo caos reca ordine soltanto la circostanza che in ogni caso ha per noi interesse e significato solamente una parte della realtà individuale, in quanto essa solo sta in relazione con idee di valori culturali, con le quali noi accostiamo la realtà²⁶⁸.

Il valore rappresenta, dunque, mutuando le caratteristiche dell’*a priori* kantiano un criterio attraverso cui ordinare il dato empirico; un nucleo di senso che, pur trascendendo la realtà materiale ne rende possibile la conoscenza. Allo stesso tempo, la natura soggettiva dell’atto di conoscenza, o per meglio dire del processo di selezione lo sottrae ad ogni confutazione logica: ‘il carattere irrelativo del valore che tende a non ammettere, secondo il proprio senso, alcuna possibilità di contraddizione²⁶⁹’.

Se Weber aveva collocato il valore nel mondo dell’*episteme*, ossia nel processo selettivo della conoscenza, fu il movimento epistemologico che influenza in maniera più decisiva il mondo degli studi giuridici.

Il movimento fenomenologico che annovera tra i suoi massimi esponenti Max Scheler e Nicolai Hartmann ipotizzò l’esistenza di un ordine obiettivo di valori indipendente dalle azioni umane ed esistente in una sorta del mondo del “dover essere”. Tale visione si iscrive nella cornice della fenomenologia come scienza non empirica, non concernente i fatti ma le essenze²⁷⁰ e nel riconoscimento della centralità epistemica dell’intuizione: mezzo disvelatore della conoscenza fenomenologica, strumento di rivelazione delle essenze²⁷¹.

Un’idea che fu assimilata, non senza fraintendimenti e ambiguità, dal Tribunale costituzionale tedesco che, nella nota sentenza Lüth, abbandonando le ricostruzioni jellinekiane in materia di diritti pubblici soggettivi, cominciò a considerare la Legge

²⁶⁸ M. Weber, *op. ult. cit.*, 176.

²⁶⁹ M. Weber, *Der Sinn der “Wertfreiheit” der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, trad.it. *Il senso della ‘avalutatività’ delle scienze sociologiche ed economiche*, Torino, 2001, 555.

²⁷⁰ N. Abbagnano, *Storia della filosofia*, vol. VI, *La filosofia dei secoli XIX e XIX*, ed. Tea, Milano, 1995, 432.

²⁷¹ N. Abbagnano, *Storia della filosofia*, vol. VI, *La filosofia dei secoli XIX e XIX*, ed. Tea, Milano, 1995, 425.

fondamentale come ‘una tavola di valori obiettivi’. Successivamente dalla Germania queste tesi penetrarono in altri paesi europei, di cui in tale sede ci limitiamo a considerare Italia e Spagna.

Tuttavia, prima di affrontare le posizioni più compiute dell’etica materiale che hanno contribuito a delineare i contorni della giurisprudenza per valori, che si diffonde negli ordinamenti reduci del secondo conflitto mondiale, punto di passaggio obbligato è dato dalla visione etica di Husserl, che pur essendo formale non è deontica²⁷².

Egli, infatti, cercò di creare un ponte tra razionalità formale e assiologia materiale, riconoscendo la priorità del momento assiologico rispetto a quello pratico e, dunque, la conseguente necessità di costruire (o individuare) le norme di un’assiologia razionale al fine di creare le leggi per un agire razionale. Leggiamo: ‘Nella logica formale ... abbiamo a che fare con significati, in particolar modo con significati preposizionali in riferimento alla loro forma e alle leggi di validità dipendenti dalla loro forma ... le cose dovrebbero comportarsi così anche nella sfera pratica e assiologica. Dovrebbero darsi anche qui leggi formali a priori e norme a priori a esse parallele ed a loro equivalenti’²⁷³.

Si percepisce così in maniera evidente l’importanza della riflessione di Husserl con riferimento alle opere di Dworkin e Alexy, ovverosia ai tentativi di creare una scienza razionale dell’argomentazione giuridica che risolveva il problema dei giudizi di valore. In tal senso, è significativo quanto espresso da Husserl: “La cosa principale, tuttavia, è che tutto deve infine dipendere dalla sussunzione; il che equivale a dire che nessuna valutazione deve venire prima del principio, poiché deve essere prodotta solo a partire da esso o, almeno, che nel principio stesso, sia pure nella forma generale delle questioni di principio, è racchiuso nella sua pienezza e nella sua interezza il fondamento di diritto della valutazione così che ciò che vi è di razionalmente pratico nel caso in questione può essere ottenuto per mezzo di una mera sussunzione sotto un principio’²⁷⁴.

L’argine alla deriva emotivista della valutazione sembra, dunque, essere rappresentata per Husserl dalla necessità di trovare un assetto di principi altamente

²⁷² E. Husserl, *Vorlesungen über der Ethik und Wertlehre* 1908-1914, trad.it. a cura di Paolo Basso e Paolo Spinucci, *Lineamenti di etica formale*, Firenze, 2002, pag. 83.

²⁷³ Husserl, *op. cit.*, 66, 67.

chiaro e, al contempo, comprensivo che annulli, nel caso concreto, il senso problematico della valutazione e risolva il giudizio pratico all'interno di uno schema di pura sussunzione.

Inoltre, nel tentativo di saggiare le possibilità e i limiti del discorso razionale come strumento orientativo della scelta etica, Husserl concepisce i valori come 'strutture motivazionali complesse' che si muovono in un sistema razionale, dove la singola scelta etica è in grado di fondarsi su leggi razionali date dal rapporto logico intrasistemico. Dunque, nell'ambito della medesima situazione motivazionale 'l'azione eticamente richiesta risulta essere così quella che vuole e realizza la *migliore tra le possibili concatenazioni* di valori'²⁷⁵. Il medesimo rapporto logico, tuttavia, è destinato ad atteggiarsi diversamente ed a produrre altre conseguenze qualora sia applicato ad altro sistema di riferimento: questo rappresenta il limite del discorso razionale applicato all'etica. Purtroppo, Husserl ipotizzando una razionalità interna ad un singolo sistema assiologico, rigetta radicalmente la tesi del relativismo etico e di un soggettivismo radicale che riduce la categoria valoriale a pura emotività.

Scheler da parte sua si oppone al relativismo concependo un'etica fondata su un 'apriorismo materiale', laddove un ruolo assolutamente privilegiato nella scoperta etica è data dall'intuizione intenzionale. Nel tentativo di scardinare i dogmi meramente formalistici del criticismo, in particolare, Scheler concepisce il valore come una qualità che, pur inerendo alla cosa (al bene), non si esaurisce in questa ma anzi, in certo senso la trascende²⁷⁶.

In quest'ottica i valori possiedono almeno due proprietà imprescindibili: sono oggettivi e si strutturano in un ordine gerarchico. Le due caratteristiche sono intimamente connesse: l'idea, infatti, che nell'assiologia esista una gerarchia oggettiva riveste un'importanza cardinale nella ricostruzione di Scheler; il valore può svolgere la propria funzione di senso solo se considerato all'interno di una gerarchia.

L'etica dunque non è altro che un sentire tale mondo di valori strutturato gerarchicamente e l'atto etico fondamentale diventa il 'preferire' ossia il cogliere un

²⁷⁴ Husserl, *op. cit.*, 61.

²⁷⁵ P.Basso e P.Spinacci, *op. cit.*, pag. 17.

²⁷⁶ Scheler, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, Cinisello Balsamo, Milano, 1996, 41.

valore rispetto ad un altro in una struttura già ontologicamente data. Il ‘preferire’ diventa un atto di ‘evidenza intuitiva’, non una scelta frutto di volizione ²⁷⁷, né una deduzione frutto di ragionamento²⁷⁸; in realtà tanto la scelta tanto la deduzione si pongono come dei *posteria*.

Sulle posizioni di Scheler si situa Hartmann, estremizzandole, e arrivando a compiere quella ontologizzazione dei valori che sarà ripresa dalle ricostruzioni giuridiche: i valori divengono delle proprie essenze (*Wesenheiten*).

E. Betti, infatti, dirà che per Hartmann, i valori ‘rappresentano una seconda dimensione dell’oggettività che non è quella meramente fenomenica, ma che non meno di questa si distingue dalla soggettività della coscienza: un’oggettività che configurando un modo di essere non fenomenico della spiritualità, può bene qualificarsi ideale’²⁷⁹.

La teoria di Hartmann cerca di ricomporre i valori in un ordinamento gerarchico, che si pone come ‘presupposto implicito’ nel regno del valore, poché ‘ogni conoscenza di valore resta astratta senza conoscenza dei rapporti di valore’, che si connettono secondo una scala di elevatezza.

Nell’Etica, Hartmann attinge all’idea platonica che l’atto di accesso a questo mondo di valori-essenze è rappresentato da un certo ‘sguardo interiore’, simile all’anamnesi che, nel pensiero platonico, permette agli stessi esseri pensanti di richiamare il mondo delle idee ²⁸⁰.

Uno sguardo interiore che seppure in grado di mettere in contatto l’uomo con tale mondo delle essenze non ci dice quale sia il valore da preferire: è un puro atto di volizione che porta con sé il peso della responsabilità. Peraltro, Hartmann afferma che,

²⁷⁷ M. Scheler, 120.

²⁷⁸ M. Scheler, 123.

²⁷⁹ E. Betti, *Teoria generale dell’interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di Giuliano Crifò, Milano, 1990,11.

²⁸⁰ Nelle parole di N. Hartmann i valori non sono “nature ‘formali’ prive di contenuto, ma contenuti, ‘materie’ strutture, che nelle cose, nei rapporti, nelle persone costituiscono un ‘quale’ specifico a seconda che vi siano presenti o mancanti. E, terzo, essi non solo sono ideati ma – come si può dire così spesso – invece non si lasciano mai cogliere dal pensiero; piuttosto si lasciano cogliere direttamente come le idee di Platone, solo da un interiore sguardo. Il motivo platonico del ‘guardare’ ben si adatta a quanto l’etica materiale chiama “percepire affettivamente il valore”, a quanto si manifesta negli atti di presa di posizione, approvazione, intenzione. Sentire il valore nell’uomo, è il notificarsi, nel soggetto, dell’essere dei valori, e propriamente del loro particolare modo di essere ideale. L’apriorità del sapere intorno ad esse non è intellettuale, riflessivo, ma emozionale ed intuitivo” in *Ethik*, trad.it, *Etica*, trad.it., *Etica I*, (*Fenomenologia dei costumi*), Napoli, 1969, 165-167.

dinanzi all'opposizione tra due valori, il soggetto non può contemporaneamente decidersi per due ambedue i lati dell'opposizione: “dei due valori che sono in gioco, può seguire soltanto l'uno ed offendere l'altro”, e ciò dipende dalla decisione della volontà, che “non può fare a meno di trattare quell'opposizione, che in sé è solo assiologicamente di contrari, come una opposizione di termini contraddittori”, operando una scelta che è frutto di una preferenza personale, ma altresì “funzione della consapevolezza dell'ordinamento gerarchico dei valori”²⁸¹.

E attraverso tale atto di volizione che si determina il passaggio dal mondo ideale dei valori a quello reale delle azioni umane, determinandosi così una trasformazione del valore da entità assoluta ed autonoma al fine dell'agire dell'uomo in sé e per sé. I valori, dunque, non agiscono in modo necessario, come leggi ontiche e non impongono il proprio contenuto teleologico; per fare ciò è necessario l'intervento della volontà della persona reale, ossia della sua libertà personale, finalmente definita “capacità della persona di fare del valore una sua propria determinante (sia come scopo cosciente, sia come principio selettivo) oppure no, impegnarsi per lui oppure no”. Si esclude ogni determinismo dei valori, ossia del dovere: non vi sono fini del mondo preordinati e generanti un sistema chiuso, e dunque si elimina ogni predestinazione, giacché “non vi è dominio dei valori, come scopi, senza impegno della persona per essi”; essi determinano, se determinano, solo mediante l'autonomia della persona che si decide per un valore. L'uomo è così il mediatore del dovere nell'essere, con il suo sentimento di valore e con la sua capacità di tendenza; egli perviene “alla determinazione finale del reale attraverso i valori”²⁸².

Infine, pur giungendo per vie diverse a tale conclusione – Scheler attraverso la ‘fenomenologia’ husserliana, Hartmann attraverso un ‘ontologismo critico’ – entrambi ammettono la conoscibilità dei ‘valori’ e, quindi, il carattere cognitivo dell'etica, pur se, mentre il primo ne postula una conoscenza intuitiva, basata sul ‘sentimento’, l'altro, invece, ne suppone una dimostrativa, sfociante in una certezza ipotetica ‘ma tuttavia

²⁸¹ F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 164.

²⁸² N. Hartmann, *op.cit.*, sez. V, cap.81 b, 192-193.

della massima ampiezza' che Hartmann considera essere la solo proporzionata all'oggetto²⁸³.

La concezione anfibologica dei valori di Hartmann ci offre un significativo spunto per addentrarci ora nella dogmatica costituzionale di valori.

Infatti, questa necessaria natura circolare che sembra contraddistinguere il valore viene mutuata dalla dottrina costituzionale nella giustificazione del passaggio dai valori ai principi. Accogliendo la tesi di Hartmann, il valore, quale presupposto di un'azione, agisce essenzialmente in senso teleologico, fungendo da elemento di coesione tra i fini, che sono il primo oggetto della scelta, individuale o collettiva, e i principi, che costituiscono il mezzo indispensabile per la realizzazione dei primi²⁸⁴.

Trasportata tale concezione sul terreno della dogmatica costituzionale, la scelta tra i valori non è in realtà un bilanciamento tra i medesimi, secondo la linea fatta propria dai giudici costituzionali e teorizzata da autorevoli studiosi, ma una preferenza contingente che induce alla prevalenza dell'un valore sull'altro, che si pone di volta in volta come 'recessivo'.

Contrapponendosi a tale impostazione, Baldassare ha sostenuto come sia un errore fonte di gravi fraintendimenti il confondere valori e fini²⁸⁵. Si potrebbe essere tentati di definire tale questione come meramente nominalistica; tuttavia accettare la coincidenza dei valori con i fini significherebbe disconoscere la complessità di una delle questioni più controverse nell'ambito della teoria dei valori: vale a dire il rapporto (sia in termini concettuali che di prassi) tra valori e fini che in definitiva si concretizza nel definire il ragionamento secondo valori come rispondente a criteri di ordine deontico e teleologico.

²⁸³ Rispetto alle filosofie dei valori, si sferra la forte critica di Heidegger, il quale in un saggio del 1961 sul nichilismo scrive: 'i valori non sono qualcosa di sussistente prima e in sé', di modo che 'parlare di valori in sé è una leggerezza o una mistificazione, oppure ambedue le cose contemporaneamente'. Coloro che lo fanno, precisa Heidegger, perpetrano 'l'assassinio dell'essere' di cui il 'pensare per valori' è lo strumento di morte, della negazione dell' 'essere'. In questo senso, egli conclude che si realizza il paradosso delle filosofie, come quelle dei valori, nate per reagire all'avanzante nichilismo, sono la manifestazione estrema del nichilismo, in quanto quest'ultimo non è altro che l' 'oblio dell'essere' o il suo occultamento. Sulla scia di Heidegger, si presenta l'avversione di Schmitt a qualsiasi teoria dei valori, per cui i medesimi sarebbero 'illusioni' o politicamente 'ideologie', vale a dire rappresentazioni ideali strumentali rispetto all'affermazione del potere di alcuni su altri;

²⁸⁴ F. Rimoli, *op.ult.cit.*, pag. 177.

²⁸⁵ A. Baldassare, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol.dir.*, 1991, 639 ss.

2.4.3 IL VALORE COME CATEGORIA DOGMATICA COSTITUZIONALE IN RAPPORTO SISTEMICO CON IL PRINCIPIO COSTITUZIONALE: APPROFONDIMENTI E STIMOLI DELLA DOTTRINA.

Come già anticipato, in ambito costituzionalistico, la teoria dei valori ha fortemente polarizzato la discussione dottrinale, attirando sia adesioni che accese critiche.

Riprendendo quanto detto all'inizio, sulla necessità di saper distinguere, occorre sottolineare come tale questione tocchi due ambiti classici della discussione giuridica: la *teoria dell'ordinamento* e la *teoria dell'argomentazione*.

Sotto il primo profilo, che affronteremo in tali ultimi paragrafi, si può registrare un consenso piuttosto diffuso sulla visione dell'ordinamento costituzionale come tavola di valori.

La Costituzione definisce una tavola di valori, in quanto si pone anzitutto come decisione sul piano assiologico, ovvero determina, nella sua dimensione escatologica, primariamente i fini (i valori) a cui ogni successiva attività, collettiva ed individuale (salvo quanto si dirà oltre) dovrebbe tendere; essa pone cioè all'interprete un campo di possibilità ermeneutiche, vasto ma finito, cui, secondo le regole del linguaggio, questo potrà e dovrà ricorrere per realizzare, secondo criteri di ottimale conformità ai principi strumenti, i fini-valori delineati dalla carta costituzionale²⁸⁶.

Non si può nascondere che le singole posizioni, all'interno di questo 'astratto consenso' nascondono differenze alquanto profonde su cosa debba intendersi per valori costituzionali. Tuttavia, al di là delle differenti prese di posizioni, ormai si può dire superata la teoria, di stampo positivista ottocentesco, che ricostruisce il moderno Stato costituzionale, basandosi sulla sua forma normativa e prescindendo interamente dal suo contenuto assiologico.

²⁸⁶ F. Rimoli, *op.ult.cit.*, pag. 195.

Lo stesso A. Pace che può dirsi in Italia il più autorevole e fermo detrattore della teoria dei valori, tuttavia avverte che è comunque ‘indubbio che le norme costituzionali (non diversamente da qualsiasi altra norma) sottendono una scelta di valore’²⁸⁷.

Così, in un’altra opera, il medesimo Autore definisce lo Stato costituzionale come un concetto assiologico (frutto cioè di una precisa scelta di valori) distinto dall’astratta idea di costituzione che sarebbe, invece, un concetto puramente descrittivo²⁸⁸.

Senza pretesa di esaustività, vorrei, dunque, cercare di tratteggiare preliminarmente quelle diverse posizioni dottrinali che hanno cercato di definire il valore costituzionale, proponendo così una distinta visione dell’ordinamento medesimo.

A tal proposito, S. Basile sottolinea come in Italia non si parlava di valori tra i giuristi, se non nella ristretta cerchia dei filosofi, finché non si risentì dell’influenza della Costituzione spagnola, che nella sua norma di apertura, l’articolo 1.1. apre ai valori superiori dell’ordinamento²⁸⁹. Su tale punto torneremo nel successivo paragrafo, costituendo l’esperienza spagnola un inevitabile punto di riferimento.

In particolare, sono tre gli interrogativi che seguiremo nella problematica ricostruzione della complessa mole dottrinale che ha tentato di definire il rapporto dei valori con la normatività ed, in specie con la normatività costituzionale:

- 1) *Il valore deve intendersi incorporato nella norma quale regola?*
- 2) *Esiste una gerarchia tra i valori e dei valori?*
- 3) *Quale ruolo gioca il fatto nella relazione valore-norma?*

Orbene, risentendo dell’influsso delle correnti filosofiche sovra esposte, nella dottrina italiana si fronteggiano tre orientamenti diversi.

La concezione etica di tipo cognitivista che riconosce ai valori una più spiccata capacità di stabile autoriproduzione, di indipendenza ontologica e di autonomia fattuale, ammettendo la possibilità di definire gerarchizzazioni astratte e, di conseguenza,

²⁸⁷ A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, XXI, n.1, marzo 2001, 39.

²⁸⁸ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*. III ed. aggiornata e modificata, Padova, 2003, 5.

²⁸⁹ S. Basile, ‘*Valori superiori*’, *Principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. Cost.* 1993, 2201.

offrendo all'interprete costituzionale un più forte contenuto normativo-direttivo. Al contrario, i modelli normativi ispirati al non cognitivismo etico disconoscono al valore una capacità definitiva di orientamento del reale, attribuendo di conseguenza al fatto il ruolo di principale fattore determinativo del significato applicativo del valore.

In equilibrio, tra le due opposte visioni si colloca la posizione di quanti, seppur con significative differenze di impostazione metodologica, negano che la teoria dei valori abbia l'effetto di sovrapporre alle scale di preferenza insite nelle norme costituzionali e nella specificità dei principi costituzionali opzioni culturali e costruzioni dogmatiche liberamente forgiate dall'interprete, laddove il criterio ordinatore risiederebbe invece o nella forma politica dello Stato democratico o nella ricognizione della volontà originaria del Costituente.

A tale ultimo orientamento si può ricondurre l'autorevole posizione di Baldassarre che concepisce la teoria dei valori come una 'teoria ricostruttiva ed interpretativa della Costituzione': una teoria che lungi dal sovrapporre una propria gerarchia culturale espressa dalle disposizioni costituzionali, presuppone che ciascuna norma consista in una particolare gerarchia di valori relativa a una determinata materia (ad esempio, in materia di espressione del pensiero, l'art. 21 della Costituzione colloca il buon costume al di sopra della libertà soggettiva).

In tal senso, i valori si caratterizzano per essere gli elementi primi delle disposizioni costituzionali ed il loro contenuto essenziale. Mutuando il pensiero di Hartmann sugli atti etici, i valori esprimono i principi universali di carattere fondante rispetto a un determinato ordinamento giuridico disciplinante una certa comunità politica. Ciò tuttavia non implica a detta dell'Autore che i valori siano strutture inerti o cose²⁹⁰. Essi sono invece portatori di una propria logica 'essenziale' e 'di relazione' ed

²⁹⁰ In ciò Baldassarre riprende il pensiero critico di Heidegger alla concezione neokantiana, che così si esprimeva: "I valori 'non sono qualcosa di sussistente prima e in sé', di modo che 'parlare di valori in sé è una leggerezza o una mistificazione, oppure ambedue le cose contemporaneamente'. Coloro che lo fanno, osserva Heidegger, perpetrano "l'assassinio dell'essere", di cui il "pensare per valori" è lo strumento di morte, della negazione dell'"essere". In questo senso, egli conclude, si realizza il paradosso che filosofie, come quelle dei valori, nate per reagire all'avanzante nichilismo, sono la manifestazione estrema del nichilismo, in quanto quest'ultimo non è altro che l'"oblio dell'essere" o il suo occultamento": così il Presidente emerito della Corte Costituzionale si esprime in *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")*, in *Lo Stato, Rassegna di diritto costituzionale, dottrina dello Stato*, (a cura di A. Carrino) Volume I, 2012, pag. 10.

esigono, pertanto che le regole dell'interpretazione e la natura stessa dell'ermeneutica si adeguino alla loro logica, alla logica della ragionevolezza e alle regole sulle relazioni tra valori (bilanciamento ecc.)²⁹¹. Se, dunque, per Baldassare il criterio ordinatore dell'universo necessariamente pluralista dei valori risiede nella gerarchia relazionale insita nelle disposizioni costituzionali, Luciani rivede nella forma politica democratica quel medesimo criterio di strutturazione dell'universo valoriale. In particolare, partendo dall'assunto per cui "l'unità nel nome dei valori onnicondivisi è costitutiva della democrazia pluralista", ed identificandosi i valori con i diritti fondamentali della persona umana, "la conclusione evidente è che tra democrazia pluralista e diritti fondamentali esiste una corrispondenza biunivoca"²⁹².

Lucida e di estremo interesse è la posizione di S. Fois che abbraccia la tesi dei valori da intendersi come incorporati in regole preventivamente stabilite, ordinate secondo una gerarchia imposta dall'esigenza stessa di uno Stato costituzionale. La principale ragione a sostegno della suddetta tesi è da ritrovarsi, a parere dell'Autore, nello stesso dato legale dell'esistenza di una patente antinomicità o inconciliabilità tra i valori presenti in Costituzione. Tra gli esempi riportati ci sono quelli riconducibili alle due categorie dei diritti (i diritti liberali e sociali) e la contrapposizione esistente tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale. "Proprio l'esistenza nel corpo delle Costituzioni –afferma l'Autore– di "valori" più o meno profondamente diversi ed addirittura antinomici sembra esigere che per la loro concretizzazione legislativa, amministrativa e giudiziale – debba essere configurabile una loro ordinazione 'gerarchica', in qualche modo obiettiva e predeterminata. A sua volta tale gerarchia sembra concepibile –prima ancora che possibile– solo se i "valori" siano considerati

²⁹¹ A. Baldassare, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol.dir.*, 1991, 639 ss; Nello stesso senso si esprime F. Rimoli nell'ultima opera citata, pag. 195 laddove afferma che la Costituzione "traccia o (dovrebbe tracciare) , e con ciò privilegia, una tra le possibili dimensioni assiologiche del sistema giuridico, così fornendo i criteri per decidere i potenziali conflitti tra valori insorgenti nel succedersi diacronico delle azioni concrete".

²⁹² M. Luciani, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, 1989, 605 ss; *Corte Costituzionale e unità nel nome di valori*, in *La giustizia costituzionale ad una svolta*, a cura di Romboli, Giappichelli, 1991, 170 ss.

come qualcosa di incorporato nelle norme fondamentali in quanto ‘regole’²⁹³”. Perché, qualora i valori fossero considerati entità non normative e, dunque, oggetto di necessaria relativizzazione, determinabili in concreto solo attraverso necessarie transazioni, ciò priverebbe la Costituzione di quel carattere di permanenza che quale regola fondamentale sull’assetto socio-politico di una comunità essa deve necessariamente avere. Significherebbe, in altri termini, sottomettere le regole costituzionali alla logica del caso. In tal caso, la Costituzione non “risulterebbe preconstituita –anzi sarebbe la meno ‘preconstituita’ tra tutte le fonti. Inoltre, proprio per la sua natura intrinsecamente variabile dei valori, la sua generalità e la sua estesa permanenza nel tempo, in realtà finirebbero per essere niente più che una mera apparenza²⁹⁴”. Allo stesso tempo, concepire i valori sganciati dalle disposizioni costituzionali significa aderire ad una concezione della giustizia costituzionale, che fa prevalere esigenze di equità sulla mera volontà del legislatore. Infatti, se il valore non è determinabile in astratto, questo si incorpora nel fatto, tende ad identificarsi con questo e, dunque a relativizzarsi, amplificando i margini di discrezionalità dell’interprete e, dunque, a legittimare una giustizia costituzionale che tende a prescindere dalle esigenze di certezza e di prevedibilità, e il valore della giustizia viene assunto come il “massimo valore”²⁹⁵.

E dunque, a tale decisa valorizzazione del caso concreto, del fatto che relativizza il valore, in quanto di per sé non conoscibile, vanno ricondotte le tesi di Modugno, Zagrebelsky e Ruggeri che seppur, con sfumature differenti di impostazione metodologica, vanno ricondotte all’orientamento non cognitivista.

La visione di Modugno appare alquanto complessa in quanto se da un lato l’eminente studioso condivide l’idea dei valori come elemento privilegiato del sistema giuridico, dall’altro lato la sua posizione epistemologica fortemente problematica, sul piano della teoria ermeneutica e della specificazione del dipolo valore-fatto sembra privilegiare la valenza del secondo sul primo, aderendo di fatto ad un modello interpretativo decisamente realista.

²⁹³ S. Fois, “Ragionevolezza” e “valori”: interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto, in *Il principio di ragionevolezza nella Corte Costituzionale. Riferimenti comparativistici*, Milano, 1994, 103 ss, 113.

²⁹⁴ Fois, *op.ult.cit.*, pag.114.

²⁹⁵ Fois, *op.ult.cit.*, pag. 115.

Modugno, infatti, ritiene che i principi supremi o fondamentali (come pure i ‘diritti inviolabili’ sono ‘diritti costituzionali’) sono principi di diritto pubblico costruiti a partire dai valori assunti dalla Costituzione. I mezzi di rinvenimento possono essere tra i più vari, ‘dal procedimento epagogico applicato a singole disposizioni costituzionali, al procedimento deduttivo a partire da principi costituzionali espressi, all’*intuizione valutativa* della Corte costituzionale – che è il *momento* in ogni caso *decisivo*’. La natura è quella stessa dei principi e dei principi generali: natura essenzialmente inespressa, nel senso spiegato, vitalità indefinita, capacità espansiva, carattere normogenetico, etc..²⁹⁶.

In particolare, occorre rilevare come Modugno instauri un’importante equazione tra diritti inviolabili, principi supremi e valori. Laddove, l’elemento di eguaglianza sembra essere rappresentato proprio da quel carattere di inviolabilità dei diritti fondamentali: “ora a me pare che il senso specifico di tale inserimento dei diritti inviolabili tra i principi supremi consista nel rendere giuridicamente possibile e anzi deonticamente necessario (doveroso) sviluppare ed attuare ogni potenzialità immanente nel riconoscimento di tali diritti, ossia in parole povere nel rendere *doverosa un’interpretazione dinamica ed evolutiva delle disposizioni costituzionali che li prevedono* ... ciò che importa è che essi sono esplicazioni di valori, ossia appunto di principi costituzionali fondamentali o supremi²⁹⁷”.

I valori, dunque, coincidono per Modugno con i principi supremi, totalmente fondamentali da definire la fisionomia dell’ordinamento costituzionale. Senza di essi, l’ordinamento sarebbe un altro, perderebbe la sua identità. Ciò significa che tali principi condizionano tutto l’ordinamento, si irradiano in esso e lo pervadono, al punto che da essi non possa mai prescindere, che con essi si debba necessariamente fare i conti, quali che siano le regole legali che lo costituiscono.

La stessa opposizione che Baldassarre riconosce in termini di logica tra Stato legale e Stato costituzionale viene riproposta da Modugno che rende la logica dei valori al servizio del mantenimento e dello sviluppo dei principi supremi: logica che, seppur

²⁹⁶ F. Modugno, *Esperienze giuridiche del ‘900*, Milano, Giuffrè, 2000, 103.

²⁹⁷ F. Modugno, *I ‘nuovi diritti’ nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 92.

interferente con quella propria della legislazione, ossia mezzi-fini, si distingue da quest'ultima, anzi a questa risulta essere irriducibile²⁹⁸.

L'immodificabilità di tali principi deriva non dall'espressa positivizzazione in Costituzione, ma dalla loro appartenenza all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Repubblica. Il richiamo, dunque, alla celebre sentenza 1146/88 è immediato nel pensiero di Modugno, che in una prosecuzione naturale del ragionamento si riferisce alla decisione della Corte Costituzionale 366/91 individuando nel contenuto essenziale del diritto inviolabile alla libertà e segretezza della corrispondenza, un contenuto immodificabile: contenuto immodificabile in quanto coincidente con il valore della personalità umana²⁹⁹.

Tale passaggio argomentativo risulta essere particolarmente significativo nel suo ulteriore sviluppo: la fattispecie normativa non coincide con il contenuto di valore che essa esprime.

L'assenza di coincidenza tra il valore della personalità che alcune norme possono contenere e la restante parte della normatività induce a sottrarre quei principi supremi da ogni possibilità di revisione *in peius* : ciò perché 'essi sono tali per dignità assiologica e non per decisione politica anche intesa nella sua più ampia e coinvolgente portata'³⁰⁰.

La supremazia dei diritti inviolabili non comporta, a parere dello stesso Modugno, una gerarchia interna tra norme e norme della Costituzione. Due sono gli argomenti utilizzati al fine di rigettare qualsiasi gerarchia interna alla Costituzione: 1- se i principi supremi fossero tutti predefiniti in una sorta di ordine gerarchico presente in Costituzione, si tratterebbe di ipotesi inaccettabile in quanto presupporrebbe una scissione tra ciò che è semplicemente costituzionale e ciò che è supercostituzionale – una separazione che non è rinvenibile in Costituzione; 2- la logica mezzi-fini propria dell'attuazione della Costituzione non può essere confusa con la logica dei valori, che presiede alla Costituzione. 'Tale logica non è una logica rigida e bivalente del vero/falso di ciò che è e di ciò che non è, ma è la logica flessibile –ma non per questo meno

²⁹⁸ F. Modugno, *I 'nuovi diritti' nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 93.

²⁹⁹ F. Modugno, *I 'nuovi diritti' nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 93.

³⁰⁰ F. Modugno, *I 'nuovi diritti' nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 95.

giuridica- del possibile, del probabile, del ragionevole –propria del giudizio costituzionale, che è un modo diverso (e irriducibile anche se in un certo senso sovrapponibile a quello legislativo) di concretizzazione della Costituzione³⁰¹. Una logica flessibile che appare implicata dalla concretezza e dall'incidentalità del giudizio costituzionale: 'una logica flessibile, in tanto è concepibile, in quanto non sia generale, in quanto non conduca a risultati certi e definitivi validi in ogni circostanza, non si irrigidisca in conclusive esclusioni o inclusioni, ossia in quanto rinnovi continuamente le valutazioni *in occasione di ogni concreta esperienza*'³⁰². Infatti, 'nella logica dei valori, se i momenti della fondazione e della opposizione possono ancora appartenere alla sfera della considerazione astratta, il momento decisivo della complementarità, ossia del bilanciamento e della ponderazione non può non appartenere alla sfera della risoluzione concreta'³⁰³.

Quindi Modugno tratteggia un percorso che sembra ripercorrere quello inciso nella filosofia di Hartmann, per la quale i valori assoluti in sé, in quanto essenze ideali o principi normativi incondizionati, esigono come ogni entità ideale, come ogni principio la mediazione ossia la relativizzazione.

Una relativizzazione che, a parere di Modugno, è delineata in Costituzione (soprattutto nella distinzione tra le diverse strutture di valore), ed è poi compiuta soprattutto dal legislatore ordinario: 'le strutture costituzionali dei diritti-valori sono tradotte in situazioni giuridiche inerenti ai rapporti di vita, in diritti e doveri, attraverso il bilanciamento reciproco con altri valori costituzionali'³⁰⁴.

Proprio l'alterità dei due momenti, ripresa da Modugno dalle tesi fenomenologiche rende necessaria l'esistenza di un legame che viene individuato in un processo *dialettico-intuitivo*, in cui il soggetto pensante scopre continuamente il cosmo dei valori e, in questo, se stesso³⁰⁵.

³⁰¹ F. Modugno, *I 'nuovi diritti' nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 100.

³⁰² F. Modugno, *I 'nuovi diritti' nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 100.

³⁰³ F. Modugno, *ult.op.cit.*, 100.

³⁰⁴ F. Modugno, *ult.op.cit.*, 100.

³⁰⁵ E. Betti, *op.cit.*, 25 dove leggiamo: "La valutazione, come la conoscenza, è in uno sviluppo continuo; e poiché è essenzialmente un rapporto fra due termini correlativi, il progressivo sviluppo dell'uno di questi non può non mettere in luce nuovi aspetti dell'altro".

E' quest'ultimo un dato di estrema importanza: l'idea che la correlazione tra io pensante e idealità etica si svolga non su un piano di pura razionalità ma implichi il *coinvolgimento di modelli diversi di ragionamento*, cioè di 'una coscienza valutatrice, (di) una struttura mentale vibratile'³⁰⁶, comporta, una volta trasportato nel mondo del diritto, un mutamento delle strutture dell'argomentazione giuridica, un passaggio dal pensiero deduttivo a quello problematico o, se si preferisce, dalle categorie della razionalità pura a quelle della ragionevolezza³⁰⁷.

Articolata risulta la posizione di G. Zagrebelsky fortemente caratterizzata dalla volontà di attribuire ai principi un'impronta assiologica, un contenuto di valore che rende l'atto di comprensione dei medesimi 'un'adesione'. 'In breve, alle regole 'si ubbidisce', e perciò è importante stabilire con precisione i precetti che il legislatore enuncia per mezzo delle formulazioni che le contengono; ai principi invece 'si aderisce' e perciò è importante comprendere il mondo dei valori, le grandi opzioni di civiltà' di cui sono parti, alle quali le parole non fanno che una semplice allusione'³⁰⁸.

Ne deriva che i principi sono autoevidenti, le loro formulazioni vanno intese nel loro *ethos*. Proprio per questo, i principi non esauriscono la loro efficacia in direzione delle regole giuridiche, ma manifestano la loro autonoma ragion d'essere rispetto alla realtà. Un'autonoma ragion d'essere che non è mai predeterminata: 'essi danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengono a determinarsi concretamente'.

Il principio, nel pensiero di Zagrebelsky, sembra, dunque, assumere la funzione di contatto tra essere e dover essere, tra realtà e valori, nel momento in cui afferma 'in presenza dei principi, la realtà esprime valori e il diritto vale come se vigesse un diritto naturale'³⁰⁹.

³⁰⁶ E. Betti, *op.cit.*, 32, dove si spiega lo specifico di questa 'struttura mentale vibratile ... che è da ravvisare non solo sotto l'aspetto gnoseologico (trascendentale), ma anche sotto un aspetto evolutivo, come spirito o genio di umanità che si svolge nella storia con un processo perenne di autoeducazione e autoaccrescimento'.

³⁰⁷ Sulla distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, si veda A. Cerri in *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc.giur., aggiornamenti* vol. III, 1994.

³⁰⁸ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 149.

³⁰⁹ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 162.

Tuttavia, tale passaggio negli ordinamenti costituzionali si realizza attraverso non una ragione teoretica che, nel valore ‘a priori’ della giustizia, individua i principi da esso derivati, ma è la ragione dogmatica che pone, dunque, in base ad un atto di volontà positiva quei valori, che si trasformano in principi. La linea di distinzione tra principi e valori corre, dunque, sul come i valori sono presi in considerazione. Il valore è ‘un bene finale, fine a se stesso, che sta innanzi a noi come una meta che chiede di essere perseguita attraverso attività teleologicamente orientate³¹⁰. Il criterio di legittimità del giudizio, in una logica orientata ai valori, risiede, secondo l’Autore, nell’*efficienza* rispetto al valore-fine³¹¹. Un criterio capace di legittimare, dunque, qualsiasi azione che si ritenga presupposta o implicata dal valore, dal momento che “l’agire ‘per valori’ è refrattario a criteri regolativi e delimitativi *a priori*, non essendo riconducibili a ragioni predeterminabili³¹²”. Di qui, deriva la necessità del *medium* dei principi che al contrario dei valori “sono beni iniziali che vengono assunti come qualcosa che vale, ma che – a differenza dei valori – chiedono di realizzarsi attraverso attività *conseguenzialmente determinate*³¹³”. L’etica della potenza si converte così nell’etica del dovere e della normatività attraverso lo strumento del principio che, a sua volta, a contatto con il fatto, si traduce in una regola prevedibile e coerente. Da qui, l’importante ruolo del fatto nel giudizio ricostruttivo del giudice. “La concretizzazione del principio non è creazione di diritto, nel senso dell’estensione del campo del giuridicamente rilevante a nuove materie, rapporti, situazioni. Il caso ricade già sotto il diritto ...(il giudice)deve ragionare costruttivamente sul caso, alla luce del principio, e da qui dare una risposta. Sarà non un ragionamento sillogistico, ma un ragionamento non formalizzabile, fatto di inferenze dal caso alla luce del principio e deduzioni dal principio alla luce del caso”³¹⁴.

Sulla stessa linea di riflessione si pone Gaetano Silvestri per cui l’etica sociale di un popolo, così come si estrinseca in un contesto storico-politico determinato, è intessuta di valori i quali, affinché possano assumere un rilievo giuridico e si possano considerare quale base di un ordinamento e delle norme in esso prodotte, devono

³¹⁰ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Saggi, 2007, pag. 206-207.

³¹¹ G. Zagrebelsky, *op.ult.cit.*, pag. 206.

³¹² G. Zagrebelsky, *op.ult.cit.*, pag. 207.

³¹³ G. Zagrebelsky, *op.ult.cit.*, pag. 208.

³¹⁴ G. Zagrebelsky, *op.ult.cit.*, pag. 219.

trasformarsi in principi, acquisendo, cioè, “una veste particolare che li renda idonei a essere inseriti nel mondo dei fenomeni giuridici”³¹⁵. Rigetta quindi la tesi positivista classica secondo cui i principi sarebbero ricavabili per induzione dalla legislazione vigente, poiché “i principi fanno parte dell'ordinamento giuridico, ma non del sistema normativo in senso stretto, per quanto possano essere contenuti in modo esplicito in particolari enunciati normativi”³¹⁶. In questo contesto, concordemente a quanto sostenuto anche da altra parte della dottrina³¹⁷, pur sussistendo un rapporto di corrispondenza necessaria fra principi e valori, i primi inerirebbero al dover essere giuridico, appartenendo al campo del diritto, mentre i secondi si collocherebbero nella più ampia sfera dell'etica pubblica. I valori, pertanto, avrebbero la funzione di fungere da etero-justificazione dell'ordinamento (intendendosi quest'ultimo quale insieme di norme e pubblici poteri), mentre i principi si caratterizzerebbero per svolgere una funzione giustificativa - di impulso e di delimitazione - interna.

Anche la posizione di Antonio Ruggeri risulta alquanto complessa: in tale contesto, preme evidenziare la particolare attenzione che l'Autore rivolge a quella *circularità di senso* che si instaura nella relazione fatto-valore, al fine di evidenziarne la continuità con le categorie filosofiche appena tracciate ed in particolare con la filosofia fenomenologica. Ruggeri sottolinea come “i valori vivono principalmente, seppur non esclusivamente, attraverso la loro positivizzazione nei principi e questi attraverso gli atti ulteriori che ad essi si ricollegano nell'incessante ciclo della produzione giuridica”³¹⁸.

La Costituzione, quindi, viene “concepita non già quale mera regola di organizzazione bensì, ancora prima (e di più), quale Carta dei valori fondanti l'ordine giuridico” ed è proprio “il riferimento ai principi fondamentali, in cui si specchiano i valori in nome dei quali è stata combattuta la battaglia vittoriosa per il ripristino della democrazia e l'edificazione del nuovo ordine repubblicano” ad essere cruciale e a

³¹⁵ G. Silvestri, G., *Dal potere ai principi – Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 36.

³¹⁶ G. Silvestri, 2009, 37.

³¹⁷ A. D'Atena, 1997, 3068.

³¹⁸ A. Ruggeri, ‘Nuovi’ diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione in *Pol.dir.*, 1993, 202.

comportare una “svolta epocale nel modo stesso di essere e di operare della Costituzione”³¹⁹.

L’Autore, riferendosi ai principi fondamentali dell’ordinamento, sottolinea come “proprio dove maggiore è la carica assiologica posseduta dagli enunciati...li tanto più elevato è il tasso di sensibilità verso ciò che è «esterno» alla Carta costituzionale ma che pure viene da questa accolto al proprio interno e, in un certo senso «metabolizzato»”³²⁰.

La Costituzione non va pertanto concepita solo come un *atto* (formale) – l’atto fondativo e costitutivo dell’ordinamento -, ma anche e soprattutto come un *processo* interno al sistema ordinamentale, “rinnovandosi di continuo col divenire senza sosta dei «fatti», delle norme, dei valori, nelle loro storiche e sia pur limitate realizzazioni”³²¹. I testi costituzionali sanciscono i fini di trasformazione sociale, contengono “i *principi*, costituenti la forma o trascrizione positiva più immediata e qualificante dei *valori* (necessariamente pregiuridici) in cui è la radice più profonda dell’identità di un popolo (...) che, per mano di un’Assemblea Costituente liberamente eletta, tramite essi e sulla loro base assumeva l’impegno solenne a costruire una società nuova, finalmente più giusta”³²². Ponte fra le norme ed i valori (che nel testo costituzionale si fanno principi) diventa l’elemento fattuale. Il ‘fatto’ consente di “vedere la norma secondo una luce che altrimenti non avrebbe e, dunque, di qualificarla”; riplasma le disposizioni e “dà corpo al giudizio di ragionevolezza, nella sua forma più genuina e tipicamente espressiva della adeguatezza della norma al «fatto» e di entrambi ai valori”³²³. È grazie al «fatto» che si realizza la mobilità e fluidità del sistema ordinamentale con conseguente “metamorfosi” dei criteri ordinatori delle fonti nella ragionevolezza³²⁴.

Ruggeri cerca di costruire quella che definisce “la dinamica dei valori e dei principi, siccome relativa al modo della loro composizione in sistema e dell’incessante rinnovamento interno, nella continuità e fedeltà del sistema stesso rispetto alla sua

³¹⁹A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, “Itinerari” di una ricerca sulle fonti, V, Studi dell’anno 2001, Giappichelli, Torino, 2002.

³²⁰ A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la «forza» della Costituzione*, “Itinerari” di una ricerca sulle fonti, V, Studi dell’anno 1999/2000, Giappichelli, Torino, 2000, 85-86.

³²¹ *ibidem*, 2000, 86.

³²² A. Ruggeri, 2000, 101 ss., 109-110.

³²³ A. Ruggeri, 2000, 87.

originaria matrice assiologica”³²⁵. Ai valori non viene riconosciuta natura normativa: essi, in ragione della forte carica assiologica, appartengono alla sfera extragiuridica, tuttavia trovano una prima forte attuazione proprio nei principî (intendendosi con tale termine solo i principî fondamentali dell’ordinamento costituzionale) i quali, al contrario, sono vere e proprie norme giuridiche.

Il rapporto fra principî e valori è reso complesso e ambivalente dal fatto che, se da un lato i principî valorizzano i valori consentendo il loro radicamento (normativo) e dandone attuazione, dall’altro ne impoveriscono e relativizzano la natura e carica valoriale per il fatto stesso di tradurne l’essenza in enunciati normativi intrinsecamente “imperfetti” e potenzialmente suscettibili di plurime interpretazioni.

Tale apparente contraddizione, in realtà, viene risolta dall’Autore ritenendo che, comunque, i valori orientano l’interpretazione dei principî atteso che “il fondamento primo del diritto non può essere (...) nel diritto stesso ma in ciò che lo precede e determina, che vi dà senso. (...) Soccorre, dunque, l’orientamento verso i valori, alla cui luce si rende possibile andare alla ricerca dei materiali che, già intuitivamente (prima, cioè, della loro interpretazione o, diciamo pure, compiuta interpretazione), possono ragionevolmente considerarsi espressivi dei principî; ed è sempre per effetto di siffatto orientamento che è possibile pervenire alla messa a punto semantica dei principî, in relazione alle peculiari esigenze di un caso (ad es., in occasione dei giudizi di validità su norme sospette di violare i principî stessi)”³²⁶.

In tale contesto, se il fondamento primo di un ordinamento viene individuato nei valori che lo sorreggono e se i principî rivestono un ruolo servente rispetto ai valori cui si riferiscono, “se ne ha che l’identità e la continuità dell’ordinamento nel tempo possono compiutamente apprezzarsi al piano dei valori stessi, sia pure per il tramite di vicende specificamente riguardanti i principî”³²⁷.

³²⁴ A. Ruggeri, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, XIII, Studi dell’anno 2009, Giappichelli, Torino, 2010.

³²⁵ A. Ruggeri, 2010, 201 ss., 206.

³²⁶ A. Ruggeri, *La “forza” della Costituzione*, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, XII, Studi dell’anno 2008, Giappichelli, Torino, 2009, 212.

³²⁷ *ibidem*, 2009, 212.

L'Autore precisa che “da questo punto di vista, può dirsi che i valori, oltre a giovare al riconoscimento dei principî (ed, anzi, proprio per questo), si pongono altresì quali punti di riferimento obbligato per la qualificazione della loro “validità” ovvero della validità delle innovazioni che li riguardano”. Ovviamente, riferirsi alla validità o meno dei principî partendo da una prospettiva esegetica di tipo formale-astratto “è un non senso” poiché la validità dei principî coincide (e si risolve) con la loro effettività. Diversamente, secondo la prospettiva assiologicamente orientata cara all'Autore, ha un senso discorrere della “validità-effettività dei principî” richiedendo essa “una costante, necessaria giustificazione, che sola può appunto venire dai valori e da questi essere senza sosta alimentata e appunto... avvalorata”³²⁸.

Infine, propenderebbe per una visione decisamente cognitivista, la lettura di Spadaro che guarda alla Costituzione quale un sistema di limiti giuridici, più precisamente principi e norme esprime l'idea di un accordo relativo alle essenziali regole del gioco politico (contrattualismo) delimitato da una tavola di valori fondamentali (giusnaturalismo)³²⁹.

Partendo dalla definizione di Costituzione e costituzionalismo, interessante ai nostri fini, ossia alla definizione di valori, diventa la riflessione sul rapporto tra Costituzione e Verità. In particolare, Spadaro sottolinea come la Costituzione ha subito negli ultimi anni un'inevitabile evoluzione essendo chiaramente “necessario il passaggio da forme di controllo meramente morali a forme di controllo giuridiche organizzate”³³⁰.

Si precisa, in particolare, che l'evoluzione è stata dalla religione all'etica e segnatamente all'etica pubblica, nel cui alveo si colloca la moderna idea di Costituzione: “una Costituzione che sia in grado di garantire – benché in modo non assoluto – il rispetto di ogni etica individuale”³³¹.

³²⁸ *ibidem*, 2009, 213.

³²⁹ A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994.

³³⁰ A. Spadaro cita così H.L.Hart., *The concept of law*, (Oxford, 1961), trad.it., di M. Cattaneo, Torino, 1965, 227 in *Contributo per una teoria della Costituzione, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 125.

³³¹ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 126.

A tal punto, la domanda sorge spontanea: ‘Qual’è il *minimum etico* che la Costituzione può garantire?’. Spadaro, a tal riguardo, ricorre al concetto di ‘microverità scientifica’ affermando che ‘non pare dubbia che esista un vasto consenso sociale sull’attribuzione, potenziale e concreta, ad ogni ‘microverità scientifica’ della qualità – chiamiamola così - di limite razionale al principio di sovranità popolare: il popolo può decidere tutto, tranne ciò che va contro il “comune senso ... scientifico”³³².

Ne deriva che l’accettazione ‘scientifica’ di dati particolari (ma di rilievo sociale) ha una forza descrittiva di enorme importanza ai fini della ricezione degli stessi in forma normativo-prescrittiva: soprattutto per una parte delle norme superiori che costituiscono il parametro di validità per tutto il resto dell’ordinamento. ‘Infatti – se ogni norma parametro pone limiti ad altre norme, chi più delle scienze può oggi legittimare l’esistenza di tali norme-limiti?’³³³.

Le micro-verità scientifiche riescono, quindi, a porsi quali limiti alla ‘sovrana volontà politica’ popolare. Ed, inevitabilmente in tale terreno che entrano in gioco i valori costituzionali, le grandi scelte del potere Costituente, che devono conciliarsi con le verità scientifiche, al fine di garantire la conservazione dell’ordinamento costituzionale.

Spadaro, in particolare, sottolinea come : “in qualunque ordinamento non pare tollerabile – o lo è solo a costo di gravi rischi per la sua durata e stabilità – una contrapposizione tra verità scientifiche e prescrizioni costituzionali, fra conquiste del sapere e scelte fondamentali del potere³³⁴”.

Nonostante le verità scientifiche riguardino i ‘fatti’ e non i ‘valori’, la qualificazione giuridica di questi ultimi è inscindibilmente legata alla determinazione scientifica dei primi. Ciò che occorre sottolineare, dunque, nella visione di Spadaro è il collegamento imprescindibile tra valori e verità scientifiche per la conservazione della Costituzione.

Al medesimo tempo, Spadaro intende rimarcare come le micro-verità scientifiche non potrebbero da sole sufficientemente delineare l’ordine sociale

³³² A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 130.

³³³ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 130.

³³⁴ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 130.

generale': 'v'è sempre bisogno in tali comunità di una sintesi politica che, a un certo livello di razionalizzazione, assurge anche alla dignità di sistema giuridico-costituzionale' ³³⁵.

Ed ancora: 'ogni qualvolta la verità è ridotta –come, per altro, è comprensibile che sia nelle fattispecie (scientifiche) considerate – a mera verificabilità, non solo è in grado –per il suo carattere specifico e limitato, e quindi 'parziale'- di soddisfare più generali, profondi e non contenibili bisogni umani, ma anche –ed è quel che più conta in questa sede – non pare sufficiente a cogliere in forma insieme sintetica e sinottica le istanze di una comunità macrosociale che legittimamente ambisce a darsi un ordine sì razionale, ma non solo scientifico'³³⁶.

Un ordine che deve essere innanzitutto etico - politico. Ne deriva un concetto di Costituzione che si configura, quindi, come quella 'parte superiore dell'etica pubblica, razionalizzata giuridicamente in cui si incontrano senza mai identificarsi *auctoritas* e *potestas*'³³⁷.

In altri termini, esistono valori superiori anche a quello 'fondante' della sovranità popolare o, se si preferisce, valori che nella gerarchia generale dei valori di un ordinamento democratico-costituzionale, si pongono quale fonte di legittimazione dall'alto, in quanto condensanti quelle istanze metapolitiche che fondano il criterio aletico-razionale di un ordinamento costituzionale.

La validità di un ordinamento non può ricondursi, dunque, al mero principio di effettività, ma deve ritrovarsi in un bisogno di un ordine sociale che il potere si limita a riconoscere e razionalizzare. La validità non può, dunque, scindersi dalla verità: ossia dal suo contenuto, dalla sua natura, o più precisamente dai valori che esso intende proteggere: valori che non sono riconducibili alla mera forza.

Ciò non deve condurre, a parere dell'autore, a concepire la sacralizzazione della Costituzione che invece è, e non può essere, che una Carta laica, storicamente limitata e – come tale – anch'essa soggetta a un processo di secolarizzazione. Tuttavia 'perché possa divenire il principale criterio ordinatore della convivenza sociale democratica –

³³⁵ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 139.

³³⁶ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 139.

³³⁷ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 141.

affinchè, cioè si ponga quale ordine della democrazia – essa deve, in qualche modo e almeno in parte, trascendere proprio le contingenze storiche (che pure sono le condizioni della sua esistenza) per porsi come ‘scrigno particolare’ di istanze individuali e sociali ‘metastoriche universali’³³⁸.

I valori vengono concepiti come pietre preziose che sono ovunque le stesse (nucleo duro o Costituzione ideale), anche se non tutte sono incastonate allo stesso modo (aspetti diversi delle regole del gioco: le forme di governo) e se la loro foggia muta col tempo ad opera di abili orefici (le Corti costituzionali)³³⁹.

Tali valori – segnatamente quelli riguardanti i diritti inviolabili dell’uomo – non possono dunque che rappresentare i limiti giuridici essenziali al regime della procedura (democrazia): si tratta, in ultima istanza, di adottare un approccio sostanzialmente cognitivista.

In definitiva, secondo la prospettiva di Spadaro, lo Stato ‘laico’ non può considerarsi neutrale di fronte ai valori e, quindi, più indirettamente di fronte alla verità: esso non è semplicemente il tempio aperto, il weberiano Pantheon in cui ciascuno ricerca e riconosce la sua verità, la funzione prima della Costituzione è quella orientativa.

Seppur, dunque, nella Costituzione confluisca il riconoscimento della incancellabile necessità di garantire la pluralità dei punti di vista, la sua immanente funzione rimane quella sociale assiologicamente orientata.

Ecco allora che subentra la tesi della funzionalizzazione della norma: la regola – o norma- consegue il fine-valore protetto dalla norma. In altri termini, l’unica ragion d’essere delle norme è quella di conseguire il fine-valore protetto dalla norma stessa. I valori coincidono con i fini.

I fini-valori protetti dalle fonti superprimarie sono – come varie volte abbiamo avuto modo di ricordare- quasi sempre *in fieri*, ‘obiettivi perenni, la cui piena e definitiva attuazione costituisce appunto l’imprescindibile stimolo alla revisione, al miglioramento, al perfezionamento dell’ordinamento positivo. Ribadiamo che è proprio

³³⁸ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 163.

³³⁹ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 163.

questa la funzione, insieme residuale e ineliminabile, non tanto di un particolare diritto naturale *ut sic*, quanto appunto dell'idea di diritto naturale³⁴⁰.

2.4.4. I VALORI SUPERIORI DELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA: UN INTERESSANTE SPUNTO COMPARATIVO.

Tra le novità che offre la Costituzione spagnola del 1978 vi è l'incorporazione o la positivizzazione di certi valori, elevati dalla Costituzione medesima ad elementi fondamentali della stessa.

In concreto, l'art. 1.1 della Costituzione medesima si esprime affermando che: "La Spagna si costituisce in uno Stato sociale e democratico di diritto, che propugna come valori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'uguaglianza ed il pluralismo politico".

E' una dichiarazione che, aprendo la Costituzione, marca il tono della medesima. Inoltre, se leggiamo con maggiore attenzione il precetto vediamo che quest'incorporazione si realizza sotto il nome di 'valori superiori dell'ordinamento giuridico'. Si evidenzia così una stringente connessione concettuale tra valori ed ordinamento giuridico, che eleva, nelle parole, di Pablo Lucas Verdu, l'ordinamento costituzionale ad una "*afirmación estimativa*³⁴¹", che supera il positivismo legalista e proietta e fonda lo Stato in una dimensione assiologica.

Il dato letterale sembra, dunque, suggerire che il Costituente spagnolo vuole indicare che tali valori esistono, primariamente e soprattutto, in riferimento al Diritto, cioè che 'in essi si incontrano i punti di partenza assiologici dal cui sviluppo si produce il resto dell'ordinamento giuridico'³⁴².

In particolare, autorevole dottrina afferma come la peculiare formulazione costituzionale dei valori '*sub specie iuris*' equivale ad affermare inequivocabilmente la condizione giuridica di tali concetti e, pertanto ad obbligare tutti gli operatori giuridici (operanti tanto nelle relazioni pubbliche che nelle relazioni private) a tenerli

³⁴⁰ A. Spadaro, *ult.op.cit.*, 310.

³⁴¹ P. Lucas Verdu, *Estimativa y politica constitucionales*, Universidad de Madrid, Facultad de derecho, seccion de publicaciones, Madrid, 1984.

necessariamente in considerazione nel momento stesso di realizzare il loro lavoro: ‘questo singolare modo di formulare detta categoria rafforza di per sé il vincolo dei poteri pubblici a tali valori nella misura in cui li esprime nei termini di diritto o, per dirlo più esattamente nei termini di decisione costituzionale fondamentale sull’intero ordinamento giuridico per cui tali poteri, secondo l’art. 9.1 della Costituzione spagnola, ne risultano essere soggetti’³⁴³.

In tal senso, l’incorporazione della categoria dei valori nel testo positivo della Costituzione, secondo buona parte della dottrina spagnola, inaugurata dal Professore Peces-Barba, determina la soluzione definitiva di quel dilemma sull’essenza medesima della Costituzione, quale portatrice di criteri di valori: “gli ideali dello Stato democratico di diritto vengono incorporati come contenuti materiali, norme basiche materiali all’ordinamento giuridico, e ciò porta a superare la dialettica giusnaturalismo-positivismo, introducendo una morale positivizzata”³⁴⁴.

Nelle parole di Peces-Barba ci sembra di leggere quanto scrive Spadaro nel lavoro sopra citato, laddove afferma come solo “un’intelligente e costante dialettica fra diritto positivo e diritto naturale consentirebbe di contenere le intrinseche tendenze potenzialmente totalitarie di entrambi se isolati, a favore di una società più aperta e in nome di una dottrina sull’ordinamento che potrebbe essere serenamente definita di positivismo illuminato”³⁴⁵.

Peces-Barba, infatti, afferma come i valori non appartengano ad una categoria diversa dalle norme, come pretende Dworkin, ma ad espressioni che, con il loro significato, formano parte del diritto positivo spagnolo³⁴⁶. In tal senso, si esprime lo

³⁴² A. Garrorena, *Estudios de derecho público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, pag. 27.

³⁴³ A. Garrorena, *Estudios de derecho público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, pag. 27. In tal senso si esprime tra i molti anche Juan Jose Gonzalez Rivas, in XI Jornadas de estudio de la direccion general del servicio juridico del Estado sobre el tema: “Titulo preliminar de la Constitucion”, Secretaria general tecnica, Centro de publicaciones, 1988, pag. 139.

³⁴⁴ G. Peces-Barba Martinez, *La elaboración de la Constitución de 1978*, 26 e 46.

³⁴⁵ A. Spadaro, *op.ult. cit.*, 317.

³⁴⁶ G. Peces-Barba Martinez, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p.38.

stesso Aragón Reyes per cui costituisce dato indubitabile della condizione normativa dei valori la loro inclusione nel testo positivo della Costituzione³⁴⁷.

Sembrerebbe, dunque, che quel secolare dibattito tra giusnaturalismo e positivismo sulla natura della Costituzione che abbiamo cercato di ripercorrere, nei paragrafi precedenti, seppur in maniera non esaustiva, trovi il suo punto di sutura nella Costituzione spagnola che ingloba al suo interno quella categoria filosofica e la sottopone ad un processo di razionalizzazione, finendo per conferirle la concreta operatività giuridica che alla medesima corrisponde.

L'interesse comparativo si giustifica nella misura in cui la positivizzazione dei valori in Costituzione, estraendo tale categoria dal mondo dell'Empireo e scolpendola nel diritto costituzionale, rende più agevole quella distinzione con le altre categorie affini: principi costituzionali ed interessi.

In particolare, risulta già interessante premettere come tale positivizzazione sembra elidere il problema di una differenza strutturale tra principi e valori costituzionali per valorizzare invece una connessione funzionale delle due categorie: connessione che, a mio parere, risulta essere più proficua soprattutto sul piano della teoria dell'argomentazione. Tuttavia, prima di addentrarci nell'ipotesi di tale connessione, occorre enucleare le principali definizioni che la dottrina spagnola ha tentato di dare a questa categoria.

Peces-Barba rappresenta, in forza del ruolo determinante che tale autore ha svolto nel processo di redazione dell'art. 1.1 CE e del complesso del testo costituzionale, il punto di partenza per l'analisi delle distinte posizioni dottrinali in materia.

Egli, in particolare, ha difeso strenuamente la positivizzazione dei valori superiori come categoria distinta dai principi giuridici, tanto terminologica quanto normativa, data la loro riconducibilità a precetti costituzionali diversi. Di fronte ai detrattori della positivizzazione di alcuni concetti come 'valori superiori' invece che come principi costituzionali, Peces-Barba ha difeso l'adeguatezza di tale scelta secondo

³⁴⁷ M. Aragón Reyes, "La eficacia jurídica del principio democrático" in REDC, n. 24, 1988, pp. 19: "En nuestro ordenamiento hemos de partir, en consecuencia, de que existen en el texto constitucional valores,

due argomenti. Da un lato, ha affermato che i valori superiori dell'art. 1.1 possiedono un'importanza tale per qualsiasi Stato di diritto tanto da meritare una differenza terminologica e strutturale che comporta la loro positivizzazione – costituzionalizzazione- in termini di valori; in secondo luogo, l'introduzione nel testo costituzionale di tali concetti in termini di principi avrebbe significato collocare l'art. 1.1 CE su posizioni chiaramente giusnaturaliste, dal momento che ciò “avrebbe suggerito l'esistenza di alcuni concetti *a priori* che il diritto positivo doveva garantire”³⁴⁸: opzione giusfilosofica che si intese evitare proprio attraverso la positivizzazione in forma di “valori superiori”, risultando così che l'art. 1.1 si collocava, invece, in un'opzione positivista³⁴⁹.

Successivamente, seppur mantenendo ferma la netta cesura con i principi, la posizione di Peces-Barba si è sofisticata, introducendo così una distinzione tra tre tipi di valori: formali, materiali e relazionali; essendo i valori ‘formali’, quelli che incidono sulla struttura formale dell'ordinamento e che vogliono assicurare il suo funzionamento dalla prospettiva della ‘giustizia procedimentale’ nel processo di creazione, interpretazione-applicazione e modificazione del Diritto (come, per esempio, la certezza giuridica); i ‘materiali’ che pretendono dotare di un contenuto etico le norme giuridiche (la libertà o l'uguaglianza –nella sua dimensione materiale-); e quelli ‘relazionali’ che pretendono favorire l'ordine nella società grazie a criteri condivisi (come la solidarietà e la fraternità)³⁵⁰.

principios y reglas, y que todaos ellos disfrutan de la condición normativa propia de la Constitución, esto es, se encuentran normativizados”.

³⁴⁸ G. Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pag. 52, dove l'autore precisa come: “i valori superiori come valori del sistema si differenziano: a) dai valori nel sistema, ossia valori o principi interni al sistema e che appaiono principalmente nell'art. 9.3 della Costituzione. Questi presuppongono criteri generali applicabili al complesso del sistema, come conseguenza dedotta dal sistema stesso o come principi che servono come impulso iniziale per la formazione del proprio sistema. Su tale punto è, tuttavia, interessante riportare l'opinione di Francisco Rubio Llorente per cui l'esplicito riferimento ai valori invece che ai principi, così pure al termine ‘propugnare’ invece che ‘proclamare’ non allontana dall' ‘orrore giusnaturalista’, in *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1995, IX.

³⁴⁹ G. Peces-Barba Martínez, “*Los valores superiores*”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 373-388.

³⁵⁰ G. Peces-Barba, *Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española*, in VV.AA., *Funciones y fines del Derecho (Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Murcia, Universidad de Murcia, 1992, pp.247-272.

Così classificati, Peces-Barba aggancia i valori costituzionali al concetto di etica pubblica, che crede debba guidare tanto l'elaborazione del diritto quanto la sua applicazione da parte dei pubblici poteri³⁵¹.

Pérez Luño distingue tra valori, principi e regole, distinguendoli per la loro maggiore o minore concretizzazione, stabilendo così una sorta di scala, per cui i principi sono norme di secondo grado rispetto alle stesse norme ed i valori, a loro volta, sono norme di secondo grado rispetto ai principi e di terzo grado rispetto alle norme. In particolare, l'autorevole costituzionalista spiega così la distinzione tra principi e valori: “i valori non contengono specificazioni rispetto ai fatti a cui devono essere applicati, né sulle conseguenze giuridiche della loro applicazione; costituiscono idee, direttive generali che [...] fondano, orientano e limitano criticamente l'interpretazione e l'applicazione di tutte le restanti norme dell'ordinamento giuridico. I valori formano, pertanto, il contesto storico-spirituale dell'interpretazione [...]. I principi, dalla loro parte, integrano un grado maggiore di concretizzazione e specificazione che i valori rispetto alle situazioni a cui possono essere applicati e alle conseguenze giuridiche della loro applicazione, ma senza essere norme [...]. Dall'altro lato, i principi [...] ricevono la loro particolare dimensione di senso in quei valori che specificano e concretano. I valori funzionano, insomma, come meta-norme rispetto ai principi e come norme di terzo grado rispetto alle regole e alle disposizioni specifiche [...]. Nello stesso modo in cui i valori tendono a concretizzarsi in principi che esplicitano il loro contenuto, i principi, a loro volta, si incorporano in disposizioni specifiche e casistiche, i cui presupposti d'applicazione e le cui conseguenze giuridiche si incontrano tipizzati in termini di maggiore precisione”³⁵².

Pérez Luño sottolinea una triplice dimensione dei valori superiori: da un punto di vista ‘statico’, intende che i valori superiori opererebbero come fondamento dell'ordinamento giuridico; da un punto di vista ‘dinamico’ essi invece si atteggierebbero come strumenti di orientamento dell'ordine giuridico e politico verso fini determinati; e, conformemente ad una funzione critica, i valori superiori opereranno

³⁵¹ G. Peces-Barba, *Etica pública y Derecho (discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del académico de número Excmo. Sr. Dr. Peces Barba Martínez y contestación del Excmo. Sr. Dr. Manuel Fraga Iribarne)*, Madrid, Imprenta del BOE, 1993.

come criterio o parametro che determinano la valutazione dell'attività dello Stato da parte degli organi giurisdizionali ³⁵³.

In tal senso, riprendendo la triplice dimensione funzionale segnalata da Pérez Luño, Javier Santamaría Ibeas conclude che, proprio sulla base della loro positivizzazione, nell'ordinamento spagnolo i valori superiori sviluppano *stricto sensu* la funzione di fondamento – dotando di contenuto materiale i diversi istituti dell'ordinamento giuridico congiungendoli così ad una determinata idea di “etica pubblica”, mentre le altre due funzioni, seppur tutelate *a priori* dai valori superiori, nella pratica non sono direttamente sviluppati da quelli, ma dalle loro ‘articolarioni positive’: i principi ed i diritti fondamentali ³⁵⁴.

La positivizzazione dei valori nel testo costituzionale induce Gonzalez Rivas ad identificare i valori con i principi generali del diritto, laddove si intendano quest'ultimi come le norme basiche dell'ordinamento che lo informano e gli conferiscono unità. Da tale identificazione deriva, anche per lo stesso Rivas, una triplice funzione dei valori superiori: essi sono fondamento dell'ordinamento giuridico nella sua complessità; sono strumenti di orientamento dell'interpretazione, ed infine sono anche elementi determinanti di una valutazione integrativa del nostro sistema giuridico³⁵⁵.

Sempre nella direzione di valorizzare la funzione di orientamento interpretativo dei valori costituzionali, L. Pietro Sanchís, riferendosi solo ai valori dirà: “Credo che, nella cornice dell'argomentazione giuridica, i valori superiori non possano offrire da soli una copertura sufficiente per fondare una decisione [...]. Ciò non significa che i valori siano carenti di una portata normativa [...]. Infatti quella portata si manifesta fondamentalmente, a mio giudizio, nel procedimento di interpretazione della stessa Costituzione. In questo senso, credo che i valori si possano includere nella categoria delle norme di secondo grado o norme per l'identificazione e interpretazione delle disposizioni di un sistema; si tratta concretamente di norme sull'interpretazione, che hanno come oggetto quello di aiutare a distinguere, tra i diversi significati possibili di

³⁵² A.-E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1984, pp. 291-292.

³⁵³ A.-E. Pérez Luño, *Ibidem*, 1984, 86.

³⁵⁴ J. Santamaria Ibeas, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, 1997, pag. 95ss.

³⁵⁵ J. J. Gonzalez Rivas, *op.ult.cit.*, pag. 87.

una norma, il miglior significato espresso dalla norma che si può considerare pertinente al sistema”³⁵⁶.

Una volta trascritte le più significative posizioni dottrinali sui valori e sulla loro distinzione con i principi, risulta evidente che a fronte della positivizzazione dei valori costituzionali, la dottrina non facilita una distinzione chiara tra le due categorie.

Lo stesso García de Enterría sembra fuggire dalla distinzione includendo nella stessa categoria dei principi costituzionali ‘i valori ed i principi’³⁵⁷.

Giova riportare, in tal senso, le acute osservazioni di P. Lucas Verdu, il quale sembra soprassedere sull’assenza di ‘tassatività’, se così possiamo definirla, dei valori costituzionali, laddove gli stessi sono comunque suscettibili di una spiegazione più chiara e più soddisfacente rispetto ad altri concetti indeterminati, per la ragione fondante che i valori suscitano il ‘*sentimiento constitucional*’, provocando un’adesione razionale e sentimentale maggiore rispetto ad altri principi caratterizzati dallo stesso grado di indeterminatezza³⁵⁸.

Si può, dunque, concludere come anche nella dottrina costituzionalista spagnola non emerga una chiara distinzione strutturale tra principi e valori, per cui se buona parte degli interpreti concordano nel ritenere che entrambe le categorie si sostengono della condizione normativa, la maggior linea distintiva si traccia sul piano delle funzioni. I valori, tratti da quella dimensione dell’etica pubblica, non possono che identificarsi con gli strumenti di orientamento dell’interprete. In particolare, i ‘valori giuridici’ possono essere contenuti in *norme-regole* (suscettibili di immediata applicazione), o *norme-principi* (cui piuttosto si aderisce), a seconda della maggiore o minore concretezza e determinatezza delle prescrizioni contenute negli enunciati linguistici, o proposizioni normative, che li contengono: non v’è dunque alcuna contraddizione o incompatibilità nell’uso dei termini-concetti di valore (s’intende giuridico) e di principio (s’intende giuridico), la tensione ‘deontica’ del secondo mirando a realizzare l’istanza assiologica del primo³⁵⁹.

³⁵⁶ P. Sanchis, *Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional*, *Revista Poder Judicial*, num. 11, 1984, pag. 83.

³⁵⁷ G. De Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1981, pp. 97-103.

³⁵⁸ P. Lucas Verdu, *op.ult.cit.*, 102.

³⁵⁹ L.Caiani, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

Interessanti, a tal riguardo, risultano le parole di Hernandez Gil che cerca di identificare una linea distintiva tra le due categorie attraverso il prisma del principio di legalità. Partendo dalla premessa per cui i valori impregnano l'ordinamento nel suo complesso, i principi costituzionali che costituiscono quell'ordinamento devono intendersi secondo quei valori. Così, il principio di legalità non può essere inteso nel suo contenuto strettamente formale, ossia come necessità di riserva di legge o come fondamento unico dell'esercizio del potere statale, ma deve intendersi quale criterio materiale in funzione dei valori superiori, tra cui, *in primis*, il valore della giustizia³⁶⁰.

Prima di addentrarci a comprendere come queste categorie si declinano nell'opera dell'interprete, occorre prima identificare i diversi valori presenti nella Costituzione spagnola.

2.4.5 IDENTIFICAZIONE DEI VALORI NELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA

L'art. 1.1 identifica tra i valori superiori dell'ordinamento giuridico spagnolo: “la libertà, la giustizia, l'uguaglianza e il pluralismo politico”.

Valori, strettamente connessi e relazionati gli uni agli altri, così come incisivamente descritto da P. Lucas Verdu, per cui : “*La libertà è una condizione sostanziale della personalità umana. L'uomo si sviluppa attraverso i gruppi sociali in un sistema democratico-liberale (Stato sociale e democratico di diritto) per cui il valore libertà si ricollega a quello del pluralismo politico-sociale (...). La giustizia si relaziona con l'uguaglianza affinché quest'ultima non si configuri né si intenda come uniformità e la libertà e l'uguaglianza si corrispondano, nella misura in cui la prima possa trovarsi limitata dai diritti degli altri (...)*La libertà e l'uguaglianza devono temperarsi attraverso la giustizia nel momento in cui questa evita privilegi e discriminazioni e promuove le condizioni e rimuove gli ostacoli affinché la libertà e l'uguaglianza siano effettive per gli individui ed i gruppi sociali³⁶¹”. Apparirebbe, dunque, evidente, ad uno sguardo più profondo, come la sequenza letterale di tali valori, dipinga un quadro in cui si staglia il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, ed il loro necessario

³⁶⁰ H. Gil, *op. cit.*, pag.128.

³⁶¹ P. Lucas Verdu, *op.ult.cit.*, 1984, 105.

bilanciamento proprio alla luce di quei valori, che ne sono fondamento, e criterio interpretativo.

Il pluralismo politico e la giustizia sono i valori che hanno suscitato più riserve nel dibattito dottrinale spagnolo, nel momento stesso in cui si è cercato di attribuire ai medesimi un carattere di materialità.

Seppur espressi nella visuale dell'art. 1 della Costituzione, e quindi, fatti rientrare nel campo semantico dei valori superiori dell'ordinamento giuridico, la dottrina ha manifestato forti perplessità sulla loro attribuibilità alla suddetta categoria, riconducendoli, proprio in forza della loro stessa essenza, alla diversa categoria dei principi costituzionali.

Così per il Professore Torres del Moral, il "pluralismo politico" è più un principio strutturale o procedimentale che un autentico valore³⁶² e, nello stesso modo, si esprime il Professor Aragón per cui detto 'pluralismo' non è semplicemente che una situazione che risulta dalla combinazione di altri due valori che sono la libertà e l'uguaglianza³⁶³.

Negli stessi termini, si concepisce la giustizia che, più che un valore, è una condizione dello Stato di diritto e, di per sé stesso mancherebbe di quella dignità assiologica propria che è tipica del concetto di valore in senso proprio³⁶⁴. D'altronde, lo stesso Peces-Barba, nell'ultima parte del suo pensiero, giunge ad espellere la giustizia ed il pluralismo politico dall'assimilazione ai valori costituzionali, considerando il primo un concetto troppo ambiguo, sostituendosi nell'applicazione pratica con i valori della certezza giuridica e della solidarietà, e valutando il pluralismo politico come una premessa del valore della libertà.³⁶⁵

D'altra parte, la dottrina spagnola si è interrogata sul considerare aperta o chiusa la lista dell'articolo 1.1 della Costituzione. In particolare, il consenso più esplicito è per ammettere alla lista dei valori superiori dell'ordinamento il valore della 'dignità umana'

³⁶² Così A. Garrorena in *op.ult.cit.*,31 interpreta il pensiero del Prof.Torres del Moral, tra cui preme segnalare *Principios del derecho constitucional español*, Ed. Atomo Madrid, 1988.

³⁶³ M. Aragón, *op.ult.cit.*, 99ss.

³⁶⁴ M. Aragón, *op.ult.cit.*, 99ss.

³⁶⁵ G. Peces-Barba Martinez, Prólogo, en L. Parejo Alfonso, *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1990, pp. 11-15.

crystalizzato nell'art. 10 della Costituzione spagnola, enunciato come 'fondamento' dell'ordine politico e della pace sociale. Pablo Lucas Verdu identifica diverse ragioni per le quali la dignità umana debba considerarsi come un valore costituzionale: 1) innanzitutto perché il costituente non ha preteso nella norma costituzionale di apertura stabilire un numero chiuso di valori costituzionali ma indicare quelli maggiormente rappresentativi della cultura politica dell'epoca; 2) nel preambolo compare il principio di promozione di una "degnà qualità della vita"; 3) infine, la libertà, la giustizia, l'uguaglianza ed il pluralismo politico si propugnano sottolineando come essi siano postulati assiologici in favore di persone degne di essere tali e, dunque, la dignità altro non è che il valore riassuntivo dei quattro postulati dello Stato democratico di diritto.³⁶⁶

Lo stesso Peces-Barba – redattore dell'articolo 1.1 -come abbiamo visto- in un lavoro del 1992³⁶⁷ giunge ad ampliare la lista dei valori presenti nell'articolo 1 della Costituzione inglobando il valore della certezza giuridica e quello della solidarietà al posto del valore della giustizia e del pluralismo politico. In particolare, l'autore si esprime così: "a mio giudizio, si può parlare di quattro valori che costituiscono la moralità del potere e del diritto in questo paradigma politico e giuridico della modernità: la libertà, l'uguaglianza la solidarietà e la certezza giuridica. Quest'affermazione presuppone l'idea che la dignità umana, per la sua realizzazione attraverso la vita sociale, inseparabile dalla condizione umana, si plasmi in quei quattro valori, il cui nucleo essenziale lo occupa la libertà, disegnata ed estrinsecata dall'uguaglianza e dalla solidarietà, in un contesto di certezza giuridica"³⁶⁸.

Occorre, tuttavia, sottolineare come la dottrina più attenta, soprattutto a fronte del dato giurisprudenziale, si è fermata a riflettere sulle conseguenze pratico-applicative che tale apertura comporterebbe sul piano della certezza del diritto.

E punto di partenza della riflessione non può che essere la discussa sentenza del Tribunale Costituzionale 53 del 1985, conosciuta come la sentenza sull'aborto, laddove

³⁶⁶ P. Lucas Verdu, *op.ult.cit.*, 106, 1984.

³⁶⁷ G. Peces-Barba "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución Española", in VV. AA., *Funciones y fines del Derecho (Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Murcia, Universidad de Murcia, 1992, pp.247-272.

³⁶⁸ G.Peces-Barba, *Etica pública y Derecho (discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del académico de número Excmo. Sr. Dr. Peces Barba Martínez y contestación del Excmo. Sr.Dr. Manuel Fraga Iribarne)*, Madrid, Imprenta del BOE, 1993, pag.21.

il giudice costituzionale proclama “la vita umana” come “valore superiore dell’ordinamento giuridico costituzionale”.

Infatti, le critiche verso questa pronuncia si diressero soprattutto contro l’oggettivazione della vita umana come ‘valore costituzionale’ che la sentenza realizza.

In particolare, la critica più sferzante alla sentenza medesima si incontra nei voti particolari degli stessi magistrati del Tribunale. Così, nel voto particolare Tomás y Valiente afferma: “Non trovo il fondamento giuridico-costituzionale per affermare, come si fa, che la vita umana “è un valore superiore dell’ordinamento giuridico” (F.J.3) o “un valore fondamentale” o “un valore centrale” (F.J.9). Che il concetto di persona sia il supporto ed il *prius* logico di tutto il diritto mi pare evidente ed io lo sostengo. Ma quest’affermazione non autorizza pericolose gerarchizzazioni assiologiche, lontane per lo più dal testo della Costituzione, dove, per certo, nel suo articolo 1.1 si dice che sono valori superiori dell’ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l’uguaglianza ed il pluralismo politico. Questi e solo questi”. Ed ancora, il magistrato Díez-Picazo affermerà quanto segue: “Secondo il mio modesto parere, l’incostituzionalità come contraddizione di una legge con un precetto della Costituzione deve risultare immediatamente da un contrasto tra i due testi. Può ammettersi che segua ad una regola costruttiva intermedia che l’interprete stabilisce. Mi pare, al contrario, molto difficile un’estensione illimitata o troppo lontana delle regole costruttive derivate dalla Costituzione per affermare l’incostituzionalità di una legge per la sua non conformità con l’ultima delle deduzioni costruttive. La cosa è ancora più rischiosa quando in ciò che chiamo “deduzioni costruttive” si insediano più o meno nascosti giudizi di valore, perché si può generare l’impressione che si produca una seconda linea costituzionale, che è molto difficile che operi come un limite al potere legislativo”. Infine, estremamente significativo è il voto particolare di Rubio Llorente che, più esplicito sulla considerazione dell’efficacia giuridica dei valori costituzionali e, riferendosi all’argomento centrale della sentenza per dichiarare l’incostituzionalità della legge sull’aborto dirà: “Questo modo di ragionare non è proprio dell’organo giurisdizionale perché è *alieno, indipendentemente dall’impiego della terminologia giuridica, da tutti i metodi conosciuti di interpretazione*. L’interprete della Costituzione non può astrarre

dai precetti della Costituzione il valore o i valori che, a suo giudizio, tali precetti ‘incarnano’, per dedurre da quelli, considerati già pure astrazioni, obbligazioni del legislatore che non hanno appoggio in nessun testo costituzionale concreto. Questo non significa fare giurisprudenza di valori, ma più semplicemente sostituirsi al legislatore o, forse, anche allo stesso potere costituente. I valori che ispirano un precetto concreto possono servire, nel migliore dei casi, all’interpretazione di tale precetto, ma non a dedurre da quello obbligazioni che il precetto, in nessun modo, impone. Per questa strada, è chiaro che il Tribunale Costituzionale potrebbe rendere illegittima una legge, considerandola incompatibile con il suo proprio sentimento di libertà, uguaglianza, giustizia, o pluralismo politico”. La proiezione normativa dei valori costituzionalmente consacrati corrisponde al legislatore, non al giudice’.

Ecco, dunque, che queste osservazioni di Francisco Rubio Llorente ci permettono di passare al vero cuore della riflessione di questa tesi, ossia come la teoria dei valori si proietta sul piano dell’argomentazione giuridica, e come proprio su tale piano si evidenzia la vera linea di distinzione tra principi e valori costituzionali.

2.4.6. IPOTESI RICOSTRUTTIVA DELLA CONNESSIONE TRA PRINCIPIO-VALORE SUL PIANO DELLA TEORIA DELL’ORDINAMENTO

Orbene, volendo abbozzare, a fronte della complessa e certamente incompleta opera ricognitiva che si è cercato di tratteggiare fino a questo momento, un’ipotesi ricostruttiva del rapporto del valore con la normatività, ed in specie con le disposizioni costituzionali riconducibili ai principi, si ritiene maggiormente aderente alla fattualità, ossia al modo in cui operano concretamente gli interpreti della Costituzione, l’orientamento che è stato definito intermedio.

Tale orientamento, tra i cui suoi massimi esponenti, si distinguono Baldassare, Fois, Luciani concepisce la teoria dei valori come una teoria essenzialmente ricostruttiva dell’ordinamento costituzionale, che, pur presentando un’immanente conflittualità e antinomicità, esprime una sua gerarchia di preferenza tra le disposizioni costituzionali. Dunque senza sistema, inteso come tessuto di rapporti gerarchici tra istanze materiali, non solo non è possibile alcun giudizio di valore, ma nemmeno

l'esistenza in sé del valore (come canone che attribuisce un senso alla realtà). I valori si caratterizzano per essere gli elementi primi delle disposizioni costituzionali ed il loro contenuto essenziale. Mutuando il pensiero di Hartmann sui giudizi etici, i valori esprimono i principi universali di carattere fondante rispetto a un determinato ordinamento giuridico disciplinante una certa comunità politica.

Ciò non implica che i valori siano essenze o cose inerti, i valori vivono incorporati nelle norme ed, *in primis*, nei principi costituzionali.

I principi costituzionali parrebbero, dunque, la manifestazione nell'ordinamento della natura sistemica dei valori e, allo stesso momento, come *punti di emersione dai quali si può scorgere la forma del sistema assiologico costituzionale*.

Se così non fosse, ossia qualora si aderisse ad una concezione essenzialmente non cognitivista dei valori, quali entità non normative, percepibili solo attraverso un'opera di ascrizione di senso da parte dell'interprete, ciò degraderebbe la Costituzione ad una fonte incapace di porsi con quei caratteri di permanenza, di generalità e di unità con i quali è stata concepita. In sostanza, la specificità della Costituzione (e della volontà costituente che ne è alla base) risiederebbe nel descrivere dei rigidi confini esterni rispetto a quei valori che non sono nel sistema; e allo stesso tempo ad identificare in quelli presenti un sistema, le cui disposizioni prime, i principi, stabiliscono relazioni oggettivamente riconoscibili.

Ciò impedisce, in ultima istanza, che la teoria dei valori muti nella legittimazione del più arbitrario volontarismo casistico delle Corti, e nella trasfigurazione del volto della giustizia costituzionale che smette i tratti della giustizia di garanzia, e pertanto sottomessa alla legge, per indossare la maschera della giustizia bendata.

CAPITOLO III

“Prima di essere un comando il diritto è una mentalità, esprime un costume e lo ordina, esprime i valori di una società e ordinandola, la salva”
P.Grossi, *L'Europa del diritto*

IL RIFLESSO DEI PRINCIPI-VALORI SUL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: *I. I principi-valori nel sistema dell'interpretazione costituzionale.* 1.1 La proiezione normativa dei valori e dei principi costituzionali nell'opera dell'interprete. 1.2 La peculiarità dell'interpretazione costituzionale in rapporto ai principi-valori. 1.3 Il metodo sistematico e l'interpretazione conforme secondo il principio di supremazia costituzionale. 1.4 Il metodo teleologico ed i valori-fini. 1.5 La dimensione assiologica dei diritti fondamentali. 1.6 La specificità dei principi: la distinzione tra discrezionalità ed indeterminatezza. *II. La prossimità dei principi alla logica dei valori. La funzione limitatrice.* 2.1 La Costituzione come insieme dei valori-fini non interamente componibili. 2.2 Il principio di legalità costituzionale e la posizione di un'istanza istituzionalizzata in base al valore. 2.3 L'inevitabile relativizzazione del parametro costituzionale ed i suoi limiti. 2.4. Il 'nucleo essenziale' e la funzione limitatrice dei principi-valori. *III. La necessaria complementarietà tra principi-valori, ragionevolezza e proporzionalità.* 3.1 Il riconoscimento dei diritti inviolabili come clausola ragionevolmente aperta. 3.2 Il principio di ragionevolezza-proporzionalità come canone di bilanciamento tra diritti-valori.

I. I PRINCIPI-VALORI NEL SISTEMA DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

3.1.1 LA PROIEZIONE NORMATIVA DEI VALORI E DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI NELL'OPERA DELL'INTERPRETE COSTITUZIONALE

Abbiamo detto che l'ampiezza della materia regolata dalla Costituzione e, di conseguenza, il carattere sintetico di molti suoi precetti, il significato valoriale di alcune sue norme materiali, e allo stesso tempo, il differente grado di apertura che permette la pluralità delle sue realizzazioni, differenziano notevolmente la Costituzione dalle altre norme.

Occorre, quindi, affrontare la relazione tra principi e valori sul piano della teoria interpretativa della Costituzione.

La struttura dell'oggetto di conoscenza non può che ripercuotersi sulle categorie conoscitive e, dunque, interpretative dell'oggetto medesimo, laddove intendiamo l'interpretazione come un'attività conoscitiva, “diretta ad accertare il significato ed il

valore di determinati atti o comportamenti, risalendo dall'esame della loro 'forma rappresentativa' alla comprensione del momento spirituale in essi immanente"³⁶⁹.

Brevi cenni non possono che essere riservati al concetto di interpretazione giuridica, a cui l'interpretazione costituzionale, a nostro parere, deve essere ricondotta.

"Interpretare" – è stato autorevolmente sostenuto – "non è soltanto tornare a conoscere un'oggettivazione di pensiero in sé conclusa, ma tornare a conoscerla, per integrarla e realizzarla nella vita di relazione"³⁷⁰. In tal senso, interpretazione ed applicazione tendono ad assimilarsi per formare una sorta di unico esercizio intellettuale in cui si sovrappongono da una parte il momento razionale ed oggettivo della conoscenza – si direbbe come attività teoretica - e dall'altra la soggettiva intuizione e volontà dell'atto pratico del decidere³⁷¹. Nell'attività interpretativa, in altri termini, non c'è solo l'oggettività del testo da interpretare, bensì pure la soggettività del soggetto interprete, quella che è stata definita la "precomprensione"(Esser), o anche l'ineliminabilità di quelli che Lavagna denominava "contesti umani" e quindi, anche inevitabilmente "contesti culturali" e "contesti sociali, tramite indispensabili per fissare il significato degli enunciati e per proporre la norma. Ciò, s'intende, non solo sul piano di una precomprensione in parte inconscia, che ovviamente condiziona lo stesso approccio iniziale del processo ermeneutico, nell'esame dei profili 'sovrastutturali' e 'infrastrutturali' delle norme da impiegare (o da rinvenire), ma altresì, nella dimensione della piena autocoscienza, in relazione alle decisioni derivanti da preliminari giudizi di valore, la cui responsabilità ricade pienamente nella sfera etica e politica dell'interprete stesso³⁷².

Si è sottolineato, infatti, che "la tendenza ad assumere nel concetto di interpretazione quello dell'applicazione delle norme e dei precetti ai casi concreti conduce a porre l'accento sul momento soggettivo dell'attività interpretativa, a

³⁶⁹ Pierandrei, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, I, pag.146.

³⁷⁰ Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, pag. 803.

³⁷¹ Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pag. 92.

³⁷² F. Rimoli, *Pluralismo cit.*, pag. 256.

valorizzarne l'elemento volontaristico, che quasi si sovrappone e si sostituisce al contenuto oggettivo dell'atto normativo"³⁷³.

Assumerebbe, quindi, maggiore centralità il ruolo del soggetto interprete al quale, in ultima istanza, verrebbe giocoforza riconosciuta la 'potestà' di rendere 'vive' ed 'attuali' le norme giuridiche, attraverso un processo continuo di adattamento, di adeguamento, di integrazione e di sviluppo che rilevarebbe nell'ipotesi in cui si riconoscesse all'interpretazioni esistenti una validità relativa o una scarsa operatività per il futuro"³⁷⁴. Sicchè, come è stato giustamente fatto notare, "il problema dell'interpretazione è finito con il coincidere con quello della funzione del giudice e della funzione della norma nel suo rapporto con la norma da regolare"³⁷⁵. Da qui l'identificazione dell'interpretazione con l'interpretazione giudiziale o, tesi, ancora più 'radicale' l'assunto per il quale 'l'unica vera interpretazione è quella giurisprudenziale'.

La questione assume maggiore rilievo quando ci si riferisce alla giurisdizione costituzionale dove sembrerebbe più grande l'influenza 'potenziale' dei giuristi e, per converso, meno chiara è l'attività del giudice nella sua duplice veste di tutore della Costituzione ed interprete di essa³⁷⁶.

Le domande, preliminari rispetto alla ricostruzione della relazione principi-valori, che intendiamo porci sono: è l'interpretazione costituzionale essenzialmente differente dall'interpretazione legale, o solamente presenta alcune peculiarità che fanno che la distinzione sia solo una distinzione di grado? In che misura influiscono i valori in tale distinzione?

Queste sono le prime questioni che ci poniamo, poiché riteniamo che in tali interrogativi si annida la più feconda risoluzione di quell'apparente dialettica tra principi e valori costituzionali.

Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale rispetto all'interpretazione di altri testi normativi, il dibattito è aperto. E tra gli argomenti che si adducono a favore

³⁷³ Merola Chierca, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Cedam, Padova, 1978.

³⁷⁴ Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pag. 95.

³⁷⁵ Sanguineti, *Principi di interpretazione e logica giuridica*, Roma, 1974, p.34, in nota 6.

³⁷⁶ Chiti, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*; Denti, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in Pizzorusso, Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985.

della specificità vi è indubbiamente quello che si basa sulla considerazione che la legge (ordinaria) non può disciplinare l'interpretazione della Costituzione, sia perché le preleggi sono anteriori alla Costituzione, “e non si vede come il legislatore del 1942 potesse avere intenzione di disciplinare l'interpretazione di un documento normativo allora inesistente”(Guastini), sia soprattutto perché le medesime hanno valore meramente legislativo e, come ha sostenuto Modugno “non è detto che una fonte di rango inferiore possa dettare regole sulla interpretazione di una fonte di rango superiore”, sia infine perché “i documenti costituzionali presentano caratteristiche intrinseche – disciplinano la “materia costituzionale”, regolano i rapporti politici, esprimono (non norme specifiche, ma) principi, *etc.*- tali da esigere metodi interpretativi specifici, e dunque non possono essere assoggettati agli stessi metodi di interpretazione che valgono per le leggi”(Guastini)³⁷⁷. In sostanza, ‘tra legge e Costituzione vi è una differenza di gradazione (di vaghezza) che corrisponde alla differenza di grado nel sistema delle fonti’³⁷⁸. Inoltre, accanto all’argomento dell’indeterminatezza testuale della Costituzione, spostandoci più addentro il contenuto delle disposizioni costituzionali, militerebbe il forse più incisivo argomento dei valori, per cui ‘l’interpretazione costituzionale marcherebbe la propria distanza da quella della legge in quanto proprio e solo la Costituzione saprebbe esprimere l’ordine assiologico della comunità organizzata in *polis*’³⁷⁹. Insomma, nell’interpretazione del testo costituzionale sarebbe “stimolato al massimo un atteggiamento valutativo dell’interprete nei confronti dei principi e valori fondamentali, fondanti e costitutivi del complessivo assetto politico e sociale”³⁸⁰.

Ora, sull’assunto della specificità dell’interpretazione costituzionale si è registrato una vasta unanimità di consensi³⁸¹, che ha incontrato, tuttavia, la più convinta

³⁷⁷ F. Modugno, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di F. Modugno, A. S. Agrò e A. Cerri, V ed., Giappichelli, Torino, 2008, pag. 323.

³⁷⁸ M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, in *Interpretazione della Costituzione*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli editore, Torino, 2007, pag.46.

³⁷⁹ M. Luciani, *Ibidem*, pag. 46.

³⁸⁰ F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Interpretazione della Costituzione*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli editore, Torino, 2007, pag.53.

³⁸¹ M. Aragón, “*La interpretación de la Constitución y el carácter objectivado del control jurisdiccional*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17 (1986), pag. 119-120.

opposizione dell'eminente studioso tedesco Forsthoff, che difese strenuamente un metodo interpretativo basato su regole logico-formali equiparando, di conseguenza, l'interpretazione costituzionale all'interpretazione legale³⁸². L'interpretazione che si realizza con metodi propri della scienza dello spirito, afferma Forsthoff, che riducono l'ordine giuridico ad un ordine (sempre soggettivo) di valori, produce incertezza giuridica e soprattutto incertezza per i principi sui quali riposa la comunità politica. Tale metodo è extra-legale ed extra-giuridico. La giurisprudenza, in tal maniera, annulla se stessa, dal momento che il suo carattere oggettivo si fonda sull'assunto per cui l'interpretazione della legge è la sussunzione del caso nella norma in forma sillogistica'. Alla scienza dello spirito, Forsthoff contrappone le regole dell'interpretazione di Savigny. Se così non fosse, il diritto e, specialmente il diritto costituzionale entrerebbe in uno stato di dissoluzione.

Tuttavia, l'altra faccia della medaglia rispetto al pericolo paventato dall'eminente studioso tedesco viene ben esposta alla luce da Tarello³⁸³ il quale rimarca che se 'l'interprete chiamato ad applicare le norme costituzionali fosse vincolato alle regole legislative sulla interpretazione, esso sarebbe messo "alla mercé degli organi di legislazione ordinaria, con la conseguenza della perdita di indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale da quel legislatore che è chiamato a controllare".

A ben vedere, esiste anche una tesi intermedia, a cui mi sentirei di aderire, che anche se orientata nel senso di riconoscere l'esistenza di una teoria speciale ed autonoma dell'interpretazione costituzionale, non nega, nel contempo, le tesi dei sostenitori di quella che potremmo definire teoria generale dell'interpretazione. Infatti, molti studiosi pongono l'accento sul fatto che l'interprete della Costituzione, nello svolgere quest'attività debba applicare sì le regole generali dell'ermeneutica, contemperandole, però, con quei criteri la cui adozione è suggerita dalla natura propria delle norme, nonché da elementi e valori che, per brevità, potremmo definire, extragiuridici (o forse meglio meta-giuridici)³⁸⁴.

³⁸² E. Forsthoff, *Zur Problematik des Verfassungslegung*, 1961; «El Estado de Derecho introvertido », in *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, pp. 213 e ss.

³⁸³ G.Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffè, 1980.

³⁸⁴ Pierandrei, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, pp. 54 ss, Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc.dir.* XI, Milano, 1962, pag. 176 e 179; Bellavista,

Si può, infatti, affermare che le regole sull'interpretazione, contenute nell'art. 12 delle Preleggi siano estensibili alla Carta Costituzionale sulla base del riconoscimento che tali norme possiedono un carattere strumentale, o di "secondo grado" rispetto a tutte le norme sostanziali in genere e, più in particolare, rispetto alle norme costituzionali³⁸⁵, da cui deriva la posizione di priorità di esse rispetto alle altre, senza perciò intaccare i vincoli posti dalla struttura gerarchica delle fonti³⁸⁶.

L'utilizzazione di 'altri' criteri – specifici della materia trattata – si impone quando si discute di interpretazione costituzionale, per una triplicità di motivi.

3.1.2 LA PECULIARITÀ DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE IN RELAZIONE CON I PRINCIPI-VALORI

Parrebbero tre le caratteristiche dell'interpretazione costituzionale che la rendono differente dalle altre forme di interpretazione legale.

La prima di queste peculiarità è il carattere aperto del testo costituzionale; carattere aperto che, come già sottolineato prima, permette diverse letture legittime del testo costituzionale. Nell'espressione di Böckenförde, la sua conformazione normativo-materiale è 'frammentaria e frazionata', per cui sono frequenti i principi che richiedono una loro concretizzazione, precetti che solo fissano il fine, ma lasciano aperta la forma, 'formule lapidarie' che 'sono precisamente espressioni di assenza di accordo e che postergano la decisione'³⁸⁷.

Un'apertura che sembra ricercata intenzionalmente dal Costituente, da un lato per permettere il continuo rinnovarsi del consenso e dall'altro per consentire l'adattamento del testo alle nuove situazioni o ai cambiamenti sociali.

Sulla interpretazione costituzionale, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, VI, Firenze, 1969, pp. 57 ss; Cereti, *Diritto costituzionale*, Torino, 1971, pag. 170.

³⁸⁵ Pierandrei, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, pp. 54 ss, Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc.dir.* XI, Milano, 1962, pag. 176 e 179; Bellavista, *Sulla interpretazione costituzionale*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, VI, Firenze, 1969, pp. 57 ss; Cereti, *Diritto costituzionale*, Torino, 1971, pag. 153-155.

³⁸⁶ Pizzorusso, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale. art. 1-9*, in *Commentario al codice civile*, A. Scialoja e G. Branca (eds.), Bologna-Roma, Zanichelli, Il Foro italiano, XVII, pp. 6.

³⁸⁷ E.W. Böckenförde, 'Los metodo de interpretación constitucional. Inventario y crítica', traducción de Ignacio Villaverde Mennéndez, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pag.17.

In altri termini, il diritto (e in esso massimamente la costituzione) vuole e deve regolare la società ma è da questa conformato e modificato: in tale circolo virtuoso, le valvole di apertura al fatto ed al mutamento sono date dai principi-valori. In tal senso, l'assunzione di taluni criteri assiologici a fondamento della decisione è anzitutto oggetto di 'una decisione preliminare dell'interprete, che tiene conto del dato normativo, in tutta la sua pluralità semantica, solo in virtù della sua (peraltro ontologicamente relativa) datità'³⁸⁸.

Ciò inevitabilmente postula un ruolo dei tribunali costituzionali, che si devono muovere in tale ventaglio di opzioni possibili, secondo criteri interpretativi che non possono corrispondere a quelli legali. E' l'attitudine stessa ed il ruolo della Corte Costituzionale – interprete della Costituzione – a non consentire regole sull'interpretazione e applicazione delle norme costituzionali che non siano dettate dalla Costituzione medesima.

Un'apertura di senso dei precetti materiali contenuti in Costituzione, che tuttavia deve essere delimitata, dal momento che 'non si possono lasciare indeterminate le fondamenta dell'ordine politico della comunità'³⁸⁹. Ciò significa che il carattere aperto non significa intendere la norma costituzionale come 'norma a fattispecie aperta', 'cedevole' o 'duttile', nel senso che possa essere integrata da altre norme, il che le farebbe perdere il suo carattere di vincolo positivo obbligatorio, conservando, pertanto, solo la capacità di vietare le norme contrarie; ciò implicherebbe la tendenza ad un diritto costituzionale libero³⁹⁰. Come afferma Ruggeri³⁹¹, tale carattere ampiamente indefinito potrebbe servire come copertura ad operazioni teorico-dogmatiche tendenti ad esaltare la bontà di un'esperienza politica in corso, o per avvallare l'itinerario argomentativo di certi ragionamenti dell'interprete.

A mio parere, come in seguito cercherò di precisare, il carattere aperto della Costituzione non implica la carenza di contenuto obbligatorio e immediatamente

³⁸⁸ F. Rimoli, *op.ult.cit.*, pag. 259.

³⁸⁹ K. Hesse, '*Concepto y cualidad de la Constitución*', Escrito de derecho constitucional, trad. di P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1992, 17-19.

³⁹⁰ M. Dogliani, *L'interpretazione della Costituzione*, F. Angeli, Milano, 1982, pag.75.

³⁹¹ A. Ruggeri, '*La certezza del diritto allo specchio, il 'gioco' dei valori e le 'logiche' della giustizia costituzionale*', in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello stato*, Giappichelli, Torino, 1993, pag.240.

vincolante. La presenza dei principi e dei valori (positivizzati o no), insieme ad altri fattori, permette di realizzare diverse letture ma non qualsiasi lettura del testo costituzionale, dal momento che alcune sono proibite proprio dal testo costituzionale. Aldilà della considerazione se la Costituzione contenga prevalentemente regole o principi³⁹², il testo costituzionale “non andrebbe considerato come un progetto “di massima”, ma come un progetto “esecutivo”, essendo in esso prevista anche la disciplina del diritto proclamato³⁹³. Per usare le parole di Gadamer, il testo predetermina esattamente l’angolo “prospettico” dal quale l’interprete deve valutare la disposizione per penetrare nella norma che dovrà poi applicare al caso di specie: “l’interprete non sceglie, come vuole, il suo punto di vista, (ma) lo trova già prestabilito”³⁹⁴.

Il secondo tratto caratterizzante dell’interpretazione costituzionale è la sua *politicalità*, laddove possiamo intendere per *politicalità* quella connessione genetica e/o funzionale della Costituzione e della sua interpretazione con le relazioni “tra i diversi gruppi interessati all’utilizzare il potere dello Stato in direzioni prescelte”³⁹⁵. La *politicalità* dell’interpretazione della Costituzione deriva da quel condizionamento ‘dalle concrete situazioni di potere e di peso politico in cui versano gli organi costituzionali e le forze sociali che stanno dietro ad essi’³⁹⁶.

Tuttavia, si può dire che tale carattere di *politicalità* dell’interpretazione della Costituzione ‘non deve sottolinearsi a tal punto da far credere che l’interpretazione degli altri testi normativi non sia anch’essa politica, perché così facendo si traviserebbe la

³⁹² Il riferimento è alla tesi di A. Pace per cui una disamina puntuale del testo costituzionale porta a rilevare che “solo nei primi dodici articoli, collocati sotto la rubrica “Principi fondamentali”, sono effettivamente contenute “norme-principio”, anche se gli artt. 7, 8 e 12 sembrerebbero piuttosto delle “regole”, (che però per la loro importanza qualificante della forma di Stato il Costituente non poteva non inserire tra i principi fondamentali). Per contro gli enunciati della Parte I (“ Diritti e doveri dei cittadini”), tranne alcune ipotesi di norme squisitamente programmatiche (artt. 31, 35, 38, 45, 46, 47), esprimono – tutti- delle regole”: così l’Autore si esprime in *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Interpretazione della Costituzione*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli editore, Torino, 2007, pag. 87.

³⁹³ A.Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Interpretazione della Costituzione*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli editore, Torino, 2007, pag. 88.

³⁹⁴ H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., 679.

³⁹⁵ J. Wroblewski, *Constitución y Teoría General de la Interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pag.112.

³⁹⁶G. Zagrebelsky, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione* in *Giurisprudenza costituzionale* 1970, II, pag. 918.

realtà, la quale mostra che sempre, quando una certa fattispecie è da raffrontare ad una norma di diritto, e soprattutto quando essa è una norma di principio, sussiste quella possibilità o, anzi, quella necessità di inserire giudizi di valore ed operare scelte politiche nell'attività interpretativa. *Semmai è da dire che quando si tratta della Costituzione quella possibilità di scelta è maggiore che altrove, stante la maggior generalità ed astrattezza di molte sue disposizioni*³⁹⁷.

Nelle parole di Pierandrei³⁹⁸, il 'problema' dell'interpretazione costituzionale deriva dal fatto che 'la materia contemplata nella norma alla quale si riferisce è materia politica, e le norme costituzionali sono supreme proprio perché attengono a tale materia'.

La Costituzione, infatti, è la carta fondamentale nella quale sono racchiuse le norme che regolano tutta l'organizzazione statale nonché i rapporti politici e sociali. Più precisamente, in essa trovano collocazione le norme sui cc.dd. principi fondamentali dell'ordinamento, i criteri che reggono la vita dello Stato e della comunità sociale, le disposizioni relative ai diritti ed ai doveri dei cittadini. Le norme costituzionali recepirebbero, secondo la gran parte della dottrina, i principi e le ideologie che si sono affermati in seno alla collettività ed accoglierebbero i cc.dd. "indirizzi politici prevalenti" di un determinato contesto storico dai quali prende forma la struttura stessa dello Stato ³⁹⁹. Gli elementi politici esistenti in Costituzione condizionano la sua

³⁹⁷ G. Zagrebelsky, *Ibidem*, pag. 907.

³⁹⁸ F. Pierandrei, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, pag.552.

³⁹⁹ S.Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, definisce il concetto di 'regime politico' come il primo principio giuridico, il principio più generale, che ha natura ed efficacia costituzionale, e domina tutto l'ordinamento dello Stato, e l'interpretazione stessa della legge. In particolare, risulta proficuo riportare le sue parole: "Non senza ragione si potrebbe ritenere che 'regime' e 'governo' non siano che sinonimi. Ciò però è vero fino ad un certo punto. Per regime, almeno nella accezione più esatta, si intende il governo, non in uno dei significati della parola che si sono accennati, ma in quanto si vuole porre in rilievo con una formula sintetica il principio o indirizzo politico fondamentale (p.es. il principio liberale, il principio democratico, il principio socialista, ecc.). Tale principio, così inteso, naturalmente si riferisce a tutte le potestà governative, dalle più alte alle più subordinate e a tutte le persone ed enti cui queste potestà sono conferite. Esso, per conseguenza, coglie il governo in tutti i suoi aspetti, nel più saliente e comprensivo dei significati della parola, e lo caratterizza dal punto di vista accennato. Ed è principio, non soltanto politico ma giuridico, giacchè, a differenza degli indirizzi e dei programmi politici, più o meno particolari o contingenti la cui formulazione ed adozione rientra nella competenza di organi determinati, si compenetra nella stessa struttura e nei caratteri delle varie istituzioni, e si traduce in norme che è obbligatorio per tutti osservare. Anzi, è a dirsi che è il primo

interpretazione sovrapponendo al carattere linguistico dell'interpretazione la 'contestualizzazione', ciò implica che l'interprete dovrà condizionare il momento presente dell'applicazione della norma al caso concreto al momento storico in cui si elaborarono le suddette norme.

A tale opera di contestualizzazione si lega il terzo carattere dell'interpretazione costituzionale: cioè il suo carattere principialista ed assiologico.

Il carattere principialista del testo costituzionale orienta, infatti, l'interprete verso due direzioni: da un lato, inquadra i fatti in una sorta di 'precomprensione' di senso e di valore; dall'altro mostra le diverse possibilità interpretative possibili. L'astrazione e la generalità di cui è intessuta la norma di principio fa sì che ricada sul giudice il compito di 'riempire di vita e di contenuto, mediante un'interpretazione diretta a concretizzare i concetti indeterminati che rimettono a principi etici extra-legali ed a contenuti culturali o che si riferiscono ad elementi sociali ed economici cangianti'⁴⁰⁰.

Ciò che occorre evidenziare, dunque, è che se l'interpretazione costituzionale appare influenzata dal suo oggetto, al medesimo tempo, è lo stesso oggetto che influisce sul processo interpretativo.

Dal quadro fin qui descritto, emergono, quindi, tre conseguenze fondamentali in ordine alla concezione stessa dell'interpretazione costituzionale.

In primo luogo, si vuole rimarcare come le regole generali dell'interpretazione, contenute nel codice civile, non sono indipendenti né neutrali rispetto ai valori costituzionali, ma devono essere a loro volta interpretate conformemente con i principi costituzionali. La tesi dell'inapplicabilità sarebbe, infatti, condivisibile "solo se la norma delle preleggi di volta in volta considerata contraddicesse la natura rigida della nostra Costituzione", ma ciò non avviene in quanto la suddetta disciplina "è pienamente funzionale alla sua garanzia con riferimento al significato degli enunciati di cui essa si compone"⁴⁰¹.

principio giuridico, il principio più generale, e domina tutto l'ordinamento: esso si deve tenere presente così nell'interpretazione delle leggi, come nello svolgimento di ogni potere discrezionale".

⁴⁰⁰ O. Bachof, *Jueces y Constitución*, Taurus edizione, 1963, pag. 62.

⁴⁰¹ A. Pace, *op.ult.cit.*, pag. 95.

Bisogna, quindi, cogliere la peculiarità logica che assumono gli strumenti interpretativi statuiti dall'art. 12 delle Preleggi (letterale, storico, sistematico) quando entrano in contatto con i criteri interpretativi propri della materia costituzionale.

In secondo luogo, appare non errato affermare, dunque, che le regole contenute nell'art. 12 delle Preleggi, pur atteggiandosi come principi fondamentali e, in quanto tali, generali ed astratti, valevoli per l'interpretazione di tutte le norme giuridiche, "in virtù del rapporto di reciproca integrazione che le lega ai principi particolari a ciascuna *species* normativa, si atteggianno in maniera diversa ed assumono una diversa collocazione a seconda della materia nella quale vengono calate⁴⁰²". Se c'è un criterio ordinatore, questo è "nel" e "a partire dall'ordinamento costituzionale⁴⁰³". La Costituzione è il quadro giuridico - ambientale basico entro cui si deve necessariamente sviluppare l'interpretazione. E' dunque l'interpretazione sistematica che nel diritto costituzionale appare centrale, ma "in un significato del tutto peculiare rispetto alla dimensione chiusa del modello codicistico ... deve essere interpretazione necessariamente conforme a Costituzione⁴⁰⁴".

In terzo luogo, vi è la dimensione propriamente assiologica o valoriale, per cui la presenza di diritti fondamentali, ossia di istanze materiali, spinge l'interpretazione costituzionale a garantire la primarietà e il pluralismo di tali diritti. 'E' unicamente la Costituzione, nondimeno, che può *qualificare e fondare* tali valori appunto come tali, laddove alla legge non è consentito (oltre che -ovviamente disporre *contra Constitutionem*) compiere simili scelte qualificative e fondative, ma solo svolgerle e portarle ad effetto⁴⁰⁵.

In altri termini, i due momenti dei diritti e dell'ermeneutica appaiono inscindibilmente legati nell'esigenza di dare reale effettività alle enunciazioni costituzionali.

⁴⁰² Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, pag.13.

⁴⁰³ A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)* in *Enc.dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 201.

⁴⁰⁴ A. Morrone, *op.ult.cit.*, 201.

⁴⁰⁵ M. Luciani, *op.cit.*, pag. 46-47.

3.1.3 IL METODO SISTEMATICO E L'INTERPRETAZIONE CONFORME SECONDO IL PRINCIPIO DI SUPREMAZIA COSTITUZIONALE.

Vorrei, quindi, per quanto sopradetto soffermarmi sull'interpretazione sistematica onde verificare come i principi-valori costituzionali incidano su tale tradizionale metodo interpretativo.

Tale metodo parte dalla considerazione dell'ordinamento come un sistema, che deve essere interpretato in maniera coerente. Le norme, in altre parole, formerebbero una totalità coerente, onde ne deriva che la norma deve essere considerata – per una migliore comprensione di essa – “ nella (e considerare) la totalità delle norme”. Nelle parole di Capograssi, l'interpretazione del diritto sarebbe l'affermazione di tale unità: in essa “vi è non tanto e non solo un mostrare quello che c'è nella norma interpretata, ma un mostrare che nella norma interpretata c'è di più di quello che appare; c'è insomma tutta l'unità dell'ordinamento da cui essa nasce e di cui essa non è che una parte”. “E questo è in fondo”- egli conclude- “tutto il magistero dell'interpretazione: scoprire nella singola posizione il tutto, cogliere la singola posizione nella determinazione del tutto. L'interpretazione non è che l'affermazione del tutto, dell'unità di fronte alla particolarità e alla frammentarietà dei singoli comandi”⁴⁰⁶.

Tale considerazione sembra trovare più rigore laddove si riferisce all'interpretazione di norme costituzionali, le quali, come si sa, ordinate in un sistema, sembrano atteggiarsi più di altre norme giuridiche, come dotate di un'intrinseca coerenza legata al contesto storico di approvazione, ovvero alla fonte legislativa particolarmente solenne e rappresentativa, l'Assemblea Costituente, apparendo l'espressione di un unitario disegno normativo.

Occorre ricordare come il criterio sistematico, in senso ampio, ingloba tre argomenti: 1) *l'argomento a coherentia*, ossia l'interpretazione degli enunciati legali tenendo in considerazione che non possono esprimere norme tra di loro antinomiche; 2) *l'argomento sedes materiae*, per cui si deve attribuire il significato ad un enunciato con significato dubbio, tenendo in considerazione la collocazione dell'enunciato nel testo

⁴⁰⁶ Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere Milano*, II, 1959, pag. 113 ss.

normativo di riferimento; 3) l'argomento sistematico in senso stretto che comporta l'attribuzione di significato d'accordo con il contenuto di altre norme e del contesto.

L'importanza di tale metodo applicato alla Costituzione è stata segnalato tra i primi da Merola Chierchia ⁴⁰⁷, per cui l'interpretazione della Costituzione è sempre interpretazione del sistema costituzionale. “Ed invero, se la norma vive nel sistema come parte di esso non può esserne avulsa nel momento in cui se ne deve appendere il significato in funzione della sua applicazione concreta, ma deve essere riguardata in una prospettiva che abbracci tutto il sistema, in quanto la si consideri portatrice non soltanto del comando particolare che essa esprime, quanto di almeno una frazione di quel disegno razionale e finalistico che è il motivo ispiratore dell'intero ordinamento giuridico. Sicchè, sotto questo aspetto il sistema è in ogni singola norma e si presenta perciò come un elemento fondamentale dell'interpretazione”⁴⁰⁸.

La Corte costituzionale italiana ricorre con frequenza a questo criterio ermeneutico – il “principio generale che le norme della Costituzione non vanno considerate isolatamente, bensì coordinate tra loro, onde ricavarne lo spirito al quale la Costituzione si è informata e secondo il quale deve essere interpretata”⁴⁰⁹.

In particolare, dall'argomento *a coherentia* deriva una variante del metodo sistematico che è l'interpretazione adeguatrice, ossia la necessità di interpretare l'intero ordinamento in maniera conforme alla Costituzione, e che obbliga tutti i pubblici poteri chiamati ad applicare la legge ad adeguarla alla medesima. Tale principio, che incorpora in sé il germe dell'autoconservazione dell'ordinamento, stabilisce che una legge non debba essere dichiarata nulla fino a quando non possa essere interpretata in conformità alla Costituzione e, dunque, nelle parole di Hesse⁴¹⁰ assegna alle norme costituzionali non solo la funzione di norma-parametro, ma anche quella di norma di contenuto.

In particolare, Hesse pone in evidenza come la giurisprudenza del Tribunale tedesco abbia stabilito un nesso tra tale principio e ‘l'osservanza dell'ordine dei valori

⁴⁰⁷ P. Merola Chierca, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Cedam, Padova, 1978.

⁴⁰⁸ Merola Chierchia, *op.ult.cit.*, pag. 194.

⁴⁰⁹ Corte Cost. sent. 127/1957 in *Giur. Cost.*, 1957, 1092 ss.

⁴¹⁰ K. Hesse, *La interpretación constitucional, Escritos de derecho constitucional*, 2a, Ed. Madrid, 1992, pags. 50-51.

della legge fondamentale’, anche se l’autore propende maggiormente per rilevare un nesso tra l’interpretazione conforme ed il principio di unità dell’ordinamento.

Se il canone dell’interpretazione adeguatrice o conforme può essere inteso come una variante della semplice interpretazione sistematica, ‘è altrettanto indiscutibile che qui la legislazione ordinaria non fa sistema in sé medesima, bensì con la normativa costituzionale’⁴¹¹.

A sostegno di quanto detto, giova riportare significativa giurisprudenza costituzionale.

In particolare emblematico appare il passo della sentenza della Corte Costituzionale italiana n.113/2000⁴¹², laddove il canone ermeneutico dell’interpretazione conforme viene ricondotto al principio di supremazia della Costituzione: “eventuali residue incertezze di lettura sono del resto destinate a dissolversi una volta che sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale, il quale impone all’interprete di optare, tra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che renda la disposizione conforme alla Costituzione: nella specie conforme al principio del giusto processo”.

In particolare, nella specie, il giudice *a quo* riteneva che l’art. 36 c.p.p., nella sua attuale formulazione, concernente l’astensione del giudice, non conteneva alcuna disposizione idonea a scongiurare il pericolo di menomazione dell’imparzialità nei casi in cui il pregiudizio provenisse dall’avvenuto esercizio di funzioni in un procedimento diverso, poiché ‘le altre gravi ragioni di convenienza’, di cui parla il primo comma alla lettera h, sarebbero esclusivamente extraprocessuali, non riguardando il compimento di attività giurisdizionale, ma soltanto situazioni che investirebbero il giudice come privato, e sollevava quindi la relativa *quaestio legitimitatis*.

Ma, secondo la Corte, “il valore deontico del principio del giusto processo si esprime, in questo caso, sul piano interpretativo ed impedisce di attribuire alla locuzione “altre gravi ragioni di convenienza un significato così ristretto da escludervi l’esercizio di funzioni in un diverso procedimento che abbia avuto, in concreto, un contenuto

⁴¹¹ F. Modugno, *op.ult.cit.*, pag. 325.

pregiudicante”, per cui “la disposizione in oggetto pone una norma di chiusura a cui devono essere ricondotte tutte le ipotesi non ricadenti nelle precedenti lettere e nelle quali tuttavia l’imparzialità del giudice sia da ritenere compromessa”.

Quindi già la lettera della legge va interpretata alla luce del principio (costituzionale) del giusto processo.

Non basta. La Corte procede oltre. Perché, se pure “il termine ‘convenienza’ che nel linguaggio comune allude a regole non giuridiche di comportamento sociale, sembrerebbe invero orientare nel senso che i presupposti di questa figura di astensione abbiano natura extraprocessuale, sicchè il giudice che sia chiamato a farne applicazione sia investito di facoltà discrezionali assai ampie”, tuttavia, “tale rilievo, *meramente lessicale*, perde il suo carattere di decisività se la proposizione normativa viene letta in *connessione logico-sistematica con le altre previsioni del medesimo art.36*”. All’interpretazione letterale segue, quindi, l’applicazione del canone di interpretazione endosistemica: “alla lettera h) si parla di ‘altre’ gravi ragioni di convenienza. E “non importa se ‘altre’ stia qui per ‘diverse’ o per ‘ulteriori’; rivela unicamente il fatto che grazie all’uso di questo termine tutte le cause di astensione elencate nelle precedenti lettere dello stesso comma 1 dell’art.36, nel linguaggio del legislatore, sono da considerare a loro volta, ‘altre’ e, quindi, ‘ragioni di convenienza’ anch’esse (per es. quelle di cui alla lett.g), “molte delle quali hanno sicuramente origine processuale”.

E allora “la parola ‘convenienza’ assume un valore prescrittivo tale da imporre l’osservanza di un obbligo giuridico che non riguarda soltanto situazioni private del giudice, ma include l’attività giurisdizionale che egli abbia svolto, legittimamente, in altri procedimenti”.

In definitiva, prima ancora di ricorrere al canone ermeneutico preminente (il principio di supremazia costituzionale) che “impone” all’interprete di optare, tra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che renda la disposizione conforme alla Costituzione, è già l’argomento logico-sistematico da ritenersi prevalente su quello letterale o lessicale che pure, alla luce del principio del giusto processo, giustificava di

⁴¹² Sulla stessa linea si situano le sentenze 306, 307 e 308 del 1997, nelle quali si è indicato, per la realizzazione del giusto processo, in simili casi, il più duttile strumento dell’astensione o della ricasazione, che consente valutazioni caso per caso.

per sé, un significato tale da non escludere “l’esercizio di funzioni in un diverso procedimento che abbia avuto, in concreto, un contenuto pregiudicante”.

La sentenza risulta esemplare in quanto mostra come i tre metodi richiamati, l’argomento letterale, quello logico-sistematico (endosistematico) e l’argomento di conformità a Costituzione concorrono tutti alla determinazione di un significato della disposizione che ne escluda l’illegittimità costituzionale.

Negli stessi termini, si esprime il Tribunal Constitucional spagnolo che, in numerose occasioni, ha affermato come nell’interpretare una norma bisognasse “scegliere tra i suoi possibili significati quello più conforme alle norme costituzionali”⁴¹³.

Per concludere sull’influenza che il contenuto principialista della Carta Costituzionale produce sul metodo interpretativo sistematico, vorrei richiamare le parole della Corte Costituzionale nella nota sentenza 1 del 2013, laddove definendo il contenuto dell’immunità presidenziale si afferma in maniera perentoria: *“La Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria – determinandone la illegittimità in caso di contrasto – ma contribuiscono a conformare tale legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire ad ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali, sollevando la questione di legittimità davanti a questa Corte solo quando sia impossibile, per insuperabili barriere testuali, individuare una interpretazione conforme. Naturalmente allo stesso principio deve ispirarsi il giudice delle leggi. La conformità a Costituzione dell’interpretazione giudiziale non può peraltro limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento. La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un’interpretazione frammentaria delle disposizioni*

⁴¹³ STC 19/1982 del 5 di maggio, f.j.7. Questa idea viene frequentemente ripetuta dal Tribunale; così sentenze 75/1982, del 13 dicembre, f.j.2; 34/1983, del 6 di maggio; f.j.3; 62/1983, del 11 luglio,

normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela”.

E proprio tali parole ci conducono all’ulteriore argomento interpretativo che risulta in forte connessione con la componente principialista della Costituzione.

3.1.4 L’ARGOMENTO TELEOLOGICO ED I VALORI-FINI

Altro argomento su cui l’influenza del contenuto principialista della Costituzione risulta particolarmente evidente è quello teleologico. L’argomento teleologico, o della *ratio legis*, richiede di attribuire ad una disposizione il significato corrispondente non alla soggettiva intenzione del legislatore – bensì allo scopo o *policy* o *ratio* oggettiva della norma: ciò che permette di distinguerlo duplicemente dall’argomento psicologico⁴¹⁴. L’argomento teleologico è caratteristico del metodo interpretativo oggettivo, opposto al metodo soggettivo, rappresentato (se non esaurito) dall’argomento psicologico; esso, in secondo luogo, è caratteristico del metodo interpretativo evolutivo o dinamico, che adegua il significato della disposizione all’evoluzione dei rapporti sociali, opposto al metodo originalista o statico, che fissa definitivamente il significato della disposizione, anch’esso rappresentato dall’argomento psicologico⁴¹⁵.

L’argomento teleologico si relaziona con il metodo sistematico dal momento che lo spirito e la finalità di una norma costituzionale può rilevarsi solo avendo riguardo al complesso della Costituzione, intesa come unità sistemica.

Laddove, dunque, cediamo all’intuitiva equazione per cui i fini dell’ordinamento costituzionale non sono altro che i principi-valori che l’ordinamento persegue, non può che affermarsi che il sistema dei valori costituzionali impone un’interpretazione finalistica del testo costituzionale.

In tali termini, detta relazione è stata affermata dall’organo di giustizia costituzionale.

f.j.3;122/1983, del 16 dicembre, f.j.1, 5, 6 e 7; 22/1984 del 17 febbraio, f.j.3; 67/1984 del 7 giugno, f.j. 3; 93/1984, del 16 di ottobre, f.j. 5 etc.

⁴¹⁴ L’opposizione concettuale netta è vaga nell’applicazione. L’interpretazione (psicologica), in termini di intenzione del legislatore sfuma spesso nell’interpretazione teleologica, in termini di intenzione della legge: come osserva R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 153-156.

⁴¹⁵ Sull’interpretazione teleologica, si veda J.Bell, *Policy Arguments*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

Valgano tra tutti due esempi di suddetta relazione finalistica stabilita tra l'interpretazione costituzionale ed i valori-fini.

Il primo è nel campo delle prerogative parlamentari. In particolare, la necessità di interpretare l'immunità parlamentare d'accordo con la sua finalità fa sì che la stessa non possa concepirsi come un privilegio, il che contrasterebbe con il principio di legalità e con gli altri valori costituzionali ad esso legati.

In particolare, giova riportare quanto sancito dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza *120 del 2004*, laddove nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 68, primo comma, e 117 della Costituzione, sancisce: *“Nel raffrontare peraltro la disposizione legislativa censurata al parametro costituzionale il compito più problematico che si presenta a questa Corte è proprio quello di definire una volta per tutte ed in modo esaustivo l'ambito precettivo dell'art. 68, primo comma, della Costituzione, ossia il contenuto della prerogativa parlamentare in esso prevista, che segna i confini oltre i quali la giurisdizione non può spingersi. L'art. 68 contiene infatti principi che presiedono alla garanzia delle attribuzioni delle Camere e dell'autorità giudiziaria contro reciproche interferenze e, al contempo, sono preordinati alla tutela di beni costituzionali potenzialmente confliggenti, i quali, per coesistere, debbono essere di volta in volta temperati per essere resi tra loro compatibili: da un lato l'autonomia delle funzioni parlamentari come area di libertà politica delle Assemblee rappresentative; dall'altro la legalità e l'insieme dei valori costituzionali che in essa si puntualizzano (eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, eguale tutela giurisdizionale e diritto di agire e di difendersi in giudizio, ecc.)”*.

Come si vede, il principio di legalità e quel coacervo di valori che in esso si specifica ulteriormente e si puntualizza agisce sull'interpretazione *finalistica della prerogativa* (non è un caso l'uso del termine 'preordinati') in maniera limitativa: il contenuto della prerogativa parlamentare deve rendersi compatibile con quel quadro di valori costituzionali.

Il riferimento alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo è ancora più chiarificatrice sul punto, laddove nella sentenza 90/1985 sancisce: “*la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de Diputados o Senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de Jueces y Tribunales. La existencia de tal tipo de privilegios pugnaría, entre otras cosas, con los valores de «justicia» e «igualdad» que el art. 1.1 de la C.E. reconoce como «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico*”.

Tuttavia, l'esempio a mio parere più qualificante dell'influenza assiologica sull'interpretazione costituzionale è data dalla tutela dei diritti fondamentali. Prima di approfondire tale aspetto dell'interpretazione costituzionale, che ne definisce la peculiarità, punto di passaggio obbligato è l'analisi del metodo scientifico spirituale propugnato da R. Smend.

La teoria dell'integrazione di Smend produce conseguenze sull'interpretazione costituzionale, dal momento che la stessa si fonda sulla concezione di Costituzione quale comunità di valori effettivamente vivi e che richiedono un continuo processo di integrazione dell'ordinamento giuridico. Smend, infatti, rifiuta il metodo formalista nell'interpretazione, in quanto questo prescinde “da un fondamento cosciente nella teoria dello Stato basata sulla scienza dello spirito, che rende l'essenza materiale concreta del suo oggetto il punto di partenza per qualsiasi lavoro giuridico”⁴¹⁶. L'interpretazione costituzionale, invece, secondo l'autore tedesco deve orientarsi al senso ed alla realtà della Costituzione. Nell'interpretazione della stessa, si dovrebbe tenere in considerazione che i testi costituzionali sono leggi vive, il cui oggetto è un processo vitale unitario che produce tale realtà continuamente. Di conseguenza: 1) i fatti particolari del diritto politico non devono considerarsi in maniera isolata, ma “come elementi pertinenti al tutto funzionale dell'integrazione”; 2) inoltre, deve dedursi la differenza tra la giurisdizione statale, la civile o l'amministrativa e quella costituzionale; 3) la terza conseguenza interpretativa si fonda nel diverso valore e rango delle norme

⁴¹⁶ Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht, Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pags. 191 ss.

del diritto politico, in relazione al contesto integrativo con cui le stesse entrano in relazione.

In definitiva, se per Smend il sistema dei valori o “sistema culturale” costituisce il substrato materiale integratore della comunità, per cui tali valori si connotano inevitabilmente di un carattere dinamico e devono essere applicati e adattati continuamente.

Il ricorso ai valori obbliga, quindi, ad una ricerca spirituale del contenuto assiologico del testo costituzionale; ne deriva che l’interpretazione si configura più che come attività diretta a conoscere il significato del testo costituzionale, come strumento per comprendere ‘il senso’ e ‘la realtà’ della legge costituzionale.

Nelle parole di Böckenforde, per la teoria data ‘il processo di realizzazione della Costituzione e la funzione della stessa nella realtà sociale e politica sono i parametri per determinare il contenuto della propria Costituzione’; si concede rilevanza normativa agli enunciati con una funzione sociale, che considerati in sé stessi non sono altro che una descrizione della realtà. Si tratta, pertanto, di una teoria sociologica dell’interpretazione⁴¹⁷.

Certamente tale teoria interpretativa concede una grande importanza ai valori come parte del processo di integrazione e, anche nello stesso procedimento ermeneutico della Costituzione, tali valori sociali (ed in generale i fattori sociali che intervengono nel processo d’integrazione) paiono imporsi sul testo costituzionale, o al meno ne determinano la gerarchia interna. Ciò tuttavia non conduce ad estendere il dato normativo fino a ricomprendervi valori non espressamente previsti o accoglierne altri in espresso contrasto. Il dato scientifico-spirituale deve indurre l’interprete a sviluppare o concretizzare i valori insiti nel testo ma non ad introdurne altri, che pure potrebbero essere vivi per la comunità.

Per i più, le idee anteriormente esposte possono incontrarsi nella teoria dei diritti fondamentali come ordine dei valori, alla quale dedichiamo il successivo paragrafo.

⁴¹⁷ Böckenforde, *op.ult.cit.*, pag. 29-30.

3.1.6 LA DIMENSIONE ASSIOLOGICA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

L'influenza dei valori si rivela sull'interpretazione dei diritti fondamentali come ordine oggettivo assiologico: interpretazione propugnata soprattutto dal Tribunale federale tedesco, a partire dall'importante e già citato caso "Luth", in cui si affermò che la Legge fondamentale 'nella sua parte sui diritti fondamentali ha eretto anche un ordinamento assiologico oggettivo e proprio in ciò si esprime un sostanziale rafforzamento nell'efficacia dei diritti fondamentali stessi. Questo sistema dei valori, che trova il suo fulcro nella personalità umana e nella sua dignità che si sviluppa liberamente all'interno della comunità sociale, deve valere come decisione fondamentale di diritto costituzionale per tutti gli ambiti del diritto; legislazione, amministrazione e giurisprudenza ricevono da esso direttive ed impulsi. Così, esso influenza chiaramente anche il diritto civile; nessuna norma civilista può essere in contrasto con esso e ogni norma deve essere interpretata nel suo spirito'⁴¹⁸.

Poco tempo prima, il medesimo Tribunale affermò che l'art. 6.1 della Legge Fondamentale ('Il matrimonio e la famiglia si trovano sotto la speciale protezione dell'ordine statale'), più che un diritto fondamentale classico, rappresenta 'una norma di principio, ossia un'assiologia vincolante per tutto l'ambito del diritto pubblico e privato che riguardi il matrimonio e la famiglia' o, in generale, che 'la legge fondamentale, che non vuole essere un ordinamento neutrale rispetto ai valori, ha immesso nel settore dei diritti fondamentali un ordine oggettivo dei valori'⁴¹⁹.

In tale giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, possono riconoscersi due fasi segnalate dallo stesso Böckenförde: da un lato, l'intera parte dei diritti fondamentali appare come ordinamento assiologico oggettivo e come sistema di valori che pretende di essere efficace in tutti gli ambiti del diritto; dall'altro - contemporaneamente e di conseguenza - i singoli diritti fondamentali vengono interpretati di per sé come norma fondamentale di diritto oggettivo, dirimente nel merito dei valori.

⁴¹⁸ BVerfGE 7, 198 (205); citato da Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pag.106.

⁴¹⁹ BVerfGE 7, 200, citata da C. Amirante, 'La Costituzione come 'sistema di valori' e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale federale, in *Politica del Diritto*, 1981, pag.46.

In definitiva, i diritti fondamentali appaiono connotati nella giurisprudenza del Tribunale tedesco da una duplice dimensione: da una parte essi sono diritti soggettivi di libertà orientati alla difesa del singolo nei confronti dello Stato; dall'altra, sono norme oggettive di principio o scelte di valore con riferimento a tutti gli ambiti del diritto⁴²⁰.

Orbene, le conseguenze applicative di tale interpretazione oggettiva ed assiologica dei diritti fondamentali vengono evidenziate dallo stesso Böckenförde:

- 1) Il cosiddetto 'effetto di irradiazione' o '*vis expansiva* e attraente dei diritti fondamentali' che suppone 'l'espansione dell'applicabilità dei diritti fondamentali per intensità ed estensione'. Ne deriva che tutto l'ordinamento deve interpretarsi d'accordo con gli stessi e, che tra le varie interpretazioni, si deve scegliere quella più favorevole alla tutela del diritto fondamentale.
- 2) Figlio legittimo di tale irradiazione è il cosiddetto effetto nei confronti di terzi dei diritti fondamentali, ossia nella misura in cui 'sembra che tali contenuti possano svilupparsi al di là delle clausole generali o di altre particolari regolamentazioni legali di un ambiente giuridico specifico'; tale sviluppo si può, quindi, realizzare attraverso la via interpretativa e l'impiego di questo stesso precetto, ossia attraverso la via dell'effetto indiretto nei confronti di terzi.
- 3) I diritti fondamentali si configurano come compiti di azione e quali doveri di protezione da parte dello Stato: ciò implica che il dovere dello Stato rispetto agli stessi non si esaurisce nella mera astensione o rispetto di un contenuto di libertà negativa, ma presenta una

⁴²⁰ In particolare, il Tribunale federale tedesco ha assunto il carattere di norma oggettiva di principio e di scelta assiologica per la maggior parte dei diritti fondamentali e non ha finora escluso tale carattere per nessuno di loro. Lo stesso Tribunale spagnolo ha segnalato espressamente che: "i diritti fondamentali rispondono ad un sistema di valori e di principi di portata universale che soggiacciono alla Dichiarazione Universale ed ai diversi trattati internazionali sui diritti umani, ratificati dalla Spagna e che, assunti come decisioni costituzionali fondamentali, devono informare l'intero ordinamento giuridico; e, in generale, ha distinto un doppio carattere dei diritti fondamentali: più che essere diritti soggettivi, presentano una dimensione oggettiva, cioè sono 'elementi essenziali di un ordinamento oggettivo della comunità nazionale', e al tempo stesso 'sono l'espressione giuridica di un sistema di valori che, per decisione del

dimensione positiva di protezione dei valori plasmati nei diritti fondamentali. Significativa, a tale ultimo riguardo è la giurisprudenza del Tribunale federale in materia di interruzione della gravidanza che considera il dovere di proteggere la vita in sé come parte del diritto fondamentale del nascituro, ma è qui sullo sfondo la duplice valenza del diritto fondamentale in quanto diritto soggettivo di difesa e in quanto norma di principio che implica una scelta di valore: *“Il dovere di protezione da parte dello Stato è esteso. Esso non impedisce solo gli interventi diretti dello Stato contro una vita che si sviluppa, ma impone inoltre allo Stato di porsi di fronte a questa vita per proteggerla e promuoverla, soprattutto nel senso di garantirla anche da interventi illeciti da parte di terzi”*⁴²¹.

Tale ultimo sviluppo interpretativo dell’identificazione dei diritti fondamentali con le scelte di valore ci riporta ai ragionamenti pregressi, già indicati dalla sentenza del Tribunale spagnolo sulla medesima questione, ed a quell’ambito di arbitrarietà che sembra insito nell’abbracciare un’interpretazione per valori.

3.1.7 LA SPECIFICITÀ DEI PRINCIPI: LA DISTINZIONE TRA DISCREZIONALITÀ E INDETERMINATEZZA

Una volta, dunque, ricostruita la specificità dell’interpretazione costituzionale in relazione ad i valori, si può cercare di delineare una prima ipotesi ricostruttiva della relazione tra principi e valori nell’opera dell’interprete costituzionale.

La vera grande differenza tra principi e valori (positivizzati o no) sembrerebbe risiedere nel fatto che i valori possiedono solo un’efficacia interpretativa. E tale efficacia opera in modo diverso a seconda che l’interprete sia il legislatore (l’interprete politico della Costituzione) o il giudice (l’interprete giuridico). Solo il primo, il legislatore può, all’interpretare la Costituzione, proiettare (o convertire) il valore in una

costituente, deve informare il complesso dell’organizzazione giuridica e politica del paese’ vedi STC 25/1981 del 14 di luglio, f.j.5.

⁴²¹ BVerfGE, 39, 1(42).

norma, ossia, creare una norma come proiezione di un valore; il giudice, al contrario, non può effettuare la stessa operazione (perché non può sostituirsi al legislatore nel nostro sistema di diritto), ma solamente riconnettere il valore ad una norma (per interpretarla) che gli viene data e che non può creare.

I principi giuridici, al contrario, più che servire ad interpretare le norme possono raggiungere una ‘proiezione normativa’ tanto per opera del legislatore come per opera del giudice. Il giudice potrà sempre trarre dal principio giuridico la regola da applicare al caso concreto. E ciò perché i principi sono prescrizioni giuridiche generalissime o, se si vuole, formule di diritto fortemente condensate che rilasciano nel suo seno indizi o germi di regole. Per cui il giudice, nei casi in cui si vede obbligato ad estrarre la regola per il caso concreto, non starà semplicemente sostituendosi al legislatore, ma starà compiendo le prescrizioni che quel legislatore (costituzionale ed ordinario) ha dettato, applicando il “diritto condensato” che, in forma di principi, è contenuto nella disposizione normativa.

L’acuta distinzione che effettua J.Stick tra ciò che è ‘imprevedibile’ (che corrisponde alla libera opzione giuridica) e ciò che è ‘indeterminato’ (che corrisponde alla discrezionalità giuridica) per combattere la tesi che in fondo tutto il diritto è manipolabile, rappresenta una distinzione assolutamente utile ai fini di distinguere tra principi e valori. I valori sono enunciati che possono rientrare nel campo dell’imprevedibilità, in quanto la loro proiezione normativa si regge su criteri soggettivi (che l’opportunità politica somministra). I valori di per sé non esprimono un dover essere giuridico. “Affermare che la libertà, la democrazia e l’uguaglianza siano valori costituzionali significa fermarsi alla soglia della prescrittività. Per varcare tale soglia, è necessario riferirsi alle norme ed ai principi costituzionali che conferiscono ai valori predetti rilevanza giuridica, calandoli in fattispecie al cui verificarsi collegano determinate conseguenze”⁴²². I principi, invece, sono enunciati che appartengono al campo dell’indeterminatezza, in quanto la loro proiezione normativa si regge su criteri oggettivi che lo stesso diritto delimita e definisce

⁴²² D’Atena A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, pag. 3068.

Pertinenti apparirebbero, dunque, le parole di Mengoni il quale afferma che: “E’ vero che i valori morali positivizzati nella costituzione formale conservano il loro statuto logico originario che è quelli dell’etica filosofica. Ma già secondo questo statuto essi avanzano un’istanza di vigenza assiologica, fondata sui loro contenuti di valore, analoga alla verità. Questa istanza assurge a normatività mediante la formulazione del valore in termini deontici, cioè appunto in veste di principio (costituzionalmente sancito)⁴²³”.

Or dunque, in tale senso si può evidenziare come la vera distinzione tra principi e valori costituzionali risiede nella loro capacità di concretizzarsi in regole. Nel caso dei valori tale attività di concretizzazione passa attraverso un margine valutativo alquanto ampio e ciò non solo perché la Costituzione garantisce il pluralismo politico quanto perché lo stesso enunciato denuncia il proprio carattere valorativo: un fine, giuridicamente dichiarato, ma un fine che non contiene elementi giuridici più che la sua sola dichiarazione.

Diversamente accade per ‘i principi’ la cui indeterminatezza non risiede nello stesso enunciato: questo seppur astratto appare determinato come principio. L’indeterminatezza risiede nel grado di relazione del principio con la regola in cui si può convertire il principio. Dai principi, quindi - secondo un’accezione che già fu di R. Alexy - non si può fare scaturire in modo predeterminato ed univoco l’unità dell’ordinamento, poiché la loro caratteristica precipua (che varrebbe a distinguerli dalle regole), sarebbe propriamente quella di essere “precetti di ottimizzazione” che indirizzano e prescrivono ciò che andrebbe perseguito tramite specifiche regole di diritto. Tali regole non sono determinate dal principio, dal momento che tale determinazione (assenza di libertà interpretativa) è possibile solo attraverso le distinte regole che si possono derivare dal principio medesimo, per la semplice ragione che solo la regola può contenere la determinazione di altre regole derivate da essa. Le regole determinate da un principio sono, quindi, ‘prevedibili’ in termini giuridici. E sono ‘prevedibili’ in quanto il principio giuridico, come diritto condensato, non permette che

⁴²³ L.Mengoni, *op.cit.*, pag.124.

nel suo ‘sviluppo’ si dettino o si creino regole tipi di regole ma solo quelle che possano dirsi comprese nella varietà delimitata che il principio realizza.

È quindi necessario distinguere il bilanciamento dei valori da quello dei principi: “gli organi dello Stato possono (e devono) bilanciare solo principi, devono, cioè, partire dal dato positivo delle disposizioni costituzionali e possono risalire ai valori solo per acquistare migliore consapevolezza del contenuto attuale dei principi stessi nella perenne opera di adeguamento del diritto alla realtà sociale”⁴²⁴.

L’attività degli interpreti della Costituzione si caratterizza pertanto per lo sforzo di dovere procedere, nei limiti consentiti dal testo delle disposizioni costituzionali, all’individuazione dei significati (normativi) resi possibili dall’elasticità della Costituzione senza potersi spingere sino a introdurre nuovi valori o a formulare schemi di bilanciamento che non rispondano a criteri logici verificabili con riferimento a principi costituzionalmente sanciti⁴²⁵.

Occorre, quindi, evidenziare un punto fermo: l’interprete, in particolare il giudice, non può pretendere di rinvenire in Costituzione valori che non siano manifestati dal testo. Ciò è argomentato con forza da autorevole dottrina sulla base della discussa interpretazione dell’art. 2 della Costituzione come clausola aperta. Si è ritenuto, infatti, che una concezione estremizzata del catalogo aperto dei diritti inviolabili dell’uomo condurrebbe l’interprete a identificare diritti “nuovi” senza preoccuparsi di trovare un fondamento testuale, di fatto invadendo delle scelte propriamente riservate al potere costituente. “E lo farebbe alterando l’equilibrio complessivo dei diritti e – più in generale – dei valori costituzionali: nessun ampliamento del catalogo dei diritti è senza costo, non solo e non tanto perché ogni diritto amplia le posizioni di svantaggio e soggezione che sono funzionali al suo soddisfacimento, ma anche e soprattutto perché quel nuovo diritto altera la posizione relativa dei diritti preesistenti, spostando i termini di bilanciamento al quale sono destinati i valori in conflitto con altri diritti o valori concorrenti”⁴²⁶.

⁴²⁴ Silvestri, *Dal potere ai principi – Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 39; in senso conforme cfr. O. Chessa, 2002, 224 ss.

⁴²⁵ *ibidem*, 40.

⁴²⁶ M. Luciani, *op. cit.*, pag. 47.

Si può, dunque, concludere che il rapporto tra l'interprete della Costituzione e il testo si atteggia in maniera diversa da quello che è esperito dall'interprete della legge. In definitiva: se per tutti gli interpreti il testo è necessariamente il significante di riferimento, per l'interprete della Costituzione quel significante reclama una maggiore stabilità di quella richiesta dalla legge e “sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico”⁴²⁷; *in primis* ai principi sanciti nel testo costituzionale, la cui indeterminatezza non può, dunque, convertirsi in imprevedibilità interpretativa, proprio per la fondante ragione che il principio costituzionale, in forza della sua stessa dimensione strutturale ed insieme testuale, reclama una dimensione assiologica coerente con quel ‘patto fondamentale’ che deve guidare l'interprete.

II. LA PROSSIMITÀ DEI PRINCIPI ALLA LOGICA DEI VALORI. LA FUNZIONE LIMITATRICE

3.2.1 LA COSTITUZIONE COME INSIEME DI VALORI-FINI NON INTERAMENTE COMPONIBILI

Dal quadro fin qui descritto, emerge una Costituzione pluralista in continuo divenire e ciò in ragione della perenne ridefinizione dei concreti equilibri tra valori a cui danno vita i poteri costituiti nella continua strutturazione dei principi. Si è perciò detto che riconoscere l'istanza assiologica del nostro ordinamento porta a rileggere in termini sostanziali e non solo formali i rapporti tra gli elementi del sistema.

Tali assunti che si è tentato di sviluppare rimandano però ad altrettanti nodi che non si pretende di sciogliere ma che non di meno vanno esaminati.

In primo luogo, assunto il fondamento del quadro assiologico di riferimento come il risultato della volontà costituente, bisogna riflettere su quali siano le dinamiche della penetrazione dei valori costituzionali all'interno dell'esistente giuridico ed in particolare nel sindacato di costituzionalità delle leggi.

Un esistente giuridico che appare strutturato su due distinti livelli, che usando il lessico weberiano⁴²⁸, possono ricondursi a due diverse forme di razionalità: l'una

⁴²⁷ M. Luciani, *op. cit.*, pag. 48.

⁴²⁸ Weber, *Economia e Società*, I, Milano, 1980, pag.21.

legata alla razionalità rispetto allo scopo (la legge, espressione del principio maggioritario) e l'altra legata alla razionalità rispetto al valore.

Riprendendo le parole di Mezzanotte possiamo dire che “fra i due tipi di razionalità si stabilisce una correlazione che è ad un tempo di reciproca complementarità e di proporzionalità inversa: di complementarità, in quanto i moderni sistemi pluralistici non poggiano mai su un solo tipo di razionalità; costituisce anzi un dato di comune esperienza il fatto che tali sistemi reagiscano al loro *deficit* di legittimazione (o se si preferisce ai problemi di stabilità connessi alla crescita del pluralismo), moltiplicando i fondamenti di giustificazione del potere e diversificando la stessa tipologia delle prestazioni di unità; di proporzionalità inversa, in quanto all'eventuale incremento dell'un tipo di razionalità fa riscontro un decremento dell'altro”⁴²⁹.

Fermo quanto detto nelle pagine precedenti, si può ragionevolmente sostenere che una democrazia pluralista non può germinare da un unico valore di riferimento ma vive nel confronto problematico che le diverse istanze di valore contemplano.

Ne discende un'importante conseguenza in ordine al rapporto tra Costituzione ed ordinamento giuridico: ‘la Costituzione non può mai trasfondersi nell'ordinamento *uno actu*, ma deve dare la percezione di sé, e del suo essere sistema di principi normativamente organizzati e unitari, senza mai risolversi nell'insieme delle sue manifestazioni’⁴³⁰.

In particolare, essa potrà dirsi operante quale reale fattore di unificazione solo allorquando si rappresenti come un *quid* di esterno o trascendente rispetto alle forze che la sostengono, e non si identificasse invece con le ideologie, le aspirazioni, i programmi di una maggioranza⁴³¹.

⁴²⁹ C. Mezzanotte, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, 1984, in *Costituzionalisti del XX secolo*, Collana diretta da F. Modugno e M. Ruotolo Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

⁴³⁰ C. Mezzanotte, *op.cit.*, pag.98.

⁴³¹ E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1968, pag. 131 ss.

3.2.2 IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ COSTITUZIONALE E LA POSIZIONE DI UN'ISTANZA ISTITUZIONALIZZATA IN BASE AL VALORE

La conclusione di quanto sopra detto è che si genera un sistema giuridico bipolare, 'poiché tra Costituzione e legge esiste un rapporto di separatezza che nessuna raffigurazione gradualistica riuscirebbe a rimuovere'⁴³².

A questo proposito diventa illuminante l'osservazione del Falzea, secondo la quale, "la legge, che prima dell'avvento della Costituzione era il giudice supremo della validità giuridica, è divenuta essa stessa oggetto di una superiore valutazione di legittimità. La legge continua a giudicare della validità degli atti pubblici o privati che si compiono nel contesto della vita giuridica della comunità e, con essi, della realizzazione, nell'ambito del diritto, dei relativi interessi e valori; ma il modello legale di validità deve a sua volta confrontarsi con il modello di legittimità e con gli interessi ed i valori che via stanno a fondamento'.

Con lo sdoppiamento dei significati di legalità, la forza obbligatoria del diritto da predicato assoluto di un'unitaria idea di legge, diventa, infatti, attributo di due distinti ed autonomi fondamenti giustificativi: da una parte la forza obbligatoria (o efficacia giuridica) della Costituzione, che riflette (prevalentemente) una credenza di razionalità rispetto al valore; dall'altra parte la forza obbligatoria della legge, che rispecchia, invece, una credenza di razionalità rispetto allo scopo.

García de Enterría risolve tale sdoppiamento del significato della legalità nella dicotomia esistente tra *lex* e *ius*, laddove per quest'ultimo si intende quel sistema di valori materiali che la Costituzione proclama senza ambiguità, e al quale la legge deve soggiacere⁴³³.

Principio fondamentale dello Stato giuridico diviene, dunque, il principio di supremazia costituzionale, per cui la Costituzione non può essere considerata in un

⁴³² C. Mezzanotte, *op.cit.*, pag.100.

⁴³³ Analoghe riflessioni sono svolte da S. Cognetti, in *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale ed analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 16 ss. In tale opera, S.Cognetti mostra come dallo stesso ceppo etimologico, ossia dal verbo 'iubere' derivi lo '*ius*' inteso come *obbligo materiale* di conformarsi alla regola dettata dal potere costituito che dall'alto ne impone l'esecuzione ("*ius iussum*"); lungo l'altra direttrice, lo '*ius*' inteso come *obbligo morale* che promana dal basso, dal cuore e dalla coscienza degli uomini, conformemente al sentimento di equità dettato dalla percezione comune e diffusa, immanente al diritto naturale ('*ius iustum*').

rapporto di derivazione necessaria con la legge, rispetto alla quale costituirebbe un sistema autonomo.

Orbene, la contemporanea esistenza di due diversi tipi di legittimità se da un lato comporta un rapporto di separazione/supremazia della Costituzione rispetto alla legge, che si vede sottratta il terreno del valore, dall'altro lato trascende nell'assoluta esclusione di un modello di sindacato diffuso, affidando all'organo costituzionale il ruolo di interprete unico e supremo della Costituzione.

In altri termini, il potere della *Costituzione materiale*, concepita come *vivente*, ossia in una perenne e continua compenetrazione con le istanze di valore, nonché la forza dei suoi contenuti ideali sull'ampia potestà discrezionale della legge dipendono, in ultima analisi, dall'entità e dall'incisività dell'azione della Corte Costituzionale nell'imporre il rispetto dei contenuti alla legge stessa.

In definitiva, le leggi devono essere conformi alla Costituzione e se c'è dubbio in ordine alla loro legittimità costituzionale, il giudice ha il dovere di sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale.

Ed a questo proposito deve sottolinearsi il ruolo fondamentale del Giudice delle Leggi. Una Corte che obbligata a misurarsi con una realtà pluralistica, dominata dal principio di differenziazione delle aspettative di valore, si adopera perché il principio di unità della Costituzione non ne risulti compromesso.

Ne deriva che la logica della legittimità e quella della legalità conoscono due diversi luoghi privilegiati di applicazione e dunque la scelta sulla prevalenza dell'uno o dell'altro modello porta delle notevoli differenze sul piano degli equilibri tra organi costituzionali; così se un modello che vede nel giudice costituzionale il luogo privilegiato dell'integrazione costituzionale; differentemente un modello di Costituzione che opta per un modello meno totalizzante vede nell'organo elettivo l'organo di chiusura del sistema⁴³⁴.

Infine, il carattere aperto dell'ordinamento giuridico conduce ad una prima conclusione che attiene propriamente al profilo dell'interprete costituzionale: una giustizia costituzionale effettiva è quella che assicuri la supremazia normativa della

⁴³⁴ A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2002, pag.139.

Costituzione, intesa non come una semplice articolazione formale di poteri ma come un parametro di valori materiali di tutto l'ordinamento, il ché trasforma lo Stato puramente legale in uno Stato fondato su principi fondamentali, che rompono con una giurisprudenza puramente formale e immanente⁴³⁵.

In sintesi, il contemperamento tra *ius iussum* e *ius iustum* implica una relazione giuridica in termini di proporzione fra *norme a fattispecie aperta* (i principi-valori costituzionali) e criteri di apprezzamento delle loro premesse applicative. Ma la concretizzazione della fattispecie aperta presuppone una varietà talora estrema di valutazioni complesse che, rispetto ad un assetto ideale in costante lievitazione e alla conseguente instabilità del parametro costituzionale, rispondono più a criteri di coerenza argomentativa che a requisiti di certezza assoluta⁴³⁶.

Se le Costituzioni –soprattutto quelle rigide- non devono essere più intese quali strumenti di mantenimento dell'esistente, di mera definizione dei confini tra poteri reali in conflitto, bensì quali tentativi di controllo propulsivo delle trasformazioni sociali e della loro proiezione istituzionale, il giudice chiamato a garantire anzitutto il significato primario di esse dovrà muovere dalla necessità di adeguamento dinamico della dimensione ordinamentale, fungendo così da catalizzatore del medesimo e, al contempo, da riequilibratore capace di compensare gli eventuali –ma probabili- scompensi derivanti dalla rapidità del mutamento, usando della certezza come di uno dei principi in gioco, concorrente con altri cui eventualmente può cedere il perseguimento di fini-valori ritenuti propriari (come la giustizia)⁴³⁷.

In tal senso, nella dialettica tra testo e contesto, mi accingo a verificare, con l'aiuto della dottrina ancorata soprattutto al dato giurisprudenziale, in che misura il

⁴³⁵ García de Enterría sottolinea come tale trasformazione della legalità sia assolutamente evidente nel caso tedesco e nel caso americano. Infatti, nel primo caso, dalla promulgazione della Legge Fondamentale di Bonn è diventato comune parlare di un cambiamento dallo Stato di Diritto in senso materiale che sovrappone alla legalità i valori superiori. Nel secondo caso, invece, la discussione sulla base, le fondamenta e la portata del *judicial review* sulle leggi non è altro che la discussione sui limiti del potere del giudice ed è unanime l'accettazione del suo potere creativo, sempre tuttavia se esercitato conformemente alla Costituzione ed ai suoi valori dal punto di vista del testo costituzionale o dei suoi valori fondamentali, in *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984 pag. 97.

⁴³⁶ In tale senso, si esprime Cagnetti, *op.ult.cit.*, pag. 31 che richiama G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e politica*, 2006, I. Fondamentale sul tema Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

parametro costituzionale possa dissolversi di fronte alla penetrazione delle istanze materiali e, se possano e debbano concepirsi limiti a tale relativizzazione. La risposta positiva che riteniamo di dare a tale interrogativo costituisce, da un lato, il punto di equilibrio tra legalità e legittimità e dall'altro, per quanto in tale sede interessa maggiormente dimostrare, il punto di connessione ultima tra principio e valore costituzionale.

3.2.3 L'INEVITABILE RELATIVIZZAZIONE DEL PARAMETRO COSTITUZIONALE ED I SUOI LIMITI NECESSARI

Dunque, se è vero che l'atto costituente definisce una volta per tutte il cosmo dei valori costituzionali, qual è il senso e soprattutto la portata di tale definizione?

Il punto di partenza di tale quesito risiede nell'idea sostenuta da attenta dottrina che il carattere euristico più profondo del dato letterale da cui ricaviamo una norma, qualunque norma sia, abbia essenzialmente un carattere negativo: vale a dire che la prima funzione dell'enunciato simbolico denominato disposizione, sia 'il segnare il limite esterno (meno prossimo) delle possibilità di interpretazione, scartando i progetti di senso con i quali le parole della legge non hanno alcuna congruenza'⁴³⁸.

Una delle caratteristiche del controllo giuridico, ed in particolare, del controllo giurisdizionale, è che esso si attua attraverso norme astratte, predeterminate, che vengono imposte all'organo controllante e che questo si 'limita' ad applicare. Detto in altri termini, il parametro è costituito da norme giuridiche, o più esattamente, dal diritto nella sua espressione oggettiva: l'ordinamento giuridico (che include non solo le norme ma anche i 'principi giuridici'). Il carattere oggettivo del controllo corrisponde al carattere 'oggettivato' del parametro.

Tuttavia, tale carattere di oggettività del parametro (inscindibile rispetto alla 'generalità' e all' 'astrazione' del diritto) non significa l'omogeneizzazione dei distinti elementi che possono comporre il parametro.

Occorre, dunque, chiedersi cosa accade quando il dato normativo di partenza (ossia il 'parametro') non è suscettibile di enunciazione precisa.

⁴³⁷ P.Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in AA.VV. 1996 a, 5ss.

La norma principio, afferma Zagrebelsky, ‘svolge un ruolo importante in una direzione che si potrebbe dire negativa’, in quanto ‘essa delimita la libertà del legislatore ordinario nel senso che la legge non potrà dettare norme contrastanti con il principio costituzionale, anche se il margine concesso alla legge è sempre alquanto elastico, proprio in virtù della struttura stessa della disposizione di principio’.

Il carattere aperto della Costituzione, infatti, ci pone di fronte all’interrogativo fondamentale: si può sostenere che quando il parametro di controllo è la Costituzione, non siamo in presenza di un parametro ‘oggettivo’ (per il suo carattere assiologico e aperto) e pertanto non potrà avere luogo un ‘controllo’ giuridico in senso stretto? Ovviamente è nella ‘natura’ della Costituzione, quale parametro dei parametri, che essa contenga più principi che regole. ‘Forse meno ovvio è che i principi siano sempre eminentemente indeterminati e, quindi, altamente manipolabili dall’interprete di turno’⁴³⁹.

Il problema dell’oggettività del parametro si trasforma, dunque, in un problema di interpretazione. Se la Costituzione si concretizza attraverso ‘l’interpretazione’, il parametro costituzionale si potrà intendere oggettivato nella misura in cui l’attività interpretativa della Costituzione lo sia: ossia, nella misura in cui esistano criteri oggettivi di interpretazione.

E’ a questo punto che nasce il problema interpretativo della norma costituzionale di principio, che riguarda sia il giudice di costituzionalità delle leggi, sia anche lo stesso legislatore che, in buona fede, voglia proporsi l’attuazione della Costituzione.

Ecco, dunque, che parlare di modalità interpretative-argomentative della Corte Costituzionale significa avviare un discorso già suscettibile di preliminari contestazioni o, quanto meno, promettere un qualcosa che poi potrebbe non essere mantenuto. Le ellittiche modalità argomentative della nostra Corte nell’enucleare i principi, mentre per un verso invocano criteri sistematici, per altro verso contengono un indubbio sostrato ‘equitativo’ e solo raramente (anche se talvolta accade) pervengono ad enunciati che tocchino la radice di filosofia politica dell’intero sistema costituzionale.

⁴³⁸ F. Rimoli, *Pluralismo e Valori costituzionali*, pag. 195.

E l'analisi cui mi accingo, a sua volta, non può essere che un iniziale e provvisorio approccio ad una problematica vasta e aperta.

Certo, “non sarebbe difficile desumere spunti in un senso e nell'altro dal carattere quasi intrinsecamente contraddittorio delle norme costituzionali legate per un verso ad un momento particolare ed esaltante della storia del Paese (fase costituente), frutto di un accordo solenne, che invero quasi l'ipotesi del contrattualismo filosofico; e destinate poi ad una vita che largamente trascende le contingenze del tempo che le ha viste nascere; sovente formulate in termini ben più elastici delle norme legislative e sempre portatrici della singolare pretesa di limitare altre norme sotto non pochi profili omogenee rispetto ad esse e quanto meno per il fatto di essere state adottate da organo non meno elettivo dell'Assemblea costituente”⁴⁴⁰.

Tuttavia, ritengo abbracciando così la posizione di illustre dottrina⁴⁴¹ che si possano rilevare alcuni ordini di limiti all'inevitabile relativizzazione del parametro costituzionale.

Il primo è dato da quel *significato logico minimo* (di cui abbiamo già ampiamente discusso) che si desume dalla *specificità del principio costituzionale di riferimento*, per cui la generalità strutturale del principio di per sé genera tuttavia *in modo inequivoco* solo una regola particolare applicata al caso concreto. E *tale inequivocità* non può che essere data da un criterio quantitativo o quantistico per il quale la *communis opinio* (direbbe Aristotele) relativa al significato del principio costituzionale, rappresenta una garanzia che non viola alcuna regola della logica o di validità. *Communis opinio* che non è altro ciò che comunemente si intende per quell'enunciato linguistico che contiene il principio costituzionale, un *minimum* che qualsiasi operatore giuridico è in grado di intendere.

⁴³⁹ A. Spadaro, *Dalla Costituzione come 'atto' (puntuale nel tempo) alla Costituzione come 'processo' (storico), Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in Quaderni Costituzionali, a.XVIII, n.3, dicembre, 1988.

⁴⁴⁰ A. Cerri in *Lo Stylus iudicandi della Corte Costituzionale*, pag. 425...Su questi caratteri del testo costituzionale e sulle implicazioni che ne derivano cfr. C. Mortati, voce *Costituzione*, in Enc.dir., X, Milano, 1962, 139 ss.; G. Zagrebelsky, *Appunti in tema di interpretazione ed interpreti della Costituzione*, in Giur. Cost. 1970, 904 ss.

⁴⁴¹ A. Spadaro, *op.cit.*, pag.366 ss.

‘In particolare, nel caso peculiare della Costituzione italiana, l’idea di una sua *media osservanza* è stata (ed è) logicamente possibile solo quando (e perché) l’*idem sentire de re publica* trova storicamente in un ‘testo scritto’ la sua garanzia minima’⁴⁴².

Il dato logico-testuale rappresenterebbe, dunque, il primo ordine di limite ad una relativizzazione del parametro.

Il secondo ordine di limiti che mi sento di sottolineare in tale sede e che è ampiamente condiviso dalla dottrina inerisce alla stessa struttura del testo costituzionale. Limite insuperabile alla relativizzazione ultima del parametro inerisce a quel ‘nucleo duro’ della Costituzione, insuscettibile di qualsivoglia forma di revisioni, con conseguenti ‘inevitabili limitazioni ermeneutiche anche per la Corte, essendo tale porzione del testo suscettibile solo di interpretazioni strettamente rigorose, se non letterali’⁴⁴³.

Spadaro adduce una duplicità di ragioni all’esistenza di tale nucleo duro che importerebbe nel sistema delle disposizioni costituzionali una gerarchia seppur embrionale e che renderebbe *di fatto* impossibile la relativizzazione del parametro costituzionale. In particolare, una ragione di carattere logico-giuridica risiede nell’esigenza di autoconservazione dell’ordinamento, che seppur si serve di valvole di apertura, come i principi-valori come organi di respirazione (come direbbe Esser) per adeguarsi continuamente ad una realtà cangiante, pur tuttavia, non può rinunciare al quel nucleo di essenza che gli permette di non estinguersi⁴⁴⁴.

La seconda ragione che impedisce la dissoluzione del parametro costituzionale, sotto la spinta degli arbitri interpretativi, per cui quella razionalità rispetto allo scopo risulterebbe criterio assorbente ed assolutizzante, risulta essere di carattere etico-politico e attiene propriamente alla dimensione dello Stato costituzionale.

Il carattere di ‘costituzionalità’ risulta, infatti, intimamente connesso a quella serie di *standards* minimi (separazione dei poteri, diritti fondamentali, pluralismo politico-economico) il cui venir meno altererebbe in maniera irreversibile il modello:

⁴⁴² A. Spadaro, *op.cit.*, pag. 366ss.

⁴⁴³ A. Spadaro, *op.cit.*, pag. 366ss.

⁴⁴⁴ A. Spadaro, *op.cit.*, pag. 369ss.

“modello che, quindi, può essere revisionato in tutto, tranne che in tale sua non trascurabile parte assiologica ‘intangibile’⁴⁴⁵.

D'altronde è la stessa Corte Costituzionale a confermarlo nella sentenza più volte ricordata n. 1146/1988 e nella sentenza 366/1991.

Ne deriva che, per quanto ci interessa, l'indeterminatezza del parametro, costituito dalle disposizioni di principio non può per ciò stesso atteggiarsi come una fragile raccolta di raccomandazioni politiche di natura meramente persuasiva, ma un solido modello normativo che individua un 'sistema di limiti logico-giuridici fondamentali' di natura inequivocabilmente 'vincolante'.

In sintesi, accanto al momento logico deve tenersi presente il momento teleologico e assiologico della norma giuridica, secondo un processo inscindibile capace di “spiritualizzare la logica del diritto”, che non è mai logica formale⁴⁴⁶.

La logica del diritto si è, piuttosto, qualificata come “oggettiva”⁴⁴⁷, nel senso che tiene conto di rapporti funzionali con altri valori: “la norma deve essere guidata verso la meta; essa coglie nel segno non in maniera logica, ma teleologica. Per questo (...) sono determinanti quelle rappresentazioni della meta che sono legate alla norma come modello di regolamentazione, cioè alla cosiddetta *ratio*⁴⁴⁸. La logica oggettiva tiene dunque conto della *funzione* dello strumento giuridico, cerca di riconoscere il motivo e il senso dell' “essere così” della norma; e ciò sulla base di valori necessariamente pregiudiziali o, almeno, pre-positivi”⁴⁴⁹.

3.2.4 IL NUCLEO ESSENZIALE E LA FUNZIONE LIMITATRICE DEI PRINCIPI-VALORI

Svolgere il senso di queste considerazioni pregresse ci porta a dover formulare un'ulteriore considerazione riguardo all'influsso determinato, in un ordinamento assiologicamente orientato, dalla capacità funzionale dei principi.

Orbene, partendo dalla duplice constatazione che, in queste pagine abbiamo cercato di argomentare per cui il valore rappresenta l'elemento di stabilità del sistema

⁴⁴⁵ A. Spadaro, *op.cit.*, pag. 370.

⁴⁴⁶ E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 75.

⁴⁴⁷ J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., 69.

⁴⁴⁸ J. Esser, cit., 29.

⁴⁴⁹ J. Esser, cit., 105.

assiologico costituzionale, limite invalicabile rispetto ai mutamenti del modello costituzionale, e che i principi, essendo categoria ibrida, vale a dire sia normativa che assiologica, si avvicinano maggiormente alla logica dei valori, man mano che aumentano il loro *nesso di funzionalità* con essi, bisogna sviluppare l'ultimo tassello di questa catena argomentativa, enfatizzandone le ricadute sul piano del giudizio di costituzionalità.

Il punto di connessione positiva ultimo tra il principio normativo e l'assiologia costituzionale risiederebbe nella 'necessità di funzionalizzare la legge verso la giustizia'⁴⁵⁰.

Tale conclusione sembrerebbe confermata da ciò che la dottrina chiama *la funzione limitatrice* dei principi, vale a dire un aspetto della loro capacità di incidere sui meccanismi di produzione normativa che si declinerebbe sia in un limite positivo (la funzione programmatica) sia in un limite negativo (la funzione limitatrice *stricto sensu*)⁴⁵¹; non è un caso che tale caratteristica sembra essere peculiare dei principi supremi dell'ordinamento, quelli cioè che presentano la maggiore prossimità con la categoria dei valori e che, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale rappresentano il limite invalicabile quanto all'attività nomo poetica quanto alle stesse operazioni di bilanciamento.

In tal senso, occorre segnalare la significativa giurisprudenza in tema di laicità ed in particolare la sentenza n. 203 del 1989, in cui la Corte Costituzionale parla di valori di libertà religiosa nella duplice accezione di divieto a) che i cittadini siano discriminati in base alla religione; b) il pluralismo limiti la libertà di religione negativa e di come 'tali valori concorrono con altri (art.7, 8, 20 Cost.) a strutturare il *supremo principio di laicità*'.

Sulla base di tale giurisprudenza, attenta dottrina⁴⁵² ha sottolineato come, pur non riconoscendo nelle modalità argomentative della Corte un bilanciamento che non muove da posizioni gerarchizzate, tuttavia vede nella posizione dei diritti fondamentali il vero e reale embrione di gerarchia.

⁴⁵⁰ G. De Enterría, *op. ult. cit.*, pag. 107.

⁴⁵¹ Modugno, *Principi e norme*, pag. 100.

Il principio di effettività dei diritti fondamentali rappresenta il vero nesso di reale connessione funzionale tra principio e valore costituzionale, che rende il principio limite invalicabile rispetto a qualsiasi arbitrio interpretativo. Ed è la stessa conclusione a cui giunge García de Enterría quando afferma che il limite al soggettivismo dell'interprete non è altro che il Diritto: il giudice 'costruisce in diritto' quando vincola l'interpretazione della legge ai 'valori superiori dell'ordinamento' dell'art.1 in connessione con 'la dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti dei più che sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale'⁴⁵³.

D'altronde, come abbiamo cercato di evidenziare nel capitolo pregresso, già uno sguardo ricognitivo dei principi presenti in Costituzione manifesterebbe quel legame esistente tra questi e quel nucleo originario dei diritti protetti dalle più antiche carte costituzionali, rivelando l'eredità che 'il diritto costituzionale ha acquistato dal diritto penale o da quello processuale'. Di qui, si spiegherebbe quel naturale intreccio che essi recano, proprio perché parti recondite del pensiero umano, "tra le componenti 'sostanziali' (i principi, che rappresentano i significati normativi ascritti alle disposizioni costituzionali) e quelle 'procedurali' del ragionamento giuridico (gli 'argomenti', cioè le strategie del processo di interpretazione del testo costituzionale)⁴⁵⁴.

Ora, proprio a partire dalle sentenze in materia di laicità la Corte costituzionale ha iniziato ad assumere il ruolo di 'custode di valori costituzionali': un'evoluzione che sarebbe stata favorita da un mutamento del tessuto sociale entro il quale la Corte si è trovata a lavorare, il quale avrebbe raggiunto una sufficiente coesione su alcune premesse di fondo, sul piano dei valori comuni che connotano l'identità di una comunità⁴⁵⁵.

Dalla metà degli anni 80, attraverso il principio di laicità il rispetto del sentimento religioso individuale viene ad assumere una dimensione prioritaria anche in

⁴⁵² A. Cerri, *Il principio come fattore interpretativo e come valore privilegiato*, in *Giur. Cost.*, 1985, 1806.

⁴⁵³ G. De Enterría, *op.ult.cit.*, pag. 105.

⁴⁵⁴ R. Bin, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi*, Milano, 1992, 3.

⁴⁵⁵ Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

quegli ambiti ove la coscienza religiosa dell'individuo si trova a configgere con obblighi di diritto pubblico⁴⁵⁶.

I numerosi interventi in materia, in particolare la sentenza 43/1997 costituiscono “un punto fermo della giurisprudenza⁴⁵⁷ costituzionale sulla strada della protezione della coscienza individuale” e più in generale della libertà morale dell'uomo contro la coercizione penale.

In tale sentenza, la Corte Costituzionale entra nel merito delle valutazioni del legislatore e, pur assumendo quale punto di partenza indubitabile il riconoscimento della sua discrezionalità nel stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e i complessivi inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione impone, riconosce un nucleo intangibile della signoria della coscienza individuale, che apparirebbe inevitabilmente compromesso dalla ripetuta comminazione di sanzioni che l'art. 8 della l. 15 dicembre 1972, n. 772 prevedeva.

Si può, dunque, osservare come l'interprete costituzionale, in tale decisione, utilizzando come parametri gli artt. 2, 3, 19 e 21 della Costituzione, abbia inteso salvaguardare un principio della personalità coincidente con la radice morale dell'essere, censurando una norma che prevedeva il possibile effetto di reiterazione della sanzione penale e, dunque, in ultima istanza l'inevitabile compromissione della libertà personale.

Risulterebbe evidente come il giudice delle leggi, in nome della tutela di un valore fondamentale, che attiene alla persona, invada il campo della valutazione politica che *massime* si esprime nella discrezionalità in ordine alla sanzione penale.

Ed è proprio sul fronte della materia penale, laddove il principio di separazione dei poteri opera in tutta la sua forza garantista, che si distacca in maniera più palese il ruolo che l'interprete costituzionale si è ritagliato a partire dalla fine degli anni'80, attribuendo alla dimensione della legalità un contenuto materiale.

Se ciò ha condotto all'espunzione dall'ordinamento di alcune figure di reato ritenute di dubbia legittimità costituzionale, appartenenti all'epoca fascista o alla

⁴⁵⁶ Sgubbi, *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (articoli 8 e 19 Cost.)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 203 ss.

censura di alcuni automatismi sanzionatori, l'assunzione dei principi-valori costituzionali come unico parametro di costituzionalità della legge, soprattutto laddove questi siano implicitamente riconducibili o derivabili da altri principi, inevitabilmente comporta margini di valutazione all'interprete più ampi e, di conseguenza, una retrocessione del ruolo del legislatore in un ambito come quello penale, retto dal principio democratico.

III. LA NECESSARIA COMPLEMENTARIETÀ TRA PRINCIPI-VALORI, RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ

3.3.1. IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI INVIOLABILI COME CLAUSOLA RAGIONEVOLMENTE APERTA

Vero è, secondo quanto ricostruito fin qui, che la Corte Costituzionale ha individuato un limitato nucleo di principi e valori costituzionali supremi, che costituisce limite estremo alla fondamentale relativizzazione del parametro, ma è altrettanto noto che, nella maggior parte dei casi, vengono in rilievo fattispecie che coinvolgono più esigenze costituzionali, il soddisfacimento di nessuna delle quali si ritiene possa giustificare la totale soppressione dell'altra.

Come abbiamo già abbondantemente sviluppato, le moderne Costituzioni si caratterizzano per essere pluraliste, per essere lo specchio, cioè, non già di un'ideologia politico-costituzionale di tipo monista, ma per essere inclusive della tutela dei più disparati interessi soggettivi che riescono comunque ad armonizzarsi gli uni con gli altri.

Se si accetta, dunque, l'idea che il pluralismo e la coesistenza di più ragioni costituzionali siano il fondamento della convivenza civile e, di conseguenza, il presupposto su cui ergere le Costituzioni democratiche, non si può che convenire che i principi di ragionevolezza e di proporzionalità siano principi cardine dell'ordinamento giuridico delle società democratiche, proprio perché senza di essi ne muterebbe radicalmente il volto e la sostanza.

⁴⁵⁷ Galante, *Coartazione della coscienza individuale e sanzione penale*, in GC, 2001, 2749.

Infatti, se come evidenziato nel capitolo I, in una prospettiva di teoria generale, prescindendo pure dall'esistenza di una Costituzione contenente i principi fondamentali, l'interpretazione delle leggi conduce comunque ad evidenziare un profilo assiologico⁴⁵⁸, a maggior ragione ciò dovrà avvenire nella prospettiva di una Costituzione "assiologicamente orientata"⁴⁵⁹ in cui l'ordinamento, fra i principi fondamentali, in primo luogo 'riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità'⁴⁶⁰.

Tale clausola andrebbe definita come *ragionevolmente* aperta⁴⁶¹. Aperta nel senso che il riconoscimento dei diritti inviolabili come principi fondamentali è indefinito e, a ben vedere, ragionevolmente indefinibile⁴⁶². Perfino da parte di chi poca fiducia nutriva nelle enunciazioni "della recente Costituzione italiana, si era acutamente osservato che, quanto ai principi generali o fondamentali dell'ordinamento, questi rimangono razionali proprio in quanto non scritti o formulabili in termini precettivi, operando in essi una virtualità e una forza di espansione, non già di "indole logico e dogmatica, bensì di indole valutativa e assiologica". Essi sono infatti 'capaci di una indefinita e inesauribile virtualità', "caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico) in confronto con le singole norme riconosciute nel sistema"⁴⁶³.

La virtualità espansiva dei principi fondamentali si lega, quindi, alla forza assiologica dei diritti fondamentali, aprendone le potenzialità, secondo le esigenze dei casi della vita, offrendo uno spettro di possibilità ermeneutiche straordinarie, ma non arbitrarie⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ Si tenga conto che E. Betti, come ampiamente evidenziato nel capitolo I di tale lavoro, giunge a questa conclusione indipendentemente dalla Costituzione.

⁴⁵⁹ A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori*, *op.cit.*, pag. 567.

⁴⁶⁰ Per l'Italia, l'art 2 della Cost. Per la Spagna, l'art. 10 Cost.

⁴⁶¹ A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)* in *Enc.dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 201.

⁴⁶² G. Randazzo, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, pag. 173.

⁴⁶³ Betti, *op.ult.cit.*, pag. 208.

⁴⁶⁴ A. Spadaro, *Il problema del 'fondamento' dei diritti fondamentali*, in *Dir. Soc.*, 1991, 464.

I principi si adattano ai casi, ma i casi si rifanno e si rigenerano in base ai principi⁴⁶⁵. L'ambito di operatività del principio costituzionale è dunque indefinibile in astratto, perché la sua portata precettiva e la sua stessa attuazione sono continuamente condizionati da possibilità fattuali, relative alla concreta disponibilità di risorse organizzative, e da possibilità giuridiche, che ne richiedono la ponderazione con altri interessi e valori costituzionalmente tutelati e con esso incompatibili.

Infatti, proprio per fare qualche esempio in materia di proporzione della pena⁴⁶⁶, possiamo dire che in virtù della sua applicazione è possibile contemperare le necessità di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti offesi e di non sopprimere del tutto la libertà del reo, le esigenze di difesa della collettività e di applicazione di una pena che consenta di risocializzare il condannato e di recuperarlo alla società; diversamente, troverebbero giustificazione, per restare ancora nell'esempio, tanto l'applicazione di pene severissime per reati che intaccano beni non primari o che si manifestano con offese lievissime, quanto la comminatoria di pene differenti per lesioni sostanzialmente analoghe o addirittura identiche. Orbene, proprio in tale opera di adattamento dei principi ai fatti della vita, in una circolarità continua che subentra quell'esigenza di non arbitrarietà, a cui sembrerebbe il rispondere quel canone generale di coerenza a cui la ragionevolezza rimanda. Se, infatti, esiste 'un rapporto teleologico tra i fatti e l'implementazione dei principi', nel senso che 'i fatti stessi incidono sul significato da ascrivere a questo o a quel principio a seconda della rilevanza che il principio ha in ordine ai fatti in discussione⁴⁶⁷', al variare di questi quel significato può subire nella giurisprudenza del giudice costituzionale ricorrenti e divergenti qualificazioni.

La pretesa dei principi-valori ad un'inesauribile definizione comporta la riconsiderazione critica della stessa idea di un mero vincolo di compatibilità prodotto dal dettato costituzionale a carico della funzione legislativa, che 'presenta un'eccessiva semplificazione', risultando inidonea a 'rappresentare la complessità e fluidità dei rapporti tra norma costituzionale e norma ordinaria, alla cui sistemazione e messa a

⁴⁶⁵ A. Ruggeri, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, pag. 17.

⁴⁶⁶ A cui ci riserviamo di dedicare ampia trattazione nel capitolo IV, avendo prescelto il focus prospettico della materia penale, onde evidenziare le ricadute in termini di legalità dell'apertura del parametro costituzionale ai principi-valori.

⁴⁶⁷ Bartole, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, pag. 209.

punto concorrono tanto fattori di ordine strettamente positivo (in ultima istanza, riportabili appunto al modo di essere strutturale sia delle une che delle altre statuizioni) quanto – e soprattutto – fattori di ordine fattuale (il contesto in cui si opera il confronto) ed, infine fattori di ordine assiologico (la tensione tra valori sulla cui base il confronto stesso è posto in essere e risolto)⁴⁶⁸.

In assenza di una preventiva graduazione dei principi costituzionali, d'altro canto, ordinazioni stabili di tipo “gerarchico-verticale” sono escluse in radice e diventano possibili solo sistemazioni variabili di tipo “anarchico-orizzontale”⁴⁶⁹ sempre soggette alla riserva del contingente e per questo intrinsecamente precarie⁴⁷⁰. In queste condizioni, il parametro del giudizio costituzionale assume valenza applicativo-concreta (cioè dimensione normativa) solo attraverso la mediazione del fatto, al quale si ricorre per fissare rapporti di prevalenza assiologica non determinabili in astratto, così da conferire alla decisione costituzionale il carattere di un giudizio storicizzato, diverso a seconda delle circostanze e generalmente incapace di fornire un orientamento d'azione per i casi futuri⁴⁷¹.

E, di qui, deriva la necessità di un protocollo, di un ordine logico in termini di razionalità capace di porre il giudice nella capacità di dare un appoggio sicuro alla sua motivazione: la logica della ragionevolezza. La coerenza logica, in altri termini, diventa un canone fluido: “non è mai asetticamente osservata, nel chiuso delle relazioni tra legge e legge, l'oggetto del giudizio (la “questione” nella sua complessa struttura ed oggettiva tipicità) essendo pur tuttavia illuminato dai valori in campo dal caso⁴⁷²”.

⁴⁶⁸ Per tali riflessioni si veda A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori*, op.cit., pag. 120.

⁴⁶⁹ Si rimanda alle riflessioni di Hartmann e Basile, così come esposte nel II capitolo: in particolare ove si rileva che il conflitto dei valori non ha la forma della alternativa logico contraddittoria e dunque non può essere risolto con il principio di non contraddizione.

⁴⁷⁰ G. Scaccia, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 19.

⁴⁷¹ A. Ruggeri, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le “metamorfosi” dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994, 37-38.

⁴⁷² A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori*, op. cit., pag. 124.

In effetti, il controllo di ragionevolezza di un legge ordinaria viene, in definitiva, definito come giudizio sulla coerenza e sistematicità del diritto o come ponderazione dei singoli valori costituzionali⁴⁷³.

Il giudizio costituzionale si orienta verso la ricerca di argomentazioni persuasive più che di coerenze logico-deduttive, nel senso che questo pare orientato alla ricerca di argomentazioni persuasive più di coerenze logico-deduttive, al fine di una composizione equa dei valori in gioco.

⁴⁷³ Secondo J. Luther, *Voce (Ragionevolezza delle leggi)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Vol. XII, Utet, Torino, 1997 indica due schemi principali del giudizio di ragionevolezza: “mentre il giudizio tradizionale di illegittimità costituzionale viene concepito come verifica di un contrasto puntuale tra una norma ricavata dalla legge con una norma ricavata dalla Costituzione, il controllo della ragionevolezza si occupa di relazioni che hanno a che fare con due norme strutturate come regole, relazioni cioè che riferiscono la norma *de qua* ad un'altra norma desunta da una fonte primaria (*tertium comparationis*) e alle quali si applica il principio di uguaglianza ad altri parametri costituzionali che concretizzano il principio di uguaglianza”. Anche per il Paladini, *Ragionevolezza, Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, i modelli argomentativi della ragionevolezza sarebbero essenzialmente due: “Resta però il fatto che i parametri costituzionali in discussione e le conseguenti decisioni della Corte si prestano, quantomeno, a venire bipartiti sul primo versante, cioè, vanno collocati i casi nei quali la Corte si limita a verificare la *ratio legis* o alla complessiva *ratio iuris*”. Inoltre, interessante quanto riportato da G. Scaccia che, in *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 3ss, individua quattro regole di uso della ragionevolezza: “Innanzitutto la ragionevolezza è intesa come predicato di una disparità di trattamento introdotta da una classificazione legislativa. In questo significato originario ed immediato, che ne evidenzia il legame genetico con il controllo compiuto alla stregua del principio di uguaglianza formale, irragionevole è una disciplina legislativa che dispone un trattamento diverso per discipline analoghe o analogo per situazioni diverse. In una seconda accezione la ragionevolezza è predicato non già della discriminazione, ma del contenuto di una disposizione in sé considerata. Si disancora dunque dal suo tradizionale referente positivo (l'art. 3, primo comma, della Costituzione) e si pone come autonomo parametro di costituzionalità, andando a sanzionare la mancanza di un qualunque fondamento razionale della normativa o la sua difformità rispetto alle strutture del reale. In un terzo contesto d'uso si ricorre all'attributo di irragionevole per esprimere l'incompatibilità logica della norma con la sua dimensione sintattica o l'incoerenza della disposizione con altre dello stesso atto normativo (contraddittorietà intrinseca); o ancora la disarmonia della disciplina legislativa rispetto alle logiche ordinarie (contraddittorietà estrinseca) ... Da ultimo, alle argomentazioni proprie del sindacato di ragionevolezza si riconducono le forme di verifica della pertinenza, proporzionalità, congruenza delle leggi, ovvero giudizi di varia natura sul piano logico, ma diretti comunque a valutare l'adeguatezza strumentale del mezzo legislativamente prescelto rispetto al fine da realizzare; A. Morrone in *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001 distingue tre tipi di giudizio all'interno dell'uguaglianza-ragionevolezza: “L'uguaglianza formale presuppone situazioni di omogeneità dei rapporti (la proporzionalità tra rapporti), essendo principio funzionale alla parità di trattamento di situazioni analoghe, imposta dall'esigenza di generalità della legge e, quindi, di uniformità e di aderenza al sistema. La ragionevolezza, di contro, quando è collegata al principio di uguaglianza, tende a realizzare l'omogeneità nei rapporti, facendo leva sulla specificità degli stessi, valorizzando situazioni di differenza in una prospettiva non distante da quella propria dell'uguaglianza sostanziale. La ragionevolezza, inoltre, quando è assunta in termini puri (*ragionevolezza tout court*), presuppone piuttosto il pluralismo delle situazioni, che tutte devono essere garantite nel quadro delle condizioni di unità stabilite dalla Costituzione”.

A conferma di quanto si è finora detto, lo schema argomentativo che si rintraccia nella quasi totalità delle sentenze costituzionali pone quale premessa maggiore della decisione non la norma costituzionale parametro, ma la valutazione del fine della legislazione impugnata, ossia la ricerca della *ratio legis*⁴⁷⁴. Tale sindacato, ripercorrendo l'*iter* delle valutazioni del legislatore, pur essendo strutturalmente qualificabile secondo un modello triadico, può essere svolto solo sulla scorta della scelta di un profilo o punto di vista assunto come rilevante, tale cioè da giustificare razionalmente la classificazione operata in astratto dal legislatore. Orbene, secondo autorevole dottrina la scelta del profilo o del punto di vista rilevante non dipende esclusivamente da valutazioni formali circa l'analogia o meno delle disposizioni raffrontate, oppure da valutazioni relative esclusivamente alla omogeneità-disomogeneità delle situazioni comparate. Le ragioni argomentative formali retrocedono di fronte alle considerazioni relative ai *valori coinvolti* e al *contesto applicativo*⁴⁷⁵.

Il sillogismo in cui si struttura il giudizio di ragionevolezza non può essere, dunque, meramente formale, ma necessita di un riferimento in qualche modo esterno, che presuppone sia l'inquadramento della situazione reale, sia il giudizio di conformità tra la disciplina ad essa relativa ed i valori dell'ordinamento. Questa conclusione si raggiunge anche considerando, più in particolare, il giudizio di eguaglianza allorchè si riferisce ad un *tertium comparationis*. L'individuazione di tale elemento presuppone, infatti, un giudizio ontologico circa la natura degli elementi da raffrontare e un giudizio assiologico circa il motivo per cui uno di essi è preso in considerazione dall'ordinamento⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Tra l'altro si è osservato che per stabilire la *ratio* della disciplina della fattispecie, (...) non si può non risalire ai principi fondamentali del sistema, a quelle somme valutazioni assiologiche che non si esauriscono nelle singole norme espresse ma sono trascendentali rispetto ad esse, ispirandole e vivificandole e permettendone l'interpretazione storicamente più adeguata" in F. Modugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali* in *Enc.dir.* XXVIII, 1978, 506 ss.

⁴⁷⁵ A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁴⁷⁶ Un giudizio trilatero che più di ogni altro si fonda sull'analogia. Riguardo a quest'ultima è difficile non convenire con quella parte della dottrina che ha evidenziato come il suo fondamento sia oltre la logica formale: "la maggiore o minore validità del fondamento stanno al di fuori del ragionamento per analogia, perché anzi ne costituiscono il presupposto. Quale poi sia concretamente il limite di applicabilità dell'analogia affinché sia mantenuta l'originaria e fondamentale razionalità di un ordinamento giuridico, non è possibile determinare solo con schemi logici. Si è infatti sostenuto che ogni norma fa parte del sistema e in quanto è espressione di una esigenza di coerenza (in largo senso logica),

Nei successivi passaggi argomentativi, invece, la Corte valuta la coerenza, adeguatezza, proporzione, congruenza della disciplina impugnata rispetto alla sua *ratio*, cioè verifica, secondo apprezzamenti al più in termini di persuasività, plausibilità, verosimiglianza, che le operazioni di bilanciamento di valori compiute dal legislatore siano conformi ai valori sanciti in Costituzione. Ed è soprattutto in tale fase che il riferimento ai valori acquista la sua massima evidenza, ossia nel giudizio di ‘adeguatezza’ al caso concreto, in quel giudizio di proporzionalità in senso stretto⁴⁷⁷.

In tal senso, secondo la proficua ricostruzione di illustre dottrina, la ragionevolezza è una “tecnica alla quale può (e deve) costantemente farsi ricorso nei processi decisionali, ma è anche una meta verso cui i processi stessi devono tendere: uno strumento per la soddisfazione di valori ma anche, proprio per ciò, esso stesso un valore, senza il quale gli “altri” valori vedrebbero gravemente compromessa la possibilità di una loro apprezzabile (se non pure compiuta, nei limiti segnati dalla loro storicizzazione) realizzazione⁴⁷⁸”.

Si evidenzia, così, come già anticipato, l’indissociabile continuità tra interpretazione in senso logico, teleologico e assiologico della Costituzione ad opera del giudice costituzionale posto di fronte all’apertura del parametro⁴⁷⁹.

3.3.2 IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA-PROPORZIONALITÀ COME CANONE DI BILANCIAMENTO TRA DIRITTI-VALORI

E’ necessario, allora, ulteriormente precisare che la ragionevolezza ed il principio di proporzionalità trovano, a nostro giudizio, migliore e ancor più solido fondamento nelle qualificazioni dei diritti fondamentali. Già la dottrina si è interrogata su tale relazione ed ha constatato come, proprio in sede di bilanciamento dei diritti

“porta con sé un certo potenziale di estensibilità almeno nel limite di esplicazione della sua forza razionale” in Bobbio, *L’analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, 111.

⁴⁷⁷ S. Fois, “Ragionevolezza” e “valori”: interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto, in *Il principio di ragionevolezza nella Corte Costituzionale. Riferimenti comparativistici*, Milano, 1994, 103 ss, 118.

⁴⁷⁸ A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori*, *op.ult.cit.*, pag. 92;

⁴⁷⁹ A. Spadaro, *op. cit.*, pag. 178-179.

inviolabili⁴⁸⁰, i *test* di idoneità del mezzo impiegato e di necessarietà della limitazione, tipici controlli dell'applicazione del principio di ragionevolezza, possano fornire i migliori risultati⁴⁸¹. Anzi, si è sostenuto che proprio le sentenze così costruite rappresentano il prototipo della ragionevolezza in quanto canone, in quanto metodo, in quanto *test*⁴⁸².

La tecnica del bilanciamento ragionevole tra gli opposti principi, fra le divergenti esigenze che risiedono nelle medesime fattispecie rappresenterebbe l'ennesimo strumento di concretizzazione dei principi quando questi incontrano i casi concreti, senza dimenticare che 'i diritti inviolabili sono diritti tendenzialmente illimitati, mentre le leggi limitative sono eccezioni ragionevoli. Il canone della (stretta necessità) attesta infatti che la compressione delle libertà costituzionali è ammissibile solo quel tanto che basta per consentire la realizzazione del principio concorrente e, se va oltre, l'annullamento della disciplina irragionevolmente restrittiva fa sì che la sfera di libertà si riespanda come una molla improvvisamente liberata dalla forza che la comprimeva, fino a recuperare la propria dimensione strutturalmente indefinita⁴⁸³'.

La stessa Corte Costituzionale italiana, peraltro, ha chiarito come il contenuto essenziale di un diritto inviolabile non possa essere mai del tutto eliminato, nemmeno in seguito a procedimento di revisione costituzionale, e come la sua limitazione debba sottostare alla duplice condizione di dovere controbilanciare un altro interesse costituzionalmente rilevante ed essere strettamente necessaria alla sua concomitante tutela⁴⁸⁴.

Le operazioni di bilanciamento potrebbero così ricondursi ad un'ipotesi di interpretazione sistematica, il cui presupposto teorico primo è dato dai principi costituzionali: principi che non sono mai tra loro incompatibili, ma concorrenti, "ed

⁴⁸⁰ La tesi maggioritaria tende a distinguere i giudizi di uguaglianza, ragionevolezza e bilanciamento tra cui Paladin, *op. cit.*, Bin, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi*, Milano, 1992, 111, ss; Una ricostruzione unitaria è invece proposta da A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè editore, 2001.

⁴⁸¹ O.Chessa, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, n. 6, 1998, p. 3925.

⁴⁸² Si legga in particolare R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 111, ss. e O. Chessa, *op.ult.cit.*, per una ricostruzione del fenomeno inteso in termini deontici.

⁴⁸³ O.Chessa, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza?* p. 3933.

⁴⁸⁴ Si veda la sentenza n. 366 del 1991.

applicarne uno significa, insieme, applicare tutti quelli con essi concorrenti alla ricerca del modo di sacrificarne ciascuno nella misura minore possibile compatibile con il rispetto dovuto a ciascun altro⁴⁸⁵”. Il concorso dei principi avviene in relazione alla “dimensione” del peso (capitolo I), e non ha riflessi sul piano della validità (in senso ampio) delle norme. Il “peso” di un principio non può essere determinato in astratto e in via generale, ma è dato dalle condizioni fattuali e dalle limitazioni derivanti dal concorso degli altri principi nel caso concreto.

Si ritiene, dunque, di aderire alla tesi di chi ritiene di ricondurre il bilanciamento ad una tecnica interpretativa, perché anche ammettendo che il primo si realizza sul piano degli ‘interessi’, mentre la seconda sul piano delle disposizioni, occorre avere riguardo che ‘la ricognizione iniziale degli interessi non ha luogo, infatti, nel mondo dei *puri* fatti – ma al pari di ogni attività giuridicamente rilevante – risente culturalmente delle suggestioni e della complessiva influenza che viene dal mondo delle norme⁴⁸⁶’. Inoltre, l’assimilazione del bilanciamento alla specificità dell’interpretazione costituzionale viene argomentata sulla base di una duplicità di motivazioni: in primo luogo, come abbiamo già cercato di evidenziare nel capitolo II, per la peculiarità dell’interpretazione costituzionale che assume come “criterio ordinatore” l’ordinamento costituzionale stesso. Ed, in secondo luogo, per la presenza di un catalogo (aperto) di diritti fondamentali che, in quanto fondanti, “rovescia la dialettica tra autorità e libertà tipica del modello liberale di organizzazione politica, spinge l’interpretazione costituzionale a garantire innanzitutto la primarietà e il pluralismo dei diritti e, dunque, postula il bilanciamento”⁴⁸⁷.

Orbene, se ci si muove, da un lato, dalla considerazione che la Costituzione quale sistema ed ordinamento, fondato su un’intima e tendenziale coerenza, e dall’altro

⁴⁸⁵ L. Gianformaggio, *L’interpretazione della Costituzione*, cit., 78.

⁴⁸⁶ Così Ruggeri, in *Ragionevolezza e valori*, pag. 129 laddove l’autore si contrappone alla tesi vigorosamente argomentata da R. Bin che distingue tra interpretazione e bilanciamento, *op. cit.*, pag. 60.: “Se l’interpretazione mira ad assegnare un significato al discorso del legislatore (alla disposizione), il bilanciamento degli interessi non muove certo da questo obiettivo. Lo scopo è di raggiungere una soluzione soddisfacente in presenza di un conflitto di interessi: una soluzione che non pretende di porsi come unico significato normativo ricavabile dal testo legislativo; anzi, più precisamente, nulla ha essa a che fare con il mondo dei significati e dei relativi fondamenti ermeneutici, bensì appartiene al mondo delle *decisioni* e delle relative giustificazioni retoriche”.

dalla primarietà di quei diritti inviolabili, attinenti al valore meta-positivo della persona e della sua dignità, appare chiaro come il limite interno al bilanciamento risieda nel suo stesso presupposto: ossia la tutela del principio personalistico.

Pur in assenza, dunque, di una gerarchia prestabilita di principi-valori, la necessità dell'apertura del parametro costituzionale alla regolazione del caso concreto, e alla più estesa realizzazione dei diritti fondamentali non può mai condurre alla totale soppressione di un principio supremo, qual è il meta-valore della persona umana e dei suoi diritti fondamentali. Bilanciare può significare trovare una sintesi, un raccordo ma non può tradursi in un momento interpretativo che neghi attraverso la regola valida concreta del bilanciamento l'esistenza di un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale. Un bilanciamento così realizzato sarebbe del tutto contrario a quella necessità logico-ontologica del principio di non contraddizione che, proprio in forza dell'unità sistemica dell'ordinamento costituzionale, vieta che il bilanciamento possa ergersi quale valore autonomo.

Sulla certezza e la razionalità del diritto prevarrebbe così l'opportunità contingente, una *pax in bello* solo apparente, perché qualcuno degli interessati sarebbe stato completamente estromesso dall'accordo⁴⁸⁸. In definitiva, ogni ponderazione di interessi per essere legittima non può mai superare le colonne d'Ercole del processo di unificazione politica tracciato nella Costituzione⁴⁸⁹.

Si può comprendere, ora, anche la portata e allo stesso tempo, la via d'uscita da quella difficoltà, alla quale abbiamo accennato precedentemente, che è stata definita come il "dilemma della democrazia costituzionale"⁴⁹⁰, cioè, fra il principio della sovranità popolare, cui si ricollega, in via diretta, l'esercizio della discrezionalità del legislatore, e la tendenza (o la necessità) della giustizia costituzionale che quella discrezionalità mira a limitare e contenere attraverso le maglie larghe del ricorso ai

⁴⁸⁷ A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)* in *Enc.dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 201.

⁴⁸⁸ A. Rigobello, *Una filosofia come ermeneutica e testimonianza*, in AA.VV., *Lo statuto epistemologico della filosofia*, Brescia, 1989, 306.

⁴⁸⁹ A. Morrone, *op.ult. cit.*, pag. 202.

⁴⁹⁰ F. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario*, Edizioni Dedalo, Bari, 2004.

principi costituzionali, ora espressamente previsti in Costituzione, ora impliciti o desunti dalla stessa.

E' il Parlamento, infatti, che nello svolgimento della funzione legislativa deve farsi carico di esercitare la discrezionalità⁴⁹¹ che gli è propria anche, e soprattutto, nella materia penale, proprio per il notevole peso specifico che la sanzione penale è in grado di esercitare sul primario diritto all'autodeterminazione: la libertà personale.

Si può, all'evidenza, osservare che l'equilibrio fra le richiamate esigenze istituzionali può essere mantenuto a condizione che la Corte si limiti a sancire l'esercizio incostituzionale della discrezionalità senza, tuttavia, far seguire alla declaratoria, che espunge la norma dell'ordinamento, alcuna soluzione legislativa, sostitutiva di quella censurata, se non nei casi in cui essa è, come si suole dire, costituzionalmente obbligata o ricavabile agevolmente dal sistema normativo. E ciò anche e soprattutto in materia di proporzione della pena, ossia di determinazione di congruità della pena al fatto di reato, materia ad alto tasso di politicità e perciò stesso dominata dal principio di stretta legalità.

D'altra parte, in tale settore occorre rilevare preliminarmente come l'organo di giustizia costituzionale non possa limitarsi all'emanazione di una sentenza secca di accoglimento, di una sentenza cioè che si limiti a sancire l'incostituzionalità di una certa misura edittale della pena, e ciò per la semplice ragione che una sentenza di tal fatta creerebbe un inammissibile e, per certi versi impensabile, vuoto legislativo.

Risulterebbe evidente, dunque, e ciò rende ragione della limitazione finale del campo d'indagine, di come la permeabilità del parametro costituzionale ai valori, ossia alla massima tutela dei diritti fondamentali, possa sospingere il Giudice delle Legge a gettare 'il cuore oltre l'ostacolo' e ad incorrere in valutazioni che sfiorano il merito della scelta politico-legislativa.

Ed è all'analisi della giurisprudenza di tale particolare settore del diritto penale che sarà dedicata l'ultima parte di questo lavoro, onde verificare come la funzione limitatrice dei principi costituzionali, assunti quale parametro del giudizio costituzionale, soprattutto se svincolati dal dato testuale positivo, possa risolvere

l'interpretazione costituzionale in un'opzione di campo del giudice, che di fatti svolge il ruolo, forse mal interpretato del legislatore.

⁴⁹¹ Barone, voce *Discrezionalità* (diritto amministrativo), in *Enc. Giur.*, Vol. XI, Treccani, Roma, 1989, pp. 4 e ss.

CAPITOLO IV

L'equità è sì diritto, ma non è il diritto secondo la legge, bensì un correttivo di quel diritto che scaturisce dalla legge.

Il motivo è che la legge è sempre una norma universale, mentre di alcuni casi singoli non è possibile enunciare la retta e adeguata disciplina. Nelle circostanze, dunque, in cui è inevitabile parlare di universale, ma non è possibile farlo correttamente, la legge prende in considerazione ciò che si verifica nella maggioranza dei casi, pur non ignorando di lasciare errori e lacune.

E non di meno è corretta: l'errore non sta nella legge né nel legislatore, ma nella natura del fatto concreto, giacché la materia delle azioni ha proprio questa intrinseca caratteristica.

Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1137 b

UNA MANIFESTAZIONE CONCRETA DEI PRINCIPI-VALORI SUL PARAMETRO COSTITUZIONALE: *LE VICENDE DELLA LEGALITÀ PENALE*

SOMMARIO: *I. Generalità dei rapporti tra diritto penale e Costituzione.* 1.1 L'influenza della Costituzione sul contenuto del diritto penale. *II. Il principio di legalità penale come diritto fondamentale: portata e limite del sindacato di costituzionalità.* 2.1. La legalità penale e la sua interpretazione 'materiale' alla luce dei valori costituzionali. 2.2. L'art 7 Cedu e la qualificazione autonoma della legalità penale da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. 2.3. Il limite della irretroattività della legge penale, le norme penali di favore e la derogabilità della *lex mitior*. 2.4. Il limite del principio di ragionevolezza. *III. Il principio di proporzionalità.* 3.1. Significato e fondamento della proporzionalità. Considerazioni generali. 3.2. Il legame tra uguaglianza e proporzionalità. 3.3. La proporzionalità come parametro costituzionale applicato al trattamento sanzionatorio: tra limite allo *ius puniendi* e bilanciamento dei diritti fondamentali. 3.4 *Segue*: la giurisprudenza costituzionale italiana. 3.5 *Segue*: la giurisprudenza costituzionale spagnola. 4. Conclusioni ed ipotesi ricostruttive.

I. GENERALITÀ SUI RAPPORTI TRA DIRITTO PENALE E COSTITUZIONE

4.1.1. L'INFLUENZA DELLA COSTITUZIONE SUL CONTENUTO DEL DIRITTO PENALE

Prima di soffermarci sulle vie di penetrazione dei valori costituzionali nel sistema penale ed, in particolare sulla funzione limitatrice dei principi materiali nel controllo di costituzionalità delle leggi occorre premettere brevi cenni sulle forme di incidenza della Carta fondamentale nella materia penale.

A tale finalità, si adatterà seguendo il filo rosso di tale lavoro, un'ottica comparata degli ordinamenti italiano e spagnolo, in quanto la loro relativa omogeneità

per quanto concerne il controllo di costituzionalità delle leggi e le strutture portanti del diritto penale, ci permette di rilevare più incisive osservazioni in merito.

In particolare, l'oggetto della presente indagine si concentrerà su pochi settori caratterizzati da forte autonomia sul fronte penalistico: come il settore costituito dal sistema sanzionatorio e dai criteri di imputazione dell'illecito penale.

Si ritiene, infatti, che in tali settori la punta dell'*iceberg*, ossia di emersione ultima del valore costituzionale nella materia penale risulta essere più evidente proprio perché si infrange con l'alto tasso di politicità che questi peculiari aspetti presentano con maggior forza.

In tal senso, si può dire che l'influenza dei "valori costituzionali" nel sistema penale si esercita sul terreno dei rapporti tra politica e diritto penale: rapporti ad un tempo strettissimi e potenzialmente conflittuali⁴⁹².

Su questo terreno dei rapporti tra politica e diritto penale le moderne Costituzioni liberal-democratiche esercitano un'influenza di razionalizzazione, dando forma a quelle esigenze di eticità, soventi ammantate dagli indistinti panni di 'diritto naturale' che pongono la persona al centro del sistema penale: il valore originario e supremo dell'uomo che, in alcun modo, può essere annientato da una sanzione espressione o di un sistema di giustizia o di un ordine di valori assunti come assoluti solo perché imposti dallo Stato⁴⁹³.

Proprio l'esigenza di prospettare criteri atti a impedire rischi di arbitrio da parte di un legislatore "onnipotente", ha indotto la dottrina ad assumere la Costituzione a fondamento o, comunque, a criterio di riferimento nella scelta di ciò che può legittimamente assurgere a reato. Si sono, così, poste le basi di una teoria

⁴⁹² Sui rapporti tra politica e diritto penale in generale, v. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, p.1 ss.

⁴⁹³ F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (Un contributo comparatistico allo studio del tema)* in Pizzorusso A., Varano V., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, vol. I, 1958, Milano, pag. 533. Anche in Spagna, la dottrina penale ha prestato particolare attenzione a quest'importante relazione tra il diritto penale, la Costituzione ed il diritto costituzionale e alla questione di come e in che misura ha influito il contenuto della norma fondamentale sull'ordinamento giuridico penale. In tal senso si veda soprattutto Cobo/Vives, *Derecho penal, Parte General*, 4^{ed.}, Valencia, 1996, pag. 45. In particolare, secondo altri autori i principi consacrati nella Costituzione e con rilevanza penale sarebbero i valori superiori di libertà, uguaglianza, pluralismo e giustizia consacrati nell'art. 1.1 CE, così come i principi di razionalità, proporzionalità e promozione della libertà, promossi nell'art. 9 CE: si veda,

costituzionalmente orientata del reato, con il perspicuo scopo di elaborare criteri di determinazione del bene giuridico penale (e quindi del valore costituzionale) dotati di vincolatività – almeno potenziale – nei confronti del legislatore penale.

In particolare, l'approccio costituzionale al concetto di reato (e di pena) muove da una rilettura delle norme che la Costituzione espressamente dedica alla materia penale: il richiamo di tali norme conferma innanzitutto l'avvenuta costituzionalizzazione del principio che ammette il ricorso allo strumento penale nei soli casi di '*stretta necessità*'. Ed intorno a tale primaria esigenza di eticità del diritto penale, concidente con il suo valore come *extrema ratio* che si stagliano gli ulteriori principi di legalità, di colpevolezza e di rieducazione della pena, nonché del principio-valore ultimo della libertà personale. Quest'ultimo sancendo il carattere inviolabile della libertà personale, riprova maggiormente che l'uso della coercizione penale va limitato in rapporto a quei soli casi, che lasciano apparire inevitabile il costo di una restrizione della libertà come effetto dell'imposizione della sanzione.

Orbene, se la Costituzione si pone come punto di sutura tra la politica e diritto penale, il grado di influenza dei principi costituzionali sull'ordinamento penale dipende, come abbiamo già visto, dal modo in cui sono formulati.

Occorre soffermarsi preliminarmente sul dato testuale o linguistico, per cui importante dottrina penalistica ha ritenuto di distinguere tre tipologie di principi, in base ad una classificazione che fa perno sul carattere sopra descritto della *indeterminatezza*.

Palazzo distingue tra norme costituzionali *self executing*, in quanto formulate in modo da essere direttamente integrabili nel sistema, cioè senza necessità di una mediazione specificativa del legislatore o quanto meno non bisognose di un'opera di concretizzazione e specificazione da parte della giurisprudenza costituzionale, principi che potrebbero richiedere quest'opera di integrazione ed, infine, principi che vengono ricavati dai principi generalissimi dell'ordinamento⁴⁹⁴.

in tal senso, Arroyo Zapatero in "*Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, num. 1 (1987), pag. 102.

⁴⁹⁴ Palazzo, *op.cit.*, pag.541.

Ora assumendo tale ottica, tra le prime rientrerebbero le norme in materia di immunità o di abolizione della pena di morte, tra le seconde il principio di legalità⁴⁹⁵ e tra i terzi rientrerebbe il principio di proporzionalità.

Ed è proprio su tali due ultimi principi che si concentrerà l'analisi della giurisprudenza costituzionale comparata, italiana e spagnola, onde vagliare proprio sul fronte della materia penale, presidiata dal principio democratico, in che termini l'opera dell'interprete costituzionale incide sul parametro di costituzionalità ed in quale misura il controllo di costituzionalità non si converta in valutazioni politiche o di valore dello stesso interprete.

Occorre, quindi, premettere alcune osservazioni di carattere generale sull'atteggiamento dell'organo di giustizia costituzionale in un settore dell'ordinamento, in cui la riserva di legge rappresenta la massima garanzia per il cittadino, garanzia necessaria data l'incidenza della sanzione sul bene fondamentale della libertà personale.

In tal senso, sul fronte del controllo contenutistico dell'opzione penale la Corte Costituzionale italiana, nel rispetto dell'art. 28 della legge n.87 del 1953, ha costantemente riconosciuto, in linea di principio, ampio spazio di apprezzamento al legislatore, sia con riferimento alla scelta dei beni/interessi/valori oggetto di tutela penale ed alla stessa struttura della fattispecie incriminatrice, sia con riferimento all'equilibrio delle scelte sanzionatorie, assumendo che le valutazioni da cui dipende la decisione di ricorrere o meno alla sanzione criminale 'attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali), e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni) che per loro natura sono ideologiche e politiche, e pertanto non controllabili in questa sede" (sentenza n. 409 del 1989).

Si è precisato che "rientra nella discrezionalità del legislatore sia l'individuazione delle condotte punibili sia la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni, discrezionalità che può essere oggetto di censura, in sede di scrutinio di discrezionalità soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto o arbitrario in

⁴⁹⁵ Interessante notare come A. D' Atena, *In tema di principi e valori costituzionali*, op. cit., pag. 3067, conferisca al principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2, Cost. un carattere costitutivo, nel senso

modo da configgere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza” (sent. n. 262 del 2005, sentt. n. 447 del 1998, e 250 del 2010).

In tale cornice, ove sembrerebbe che all'interprete costituzionale siano riconosciuti spazi valutativi solo laddove le opzioni in ordine alla selezione delle condotte punibili siano manifestamente irragionevoli, non mancano in realtà strumenti di più peculiare controllo, che rendono evidenti valutazioni di valore del giudice delle Leggi.

D'altra parte il ricorso ai principi costituzionali, quali parametro atti a sindacare la legittimità degli oggetti della protezione penalistica, non è di per sé così univoco e stringente da consentire controlli sufficientemente rigorosi. In altri termini, la ridefinizione del valore oggetto di tutela apparirebbe lecita solo qualora essa discendesse pressoché automaticamente e univocamente dall'applicazione delle norme costituzionali, per cui la nuova interpretazione accolta si imporrebbe come quasi obbligata. Per converso, l'opera di riformulazione dovrebbe considerarsi indebita tutte le volte che il ricorso ai principi costituzionali lascia aperta la scelta tra più soluzioni, per cui l'interpretazione finale presuppone una vera e propria opzione politica, che come tale dovrebbe rimanere riservata al legislatore.

Come, peraltro, si cercherà di evidenziare nel prosieguo, occorre anticipare che la ragionevolezza e l'indebita compressione della libertà personale non costituiscono gli unici limiti entro i quali la Corte costituzionale ha svolto il proprio sindacato sulle sanzioni, rivestendo a tal fine, un rilevante ruolo anche i principi costituzionali sanciti negli artt. 25, comma 2 e 27, comma 1 e 3, Cost. Il principio della personalità della responsabilità penale, così come quello di legalità e di riserva di legge, di offensività e di proporzionalità involgono, infatti, più o meno incisivamente il giudizio della Corte Costituzionale sul punto: è proprio su questo terreno che occorre concentrare la nostra attenzione.

chiarito da Vezio Crisafulli, nel senso che “pone una regola di cui fissa direttamente l'ambito di efficacia”.

II. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE COME DIRITTO FONDAMENTALE: PORTATA E LIMITE DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ

4.2.1 LA LEGALITÀ PENALE E LA SUA INTERPRETAZIONE ‘MATERIALE’ ALLA LUCE DEI VALORI COSTITUZIONALI

Il principio di legalità, presente in tutte le Costituzioni liberal-democratiche dei paesi di *civil law*, è una delle più tipiche espressioni, insieme al principio di colpevolezza, del superiore *Rechtsstaatsprinzip*, nei suoi tre corollari della riserva di legge, del principio di tassatività-determinatezza e dell’irretroattività⁴⁹⁶.

Diversa, negli ordinamenti italiano e spagnolo, è non solo l’esteriore veste normativa che il principio assume in Costituzione ma anche l’accentuazione di uno piuttosto che di un altro di quei tre corollari, rispetto ai quali i due ordinamenti presentano una diversa sensibilità.

Nell’ordinamento italiano, la norma di riferimento è l’articolo 25 comma 2 della Costituzione che si esprime: “Nessuno può essere punito in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

L’amplia formula della legalità opera, dunque, su tre piani: fonti, interpretazione e formulazione tecnica delle fattispecie. Si potrebbe dire che l’indeterminatezza della disposizione contiene in sé ulteriori tre principi: il primo attribuisce al potere parlamentare la titolarità definitiva della normazione penale, il secondo garantisce l’individuo nei confronti degli arbitri del potere giudiziario, che vede così circoscritti gli spazi di manovra nell’individuazione del significato e della portata delle norme penali ed, infine, il terzo mira a preservare il valore della certezza, impedendo al potere punitivo di agire retroattivamente⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ F.C.Palazzo, *op.ult.cit.*; si veda anche F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit. 38; F. Mantovani, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2011 per un ampio esame dei diversi corollari.

⁴⁹⁷ Per tale ricostruzione si veda anche Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Questione crim.*, 1980, 179 ss.

Orbene, nonostante i tre diversi principi-corollari rispondano ad esigenze diverse, occorre rimarcare come vi è unanime consenso della dottrina nel ritenere che la triplice garanzia sia funzionale alla più ampia tutela del diritto fondamentale di cui all'art. 13 della Costituzione italiana, ossia la libertà personale.

Franco Bricola, infatti, nella sua ricostruzione, essenzialmente centrata sulla possibile compressione dell'art.13 Cost., aveva tratto la definizione del reato quale “fatto previsto tassativamente dalla legge, di realizzazione esclusiva dell'agente (...) idoneo ad offendere un valore costituzionale significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strumentalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito alla sanzione penale”⁴⁹⁸.

Detto altrimenti, il principio di legalità, se, da un lato inteso nell'accezione formale comporta che il solo legislatore può attendere alla definizione di ciò che è reato, oltre che all'individuazione delle pene, dall'altro preso in considerazione nell'accezione materiale, implica che il legislatore, nel formulare il precetto penale (e nell'individuare le conseguenze sanzionatorie) è tenuto a rispettare alcuni parametri e principi costituzionali, tra cui *in primis* l'art. 13 della Costituzione.

In particolare, per quanto qui interessa, significative sono le riflessioni di Bricola concernenti proprio la connessione funzionale tra il principio di legalità nei suoi tre corollari ed il valore assoluto del diritto inviolabile alla libertà personale: in tale rapporto di funzionalità, il principio - norma si approssima al valore ed assume propriamente il carattere di limite normativo alla discrezionalità del legislatore e dell'interprete.

Orbene, tali conclusioni sembrerebbero leggersi nelle parole dell'eminente penalista, fautore della teoria costituzionale del reato, laddove afferma in uno dei suoi scritti agli inizi degli anni '80: “Il valore assoluto del bene garantito dell'art. 25, 2 comma, e cioè la libertà personale del cittadino, non consente l'intervento di limiti esterni alla norma, anche se intranei al sistema costituzionale. Una ricostruzione così rigorosa della norma, necessaria al fine di impedire la vanificazione di significato, non isola i principi da essa espressi entro una cornice riconducibile esclusivamente alla

⁴⁹⁸ Bricola, *Teoria generale del reato*, pag. 92.

matrice liberale dello Stato liberale di diritto e non spezza i nessi tra i principi e i motivi ispiratori dello Stato ‘sociale’ o ‘solidarista’”. E, continua evidenziando che “il nesso tra il principio di legalità delle sanzioni penali e le esigenze di adeguamento alla personalità del reo anche in funzione della sua risocializzazione (art. 27 comma 3)”, consente “l’irrompere nell’alveo della legalità di quelle istanze ‘sociali’ e ‘solidaristiche’ ” ... “un nesso tra istanze ‘garantiste’ e istanze risocializzatrici, a favore del reinserimento (art. 3 Cost.) e del recupero della dignità del reo (art. 2 Cost.), solo entro e non oltre i confini rigorosi rappresentati dalla colpevolezza”⁴⁹⁹.

Dal legame materiale tra la legalità ed i valori costituzionali insiti nell’art. 2 e 3 della Costituzione, deriva, a parere di Bricola, un’importante conseguenza sul piano ermeneutico che preme evidenziare con forza: “l’utilizzazione di criteri (costituzionali) estranei alla prospettiva di “garanzia della libertà personale” nell’interpretazione dell’art. 25 2 comma, deve essere esclusa quale sia il suo obiettivo, di restrizione o di ampliamento della portata della norma”⁵⁰⁰.

L’imprescindibile esigenza di un legame tra legalità e valori superiori dell’ordinamento viene finemente evidenziata sul fronte della dottrina spagnola da García De Enterría che, nel commentare la celebre sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo del 3 novembre 1983, laddove il parametro evocato dal ricorrente in ricorso di amparo era proprio la legalità penale di cui all’art. 25 comma I della Costituzione, si sofferma sulla definizione del canone materiale della legalità. In particolare, l’eminente studioso ricalca il nesso tra principio di legalità e Stato materiale di diritto, da cui sprigiona un ruolo centrale dell’interprete e della giurisprudenza, che può creare e trovare le soluzioni giuridiche più proprie per il caso concreto ma sempre nel quadro dei valori materiali della Costituzione. Da ciò deriva che un’interpretazione della legge (e *massime* della legge penale) che sia fedele al principio di legalità e non sfoci in mera creazione giuridica, debba ricondurre le norme ai principi generali, tra i

⁴⁹⁹ Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Questione crim.*, 1980, 188.

⁵⁰⁰ Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Questione crim.*, 1980, 189.

quali rivestono una primaria importanza i principi superiori contenuti nella Costituzione⁵⁰¹.

Le riflessioni di García De Enterría ci offrono l'occasione per analizzare la portata del principio di legalità penale nell'ordinamento spagnolo.

Nella Costituzione spagnola il principio di legalità penale viene riconosciuto dall'art. 25 comma 1, per cui: "Nessuno può essere condannato o punito per azioni o omissioni che nel momento in cui si verificano non costituiscano reato, omissione o infrazione amministrativa, secondo la legislazione vigente in quel momento". A tale disposizione si possono, inoltre, riconnettere le disposizioni di cui agli articoli 81 in tema di riserva di legge, nonché l'articolo 9/3 in tema di irretroattività. In particolare, una significativa parte della dottrina spagnola ha per lungo tempo ritenuto che la riserva di legge in materia penale non era deducibile immediatamente da tale precetto ma dall'art. 81, traducendosi così in una riserva di legge organica, incidendo la legge penale sul diritto fondamentale alla libertà personale⁵⁰².

In secondo luogo, nel ricco quadro normativo della Costituzione spagnola, essendo il principio di irretroattività già affermato nell'art. 25/1 per l'illecito penale ed amministrativo, si è inteso dare un contenuto autonomo all'art. 9/3, che per la verità ripete quel principio riferendolo espressamente alle 'disposizioni sanzionatorie sfavorevoli', affermando che esso provvede anche alla costituzionalizzazione anche del principio della retroattività delle disposizione più favorevole sia in campo sia penale che amministrativo⁵⁰³.

Nonostante la dottrina, almeno in un primo tempo, abbia cercato di ricondurre ad altre disposizioni della Costituzione spagnola, lette in combinato disposto con l'art. 25 comma 1, i diversi principi impliciti in esso, è stato il Tribunale costituzionale che, in

⁵⁰¹ G. De Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984 pag.133.

⁵⁰² Buenos Arús, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, pag. 27; Rodriguez Ramos, *Reserva de ley organica*, in *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, pag. 304.

⁵⁰³ Buenos Arús, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, pag. 27; Cobo Del Rosal-Boix Reig, *Garantías Constitucionales*, pag. 205; Serrano Gomez, *Irretroactividad de la disposiciones sancionadoras no favorables* in *Buletin Información Min. Justicia*, 1979, n.1187, 3. Nello stesso tempo, nell'ordinamento italiano non si riconduce il principio della retroattività della legge più favorevole: non di meno la sua quotazione costituzionale – secondo un consolidato orientamento della Corte Costituzionale,

una copiosa giurisprudenza, ha incorporato al suddetto principio gli elementi tipici dello stesso, riassumibili nell'espressione: "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*". In particolare, in numerose decisioni, il supremo interprete della Costituzione, proprio facendo riferimento ai supremi valori della libertà e della certezza giuridica ha riempito di contenuto la formula dell'art. 25 comma 1, sussumendo nello stesso non solo la garanzia delle riserva di legge assoluta, ma gli stessi divieti di analogia *in malam partem* e di irretroattività delle norme più sfavorevoli. In tal senso, proprio attraverso l'inclusione in tale principio di quelle garanzie sostanziali dei valori della libertà e della certezza, il cerchio si chiude sull'art. 25 comma 1, e si può parlare di diritto fondamentale al principio di legalità⁵⁰⁴.

Per concludere, si può notare che quell'eccedenza di contenuto assiologico che marca l'avvento della Costituzione con riferimento alla natura 'costruttiva' dei principi si traduce, per il principio di legalità in materia penale, in una connotazione materiale che premia il *favor libertatis*, quale valore superiore dell'ordinamento giuridico.

Vediamo, dunque, con specifico riferimento al tema delle sanzioni, ambito del diritto penale connotato dal più alto tasso di politicità, come opera il principio di legalità penale come parametro di costituzionalità in alcune delle sue principali garanzie.

4.2.2 L'ART 7 CEDU E LA QUALIFICAZIONE AUTONOMA DELLA LEGALITÀ PENALE DA PARTE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Relativamente a tale concezione della legalità, un rilievo centrale è destinato ad assumere nel condizionare gli sviluppi evolutivi del diritto penale nazionale, l'art. 7 Cedu, il cui primo comma, nell'esaminare il profilo dell'efficacia nel tempo della legge penale, sancisce che i cittadini dei Paesi membri della Convenzione non possono essere

ribadito anche di recente potrebbe trarsi dall'art. 3 comma 2 della Costituzione, ossia dal principio di eguaglianza: si veda in particolare la sentenza 393 del 2006.

⁵⁰⁴ Si veda *ex plurimis*: SSTC 75/1984, de 27 de junio, FJ 5; 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 5; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 127/1990, de 5 de julio, FJ 8.A); 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; 21/1993, de 18 de enero, FJ 4 y 6/1994, de 17 de enero, FJ 2; In particolare autorevole dottrina, tra cui Vives Antón "*Principios penales y dogmática penal*", *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte general)*, CGPJ, Madrid, 1996, pag. 42, considera che il principio di legalità presenta una duplice dimensione: si tratta di una norma oggettiva della Costituzione, che determina la fonti del diritto penale e le riduce alla legge e, allo stesso tempo, si tratta di un diritto fondamentale.

condannati per un fatto non previamente previsto come reato dal diritto vigente, ovvero non possono essere assoggettati a pene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto. La norma citata, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato, ma consacra, altresì, in modo più generale il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato. Si tratta di principio che, sulla scorta di una prima lettura, non pare presentare profili di peculiare innovatività, sembrando piuttosto confermare un dato comune ai patrimoni giuridici degli Stati membri. Ciò nonostante, non può dirsi che il citato art. 7, primo comma, sia norma di basso profilo e di scarsa incidenza applicativa.

Le relative implicazioni emergono, infatti, se si considerano le tendenze emerse nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo idonee a sortire un effetto di rafforzamento della portata garantistica dei principi di legalità e di irretroattività pure positivizzati nei sistemi nazionali quanto alla estensione dell'ambito applicativo dei richiamati principi al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificate "pene" in base al diritto interno.

Il primo profilo che occorre esaminare per comprendere la portata contenutistica del principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu attiene alla stessa definizione del concetto di "legge". Nell'interpretazione della Corte europea, la nozione di 'legge' variamente richiamata in molti articoli della Convenzione, ha il medesimo contenuto, senza che nella materia penale essa si caratterizzi diversamente, se non come recentemente precisato⁵⁰⁵, per l'esigenza, tipica della responsabilità penale, di un nesso psicologico tra il soggetto agente e la violazione. E la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sul punto della sufficiente conoscibilità e prevedibilità dell'applicazione di una pena ad una infrazione, ha sempre affermato che la nozione di

⁵⁰⁵ V. sent. *Sud Fondi Srl ed altri c. Italia*, in data 20 gennaio 2009, §§ 115-117.

legge nell'art. 7 della Convenzione corrisponde a quella elaborata in relazione agli altri articoli della Convenzione⁵⁰⁶.

Si tratta di una “nozione autonoma” elaborata dalla Corte, nel solco dell'ispirazione propria della Convenzione, di difesa dei diritti fondamentali e delle libertà dell'individuo nei confronti delle interferenze dello Stato, che identifica il requisito minimo ma “inderogabile” di qualità, perché una disposizione sia qualificabile come “legge” ai fini della Convenzione: ossia la ragionevole conoscibilità della norma sulla quale la interferenza si basa e la ragionevole prevedibilità della applicazione fattane⁵⁰⁷.

In riferimento, dunque, alla legalità penale, l'infrazione penale deve ritenersi chiaramente definita dalla legge e quindi prevedibile nelle sue conseguenze, quando, a partire dal testo normativo, e con l'aiuto, se necessario, dell'interpretazione giudiziale, l'interessato può sapere quali siano le sue azioni e le omissioni che comportano la sua responsabilità⁵⁰⁸.

Si può allora concludere che la prima garanzia per l'individuo, nell'ottica della Convenzione europea, consiste nell'esclusione della ‘sorpresa’ e richiede invece la ‘prevedibilità’ del limite posto dallo Stato al godimento di un diritto o all'esercizio di una libertà dell'individuo. Una prevedibilità che deve riguardare anche l'applicazione giudiziaria della norma: ciò discende dal ruolo riconosciuto al diritto giurisprudenziale nella formazione del canone legalità penale, che viene a definirsi in senso materiale. Ciò emerge, in effetti, già dalla lettura della traduzione italiana ufficiale del testo della Convenzione, nel quale significativamente viene utilizzato il termine “diritto” (*droit* nella versione ufficiale in lingua francese), la nozione di law abbraccia un insieme di fonti normative più ampio rispetto a quello riconducibile al principio di legalità penale nei sistemi continentali, essenzialmente circoscritto alle norme di rango c.d. “primario”, ossia di origine parlamentare (immediata o mediata). D'altra parte, non risulta utile

⁵⁰⁶ V. sentt. *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*, in data 13 luglio 1995 § 35; *S.W. c. Regno Unito*, in data 22 novembre 1995.

⁵⁰⁷ V. la sentenza nella causa *Sunday Times (n.1) c. Regno Unito*, in data 26 aprile 1979.

⁵⁰⁸ Cfr. le sentenze *Kokkinakis c. Grecia*, in data 25 maggio 1993, § 40, 52; *Rekvenyi c. Ungheria*, in data 20 maggio 1999 § 34; *Cantoni c. Francia*, in data 15 novembre 1996 § 29; *E. K. c. Turchia*, in data 7 febbraio 2002 § 51.

neanche un riferimento ad un significato più ampio del termine “legge”, inteso genericamente come fonte positiva (anche di natura contrattuale), poiché neppure tale accezione è in grado di riflettere la valorizzazione del diritto giudiziale come fonte, cifra essenziale della giurisprudenza della Corte europea in punto di legalità.

La sostanziale equiparazione del diritto di origine giurisprudenziale alla fonte positiva, in effetti, affiora già nelle prime pronunce in materia e risulta costantemente ribadita sino ai giorni nostri. La prima “storica” pronuncia in cui la Corte si trovava a dover elaborare una definizione del concetto di legge – la sentenza *Sunday Times c. Regno Unito* – concerneva un ricorso nel quale si lamentava una violazione dell’art. 10 Cedu per le sanzioni inflitte al periodico inglese nell’ambito della vicenda giudiziaria seguita alla celebre inchiesta giornalistica sul talidomide somministrato alle donne in gravidanza. Nella motivazione, i giudici di Strasburgo chiarivano che “nell’espressione ‘prevista dalla legge’, la parola ‘legge’ ingloba tanto il diritto scritto quanto quello non scritto”, concludendo che “non importa che il *contempt of court* sia una creazione della common law e non della legislazione. Si andrebbe manifestamente contro l’intenzione degli autori della Convenzione se si ritenesse che una restrizione imposta dalla common law non è “prevista dalla legge” per il solo motivo che non risulta da alcun testo legislativo: si priverebbe ad uno Stato di common law, parte della Convenzione, la possibilità prevista dall’art. 10, § 2, e si minerebbe alla base il suo sistema giuridico⁵⁰⁹”. Valorizzando, dunque, il ruolo della giurisprudenza nella conformazione della legalità, la Corte europea afferma costantemente come la precisione assoluta delle norme scritte sia soluzione impraticabile e addirittura inopportuna, riconoscendo conseguentemente un ruolo di primo piano all’interpretazione giudiziale, anche in presenza di una fonte

⁵⁰⁹ Nello specifico, il ricorrente era stato condannato per *contempt of court* a seguito della pubblicazione di un articolo in cui si esprimevano dure critiche rispetto alle modalità di svolgimento del procedimento allora pendente nei confronti della casa farmaceutica Distillers e nel ricorso alla Corte europea lamentava la violazione della libertà di espressione. I giudici di Strasburgo, nel prendere in esame i tre requisiti della clausola di legittimità dell’ingerenza, ritenevano sussistente la previsione legale in quanto il ricorrente si sarebbe potuto rappresentare le conseguenze giuridiche della propria condotta facendo riferimento alla precedente giurisprudenza che enunciava, sebbene non con precisione assoluta dato l’interagire del ‘principio di pressione’ col ‘principio di giudizio prematuro’, i limiti in cui opinioni sull’operato dei giudici potevano essere formulate, salvo poi dichiarare la norma violata per insussistenza della necessità in una società democratica dell’ingerenza nella libertà di espressione.

positiva, nella definizione dell'effettivo quadro normativo di riferimento⁵¹⁰. Così, anche l'affermazione ricorrente nella giurisprudenza di Strasburgo a partire dalla sentenza *Kokkinakis* per cui 'l'art. 7 non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale (...) ma consacra anche, in generale, il principio di legalità dei delitti e delle pene ed il divieto di applicazione della legge penale in modo estensivo, ad esempio in modo analogico' non mira affatto a disconoscere gli spazi creativi dell'interpretazione giudiziale rispetto alla fonte scritta, quanto piuttosto a sottolineare come in determinati casi operazioni ermeneutiche estensive possano minare le stesse esigenze di certezza sottese al principio di irretroattività.

Si evidenzia, dunque, nella giurisprudenza della Corte europea un significato della legalità come "riconoscibilità" della fonte penale, quale canone volto a regolare il rapporto tra individuo e autorità a prescindere dalla struttura di produzione normativa di un determinato sistema giuridico ed imposto dal significato dell'intervento punitivo inteso come "volutamente" afflittivo.

A tal riguardo, nei termini di un'intensa valorizzazione della legalità in senso di tutela della riconoscibilità 'sostanziale' del diritto punitivo, giova citare l'esemplare decisione *Del Rio Prada c. Spagna*, con cui la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara come il *revirement* del Tribunal Supremo spagnolo in merito alle modalità di applicazione del beneficio penitenziario della *redención de penas por*

⁵¹⁰ Tale affermazione già ricorreva nella prima giurisprudenza della Commissione europea, nelle decisioni *X Ltd. e Y c. Regno Unito*, 7 maggio 1982, § 6, ed *Enkelmann c. Svizzera*, 4 marzo 1985. La legittimità di normative penali costruite sulla base di clausole generali o elastiche veniva ribadita nella giurisprudenza della Corte, ad esempio, in materia di proselitismo nel celebre caso, già segnalato, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., in cui la Corte riteneva che la condanna del ricorrente non era stata emessa in violazione degli artt. 7 e 9 Cedu poiché, sebbene la formulazione della norma incriminatrice fosse piuttosto generica nella descrizione delle condotte proibite, la giurisprudenza si era assestata su di un'interpretazione piuttosto consolidata in base alla quale il ricorrente avrebbe potuto comprendere la rilevanza penale della propria azione (posizione poi confermata, nello stesso ambito, nella sentenza *Larissis e a. c. Grecia*, 24 febbraio 1998, § 34). Piuttosto nota anche la sentenza della *Grande Camera Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 34, in cui la Corte rigettava il ricorso, proposto da un soggetto condannato per vendita abusiva di prodotti farmaceutici, nel quale si lamentava la genericità della nozione di "medicamento" prevista nella legislazione francese in attuazione della normativa comunitaria, notando come, a fronte di talune incertezze nella giurisprudenza di merito, la *Cour de cassation* avesse sempre fatto riferimento a criteri ben precisi per individuare i prodotti la cui vendita doveva essere autorizzata (in proposito, cfr. D. Spielmann, *Principe de légalité et mise en oeuvre communautaire*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997, 686 ss.).

trabajo a soggetti pluricondannati comportasse una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu⁵¹¹.

Nel ricorso alla Corte europea, seguito a diverse pronunce del Tribunal constitucional in cui era stata costantemente riconosciuta la legittimità costituzionale dell'applicazione del orientamento giurisprudenziale concernente la modalità di calcolo della pena, si lamentava una violazione del principio di irretroattività della legge penale (art. 7 Cedu) e, di conseguenza, del diritto alla libertà personale (art. 5 Cedu) relativamente al periodo di detenzione successivo al rigetto dell'istanza di liberazione anticipata. Il profilo maggiormente problematico, in effetti, concerneva la stessa applicabilità dell'art. 7 Cedu in una vicenda che, secondo il governo spagnolo, avrebbe interessato esclusivamente il piano dell'esecuzione penale e non la misura della pena (che, nel tempo, si sarebbe sempre rimasta corrispondente a trent'anni di reclusione).

In merito, la Corte osservava che, secondo la costante giurisprudenza interna sviluppatasi a partire dagli anni '90 in relazione alla disciplina codicistica del 1973, attraverso l'applicazione limite dei trent'anni di reclusione di cui all'art. 70 c.p., le singole pene venivano a costituire una 'nuova' ed unica sanzione. Sulla concreta misura della stessa, inoltre, incideva in maniera determinante il beneficio della *redención de penas*, il quale comportava uno sconto di pena automatico e obbligatorio (avendo il

⁵¹¹ Il ricorso veniva presentato da Ines Del Rio Prada, esponente del terrorismo separatista basco che veniva arrestata nel 1987 e successivamente condannata, in separati procedimenti, per ventitré omicidi e diversi tentativi di omicidio a pene che, sommate aritmeticamente, ammontavano a più di tremila anni di reclusione. In applicazione dell'art. 70, 2° comma, del codice penale spagnolo del 1973, che stabiliva il limite massimo al cumulo delle pene (applicabile anche in ipotesi di pluralità di procedimenti per reati connessi), l'entità della sanzione complessiva veniva stabilita, appunto, in quella trent'anni di reclusione. Invocando l'applicazione del beneficio della *redención de penas por trabajo* (che consentiva uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario) - abrogato con l'introduzione del nuovo codice penale del 1995 ma mantenuto in via transitoria per i soggetti condannati sulla base del codice penale del 1973 -, la ricorrente presentava nel 2008 richiesta di liberazione anticipata, allegando i vari provvedimenti della magistratura di sorveglianza che avevano periodicamente certificato il lavoro svolto ed accordato gli sconti di pena. Tuttavia, in applicazione dell'orientamento interpretativo inaugurato dal Tribunal Supremo il 28 febbraio 2006 nei confronti del terrorista Henri Parot, l'Audiencia Nacional rigettava la richiesta. Secondo tale nuova interpretazione (denominata appunto 'dottrina Parot'), infatti, lo sconto di pena deve essere calcolato su ciascuna delle pene inflitte non, come nella precedente prassi giurisprudenziale, sulla sanzione complessiva determinata all'esito dell'applicazione del limite dei trent'anni di reclusione. La portata pratica di tale revirement si può apprezzare proprio considerando che, nel caso della ricorrente, tale modalità di calcolo, in quanto parametrata su di una 'base' di oltre tremila anni di reclusione, conduceva di fatto a vanificare l'applicazione del beneficio penitenziario ed a riportare la data di effettiva liberazione al 2017.

giudice di sorveglianza un ruolo essenzialmente certificativo del periodo di lavoro svolto). Di conseguenza, la Grande Camera osservava che, sebbene la materia dell'esecuzione penale rimanga esclusa in via di principio dal concetto di 'matière pénale' (e non sia pertanto assoggettata al principio di irretroattività di cui all'art. 7 Cedu), nel caso in esame la disciplina della *redención de penas* deve essere considerata parte integrante del "*droit pénal matériel*". Tale conclusione, peraltro, sarebbe stata dimostrata proprio dal fatto che, in occasione della riforma del 1995, il legislatore si era curato di formulare disposizioni transitorie volte a garantire l'applicazione del beneficio ai soggetti giudicati sulla base del codice penale del 1973.

Fatte queste premesse, la Corte osservava che l'elaborazione nel 2006 della dottrina Parot da parte del Tribunal Supremo avesse comportato un prolungamento della pena certamente 'imprevedibile' da parte della ricorrente.

Con tale decisione la Grande Camera, seppur in maniera coraggiosa, conferma come già detto, che l'esame del diritto c.d. 'vivente' ha un ruolo decisivo nella valutazione della sussistenza di una base legale e, pertanto, un improvviso revirement giurisprudenziale (soprattutto se di una giurisdizione superiore) implica una violazione del principio di legalità al pari di una riforma legislativa retroattiva⁵¹². Ne esce una legalità rafforzata, nel senso garantisco, che abbandona i campi sterili della mera (e a volte vacua) riserva di legge, per tingersi di tinte più forti, volte alla decisa valorizzazione dei diritti fondamentali, ragione legitimante prima della Corte Europea.

Così, come per il concetto di materia penale, anche per definire ciò che deve considerarsi "reato" la Corte europea adotta un approccio sostanzialistico, costruendo "una nozione autonoma" di illecito penale applicabile nei confronti di tutti i paesi parte del sistema europeo e in grado di evitare la "truffa delle etichette", derivante dalla qualificazione non penale (amministrativa, disciplinare, ecc.) eventualmente data dal diritto interno ad un illecito "sostanzialmente penale": in tal modo, la Corte tende ad

⁵¹² Per tali motivi, la Grande Camera conferma la violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu e, di conseguenza, del diritto alla libertà personale di cui all'art. 5 Cedu relativamente al periodo di detenzione successivo al rigetto dell'istanza di liberazione anticipata (in quanto sprovvisto di base legale). Inoltre, viene ribadita la richiesta, ai sensi dell'art. 46 Cedu, di disporre, oltre ad un risarcimento economico per il danno morale subito, la liberazione della ricorrente quale unico rimedio effettivo rispetto alla violazione subita.

assicurare l'effettiva tutela dei diritti fondamentali, ed *in primis* della libertà personale, orientandosi verso un deciso e netto superamento del principio di legalità storicamente inteso.

In tal senso, i principi di cui all'art. 7 Cedu presentano una portata applicativa decisamente più ampia del principio di legalità, sancito sul piano interno, prospettandone una visione sostanzialistica e funzionalista, che finisce per assorbire nel suo alveo di applicazione anche misure sanzionatorie che nel diritto interno non sono considerate pene in senso stretto ma che la Corte di Strasburgo ha comunque equiparato ad esse in ragione del loro collegamento ad un illecito penale e della gravità della sanzione imposta (c.d. "pene camuffate").

In tale ottica, sul piano dell'ordinamento italiano, si è posto il problema, come vedremo, della compatibilità con l'art. 7 Cedu della disciplina nazionale dettate per alcune ipotesi di confisca, non considerate dall'ordinamento nazionale quali pene in senso stretto ma equiparate dalla Corte europea alle sanzioni penali ai fini dell'art. 7 Cedu, e quindi coperte dalle garanzie della legalità.

4.2.3 IL LIMITE DELLA IRRETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE, LE NORME PENALI DI FAVORE E LA DEROGABILITÀ DELL'LEX MITIOR

Il principio d'irretroattività della legge penale rappresenta una delle garanzie implicite nel più ampio principio di legalità penale: esso ubbidisce al valore della certezza del diritto, ossia a quell'imprescindibile esigenza che qualsiasi persona possa conoscere antecedentemente le conseguenze della propria condotta, e *massime* quando queste si convertono nell'esercizio dello *ius puniendi* da parte dello Stato e nella compressione ultima della libertà personale.

La Corte Costituzionale italiana con la sentenza n. 51 del 1985 ha, infatti, ritenuto di ricavare dall'art. 2 del c.p. un "superiore principio di civiltà" che "identificandosi o collegandosi con quello della tendenziale libertà della persona dalla riprovazione e dalle repressioni penali – riservate in definitiva alla legge ordinaria, ma pur sempre soltanto a questa, e non necessariamente finalizzate all'esclusiva protezione dei valori costituzionali e degli stessi valori di civiltà – appresta alla persona stessa una

garanzia di copertura dalle (mediante l'attribuzione ad essa di una posizione d'indifferenza rispetto alle) vicende d'inasprimento della legislazione penale considerate nei loro effetti generali”.

Sulla base del principio di irretroattività, inteso quale principio supremo, inequivocabilmente riferito al diritto-valore della libertà personale, l'interprete della Costituzione giunge a censurare la legittimità costituzionale dell'art. 2 del c.p. nella parte in cui prevedeva l'applicabilità delle disposizioni dello stesso articolo, ivi compresi, dunque, il comma secondo concernente la retroattività dell'*abolitio criminis* e il comma terzo, concernente la retroattività delle disposizioni più favorevoli - anche nei casi “di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti”.

Sempre argomentando sulla base dell'inestricabile nesso tra il contenuto afflittivo della sanzione penale e il nucleo duro irriducibile della libertà personale che la Corte Costituzionale ha inteso con la sentenza *196 del 2010* aderire ad un concetto sostanziale di sanzione penale, ricomprendendo al suo interno anche la misura speciale della confisca.

Tale pronuncia risulta di particolare interesse in quanto il Giudice delle Leggi interviene a delimitare i confini della definizione di sanzione penale, sulla base del contenuto concretamente ablativo che la stessa possa presentare, indipendentemente dal *nomen iuris* o dalla riconducibilità alla distinta categoria delle misure di sicurezza.

Infatti, tale pronuncia giurisprudenziale si innesta sul filone di un'annosa diatriba dottrinale sul cosiddetto sistema del doppio binario, che prevede, sulla base di alcune osservazioni di politica criminale⁵¹³, l'alternatività tra le pene e le misure di

⁵¹³ Le misure di sicurezza sono state introdotte dal codice penale del 1930 all'esito di un vivace dibattito che vide il contrapporsi delle diverse scuole di pensiero dell'epoca: la Scuola Positiva e la Scuola Classica. Così, il legislatore ha inserito nel codice penale il sistema del doppio binario affiancando alla sanzione penale tradizionale la misura di sicurezza, destinata a neutralizzare la pericolosità sociale di determinate categorie di soggetti. L'introduzione delle misure di sicurezza aveva lo scopo di potenziare la difesa sociale mediante la prevenzione del pericolo di recidiva del reo. Nel confronto tra pena e misura di sicurezza, si deve altresì distinguere il fondamento dei due istituti: mentre la pena è la conseguenza di un giudizio di riprovazione per la violazione di un comando, la misura di sicurezza scaturisce da un giudizio di pericolosità - non di responsabilità - e di probabilità di futura recidiva. Ne derivano due corollari: in primo luogo, mentre la pena è determinata in proporzione alla gravità del fatto, la durata della misura di sicurezza è logicamente indeterminata perché rapportata alla prognosi di pericolosità; sicché la misura

sicurezza. I termini della dialettica si incentrano sul dato costituzionale dell'articolo 27 comma 3 Cost., per cui, in forza del finalismo rieducativo, la dottrina più avveduta si interroga sulla legittimità della sopravvivenza delle misure di sicurezza in un diritto penale costituzionalmente orientato⁵¹⁴.

Orbene, in tale cornice dottrinale, si inquadra la pronuncia in esame che verte sull'applicabilità del principio di irretroattività alle misure di sicurezze, non essendo per esse espressamente previsto dall'art. 25 della Costituzione. Invero, a differenza del comma 2 che, oltre ad enunciare, con riguardo al reato e alla pena, il principio di legalità, costituzionalizza esplicitamente quello di irretroattività, il comma 3 con riferimento alle misure di sicurezza, positivizza il solo principio di riserva di legge ("nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge"). E la stessa formulazione dell'art. 200 c.p. sembrerebbe dare conferma di ciò: "le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro esecuzione", soggiunge, al comma 2, che "se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della sua esecuzione". Appoggiandosi su tali argomenti di diritto positivo, la dottrina per lungo tempo ha ritenuto che, proprio per la diversa funzione svolta dalle misure di sicurezza rispetto alle pene, il principio di irretroattività dovesse ritenersi inapplicabile alle stesse.

In tale delicata questione, con riguardo alla confisca prevista per la fattispecie di reato di guida in stato di ebbrezza dell'art. 186 comma 2 lett. c) del codice della strada che è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 196 del 2010. Una decisione che merita il nostro interesse in quanto il supremo interprete della Costituzione si spinge in un'interpretazione estensiva del principio di irretroattività, aderendo ad una concezione sostanziale di sanzione, prossima ai contenuti evocati dall'art. 7 Cedu, esplicitamente evocato come parametro dal giudice remittente.

In particolare, il giudice remittente – essendo stata richiesta dal pubblico ministero, nel giudizio principale l'emissione di decreto penale di condanna, in relazione alla fattispecie di reato di guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186 co. 2

cessa al venir meno della pericolosità sociale. Inoltre, se la pena ha come destinatari gli imputabili e semimputabili, la misura di sicurezza è anche applicabile ai non imputabili, quando siano pericolosi.

lettera c), del codice della strada –ha rimarcato il fatto di dover applicare all'imputato, retroattivamente, la misura della confisca del veicolo, non essendo prevista all'epoca del commesso reato.

Difatti, in forza di quanto stabilito dall'art. 4, comma 1 lett. b) del decreto legge n. 92 del 2008, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1 della legge n. 125 del 2008, in caso di condanna dell'imputato per la fattispecie criminosa oggetto del giudizio *de quo* “è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato”.

Orbene, proprio il riferimento all'articolo da ultimo citato avrebbe l'effetto di rendere operativa, nella specie, la previsione dell'articolo 200 co.1 c.p. (cui rinvia, quanto alle misure di sicurezza patrimoniali l'art. 236 co.2 del medesimo codice), in base al quale “le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione”.

Ciò premesso, il giudice *a quo* ha ritenuto che le norme suddette violassero l'art. 3 e 117 della Costituzione, e quale norma ‘interposta’ l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo cui “non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato”; norma interpretata dalla Corte di Strasburgo come applicabile anche nei confronti della confisca⁵¹⁵.

La Corte Costituzionale ha condiviso le valutazioni del giudice remittente, ampliandole con ulteriori considerazioni, per mettere in luce “aldilà delle sue qualificazioni formali”, - la funzione sanzionatoria e repressiva – e non già meramente preventiva della misura ablativa in esame – (posto che –*inter alia* – la stessa è applicabile anche quando il veicolo è incidentato e, quindi, temporaneamente inutilizzabile dall'imputato, e che la sua operatività non impedisce l'utilizzo di altri mezzi da parte dell'imputato e, quindi, un rischio di recidiva, non svolgendo una funzione di neutralizzazione del pericolo). Su tali basi, ritenuto il contrasto con

⁵¹⁴ Per maggiori approfondimenti Bricola, *Commento all'art. 25, commi 2 e 3*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, *Rapporti civili*, artt. 24-26, Bologna, 1991, 227 e ss.

l'articolo 117 della Costituzione per i profili rilevati e, ritenuta impercorribile qualsiasi interpretazione conforme, ha dichiarato la parziale illegittimità limitatamente “alle sole parole ‘ai sensi dell’art. 240, secondo comma, del codice penale, dalle quali deriva l’applicazione retroattiva della misura in questione”.

In particolare, in tale sede preme evidenziare come la Corte, oltre a richiamarsi alla norma ‘interposta’ di cui all’art. 7 della Cedu, deduca l’applicabilità del principio di retroattività alle misure di sicurezza dallo stesso art. 25 2 comma, il quale “data l’ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato”.

Ne deriva, proprio a fronte dell’analisi del dato testuale dell’art. 25 comma 2, che, appoggiandosi alla sua indeterminatezza e apertura linguistica, orientata verso un’interpretazione materiale del concetto di sanzione, aprendo il parametro costituzionale alle spinte centrifughe verso l’alto dell’art. 7 della Convenzione europea, che il Giudice delle Leggi applica in maniera estensiva il principio di irretroattività delle pene, restringendo l’area della punibilità.

Sempre guardando all’ambito di operatività dell’art. 25 comma 2 Cost., così come interpretato dal Giudice delle Leggi, occorre addentrarsi nella sindacabilità delle norme penali di favore e nella possibile derogabilità al più generale principio della retroattività della *lex mitior*. Detto altrimenti, ci si è chiesti se il principio di legalità non enunci un *divieto assoluto* di retroazione destinato ad operare senza limiti in ambito penale, senza che possa distinguersi tra norme di sfavore e norme favorevoli.

Risulta, dunque, determinante la costruzione del fondamento costituzionale dell’art. 25 comma 2 e l’opzione del valore costituzionale a cui il principio costituzionale dell’irretroattività possa ricondursi o riconnettersi affinché si possa delimitare l’ambito di estensione della suddetta garanzia.

⁵¹⁵ In termini, la sentenza pronunciata dalla Grande Chambre il 9 febbraio 1995, nella causa n.307-A/1995, Welch contro Regno Unito.

Il principio di irretroattività può essere costruito in termini di assolutezza o, viceversa, di relatività a seconda che lo si intenda funzionalmente diretto a soddisfare esigenze di fredda e formale certezza giuridica o, al contrario, di sostanziale garanzia di libertà.

Secondo quanto già detto in precedenza, sia nella dottrina che nella giurisprudenza costituzionale è risultata prevalente la tesi che ha considerato il principio di irretroattività quale corollario, sul versante dell'efficacia nel tempo delle norme penali nel tempo, del superiore principio di legalità, ispirato nella sua unitaria complessità al *favor libertatis*, assicurando quindi ai cittadini che non sarà sottoposto ad un trattamento sanzionatorio più severo di quello 'calcolabile' al momento della commissione del fatto.

Se il valore-fine alla base dell'art. 25 comma 2 della Costituzione è rinvenibile nella massima tutela del diritto inviolabile alla libertà personale, l'interrogativo sulla riconducibilità o meno alla medesima garanzia della retroattività della norma più favorevole, sorge inevitabile a fronte della norma codicistica dell'art. 2 del c.p.⁵¹⁶, che lo prevede espressamente.

A tale interrogativo hanno risposto le due importanti decisioni n. 393 e 394 del 23 novembre del 2006⁵¹⁷, in cui si profila un'attitudine diversa del Giudice delle Leggi, non più ispirata a quella tradizionale cautela che caratterizza il sindacato di ragionevolezza delle norme penali, laddove possano discenderne effetti *in malam*

⁵¹⁶ Significativo tener conto che lo stesso art. 2 non riconosce come assoluto ed inderogabile quel diritto alla fruizione della successiva norma penale più favorevole, assoggetta dolo viceversa a taluni limiti. In particolare, il principio della retroattività della norma più favorevole al reo non opera: 1) allorchè, essendo la norma successiva più favorevole, ma non abolitiva della norma incriminatrice vigente al momento della commissione del fatto, sia già intervenuto, in applicazione di quest'ultima giudicato penale di condanna; 2) per le leggi eccezionali e temporanee.

⁵¹⁷ La prima (n. 393) relativa alla questione dell'art. 10, co. 3, l. n. 251 del 2005 (l. ex Cirielli) laddove individuava nella circostanza che, all'atto di entrata in vigore della stessa legge, fosse intervenuta la dichiarazione di apertura del dibattito in primo grado, un limite alla retroazione delle norme più favorevoli in tema di prescrizione introdotte con lo stesso provvedimento legislativo. La seconda (n.394), vertente sui reati di falso elettorale, in particolare sull'art.1 della legge 2 marzo 2004, n.61 ('Norme in materia di reati elettorali'), nella parte in cui ha sostituito il terzo comma dell'art. 90 del d.p.r. 16 maggio 1970, n.570 ("Testo unico per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali"), e il terzo comma dell'art. 100 del d.p.r. 30 marzo 1957, n.361 ('Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati'), che introducono una disciplina penale speciale e, significativamente attenuata rispetto a fattispecie di falso assimilabili, per le ipotesi in

partem. In particolare, la Corte, sotto tale profilo, richiamandosi alla dottrina scolpita nella precedente decisione n. 148 del 1983, in cui ammette per la prima volta la sindacabilità delle norme di favore in forza dell'esigenza di evitare la creazione di 'zone franche' nell'ordinamento (e, dunque, in forza del principio di supremazia costituzionale) ribadisce che: "la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in *malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva" (sent. 394/2006). In particolare, la Corte si addentra, non senza una certa ambiguità⁵¹⁸ nella definizione di norme penali di favore, onde tracciare i confini di un 'legittimo' intervento demolitorio e, dunque, ritenere preservato il principio di legalità, che preclude al Giudice delle Leggi "sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti ai casi non previsti; sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerente la punibilità"⁵¹⁹. Le norme penali di favore – ritiene la Corte – consistono in quelle norme che "sottraggono una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra

cui la falsità abbia ad oggetto 'l'autenticazione delle sottoscrizioni delle liste elettorali e di candidati' ovvero consista nella falsa informazione, in tutto o in parte, di liste di elettori o di candidati.

⁵¹⁸ Sul punto si veda V. Manes, *Illegittime "le norme penali di favore" in materia di falsità delle competizioni elettorali*, in consulta online, laddove l'autore appare critico sulla definizione di norme penali di favore adottata dalla Corte Costituzionale, in quanto tale distinzione può condurre ad esiti problematici e contraddittori, soprattutto qualora si intenda le norme penali di favore quali norme che sottraggono alla punibilità sulla base di condotte. In particolare, Manes rileva come alcune figure di reato, che traspaiono in filigrana nella motivazione della sentenza (come i reati di false comunicazioni sociali) presentano elementi specializzanti (soglie di punibilità) che, se da un lato delimitano la punibilità, dall'altro sottraggono anche alcune condotte all'applicazione della norma stessa.

norma, maggiormente comprensiva” e non quelle che “delimitano l’area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato”. Solo, qualora, infatti quelle “norme stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello risultante dall’applicazione”, nell’ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale il monopolio sull’opzione punitiva resterebbe comunque nelle mani del Parlamento – in forza della riespansione della *lex generalis* – e non risulterebbe espropriato da un organo, la Corte, estraneo al circuito di legittimazione democratica.

Orbene, una volta definito in tale sede cosa si intenda per norme penali di favore, la Corte esclude che la base costituzionale del principio di retroazione favorevole possa in qualche modo essere rinvenuta nell’art. 25 comma 2. Il valore costituzionale che la retroattività della *lex mitior* mira a tutelare è, nella valutazione del Giudice delle Leggi, il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 che “impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice”.

Il legame tra retroattività in *bonam partem* e principio di uguaglianza poggia sulla concezione oggettivista del diritto penale accolta dal complessivo “tessuto dei precetti costituzionali”, per cui la pena deve essere posta a presidio di interessi che il legislatore, in quanto ‘interprete della coscienza sociale’ si prefigge di tutelare. Pertanto, una volta che la legge e, presumibilmente, la coscienza sociale sono mutate, non ha senso punire ancora con la legge più severa in vigore al momento del fatto: la distinzione, pur sussistente, tra rimproverabilità dei fatti commessi nel vigore della precedente norma più severa e rimproverabilità dei medesimi fatti commessi nel vigore della successiva norma più mite non deve influire, quindi, sul trattamento sanzionatorio.

Ma tale fondamento costituzionale, differentemente da quello previsto ai sensi dell’art. 25 comma 2 Cost., non consente di considerare il principio come un ‘valore assoluto’, essendo esso derogabile sul piano costituzionale, ove sorretto da

⁵¹⁹ Per un richiamo alle numerose pronunce affermanti tale principio *ex multis*, e più recentemente, Corte Cost., ord. 27 novembre 1998, n.392, in *Giur. Cost.*, 1998, 3368; id. sent. 15 marzo 2002, n.49 ivi 2002, 585 ss; sent. 324 del 2008.

giustificazioni oggettivamente ragionevoli, quali appunto l'illegittimità, sia sotto il profilo formale sia sotto quello sostanziale, della norma più favorevole sopravvenuta.

Il diverso fondamento costituzionale dei due principi comporta quindi conseguenze rilevanti, dato che i giudici costituzionali ne fanno derivare un distinto statuto e una distinta tutela: incondizionato ed inderogabile il principio di irretroattività sfavorevole ex art. 25 Cost.; e derogabile, in quanto ragionevolmente bilanciabile e sacrificabile il principio di retroattività favorevole desunto dall'art. 3 della Costituzione. Sulla base di tali premesse argomentative, la Corte Costituzionale giunge ad analizzare i profili di illegittimità della disciplina censurata, focalizzando il controllo di ragionevolezza della 'norma di favore' direttamente su una ricognizione degli interessi in gioco: il parametro della ragionevolezza viene cioè asservito finalisticamente alla considerazione del valore costituzionale tutelato dalla norma censurata. E dal momento che "il bene finale è di rango particolarmente elevato, anche sul piano della rilevanza costituzionale, in quanto intimamente connesso al principio democratico", il vaglio sulla ragionevolezza del regime sanzionatorio giunge ad accertare la disparità trattamento sanzionatorio del falso in questione⁵²⁰ rispetto alle altre ipotesi delittuose, accompagnate da quadri sezionatori ben più severi- previste nel codice come nello stesso contesto dei 'reati elettorali', per falsità del tutto assimilabili anche sotto il profilo del disvalore della condotta. Ecco, dunque, che il parametro della ragionevolezza, in cui si risolve la derogabilità alla retroattività di una norma penale più favorevole, quando si innesta sul bene oggetto di tutela della norma censurata, trascende, nel giudizio dell'interprete, in una dimensione assiologica, in cui punto di fuga dello sguardo prospettico è la meritevolezza di tutela del bene giuridico che passa attraverso una sua precisa fisionimizzazione costituzionale.

⁵²⁰ Nel caso di specie una contravvenzione, sanzionata con la sola pena dell'ammenda, ossia un trattamento sanzionatorio ben più blando rispetto a quello più corposo stabilito, da un lato, per 'falsità fidefacienti suscettivi della medesima efficacia', punite invece come delitto e con pena detentiva nel codice, agli articoli 476 e 479 c.p.; e dall'altro, a quello previsto anche per le condotte di falsa formazione o alterazione di qualunque altro atto concernente le operazioni elettorali, di 'sostituzione alterazione o distruzione' di qualunque altro atto concernenti le operazioni medesime e persino di uso di atti falsificati, condotte tutte punite da uno a sei anni tanto dal secondo comma degli artt. 100 del d.P.R. n. 361 del 1957 e 90 del d.P.R. n. 570 del 1960.

Tale ultima considerazione ci permette di introdurre l'ulteriore profilo a cui si accennava prima, ossia quello dei limiti alla derogabilità al principio della retroattività della *lex mitior*, che è stato maggiormente approfondito nell'altra sentenza di pari data, cioè la n. 393 del 2006.

La Corte, in particolare, ribadisce la natura del principio di retroattività della *lex mitior* quale principio generale dell'ordinamento comunitario⁵²¹e, anche in forza della sua 'copertura costituzionale rafforzata', ne deriva che 'il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo', con la conseguenza che 'lo scrutinio di costituzionalità ex art 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole'⁵²².

⁵²¹ Il riferimento è qui all'art. 6, comma 2, del Trattato sull'Unione europea, nel testo risultante dal Trattato sottoscritto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, ratificato con l. 16 giugno 1998, n. 209, nonché all'art. 49, comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 che però a quel tempo non aveva ancora efficacia giuridica vincolante. E' stata inoltre richiamata dalla stessa Corte Costituzionale una decisione della Corte di Giustizia (sent. 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02 che – decidendo un caso nel quale il primato del diritto comunitario si assumeva compromesso dalla retroattività della disciplina che assicurava al reo il trattamento più favorevole (anche per la riduzione dei termini di prescrizione conseguente alla riduzione della misura della pena) – ha statuito che delle tradizioni comuni fa parte il principio dell'applicazione retroattiva della *lex mitior*. Tale principio "deve essere senz'altro osservato dal giudice interno 'quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario, desunto dal complesso degli ordinamenti giuridici nazionali e dai trattati internazionali dei quali gli Stati membri sono parti contraenti". Il medesimo principio è stato ribadito dalle sentenze 11 marzo 2008, *Jaeger*, C-420/06, e 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11.

⁵²² La stessa ricostruzione del fondamento costituzionale del principio di retroattività favorevole e una non dissimile individuazione dei suoi limiti si rinviene nella successiva pronuncia della Corte Costituzionale n. 78 del 2008, ancorchè la stessa pervenga ad esiti differenti quanto alla legittimità costituzionale del citato art. 10 comma 3., l. n. 251 del 2005. Se il test di ragionevolezza si era chiuso nella sovra citata sentenza in maniera negativa, dichiarando l'incostituzionalità della lettera sub) a dell'art. 10 della L. n. 251/2005, stabilendo che il limite dell'apertura del dibattito non rappresentava un limite legittimo all'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli in tema di prescrizione, la Corte perviene ad una diversa soluzione con riguardo alle lettere b) e c) del medesimo art. 10 co. 3, che prevedono i limiti della pendenza del giudizio di appello e di Cassazione. In tali casi la Corte, ritiene che tali limiti siano legittimi in quanto a protezione di "interessi di analogo rilievo" quale quello "ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute" nei precedenti gradi di giudizio e quindi, più in generale, quelli di "rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale). Inoltre, preme da ultimo segnalare come la Corte Costituzionale sia di nuovo tornata a sindacare sulla legittimità dell'art. 10 con la recente sentenza 22 luglio 2011, n. 236 laddove ha rigettato la questione ritenendola infondata, seppur sollevata con riferimento non al parametro della ragionevolezza bensì all'articolo 117 della Costituzione e all'art. 7 CEDU.

Deve prendersi atto del fatto che l'utilizzo dell'art. 3 della Costituzione, ossia della ragionevolezza per fondare un eventuale limite alla discrezionalità del legislatore nel derogare alla retroattività della *lex mitior* ha suscitato alcune critiche in parte della dottrina, che ha paventato la possibilità che con il grimaldello del principio di ragionevolezza, utilizzato per espungere le norme penali di favore, si rischi di “scardinare fondamentali garanzie in materia penale”⁵²³. Al medesimo tempo, importante dottrina ha sottolineato come ‘il sindacato sulla non punibilità è coesistente all’affermato potere della Corte di valutare le scelte di politica criminale operate dal legislatore rispetto ai valori costituzionali’⁵²⁴e, che la valutazione della ragionevolezza laddove si spinga oltre la semplice bonifica delle asimmetrie sanzionatorie, ma invada il campo del legislatore, indagando sulle opzioni di tutela degli interessi protetti riveli l'intrinseca insufficienza di una legalità meramente formale incapace di ricomprendere la dimensione sostanziale della giustizia.

Occorre, dunque, addentrarsi più all'interno alle considerazioni sul limite della ragionevolezza, onde evidenziarne da un lato le implicazioni e le ricadute sul piano della legalità e del contenuto democratico dell'opzione penale e, dall'altro il nesso con il principio di proporzionalità.

4.2.4 IL LIMITE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA

Il controllo costituzionale di ragionevolezza di una norma di legge ordinaria è stato descritto come giudizio sulla coerenza o sistematicità del diritto o come ponderazione dei singoli valori costituzionali⁵²⁵.

⁵²³ De Flammineis S., *Prescrizione e deroga*, in *Giur. Cost.*, 2007, pag. 2297 ss.

⁵²⁴ Stortoni, *Profili costituzionali della non punibilità*, RIDPP, 1984, 625 ss., 633 s.

⁵²⁵ “... mentre il giudizio tradizionale di illegittimità costituzionale viene concepito come una verifica di contrasto puntuale tra una norma ricavata dalla legge con una norma ricavata dalla Costituzione, il controllo di ragionevolezza si occupa di relazioni più complesse. Tali relazioni possono essere ricondotte a due schemi principali. Nel primo caso, la corte si occupa di relazioni che hanno a che fare con due norme strutturate come regole, relazioni cioè che riferiscono la norma *de qua* ad un'altra norma desunta da una fonte primaria (*tertium comparationis*) e alle quali si applicano il principio di uguaglianza ad altri parametri costituzionali che concretizzano l'uguaglianza. Nel secondo caso, la Corte si occupa di una norma strutturata come regole nelle sue relazioni con i principi costituzionali, più precisamente in relazione ad almeno due norme desunte dalla Costituzione su una di principio. Nel primo caso si parla in genere di un controllo di coerenza tra regole poste dal legislatore e quindi della giustizia inerente alla sistematicità del diritto, mentre nel secondo caso si può parlare di un controllo del bilanciamento della

In particolare, l'assenza di un solido ancoraggio testuale nella Costituzione che, abbiamo detto rappresentare uno dei limiti all'inevitabile dissoluzione del parametro, ha condotto la dottrina ad esprimere un giudizio divergente sul suddetto canone, distinguendosi nettamente coloro che hanno aspramente criticato l'attività della Corte, perché priva di alcun supporto "positivo", da quanti, invece, hanno ritenuto insito nel sistema repubblicano un "illuminismo moderato della ragione pratica che non può affermare verità teoriche, ma soltanto moderare la volontà e limitare la discrezionalità del legislatore, appellandosi ad un senso comune non manipolabile da poteri culturali particolari"⁵²⁶.

Se da un lato, vi è chi osserva come la ragionevolezza rappresenti un canone fondamentale in grado di assicurare la coerenza sistematica, l'adeguatezza al caso concreto e la giustizia all'interno dell'ordinamento giuridico⁵²⁷; il principale rilievo mosso al sindacato di ragionevolezza si è incentrato sul suo carattere estremamente

ponderazione tra almeno due principi (o valori) costituzionali rispetto alle esigenze del caso astratto disciplinato dalla legge", v. J. Luther, voce *Ragionevolezza*, cit. p. 351. Anche per il Paladin l'applicazione del canone della ragionevolezza da parte della Corte Costituzionale avviene sostanzialmente secondo due modelli argomentativi: "Resta però il fatto che i parametri costituzionali in discussione e le conseguenti decisioni della Corte si prestano, quantomeno a venir bipartiti sul primo versante, cioè, vanno collocati i casi nei quali la corte si limita a verificare la ragionevolezza interna delle leggi rispetto alla *ratio legis* o alla complessiva *ratio iuris*. Il parametro per eccellenza, sotto questo aspetto, consiste nell'imperativo fondamentale dell'art. 3, comma 1, ricostruito come un canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è espressione del principio di uguaglianza di trattamento tra posizioni eguali, senza di che –aggiunge la Corte in una sentenza del 1982 – le norme componenti l'ordinamento si degraderebbero al livello di gregge privo di pastore; ed è frequente in tal senso che i controlli sull'uguaglianza delle leggi assumano, quale parametro di riferimento del giudizio, altre leggi ordinarie, piuttosto che riferirsi ad un *tertium comparationis* di rango costituzionale ... Sul secondo versante, per contro, stanno le pronunce che in modo immediato – senza fare ricorso ad alcun *tertium comparationis* – sindacano il rispetto di determinati principi o valori o esigenze di rango costituzionale, che impongono valutazioni pertinenti alla ragionevolezza", L. Paladin, *Ragionevolezza*, cit. pag. 906.

⁵²⁶ J. Luther, *Ragionevolezza*, cit. pag. 343.

⁵²⁷ "Si indica invece la necessità che il diritto formale rispetti il suo carattere di mezzo di soddisfacimento di esigenze sociali e che la scienza del diritto si orienti costantemente in una direzione pratica. Se la distanza è tale che nessun rapporto può essere istituito e la regola appare sotto qualunque aspetto arbitraria, in quanto inidonea a soddisfare qualsiasi esigenza regolativa, apprezzata sotto qualunque punto di vista politico, esso sarà una legge contro natura ... Non pare invece che si possa negare alla Corte il potere di affermare che una certa proposizione legislativa è priva di giustificazione sotto qualsiasi punto di vista, da qualunque parte la si guardi, in guisa che la soluzione dei casi che essa offrirebbe sarebbe per chiunque contro la natura delle cose" in Zagrebelsky, *La Giustizia costituzionale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1988, p. 156.

vago, elastico ed indeterminato: carattere che contribuirebbe a trasformare tale principio in un dato meta-positivo capace di censurare la discrezionalità legislativa⁵²⁸.

Orbene, fatta tale breve premessa sul limite della ragionevolezza, sul quale torneremo in seguito, proprio l'analisi della sentenza 394 del 2007 ci induce a riflettere come all'interno del giudizio di legittimità costituzionale sulla proporzione della pena, che assume come parametro la ragionevolezza si possono cogliere, in realtà, due contestuali valutazioni: quella relativa alla disarmonia sanzionatoria di due fattispecie sanzionatorie omogenee e quella attinente al rapporto di proporzione (in termini per così dire assoluti) fra il rango di un determinato bene e la corrispondente sanzione penale. Ne risulta una declaratoria di illegittimità costituzionale che, a ben guardare, poggia non solo sulla riscontrata disparità di trattamento sanzionatorio tra due norme che ledono lo stesso bene (costituzionale), ma anche sulla necessità di assicurare una pena sufficientemente congrua in considerazione del rilievo del bene medesimo. Attenta dottrina ha osservato come, in questo caso, la Corte abbia quasi trasformato il giudizio di legittimità riferito all'art. 3 Cost. in un giudizio binario di bilanciamento, laddove l'applicazione del principio di proporzione della pena vale a ridurre la forza di bilanciamento della libertà individuale. In particolare, "quasi con un paradosso si può concludere che il parametro della ragionevolezza e il riferimento all'art. 3 divengono superflui data, comunque, la possibilità di un raffronto tra il valore costituzionale sotteso alle norme e quello –sempre presente– della libertà personale⁵²⁹". Ed è in questo secondo giudizio che si innesta il principio costituzionale di proporzione tra pena ed importanza, in sé, del valore tutelato: "principio desumibile dal fatto che la libertà personale è limitabile in misura proporzionale all'importanza dei beni tutelati, nonché

⁵²⁸ L.Paladin, *op.ult.cit.* "Sia che i principi generali del diritto vengano intesi come norme, sia che nell'ottica costituzionale si preferisca definirli come valori presupposti e garantiti dalla Costituzione, occorre che tali norme o tali valori dispongano di un punto di riferimento, esplicitamente o implicitamente ricavabile dalla Costituzione stessa: la loro ben nota vaghezza, elasticità, indeterminatezza ed ampiezza non debbono, cioè, venire accentuate a dismisura, fino a estrometterli dal diritto costituzionale positivo, confondendo –oltretutto– problemi e criteri di controllo fortemente eterogenei. Precisamente questo, per contro è il caso del cosiddetto principio di ragionevolezza.

⁵²⁹ G.Insolera, *Controlli di ragionevolezza*, pag. 337.

dal fatto che le pene manifestamente sproporzionate sono diseducative e, perciò, perseguono un fine antitetico a quello dell'art. 27/3 Cost.⁵³⁰»

3. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

4.3.1 SIGNIFICATO E FONDAMENTO DELLA PROPORZIONALITÀ. CONSIDERAZIONI GENERALI.

Il principio di proporzionalità si impone alla nostra attenzione per la significativa frequenza con cui è stato e viene utilizzato dalla giurisprudenza di merito, per sollecitare la Corte Costituzionale a pronunciarsi sulla legittimità di norme di legge che lo violerebbero, sia dallo stesso Giudice delle Leggi, il quale lo ha posto a fondamento delle più importanti pronunce di illegittimità costituzionale in materia di misura della pena⁵³¹. Inoltre, altro dato sintomatico ai fini della direzione della nostra indagine e strettamente connesso al primo, consiste nella natura essenzialmente implicita di tale principio, che, al contrario del principio di legalità, presenta una distanza semantica dagli altri principi costituzionali espressamente codificati. Un principio che contiene in potenza la possibilità di rendere equilibrate le soluzioni di numerosi casi problematici, ma che pone il dilemma se l'individuazione del punto di equilibrio non spetti al legislatore.

In terzo luogo, ciò che spinge ad interessarci del principio di proporzionalità riguarda la sua unanime considerazione quale principio dal carattere non formale e procedimentale: la sua natura non si fonda sulla legalità formale ma, al contrario, presenta una natura sostanziale, costituendo un parametro materiale di legalità, vincolato all'idea di Stato di diritto costituzionale⁵³².

Orbene, prima di affondare le mani nella sabbia di una giurisprudenza intricata da cui emerga la portata della funzione limitatrice che tale principio svolge nel giudizio

⁵³⁰ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit. pag. 203.

⁵³¹ Tra le più importanti sentenze della Corte Costituzionali su cui torneremo si vedano: n. 26 del 5-25 maggio 1979, n. 103 del 20-27 maggio 1982, n. 409 del 6-18 luglio 1989, n. 313 del 26 giugno-2 luglio 1990, n. 467 del 16-19 dicembre 1991, n. 343 del 20-28 luglio 1993, n. 518 del 15-21 novembre 2000, n. 325 del 13-26 luglio 2005, n. 255 del 21 giugno-4 luglio 2006, n. 394 del 8-23 novembre 2006, n. 22 gennaio-2 febbraio 2007.

⁵³² Così si esprime autorevole dottrina tedesca Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, Munchen, 1992.

di legittimità costituzionale, onde verificare se ed in quali termini le modalità dell'applicazione del principio di proporzione siano connesse alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo dagli eventuali eccessi in cui il potere legislativo può incorrere nell'attività di commisurazione della pena⁵³³, occorre porre luce sull'origine, il significato e la portata del principio di proporzione in senso stretto.

L'idea di proporzionalità rimanda all'elaborazione delle scienze c.d. esatte, ossia all'ambito matematico⁵³⁴ ed economico. E' un concetto che si confonde con quello di *armonia*, di *simmetria* e di *bellezza*. Un'idea fondamentale che pervade quasi tutti i settori della scienza⁵³⁵, permettendo, in ciascun ambito, di giungere alla soluzione, al progetto, all'opera, all'azione ecc. considerata più adeguata o razionale e, dunque, preferibile tra le molte, in astratto, prospettabili soluzioni.

Tale idea di *armonia* si propaga anche nell'alveo delle scienze umane, qual è il diritto, laddove la proporzione assume le fattezze di principio generale dell'ordinamento giuridico⁵³⁶. In particolare, un principio secondo il quale la scelta dei mezzi e strumenti da parte dello Stato, per raggiungere i propri fini "va limitata alle considerazioni razionali rispetto ai valori": un "criterio elementare di giustizia"⁵³⁷ in base al quale il fine perseguito dal legislatore (o dall'amministrazione) deve essere raggiunto utilizzando un mezzo che sia idoneo allo scopo e che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi che il mezzo stesso colpisce o coinvolge nel suo dispiegarsi⁵³⁸.

⁵³³ T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, n.2, 1992, pp.419: "Il principio di proporzione qualifica infatti il modo con cui la prevenzione generale è chiamata ad operare in termini di dissuasione o di persuasione; esso stabilisce pertanto un limite tolto il quale si insedia incontrastata la regola (o meglio: la non regola) del terrorismo punitivo".

⁵³⁴ Sia Archimede che Euclide (cfr. *Elementi*, libro V) attribuiscono la teoria delle proporzioni ad Eudosso di Cnido, matematico ed astronomo greco del IV sec. a.C. In fisica, al principio di proporzionalità è intitolata la seconda legge sul moto di Isaac Newton. Nella stessa geometria la nozione di proporzione è fortemente ricorrente.

⁵³⁵ Sandulli, voce *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. V., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4643.

⁵³⁶ Si veda per un'ampia ricostruzione del principio Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale ed analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011;

⁵³⁷ Sandulli, voce *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. V., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4643.

⁵³⁸ "Il principio di proporzionalità è principio generale dell'ordinamento giuridico e si risolve nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata a quella strettamente necessaria al pubblico

In tale ampia eccezione, il principio di proporzione (o proporzionalità) è inteso quale “strumento idoneo ad orientare efficacemente l’esercizio del potere, legislativo o esecutivo”⁵³⁹. In effetti, tale principio concepito nell’alveo della scienza giuridica, si fonda su una concezione strumentale del diritto e delle istituzioni politiche, secondo la quale l’attività statale non costituisce un fine in se stesso, ma uno strumento al servizio di beni, interessi né creati né definiti dal diritto stesso ma, come direbbe Ferrajoli, che si fondano nell’esigenza di protezione dei diritti della persona in carne ed ossa.

Non sorprende, pertanto, che il principio in questione, si sia affermato proprio in seno al diritto pubblico e, precisamente, nell’ambito del diritto di polizia tedesco del XIX secolo⁵⁴⁰. Con il noto caso *Kreuzberg* del 1882, la giurisprudenza prussiana, correlando la misura repressiva con la libertà individuale, specificava che il mezzo in concreto adottato dall’autorità deve essere il meno invasivo per il cittadino che lo subisce e, al contempo, idoneo ad ottenere lo scopo pubblico prefissato⁵⁴¹.

interesse, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all’obiettivo da perseguire, e necessario nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile”, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 14 aprile 2006, n. 2087, in *Dir. e giust.*, 2006, 19.

⁵³⁹ Sandulli, *Proporzionalità*, pp. 4643.

⁵⁴⁰ Le origini tedesche del principio di proporzionalità sono state messe particolarmente in luce da D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 11 ss.; Id, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005, 541 ss., ora anche I., *Le principe de proportionnalité*, in *Droit Administratif Européen*, J.B. Auby, J. De La Rochere (diretto da), Bruxelles, 2007. In argomento vedesi inoltre N. Emiliou, *The principle of proportionality in European law. A comparative study*, London-the Hague-Boston, 1996, 23 ss.; Schwarze, *European administrative law*, 1st rev.ed, London, 2006, 684 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, cit., 58 ss.; M.C. Ciciriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 69 ss. e, da ultimo, il saggio di G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in *Ordinamento Europeo. L’esercizio delle competenze*, a cura di S. Mangiameli, vol. II, Milano, 2006, 227 ss. Si rinvia alle citate pubblicazioni anche per gli ampi riferimenti bibliografici delle opere in lingua tedesca.

⁵⁴¹ La sentenza *Kreuzberg*, pronunciata dal Tribunale amministrativo superiore prussiano (*Oberwaltungsgerichts*) il 14 giugno 1882, in *PrOVGE* 9, 353 ss. è richiamata da D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 12 s., ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, cit., 542; A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, cit., 60; G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 228, nonché da J. Schwarze, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in the european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 55. In particolare, il caso citato riguardava l’atto con cui si era disposta la chiusura d’autorità di uno spaccio alimentare, quale sanzione per aver commercializzato alcolici in assenza della relativa autorizzazione. Tuttavia, si segnala che già nel 1799, Von Berg indicava nella *Verhältnismäßigkeit* il “criterio generale di applicazione delle pene e delle misure di polizia”, cfr. G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 227, nonché D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 12.

Si andava così delineando quel principio, indicato da Fritz Fleiner con la icastica massima “la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni” che, successivamente, informerà l’intero diritto pubblico tedesco, sino a radicarsi nella Costituzione tedesca⁵⁴².

Tuttavia, nella sua originaria formulazione, il principio di proporzionalità si presentava quale mero *autolimit*e dell’azione statale, non esplicando quelle ben più ampie potenzialità che, in seguito, avrebbe espresso nel diritto amministrativo e nel diritto costituzionale germanico. La proporzionalità, ricostruita dalla dottrina tedesca come esame “a tre gradini” – ovverosia principio composto da tre, imprescindibili, elementi (idoneità, necessità e c.d. proporzionalità in senso stretto della soluzione adottata dall’autorità) – acquisirà il ruolo di principio fondamentale dell’ordinamento giuridico, tramite cui implementare un pervasivo *test* di legittimità dell’azione dei pubblici poteri. Tale nozione di proporzionalità, come è stato osservato, era, innegabilmente, ben diversa da quella che il Tribunale amministrativo prussiano prefigurò originariamente, per la palese considerazione che essa operava nel contesto dello Stato liberale⁵⁴³.

Proprio il riferimento al peculiare momento storico mette chiaramente in luce che il principio in questione era “ben lungi dal rappresentare l’indirizzo finalistico e il limite funzionalistico del potere pubblico”⁵⁴⁴ che, in seguito, avrebbe acquisito. Invero, la dottrina giuridica del tempo ricostruiva in termini assolutistici l’autorità statale, sicché, l’interesse pubblico si configurava quale sovraordinato rispetto ad ogni altro e le libertà individuali erano considerate tali se e in quanto concesse dallo Stato. Mancava, in altri termini, quel bilanciamento degli interessi contrapposti, che costituirà, secondo la dottrina tedesca, il c.d. terzo elemento del principio di proporzionalità, denominato

⁵⁴² Vedesi, D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 14 e ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, cit., 541; G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 228.

⁵⁴³ *Ibidem*. Si veda anche Rainer Arnold, Jose Ignacio Martinez Estay, Francisco Zuniga Urbina in *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro di Studi Costituzionali, n. 10, 2012, pag. 65-116, laddove si sottolinea come tale manifestazione del principio di proporzionalità corrisponde ad un’epoca in cui il costituzionalismo non rispondeva agli standards attuali, dal momento che il legislatore non era sottomesso alla Costituzione, e pertanto la proporzionalità si applicava solo all’esecutivo. Ma a loro volta gli atti dell’esecutivo non erano sufficientemente giustiziabili, dal momento che esisteva una parte di essi sottratti al controllo. Nello stesso tempo non si riconosceva valore normativo ai diritti fondamentali e lo Stato di diritto era fondato su criteri formali e non materiali.

proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* o *Abwägung*) e che si affermerà “soltanto dopo il 1945”, allorché “a seguito dell’esperienza totalitaria

dello Stato nazionalsocialista [...] si diffonde la convinzione che l’intervento dello Stato debba sempre essere oggetto di valutazione comparativa con riguardo ai beni che esso sacrifica⁵⁴⁵”.

Può, pertanto, affermarsi che la nozione originaria di proporzionalità esprimeva poco più che un canone di moderazione del potere, riducendosi ai due requisiti della idoneità (*Geeignetheit*) del mezzo al perseguimento dell’obiettivo fissato e della sua necessarietà (*Erforderlichkeit*), intesa quale “imposizione del mezzo più mite”, ovverosia che la soluzione scelta in concreto, tra le tante astrattamente a disposizione, cagioni il minor pregiudizio al singolo⁵⁴⁶.

Non si permetteva, in altri termini, quel penetrante controllo sul valore sociale e politico della scelta pubblica che avrà luogo con la evoluzione dell’ordinamento in Stato di diritto (*Rechtsstaat*) e il riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali dell’individuo, costituzionalmente tutelati e preesistenti ai pubblici poteri⁵⁴⁷.

Con l’avvento del moderno Stato costituzionale si vengono, in altri termini, a realizzare le condizioni necessarie per verificare l’adeguatezza del mezzo, ancorché idoneo e necessario, al fine perseguito, tramite il bilanciamento tra sacrifici patiti dal singolo e i vantaggi conseguiti dalla collettività: “quanto più sensibilmente si ritiene di dovere intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l’interesse generale della collettività, che con tale intervento vuole perseguire”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ G.Scaccia *Il principio di proporzionalità*, cit., 229.

⁵⁴⁵ D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 19.

⁵⁴⁶ Naturalmente, “questa parte del principio (*la necessarietà*, n.d.r.) viene di conseguenza in considerazione, quale parametro di valutazione, soltanto qualora vi sia più di un mezzo idoneo al raggiungimento dell’obiettivo. Altrimenti, l’unico mezzo idoneo risulta essere, nel contempo, anche quello necessario”, D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 17, a cui si rinvia anche per gli ampi richiami di dottrina e giurisprudenza tedesca, che ricostruiscono il principio di proporzionalità quale unione dei tre elementi succitati: idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto, *Ibidem*, 16 ss. Allo stesso tempo si veda R. Airnold in *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, dove appare un’ampia disamina delle tre fasi nella giurisprudenza tedesca.

⁵⁴⁷ G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 230.

⁵⁴⁸ D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, pag. 20.

Nell'esperienza giuridica tedesca, la proporzionalità *stricto sensu*, indica una correlazione tra tre poli, i quali devono essere in equilibrio: la gravità dell'intervento lesivo programmato sul cittadino, l'interesse pubblico perseguito e l'interesse individuale tutelato dall'ordinamento.

L'originaria nozione del principio di proporzionalità, nel mutato contesto ordinamentale, si evolve, assestandosi, strutturalmente, nella triade della necessità, idoneità e proporzionalità *stricto sensu*, sicché l'atto emanato dall'autorità decidente deve, contemporaneamente e nella sequenza indicata, soddisfare i parametri indicati, pena la sua illegittimità. Al contempo, il principio *de quo* espande la propria area d'azione, informando l'intero diritto pubblico e collocandosi, secondo la giurisprudenza costituzionale, in seno alla Carta fondamentale tedesca⁵⁴⁹. Ricondotto, infine, a principio dello Stato di diritto e acquisito il ruolo di principio generale dell'ordinamento germanico, la proporzionalità tutela, soprattutto, i diritti fondamentali del singolo⁵⁵⁰. In altri termini, la proporzionalità diviene il canone secondo cui verificare la stessa "ammissibilità dell'intervento statale compressivo, che può essere ragionevolmente giustificato solo se rappresenta l'indefettibile strumento per la realizzazione di un fine pubblico costituzionalmente rilevante e comunque tale da bilanciare con la propria attuazione il sacrificio del diritto"⁵⁵¹.

In altri termini, con l'avvento della Costituzione, il principio di proporzionalità subisce anch'esso quella conversione materiale in strumento di tutela dei diritti fondamentali dalle ingerenze statali.

Tuttavia, tale trasformazione fisionomica del principio di proporzionalità nel triplice test di legittimità comporta che la correzione che l'interprete e soprattutto il

⁵⁴⁹ A partire del caso *Apothekenurteil* del 1958 (BverfGE 7, 377), la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha riconosciuto il *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, la cui base giuridica è stata individuata, di volta in volta, nella stessa formula di Stato di diritto (art. 28 GG), nelle disposizioni della Carta fondamentale relative al libero sviluppo della personalità (art. 2 GG), al riconoscimento dei diritti fondamentali (art. 19 GG) e alla disciplina del diritto di proprietà (art. 14 GG)

⁵⁵⁰ La giurisprudenza costituzionale tedesca ritiene che il principio di proporzionalità sia implicito alla nozione di Stato di diritto o *Rechtsstaat* (art. 28 GG). Tra le numerose sentenze, cfr. BVerfGE 19, 342 (348 ss.); 23, 127 (133); 25, 44 (54); 25, 269 (292); 27, 344 (352); 76, 1 (50); 86, 288 (347); 90, 145(173); 92, 277 (317). 87 prescrivendo che eventuali provvedimenti dei pubblici poteri, tanto amministrativi che normativi, siano opportunamente calibrati, affinché gli interessi della collettività sottesi alla scelta pubblica non risultino squilibrati rispetto ai contrapposti diritti e libertà fondamentali del soggetto da essi incisi.

giudice costituzionale deve effettuare per ricondurre a proporzione i termini del raffronto è operazione che necessita comunque dell'esercizio di un'altra ed ulteriore discrezionalità, dal momento che l'elasticità dei concetti rappresenta una sfida tanto per il legislatore quanto per l'interprete⁵⁵².

Prima di considerare tale specifico aspetto del principio di proporzionalità, ossia la sua specifica giustiziabilità dal punto di vista costituzionale, occorre evidenziare come l'importanza di tale principio sia ribadita da diversi riferimenti espliciti in numerosi testi di rango primario e super-primario.

Innanzitutto il Trattato istitutivo della Comunità Europea che all'art. 5 comma 3, infatti, disponeva che: "L'azione della Comunità non va aldilà di quanto è necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato".

Tale norma è stata interpretata innumerevoli volte dalla Corte di Giustizia, la quale, proprio con riferimento all'incidenza del principio di proporzionalità sull'esercizio dei diritti di libertà fondamentali tutelate dal Trattato, ha precisato che la proporzione esige che le misure legislative ed amministrative degli Stati nazionali devono: a) essere applicate in modo non discriminatorio, b) essere giustificate da necessità imperative dell'interesse generale, c) essere idonee ad assicurare il conseguimento dell'obiettivo che si prefiggono, d) non essere sovradimensionate rispetto allo scopo perseguito⁵⁵³. Oggi la disposizione dell'art. 5 citato è stata sostituita dall'art. 5 comma 4 del Trattato sull'Unione Europea, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, in base al quale: "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limita a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati". Consacrato in tale articolo, il principio di proporzionalità assume

⁵⁵¹ G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 232.

⁵⁵² Ciò ci appare confermato da autorevole dottrina che afferma: "Si conferma dunque come la proporzione costituisca una categoria astratta per eccellenza, coinvolgendo il rapporto uguaglianza-differenziazione in ragione dei criteri prescelti a monte, la cui selezione si fonda non tanto su considerazioni logiche ed analitiche, quanto invece su quel nucleo di irrazionalità e di istintività da cui si sviluppa la coscienza umana con le sue scale e con i suoi complessi sistemi di valori e dei suoi equilibri relazionali. Come in ogni altra disciplina, nella scienza giuridica la proporzione stessa costituisce metodo imprescindibile di dosaggio e di distribuzione – a livello legislativo, giurisprudenziale e amministrativo – dell'uguaglianza nella valutazione dei presupposti applicativi di regole astratte ai soggetti destinatari", in Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale ed analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011;

una dimensione propriamente costituzionale e presuppone una restrizione della potestà normative dell'Unione Europea, che implica ponderare se le misure applicate o implementate sono adeguate a conseguire i fini per cui si stabilirono.

Inoltre, il principio di proporzionalità è stato riconosciuto anche nell'ambito del sistema della Convenzione Europea anche se in misura minore rispetto al diritto dell'Unione europea, non esistendo una norma espressa che lo riconosca. Inoltre, vi è chi sostiene che nell'ambito della Cedu tale principio non trovi tanto il suo fondamento nel diritto pubblico tedesco quanto invece nell'art. 29.2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948 che implicitamente lo contiene laddove dichiara che le limitazioni dei diritti fissate dal legislatore possono avere solo la finalità di “assicurare il riconoscimento ed il rispetto dei diritti e delle libertà dei più e soddisfare le esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere di una società democrazia”⁵⁵⁴.

Orbene, nonostante il principio di proporzionalità non incontri un espresso riconoscimento nel testo della Convenzione, si può dire che questo sia implicitamente riconosciuto dagli artt. 8 all' 11 della Convenzione medesima. Tali precetti, infatti, delineano chiaramente che le ingerenze nel diritto al rispetto della vita privata (art. 8), alla libertà di coscienza, di pensiero e di religione (art.9), alla libertà di espressione (art.10) ed alla libertà di riunione e di associazione sono ammissibili nella misura in cui siano necessarie in una società democratica⁵⁵⁵. Ora, in forza di quanto detto la Corte Europea ha adottato il principio in questione come una sorta di standard per valutare i conflitti tra la tutela dei diritti della Convenzione e l'interesse dei governi alla realizzazione del bene collettivo⁵⁵⁶.

L'adozione del principio di proporzionalità nell'ambito dell'Unione europea ed, in misura minore nella Convenzione europea ha influito in maniera significativa nella penetrazione del principio negli ordinamenti nazionali. Tale processo di introiezione del

⁵⁵³ Si veda Corte di Giustizia, sezione V, sentenza 9 marzo 2000, nella causa C-355/98, Commissione delle Comunità europee c/Regno del Belgio, nel sito www.curia.europa.eu.

⁵⁵⁴ Christoffersen Jonas, *Fair balance, proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention of Human Right*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

⁵⁵⁵ McBride Jeremy, *Proportionality and European Convention of Human Rights*, en Ellis, Evelyn (Editore): *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999.

principio di proporzionalità nell'alveo degli ordinamenti nazionali è stato condotto, per lo più, dall'opera del giudice e, specialmente, laddove tale principio non viene costituzionalizzato in maniera espressa come limite ai pubblici poteri.

Orbene, prima di addentrarci nella discussione se tale principio possa costituire un autonomo parametro di costituzionalità, occorre prima sciogliere qualche nodo circa il suo legame con il principio di uguaglianza, principio-valore al quale viene spesso ricondotto.

4.3.2 IL LEGAME TRA UGUAGLIANZA E PROPORZIONALITÀ

La tesi che la proporzione sia implicata dall'idea di uguaglianza è variamente discussa in dottrina. Occorre, però, passare attraverso l'analisi di tale diatriba onde verificare limiti e portata dell'applicazione del principio di proporzionalità quale parametro di costituzionalità.

Il legame tra uguaglianza e proporzione affonda le sue radici nella filosofia morale e politica della giustizia. Già nel pensiero aristotelico, una delle direttrici dell'idea di giustizia, accanto all'idea commutativa, era l'uguaglianza distributiva, definita come proporzione o come 'uguaglianza proporzionale'⁵⁵⁷.

Il contenuto precettivo del principio di uguaglianza si compone, infatti, dell'obbligo di trattare in maniera identica situazioni simili e dell'obbligo di apprestare per fattispecie differenti una disciplina differenziata. Ma mentre la massima "casi uguali devono essere trattati in modo uguale" contiene una regola di decisione che indica al legislatore come deve trattare il caso simile, ossia lo deve disciplinare nella stessa maniera in cui ha disciplinato il primo caso, la massima "casi diversi devono essere trattati in maniera diversa" si limita, invece, a prescrivere che il secondo caso sia trattato in modo difforme dal primo.

Se si ritiene normalmente che ciò che è diverso vada trattato in maniera non solo differente ma congrua rispetto alle sue specificità, ciò sembra derivare non da esigenze di uguaglianza, quanto piuttosto dal riconoscimento dell'importanza di garantire una

⁵⁵⁶ In numerose occasioni la Corte ha utilizzato tale standard, *ex multis* sentenza 6 dicembre 1992, Niemtz vs Germania (art.8), sentenza 18 marzo 2011, Lautsi vs Italia (art.9), 7 dicembre 1976, Handyside vs Regno Unito.

maggior armonia delle parti con il tutto, realizzata attraverso una distribuzione proporzionale dei vantaggi e degli svantaggi. In tal senso, interviene il criterio di proporzione, che postula una ragionevole corrispondenza fra diversità applicativa di una medesima regola astratta e diversità delle condizioni di base da considerare e da valutare come altrettante premesse all'applicazione disuniforme della regola stessa nel contesto fattuale⁵⁵⁸. Detto in altri termini, la proporzione costituirebbe criterio di equità interna dell'eguaglianza, il nesso necessario ed indispensabile tra eguaglianza formale e sostanziale, quel *trait d'union* insito nell'idea di giustizia distributiva, che permea di sé lo Stato costituzionale.

Si potrebbe affermare che, in forza dell'uguaglianza, la legge deve stabilire regole astratte e generali, la proporzionalità può esigere, a seconda dei casi, disposizioni concrete e individuali al fine di mitigare il maggior gravame ed impatto che su certe situazioni particolari l'entrata della norma può comportare. In altri termini, la proporzione tempera l'applicazione generale ed uniforme della legge per la finalità di tutelare diritti e libertà costituzionali che verrebbero eccessivamente compressi dall'applicazione particolare della legge.

Ecco, dunque, che emerge in tutta la sua forza divampante un canone di equità, il cui custode principale, per la prossimità al caso concreto, non può che essere il giudice e *massime* l'interprete costituzionale.

In tale cornice, si pone l'interrogativo se il principio di proporzionalità possa costituire autonomo parametro di costituzionalità, dato il suo contenuto fortemente vincolato ad un dato così flebile e soggettivo, quale il sentimento del giusto e, quindi, dell'equità.

Uguaglianza e proporzione sembrano costituire due criteri differenti ma strettamente connessi⁵⁵⁹, che devono essere entrambi soddisfatti dal legislatore e la

⁵⁵⁷ Böckenförde, *Geschichte der Rechts-und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*, Tübingen, 2006.

⁵⁵⁸ Si è esattamente osservato come il canone della proporzione, tratto dalla matematica, si ponga a fondamento del principio costituzionale di uguaglianza, implicando che “non solo sia trattato in modo uguale ciò che sia uguale ma soprattutto che sia trattato in maniera diversa ciò che sia diverso nella sostanza”. In tal senso si esprime soprattutto autorevole dottrina tedesca, Ipsen, *Gleichheit*, in AA.VV., *Die Grundrechte*, vol.II., Berlin, 1954.

⁵⁵⁹ In tal senso si esprime anche la giurisprudenza costituzionale tedesca che in una decisione del 1993 relativa al cambio di nome per i transessuali ha affermato con nettezza la distinzione tra i due modelli di

conformità ai quali deve essere verificata in sede di vaglio di costituzionalità della legge⁵⁶⁰. Il legislatore è tenuto cioè a dare a ‘ciascuno il suo’ sia nell’uguagliamento di ciò che è uguale che nella differenziazione di ciò che è diverso. In altri termini, se l’uguaglianza sostanziale si fonda sulla rilevanza delle differenze dei destinatari di una medesima regola, la proporzione offre puntualmente la misura della diversità di trattamento in ragione del grado di rilevanza attribuito a tali differenze⁵⁶¹.

La proporzione ha un legame stretto con l’uguaglianza, nel senso che “il principio di proporzione ...è alla base della razionalità che domina il principio di eguaglianza” (Corte Cost. 40/1990)⁵⁶². In tal senso, si può instaurare un legame indissolubile tra i due principi se ammettiamo che l’uguaglianza, in senso ampio, non garantisce l’assoluta identità tra le situazioni normative, ma un’uguaglianza razionale e proporzionata, una sorte di equivalenza. Da tale ottica, ‘il fattore di uguaglianza inerente alla legge incorporerebbe la proibizione di eccesso propria del principio di proporzione’⁵⁶³.

Tale affermazione, formulata con riferimento a un ambito specifico in cui viene tradizionalmente riconosciuta l’operatività del principio, quale appunto la misura della pena, si può ritenere che abbia validità generale per tutta la materia penale.

giudizio: se il controllo di eguaglianza si articola su uno schema ternario che ruota attorno al termine normativo della comparazione e si concreta, quindi, in un giudizio di relazione tra norme; il controllo di proporzionalità istituisce un confronto diretto tra mezzi e fini della legislazione ed assume perciò le forme di vaglio di ragionevolezza strumentale della legge in forma binaria.

⁵⁶⁰ Nella dottrina spagnola, il rapporto uguaglianza proporzione emerge in maniera piuttosto ricorrente in diversi lavori: Lascuráin Sánchez, *Sobre la igualdad penal*, in GP, 2011, 21, 61 e 62; Ruiz Vadillo, *Principio de igualdad en la Constitución Española*, I, Madrid, 1991, 1550 ss; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcellona, 1976, 164.

⁵⁶¹ Cognetti, *op.ult.cit.*, pag. 47.

⁵⁶² Omologamente alla sentenza della Corte Costituzionale 40/1990 si esprime il Tribunal Constitucional: “Este principio (proporcionalidad) inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes publicos, cuya intedición proclama el art. 9 de nuestra Constitución”.

⁵⁶³ J.Barnes, *Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ambito de los derechos y libertades*, in *Cuadernos de derecho publico*, n.5, 1995.

4.3.3 LA PROPORZIONALITÀ COME PARAMETRO COSTITUZIONALE APPLICATO AL TRATTAMENTO SANZIONATORIO: TRA LIMITE ALLO *IUS PUNIENDI* E BILANCIAMENTO DI DIRITTI FONDAMENTALI.

In riferimento alla pena, il principio di proporzionalità incontra il suo espresso riconoscimento nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, all'art. 49, comma 3, ove si afferma che: “Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”.

Un principio di carattere universale che incontra il suo primigenio embrione nella scienza penalistica nell'opera di Cesare Beccaria: “*Dei delitti e delle pene*”. L'illustre illuminista concluse, infatti, la sua celebre opera affermando che : “Da quanto fin qui si è detto si può derivare il teorema generale, molto utile, ma poco conforme all'uso da parte del Legislatore delle Nazioni, cioè: perché la pena non costituisca violenza di uno o di molti contro un singolo cittadino, deve essere una pena pubblica, immediata, necessaria, la minore delle possibili nelle circostanze attuali, proporzionata ai delitti e dettata da parte delle leggi”.

Il principio di proporzione assurge, dunque, nell'alveo di un diritto penale garantista, incentrato sulla valorizzazione della funzione general-preventiva e retributiva, a cardine fondamentale del diritto penale moderno.

La funzione di garanzia dei diritti fondamentali del principio di proporzione della pena sembrerebbe, in origine, retrocedere di fronte alla necessità di tutelare il “bene pubblico”, per cui la pena deve essere proporzionata alla gravità del delitto, non già perché l'entità di quest'ultimo incide sulla lesione dei diritti individuali, quanto perché esso è tanto più grave quanto più danneggia la società. La proporzione della pena, in quest'ottica, serve allora, da un lato, a dissuadere (funzione general-preventiva) dal commettere reati⁵⁶⁴ e, dall'altro, a compensare (funzione retributiva) la gravità del fatto commesso con la misura della sanzione⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Si parla, in genere di prevenzione generale o di intimidazione per evidenziare che “la pena ... ha un fondamento utilitaristico, costituendo un mezzo per distogliere i consociati dal compiere atti criminosi”, in tale senso Mantovani, *Diritto penale*, p.735; e dunque “che la minaccia della pena serva a distogliere la generalità dei consociati dal compiere fatti socialmente pericolosi. Fa da presupposto a quest'idea la convinzione che la minaccia della sanzione operi, dal punto di vista psicologico, come contropinta alla spinta criminosa. Ma - ...- la funzione di prevenzione generale si manifesta anche sotto forma di “orientamento culturale” della condotta dei consociati”, in tal senso G. Fiandaca e E.Musco, *Diritto*

Nel medesimo tempo, significativo è il collegamento che Beccaria instaura tra il principio di proporzione e il principio di uguaglianza – legame – che, abbiamo detto, ha occupato tanta parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale. Significative, in tal senso, sono le parole dell'insigne studioso: “Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio”⁵⁶⁶.

A parere dell'insigne studioso, nel legame tra proporzionalità ed uguaglianza germina non solo la funzione general-preventiva della pena ma è proprio in tale collegamento che si genera quella funzione di garanzia dei diritti fondamentali, per cui a danni di differente gravità non possono corrispondere pene pressoché uguali, senza che sia lesa il più elementare senso di giustizia e di equità.

Se, dunque, questa è la matrice storico-ideologica del principio di proporzione della pena, occorre ora indagare il significato che il medesimo assume, nella materia penale, con l'avvento della Costituzione, ossia se questo possa definirsi principio *di rango costituzionale*, che deve fungere per il legislatore quale limite nell'individuazione della commisurazione della pena.

penale, cit. p. 696; Per quanto concerne la dottrina spagnola, Gómez Benitez, in “La idea moderna de la proporcionalidad de la penas”, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, 1990, pag. 55 e ss, considera che il concetto di proporzionalità delle pena è il prodotto di un'evoluzione storica, essendo stato introdotto per la limitazione del possibile eccesso nell'esercizio dello *ius puniendi* da parte dello Stato all'interno dell'idea di intimidazione, in cui Beccaria identifica il fine del diritto penale. Concetto di proporzionalità che, interpretando il pensiero di Beccaria, secondo Benitez possiede due vertici: la pena deve essere necessaria e, dall'altra parte, deve essere infallibile. Entrambi gli aspetti si trovano intimamente relazionati tra loro e l'idea della proporzionalità rimarrebbe incompleta senza uno di quelli.

⁵⁶⁵ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), in A. Burgio (a cura di) XV ed., Feltrinelli, Milano, 2009, p. 44; Beccaria, infatti, riteneva che, in ossequio alla funzione di orientamento fra tutti i valori dell'ordinamento giuridico che il diritto penale deve svolgere per il cittadino: “Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al bene pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione tra i delitti e le pene”.

⁵⁶⁶ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), in A. Burgio (a cura di) XV ed., Feltrinelli, Milano, 2009, p. 44.

E' importante notare come negli ordinamenti qui considerati, ossia quello italiano e spagnolo, il principio di proporzione non venga espressamente enucleato nella Costituzione⁵⁶⁷.

Ne consegue, riprendendo quanto sostenuto da autorevole dottrina per cui “tutti i principi generali (...) per la loro essenzialità o fundamentalità, *sono dotati di copertura costituzionale almeno indiretta*”⁵⁶⁸, che la collocazione della proporzionalità tra i principi generali dell'ordinamento giuridico, pone il problema della sua riconduzione nell'alveo della Carta costituzionale. Tale operazione potrà dirsi riuscita se ed in quanto la proporzionalità sia definibile mediante le imprescindibili coordinate del nostro assetto costituzionale: libertà ed uguaglianza, considerati i due valori basici delle democrazie pluralistiche ed inclusivi di tutti gli altri principi costituzionali⁵⁶⁹.

Emerge, pertanto, già *ictu oculi*, la fondatezza costituzionale del principio in parola, giacché intervenendo in tutte le vicende in cui si esercita una funzione pubblica, la proporzionalità impone che si pervenga alla soluzione meno lesiva per la sfera giuridica del soggetto destinatario. Un principio eminentemente di garanzia per le posizioni giuridiche incise, giacché induce a selezionare il mezzo meno lesivo (c.d. necessarietà), tra quelli astrattamente idonei a perseguire lo scopo pubblico e che presuppone la parità degli interessi coinvolti dall'azione pubblica, affinché si possa pervenire a quel bilanciamento che conduce all'adeguatezza della scelta pubblica.

Con esclusivo riferimento alla materia penale, sia la dottrina italiana che quella spagnola hanno unanimemente riconosciuto il rango costituzionale del principio in

⁵⁶⁷ Ciò probabilmente, in ragione del fatto, come emerge dalla lettura dei lavori preparatori, i Costituenti in Italia ritennero di poter richiamare, per il tramite delle norme costituzionali dettate in materia penale, le principali acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza pre-repubblicana, fra le quali vi era la positivizzazione del principio di proporzione.

⁵⁶⁸ F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, 2, ora anche in L. Mengoni, F. Modugno, F. Rimoli, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, 63. L'argomento è stato affrontato *supra*, cap. 2, in cui è riportata la citazione sopraindicata; cfr., inoltre, anche gli ulteriori riferimenti bibliografici, ivi citati.

⁵⁶⁹ In tali termini si esprime G. Silvestri, *Il potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 42 che affronta l'assunto sopra riportato, specialmente, alle pagg. 43 ss. Nel pensiero dell'Autore, libertà ed uguaglianza non sono visti come valori in conflitto, ma come principi reciprocamente convertibili, che si integrano vicendevolmente, giacché, “le Costituzioni democratiche contemporanee sembrano aver superato l'univocità, in un senso o nell'altro, del rapporto: si deve essere liberi per essere eguali e si deve essere eguali per essere liberi. Libertà ed eguaglianza, in sintesi, si rafforzano vicendevolmente”, (*ibidem*, 73).

esame, definendolo come ‘criterio basilare dello Stato di diritto’⁵⁷⁰. In particolare, se il criterio democratico di legittimità del diritto e dello Stato non è altro che la conseguenza della proclamazione e della vigenza di certi valori, e tra essi del valore e dell’autonomia personale e della libertà personale genericamente intesa, ne deriva che certe norme restrittive della stessa possono incontrare giustificazione solo nella loro funzione di generare più libertà di quella che sacrificano. In tal senso, la maggior forza del principio in questione può ritrovarsi nel diritto penale, in quanto settore dell’ordinamento che, per definizione, si compone di norme limitative della libertà personale e la cui restrizione più usuale, la pena per eccellenza, presenta come contenuto la manifestazione più fisica e primaria della libertà, che è la libertà personale o ambulatoria⁵⁷¹.

Se dunque è unanime il riconoscimento del rango costituzionale del principio di proporzionalità della pena, le posizioni della dottrina si sono diversificate con riguardo al fondamento del suddetto principio.

La dottrina italiana ha attribuito rango costituzionale al principio di proporzione ancorandolo agli artt. 3, primo comma e 27, primo e terzo comma Cost., ossia al principio-valore dell’uguaglianza e al valore della rieducazione.

Unanime è stata, infatti, la ricostruzione del principio di proporzione come necessità di determinare un rapporto dimensionale fra gravità della condotta incriminata, entità del danno arrecato o del pericolo paventato, grado della colpevolezza e misura edittale della pena⁵⁷².

⁵⁷⁰ G. Fiandaca, *Commento art. 27 commi 3 e 4*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario*, pag. 265: “..un principio che non solo corrisponde all’idea generale di giustizia, ma funge altresì da criterio basilare dello Stato di diritto: si allude – com’è agevole intuire al principio di proporzione, che possiamo considerare come l’odierno equivalente dell’idea retributiva, dal momento che la sua logica induce pur sempre a orientare la risposta punitiva anche in funzione della gravità dell’illecito commesso”. Per quanto concerne la dottrina spagnola, Juan Antonio Lascuráin Sanchez, *op. ult. cit.*, considera il principio di proporzionalità come un principio derivato dal criterio di legittimità del diritto che vincola, tra gli altri settori, quelli integrati da norme sanzionatorie: “l’idea di proporzionalità appartiene alla deontologia del diritto, non alla sua ontologia; non segnala un elemento definitorio della natura del diritto ma un’esigenza che impone un determinato criterio di giustificazione dello stesso”. Mir Puig Santiago, in *Principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal*, pag. 68 definisce tale principio come un principio di rango costituzionale che deve limitare tutta l’attività statale che affetti diritti fondamentali in *Constitución y principios penales, algunas bases constitucionales*, Tyrant Lo Blanch, Valencia, 2010.

⁵⁷¹ Juan Antonio Lascuráin, *op.ult.cit.*.

⁵⁷² Mantovani, *op.ult.cit.*, p. 741, laddove l’insigne autore afferma “E costituisce il criterio non solo per l’an, ma anche per la predeterminazione legislativa del tipo e della misura edittale della pena. Elementi-

In particolare, applicando i tre canoni componenti la proporzionalità alla materia della commisurazione della pena, si possono svolgere alcune considerazioni, condivise dalla più autorevole dottrina, che attraggono il principio verso l'alto, ossia verso la cornice costituzionale.

Innanzitutto, il criterio dell'idoneità del mezzo al raggiungimento dello scopo si traduce, in ambito penalistico, nell'idoneità della commisurazione della pena agli scopi costituzionali affidati alla medesima. Tali scopi si identificano, come già anticipato anteriormente, riportando il pensiero originario di Beccaria, nell'idea di prevenzione generale o intimidazione e nella funzione retributiva⁵⁷³.

Orbene, con considerazione alla funzione general-preventiva, il legislatore, in omaggio al canone dell'idoneità, non potrà che segnalare ai consociati la gravità del reato con l'elevata entità della sanzione che, però, deve essere percepita come giusta dalla generalità dei consociati, a meno di non voler privare l'attività di incriminazione della sua naturale efficacia⁵⁷⁴.

Ed è in tale valutazione di idoneità della pena che si annida l'esigenza di utilizzare la Carta Costituzionale come una mappa orientativa da cui desumere l'elenco e l'ordine di importanza dei beni da tutelare allorchè se ne debba fronteggiare l'aggressione.

Si vuol dire, cioè, che il rapporto di proporzione tra i vari reati e le rispettive pene, così come descritto dal legislatore, deve, a grandi linee, rispecchiare la mappa dei valori che sono riconosciuti in Costituzione. E tale corrispondenza porta alla relazione,

base per determinare la gravità del fatto sono, sotto il profilo oggettivo, il rango dei beni secondo la gerarchia desumibile dalla Costituzione, e dall'attuale realtà socio-culturale e il grado e quantità dell'offesa e, sotto il profilo soggettivo, il tipo di colpevolezza”.

⁵⁷³ “Prevenzione generale e prevenzione speciale costituiscono, dunque, gli scopi razionali e socialmente utili assegnabili al sistema sanzionatorio ... In altri termini: la prevenzione generale e la prevenzione speciale si giustificano come funzioni della pena, nella misura in cui siano in grado di fungere da tecniche a loro volta finalizzate alla protezione di beni giuridici” G. Fiandaca, *Commento art. 27 commi 3 e 4*, in *Commentario*, p. 263. Si veda anche G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale*, cit. p. 5, ove si dice che : “Nello stadio della minaccia il ricorso alla pena da parte del legislatore italiano si legittima in chiave di prevenzione generale. Escluso dunque che la legittimazione della pena possa cercarsi nella retribuzione, l'effetto di prevenzione generale ... incontra un limite nella funzione di prevenzione speciale, e più precisamente di rieducazione”.

⁵⁷⁴ “Quando la gradualità dei reati ... espressa dalla severità della pena, diverge notevolmente dall'appezzamento sociale del disvalore c'è il rischio di indurre confusione morale comune, o di attirare il disprezzo sul diritto”, H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena* (1986), trad.it. M. Jori, Milano, 1981, pp.34 ss;

ritenuta sussistente dalla dottrina, tra la funzione retributiva della pena, espressa nell'art. 27 Cost. e la misura edittale della pena: si ritiene, infatti, che se la pena è eccessivamente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto, essa perderà di esercitare sul reo il suo effetto rieducativo e risocializzante. Cosicché, in un'ottica retributiva, il principio di proporzione della pena si presta ad essere enunciato come rapporto tra la gravità del fatto di reato, rango del bene aggredito e quantità della pena irrogata, nell'evidente considerazione che più l'interesse aggredito occupa un livello elevato nella gerarchia delle fonti tutelate, maggiore dovrà essere la risposta sanzionatoria dell'ordinamento, tesa a soddisfare, per l'appunto, una proporzionata retribuzione⁵⁷⁵.

Per quanto concerne il profilo della necessarietà, il principio di proporzione della pena implica che il sacrificio del bene che la stessa pena colpisce debba essere il meno possibile: la logica costi-benefici e, più in particolare, la valutazione che il sacrificio della libertà personale sia quello strettamente necessario al raggiungimento dello scopo⁵⁷⁶.

A tal riguardo si potrebbe parlare di una *prevenzione limitata*⁵⁷⁷, per cui la carica afflittiva della pena non dovrebbe rappresentare un costo superiore al beneficio che si ottiene in termini di protezione. Santiago Mir Puig, sul fronte della dottrina spagnola, sostiene, infatti, che il modello di Stato sociale democratico, come quello accolto dalla Costituzione spagnola, fondato su una società pluralista, può iscriverne la funzione della pena solo in una concezione di prevenzione positiva, costruita intorno al canone della proporzionalità. Se, infatti, il concetto di retribuzione è strettamente collegato all'idea di

⁵⁷⁵ “Il principio di proporzione, oltre a caratterizzare l'idea generale di giustizia, costituisce uno dei criteri-guida che presidono allo stesso funzionamento dello Stato di diritto: è per questa ragione che il principio in parola costituisce un parametro essenziale di qualsiasi teoria razionale e moderna della funzione della pena. Da un lato, all'interno di un'ottica di prevenzione generale, oggi si concorda nell'osservare che la minaccia di una pena eccessivamente severa, o comunque, sproporzionata, può suscitare sentimenti di insofferenza nel potenziale trasgressore e alterare nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i singoli reati ed i valori corrispondenti. Dal lato della prevenzione speciale ispirata al modello della rieducazione, è necessario sottolineare che un trattamento rieducativo correttamente inteso presuppone che il destinatario si renda consapevole del torto commesso ed avverta come giusta la sanzione comminatagli. Da questo punto di vista la proporzionalità tra fatto e sanzione, avvertita come tale davvero, costituisce una premessa ineliminabile dell'accettazione psicologica di un trattamento diretto a favorire nel condannato il recupero della capacità di apprezzare il valore tutelato dall'ordinamento”, Fiandaca e Musco, *Diritto Penale*, p. 704.

⁵⁷⁶ G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale*, pag. 8-10.

⁵⁷⁷ La definizione appartiene a Santiago Mir Puig, *op.cit.*, 70.

giustizia, e questa è canone dipendente dall'interiorità cosciente di ciascuna persona, il principio di proporzionalità, inteso come limite materiale fondamentale alla potestà punitiva dello Stato, nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, non può che emergere quale criterio guida della commisurazione della pena⁵⁷⁸.

In particolare, nell'individuazione del fondamento del principio di proporzionalità Mir Puig richiama le riflessioni di Gloria Lopera, identificando, in ultima analisi, nella vigenza dei diritti fondamentali l'ancoraggio positivo del principio di proporzione: "Il principio di proporzionalità della pena, prescrivendo che la gravità della pena non deve superare in nessun caso la gravità del delitto, per il quale è comminata in astratto o commisurata in concreto, sancisce un limite massimo e, in tal misura, si offre come uno strumento per contenere la violenza punitiva dello Stato dentro i limiti accordati dal principio di dignità umana, il quale si erge a fondamento di quelle garanzie tradizionalmente associate all'idea di retribuzione, esigendo che il castigo non solo deve presupporre la colpa (A. Ross), ma deve anche corrispondere alla colpa. In tal modo, si offre un fondamento soddisfacente all'esigenza di proporzionalità della pena, che non passa attraverso l'adozione di una giustificazione retribuzionista del diritto penale, e nemmeno attraverso la necessità di disinnescare il potenziale del potere punitivo, ma la si ritrova in un'esigenza esterna e non sempre coincidente con la logica della prevenzione dei delitti⁵⁷⁹".

Se un'esigenza esterna, identificabile, in definitiva, con il principio di dignità può costituire un utile punto di vista critico indipendente del sistema politico imperante, allo stesso tempo, tale fondamento difetta della forza vincolante propria del diritto positivo. Ed è, per tale motivo, che la dottrina sopra citata ritrova l'aggancio normativo del principio di proporzionalità della pena nelle disposizioni che prevedono diritti fondamentali, la cui vigenza si oppone ad una loro limitazione da parte dello Stato salvo che risulti idonea e necessaria per la protezione di altri diritti fondamentali e non presupponga un maggior costo per i diritti sacrificati che un beneficio per i diritti o beni protetti⁵⁸⁰. Interessante sottolineare, per quanto poi diremo nell'analisi della

⁵⁷⁸ Santiago Mir Puig, *op.cit.*,74.

⁵⁷⁹ Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006.

⁵⁸⁰ Santiago Mir Puig, *op.cit.*,83.

giurisprudenza del Giudice delle Leggi, come Mir Puig ritenga che la valutazione di proporzionalità non debba riguardare solo quel giudizio di comparazione tra la gravità dell'offesa e l'entità del trattamento sanzionatorio, ma che debba comprendere una costante che, in alcun modo, può essere relativizzata, ossia la precipua e primaria considerazione della colpevolezza⁵⁸¹. Ed è così concepito che il principio di proporzionalità riceve la forza vincolante della Costituzione, assurgendo a parametro di costituzionalità della legge punitiva.

Aldilà di questa posizione dottrinale, nel panorama delle concezioni teoriche spagnole, sono molto differenziate le opinioni che riconducono a diversi principi-valori costituzionali il principio generale della proporzionalità della pena.

Alcuni sostengono che sia l'art. 9.3 della Costituzione, nel garantire la 'interdizione dell'arbitrarietà dei poteri pubblici' consacra il principio di proporzionalità⁵⁸². Altri ritengono, invece, che lo stesso sia corollario necessario dell'art.1 Cost., non solo perché 'tale precetto costituisce una derivazione necessaria dello Stato di diritto, ma soprattutto nella misura in cui dichiara che la libertà è un valore superiore dell'ordinamento spagnolo'⁵⁸³. E per questo, secondo questi autori, il principio di proibizione di eccesso costituisce "una regola di massimalizzazione della libertà".

Come argomenti a favore della natura costituzionale del principio di proporzionalità Jaen Vallejo ricorre all'art. 1 della CE, che definisce la Spagna come uno Stato democratico di diritto e, all'articolo 10.1 della CE, che stabilisce che la dignità della persona ed i diritti che le sono inerenti costituiscono il fondamento dell'ordine pubblico⁵⁸⁴. Anche Sanchez Silva considera che sono vari i precetti costituzionali che si possono citare a favore del riconoscimento nella Costituzione del principio di proporzionalità dell'intervento penale, ripercorrendo quanto stabilito dal Tribunal Constitucional nella nota sentenza del 22 maggio 1986: "specialmente quelli

⁵⁸¹ Santiago Mir Puig, *op.cit.*,85.

⁵⁸² Berdugo/Arroyo/García/Serrano, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Ed. Praxis, Barcelona, 1996.

⁵⁸³ Cobo del Rosal, M./Vives Antón, *Derecho penal.Parte General, 4 edición*, 4°ed., Ed. Tyrant Lo Blanch, Valencia, 1996, pag. 77 e 78.

⁵⁸⁴ Juan Vallejo, "Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional", *Revista General de Derecho*, num. 507, 1986, pag. 4927.

che fondano la Spagna come uno Stato democratico di diritto e proclamano la giustizia come valore superiore dell'ordinamento giuridico (art.1) e che stabiliscono che la dignità della persona ed i valori che le sono inerenti costituiscono il fondamento dell'ordine pubblico e della pace sociale (art.10)". Carbonell Mateu, dalla sua parte, considera che nell'art. 10. 1 CE, insieme con la proclamazione dell'art. 1 CE, si ritrova la proclamazione massima del principio generale della libertà nel diritto penale, di cui il principio di proibizione di eccesso non è altro che una componente⁵⁸⁵.

Infine, Luzon Peña, dal punto di vista politico-costituzionale, sostiene che il principio di proporzionalità, secondo quanto abbiamo già evidenziato nel paragrafo precedente, sia derivazione necessaria del principio di uguaglianza, principio proprio dello Stato democratico⁵⁸⁶. In relazione a tale posizione dottrinale, si sono espresse opinioni contrarie, per cui, pur affermando che tra i due principi esiste una stretta relazione⁵⁸⁷, come lo stesso Tribunale Costituzionale ha riconosciuto, non si può, in alcun modo avvallare l'ipotesi che il supremo interprete della Costituzione derivi il principio di proporzionalità dal principio di uguaglianza⁵⁸⁸.

Volendo, dunque, sintetizzare quanto ricostruito dalla dottrina dominante nei due Paesi, il principio di proporzione è assunto a principio di rango costituzionale, che deve fungere da limite per il legislatore nell'individuazione della commisurazione della pena, obbligandolo a tenere in considerazione tre ordini di criteri: 1) la gerarchia dei valori costituzionali, come desumibili dalla Costituzione; 2) l'armonia interna del sistema penale attraverso il principio di uguaglianza; 3) il contributo soggettivo dell'agente nella commissione del reato.

⁵⁸⁵ Carbonell Mateu, J.C: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2 ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pag. 191 ss.

⁵⁸⁶ Luzon Peña, *Curso de derecho penal, Parte general*, I, Ed. Universitas, Madrid, 1996, pag. 86.

⁵⁸⁷ Carbonell Mateu, op.ult. cit., pag. 205, pone in relazione il principio di uguaglianza con il principio di proporzionalità in senso stretto perché, nella sua opinione, risulta contrario "a ambos principios la previsión de la misma pena para conductas de muy diferente trascendencia".

⁵⁸⁸ Nella sentenza 65/1987 il ricorrente allegò la supposta violazione del principio di uguaglianza perché in questo doveva ricomprendersi anche il principio di proporzionalità, in quanto "esige una ponderazione ragionevole nel trattamento di situazioni diverse con la finalità di camminare verso la giustizia e l'uguaglianza reale ed effettiva". Il Tribunale Costituzionale segnala che perché si possa considerare la violazione di detto precetto, i presupposti di fatto devono essere uguali e per di più agli effetti dell'art. 14 CE (principio di uguaglianza) bisogna tenere in considerazione le caratteristiche tipiche dell'autore e l'oggetto della protezione di ognuno dei tipi penali che si comparano, determinando la gravità delle sanzioni previste."

Tuttavia è nell'opera di continuo adattamento della legislazione ordinaria ai precetti costituzionali compiuta dalla giurisprudenza, ancor più che nelle penetranti riflessioni della dottrina, è stato possibile rinvenire lo sforzo di definire esattamente i contenuti del principio di proporzione e di verificare, in ultimo, il livello di tutela delle libertà fondamentali e la definizione del delicato equilibrio fra diverse esigenze costituzionali.

La concretizzazione del principio di proporzione si è realizzata, insomma, e non poteva essere diversamente, attraverso la sua giustiziabilità, ovvero attraverso il giudizio della Corte Costituzionale in ordine all'equo rapporto che deve esistere tra le esigenze di repressione dei fatti illeciti e di tutela dei beni costituzionali e la necessità di non comprimere oltremodo la libertà personale.

Quest'opera di adattamento della legislazione ordinaria e di continua specificazione del significato e dell'ambito di operatività del principio di proporzione non è stata, tuttavia, sempre agevole e lineare, ma ha permesso, allo stesso tempo, aldilà delle affermazioni generali, di cogliere la misura della permeabilità dell'ordinamento giuridico al principio in parola e, come vedremo, ha svelato alcune difficoltà da parte dei Giudici costituzionali nel censurare il merito di discutibili scelte legislative.

In particolare, il sindacato sul principio di proporzione della pena, come vedremo, richiede che le Corti Costituzionali rappresentino sempre a se stesse la necessità di rispettare il supremo principio di divisione dei poteri e le espongono non di rado all'accusa di minare alle fondamenta, con i suoi giudizi sostitutivi della discrezionalità del legislatore, l'effettività del principio democratico.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale, in particolar modo, si rivolgerà alle pronunce dell'organo costituzionale in cui il principio di proporzionalità risulti sganciato dallo stretto collegamento con l'uguaglianza formale e trovi copertura costituzionale in altri e ben diversi riferimenti normativi.

Infatti, il principio di proporzione della pena, inteso con riferimento ad altri valori costituzionali, come la realizzazione della libertà personale o il finalismo rieducativo, si è arricchito di più penetranti e contundenti prospettive, perché la sua applicazione, non si è limitata alla ricomposizione di un'uguaglianza formalmente

violata, ma si è rivolta a verificare, innanzitutto, se la libertà personale sia stata sacrificata oltremodo rispetto allo spessore del bene tutelato dalla norma penale e, da qui, se le esigenze di repressione sono state privilegiate senza tenere conto del necessario bilanciamento con la salvaguardia delle altre libertà, soprattutto quella personale; ed infine, se una pena avvertita come sproporzionata, non finisca per vanificare la finalità rieducativa della stessa.

La ragione di tale prospettiva di analisi risiede nel fatto che la valutazione del principio costituzionale, così inteso, si accosta con maggiore prossimità alle scelte del legislatore. Di qui, l'importanza del principio di proporzione nella sua funzione limitatrice: un principio giuridico, la cui pervasività non arretra di fronte alla mancanza di dati testuali o espliciti o alla labilità degli stessi, ma che si richiama un'esigenza logica e, al contempo, ad una necessità etica. Ma, allo stesso tempo un principio che, proprio per la sua ambivalenza linguistica e semantica, non può che scontrarsi con il principio di legalità delle pene, che affida al Parlamento le scelte di campo (e quindi di valore) in una materia ad alto tasso di politicità, come il diritto sanzionatorio.

4.3.4 *SEGUE*: LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA

La prima pronuncia che merita analizzare per le ragioni sopra indicate è la decisione n. 341 1994 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui prevedeva come pena minima sei mesi di reclusione. Questa rappresenta una sentenza innovativa, in quanto per la prima volta la Corte accoglie una questione relativa alla ragionevolezza dei limiti edittali della pena, utilizzando il principio di proporzione in chiave dimostrativa dell'illegittimità costituzionale di una norma penale⁵⁸⁹. Il minimo edittale, nel caso in esame, è stato riconosciuto eccessivo in ragione di due complementari considerazioni: in primo luogo, la pena è apparsa sproporzionata rispetto al rango del bene tutelato che è stato ritenuto, invece, di modesto e scarso valore, di talché il sacrificio imposto alla libertà personale è stato considerato, già nel minimo, eccessivo rispetto alla gravità della lesione del bene tutelato. In secondo luogo,

⁵⁸⁹ Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*, Tübingen, 2006.

il trattamento sanzionatorio è stato ritenuto non proporzionato, anche alla luce del principio di rieducazione della pena, e sulla base della considerazione che: “la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale provocata dalla previsione di una sanzione penale manifestamente eccessiva rispetto al disvalore dell’illecito produce una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall’art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione”.

Orbene, le argomentazioni della Corte Costituzionale appaiono logicamente consequenziali. Il rango del bene tutelato dalla norma incriminatrice del reato di oltraggio (individuato dalla Corte nel prestigio e nel decoro della pubblica amministrazione) risulta debole rispetto al valore della libertà personale, per giustificare la compressione di quest’ultima nella misura di sei mesi per le lesioni più modeste; l’ordine gerarchico dei beni giuridici desumibili dalla Costituzione risulta così, secondo la Corte, radicalmente alterato e, conseguentemente la misura del minimo edittale viene avvertita dalla generalità dei consociati come eccessiva e non in grado di assicurare l’effettività della funzione rieducativa della pena⁵⁹⁰.

Così riprendendo la definizione della proporzionalità sancita dalla precedente sentenza 409 del 1989 per cui: “il principio di proporzionalità ... nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all’individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest’ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni”, il Giudice delle leggi censura l’eccessiva menomazione del diritto fondamentale alla libertà personale.

Tali valutazioni hanno spinto la dottrina ad affermare che con la sentenza n. 341 del 1994, il principio di proporzionalità inteso quale “criterio regolativo del rapporto illecito-pena incidente sulla fattispecie”, sulla base del parametro di cui all’art.27 Cost.,

⁵⁹⁰ I giudici, nella motivazione della sentenza, richiamando propria precedente giurisprudenza (sentt. 313 del 1990, sent. 343 del 1993 e 422 del 1993), premettono che “la Corte ha maturato la convinzione che la finalità rieducativa della pena non sia limitata alla sola fase di esecuzione, ma costituisca una delle qualità essenziali della pena nel suo contenuto ontologico ... tale finalità implica pertanto la necessità di un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall’altra”.

fosse stato definitivamente “costituzionalizzato”. Infatti, “l’unica via percorribile dalla Corte per delineare una proporzione intesa come incidente sulla strutturazione della fattispecie e non più solo come un canone di ragionevolezza, era proprio appellarsi a criteri alla cui stregua ritenere ‘vincolata’ l’attività legislativa: primo tra i quali le scelte in ordine alla funzione della pena che determinano il *quantum* di essa; infatti, una pena per essere rieducativa non può che essere proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso”⁵⁹¹.

Tuttavia, proprio la valutazione comparativa svolta dal Giudice delle Leggi tra l’eccessivo sacrificio della libertà personale e il disvalore della condotta punibile nel quadro del finalismo rieducativo ha condotto altra parte della dottrina a qualificare come attività ‘paralegislativa’ il giudizio della Corte Costituzionale, che ‘esprime valutazioni intrinsecamente contrastanti con quelle del legislatore, facendo leva sul ‘contenuto significativo’ delle situazioni disciplinate⁵⁹². Ne deriva un uso distorto del principio di proporzionalità che non può essere inteso come parametro formale di raffronto per l’illegittimità delle norme penali, dovendolo piuttosto visualizzare come ‘mero canone materiale di politica criminale, come criterio informativo e direttivo dell’adozione di scelte penali sindacabili solo nei (modesti) limiti della ragionevolezza’⁵⁹³.

In altri termini, “dire che vi è un’esigenza costituzionale di proporzione tra reato e sanzione penale non equivale, però, ad affermare che la Corte Costituzionale possa senz’altro dichiarare l’illegittimità di una norma tutte le volte che i giudici ritengano sproporzionata una certa pena prevista dal legislatore. Lo stabilire una misura di sanzione è, infatti, operazione di tipo discrezionale riservata alle scelte politiche del legislatore” che può essere “criticata e sindacata con sanzioni di tipo politico”, mentre la Corte Costituzionale “è inadatta, per sua natura, a cogliere eventuali difformità tra il bilanciamento degli interessi ricavabile dalla formule – del resto necessariamente generiche – contenute nella Costituzione e quello che viene operato nella legge. Se volesse accingersi a questo compito, la Corte assumerebbe, di fatto, una funzione

⁵⁹¹ M. Vecchi, *Disvalore dell’oltraggio e comminatoria della pena*, Riv.it.dir. proc.pen., 1996, pag. 790.

⁵⁹² F. Curi, *L’attività ‘paralegislativa’ della Corte Costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell’oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. Cost.*, 1995, 1091 s.

⁵⁹³ V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. It. Dir.proc.pen.*, 2007, 760.

legislativa analoga a quella del Parlamento: ciò che, certo, non corrisponde al rapporto tra i poteri dello Stato configurato nella nostra Costituzione”⁵⁹⁴.

Probabilmente anche a fronte delle critiche provenienti dalla dottrina sull’invasione di campo del legislatore, il Giudice delle Leggi e, a ciò gli è valsa l’accusa di “pendolarismo”⁵⁹⁵, si è barricato dietro un atteggiamento di chiusura e di *self restraint*, per cui, pur a fronte delle numerose ordinanze di rimessione dei giudici di merito, che ritenevano che si fosse aperta finalmente una breccia nel muro dell’insindacabilità della discrezionalità legislativa relativa alla commisurazione della pena, ha sempre rigettato le questioni prospettate.

La sentenza n. 341 del 1994 rappresenta un unico esempio di dichiarazione di illegittimità costituzionale della misura minima di una sanzione penale fondata sulla considerazione dell’esiguo rango del bene aggredito, nonostante, in via di principio siano sempre stati riaffermati, nelle ordinanze e nelle sentenze di rigetto, i capisaldi teorici dell’esistenza della gerarchia dei beni giuridici e della necessaria corrispondenza della misura della pena al rango del bene tutelato⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ A. Pagliaro, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. Cost.*, 1995, 2573.

⁵⁹⁵ G. Riccardi, *Il pendolarismo della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito dell’irrazionale, ma ragionevole disciplina sanzionatoria dell’immigrazione*, in *Critica e Diritto*, n. 1, 2007, pag.48.

⁵⁹⁶ In particolare, si veda la sentenza n. 313 del 1995, dove la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità, prospettate in relazione alla asserita violazione anche degli artt. 3 e 27 della Costituzione, terzo comma, da parte degli artt. 342 e 343 c.p. Le ordinanze di rimessione, ripercorrendo pedissequamente le argomentazioni di cui alla sentenza 341 del 1994 e facendo ad essa espresso riferimento, hanno sottolineato il contrasto della misura minima della pena prevista per i reati di oltraggio a un corpo politico, amministrativo o giudiziario, e di oltraggio ad un magistrato in udienza, con il principio di proporzionalità della pena, in ragione della non comparabilità dei beni tutelati dalle norme penali con il valore della libertà personale e soprattutto con l’entità della restrizione di essa, così come prevista nel minimo per le violazioni più brevi. La Corte, sulla scia delle stesse argomentazioni utilizzate nella sentenza 341 del 1994, ha respinto, dichiarandole infondate le questioni sollevate, utilizzando, tuttavia, lo stesso iter argomentativo esplicitato nella precedente sentenza 341 del 1990. La Corte ha, infatti, ritenuto che i beni tutelati dalle norme impugnate presentano un rango ed un valore più elevato dell’interesse sotteso al reato di oltraggio a pubblico ufficiale e, conseguentemente che il minimo edittale da esse previsto si può ben considerare congruo rispetto all’importanza del bene aggredito ed idoneo ad assicurare l’effetto rieducativo della sanzione. Inoltre, anche nella sentenza 12-27 dicembre 1996, n. 425, la Corte ha ritenuto congruo il minimo edittale previsto per il delitto di resistenza a pubblico ufficiale, nonostante il giudice *a quo* avesse prospettato le stesse argomentazioni richiamate dalla sentenza 341/1990. Ed, infine l’indirizzo restrittivo della Corte sembra confermato anche dalla sentenza 15-21 novembre 2000, n. 518, in cui il Giudice delle Leggi viene chiamato a giudicare sulla compatibilità costituzionale dell’art. 564 c.p. nella parte in cui punisce – con la reclusione da uno a cinque anni-chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un affine in linea retta. A

Lo stesso timore di surrettizia invasione del campo del legislatore si è avvertito in un altro gruppo di sentenze, in cui il principio di proporzione è stato esplicitamente applicato dal Giudice delle Leggi, in funzione di garanzia delle libertà fondamentali dell'individuo, nella misura in cui queste risultassero eccessivamente compresse dalla repressione penale posta a tutela di altro bene giuridico. In tali tipi di giudizio, emerge con maggiore chiarezza quella tensione costante tra l'esigenza repressiva dello *ius puniendi* e l'esigenza garantista di mettere al riparo l'individuo dagli eccessi dell'esercizio di una discrezionalità legislativa non saldamente ancorata ai vincoli della Costituzione.

Si tratta delle pronunce con le quali è stata più volte passata al vaglio la disciplina legislativa (ormai abrogata) dell'obiezione di coscienza, la quale, in esito al consistente lavoro della Corte, è risultata contenere al suo interno numerose contraddizioni, tali da porla in insanabile contrasto con gli artt. 2, 3, 19, 21 e 27 della Cost.

Per quanto qui interessa, in particolare, si evidenzia come, con tali decisioni, la Corte costituzionale riconosce, pressoché costantemente, che alla mancanza di adeguato bilanciamento all'interno della fattispecie normativa, fra i valori e gli interessi coinvolti, corrisponde l'inidoneità della sanzione penale a garantire il raggiungimento della finalità rieducativa e, quindi, una lesione consequenziale del parametro del principio di proporzionalità⁵⁹⁷.

fronte dei medesimi parametri evocati, anche in questa occasione la Corte non ha condiviso le perplessità del giudice *a quo*, ritenendo che il bene protetto dalla norma in esame fosse più elevato di quello prospettato dal giudice *a quo*.

⁵⁹⁷ Si tratta delle seguenti sentenze della Corte Cost.: 16 dicembre 1991, n. 467; 20-28 luglio 1993, n. 343; 26-30 luglio 1993, n. 358, 18 novembre-3 dicembre 1993, n. 422 e 10-20 febbraio 1997, n. 43. Per una disamina delle opinioni sul tema e sui commenti alle sentenze indicate si vedano: A. Musumeci, *Obiezione di coscienza e giudizio di legittimità nell'ottica dei valori*, in *Giur.cost.*, 1992, p. 463; P. Sassi, *Una nuova sentenza della Corte costituzionale in tema di obiezione di coscienza al servizio militare. Obiezione c.d. sopravvenuta e motivi religiosi*, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 471; F. Modugno e R. D'Alessio, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur.it.*, IV, 1990, 97. In particolare, con la sent. 467 del 1991 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 comma 3 della l. n. 772 del 1972 nella parte in cui non prevedeva che l'esonero dal servizio, spettante ai condannati che avessero espiato la pena per i reati di cui agli artt. 8, commi 1 e 2, della medesima legge, non fosse esteso anche a coloro che avessero rifiutato, dopo averlo assunto, il servizio militare per gli stessi motivi. La decisione della Corte è stata presa in ragione del rilevato bilanciamento operato dal legislatore tra i valori costituzionali di cui agli artt. 19 e 97 della Cost., facendo prevalere il primo sul secondo: infatti, coloro che avessero rifiutato

In particolare, ci si vuole soffermare sulla sentenza n. 343 del 1993, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3, della legge 13 dicembre 1972, n. 772 nella parte in cui non prevedeva l'esonero del servizio militare di leva a favore di coloro che, avendo rifiutato totalmente in tempo di pace la prestazione del servizio militare di leva dopo aver addotto motivi diversi da quelli indicati nell'art. 1 della medesima legge o senza aver addotto motivo alcuno, avessero espiato per quel comportamento la pena della reclusione in misura complessivamente non inferiore a quella del servizio militare di leva.

La norma prevedeva, infatti, che coloro i quali rifiutavano il servizio militare, adducendo motivi attinenti alla coscienza, perché “contrari in ogni circostanza all'uso personale delle armi per imprescindibili motivi di coscienza ... attinenti ad una concezione della vita basata su profondi convincimenti religiosi o filosofici o morali professati”, potessero usufruire, dopo il periodo di detenzione pari alla durata del servizio militare, dell'esonero definitivo dalla chiamata militare. Coloro che, invece, rifiutavano il servizio militare adducendo motivi diversi da quelli specificamente previsti dalla norma o non esponendone affatto, erano soggetti alla c.d. “spirale delle condanne” sino al quarantacinquesimo anno di età, poiché dopo il periodo di detenzione venivano nuovamente chiamati per lo svolgimento del servizio militare e, ad un nuovo rifiuto, seguiva una nuova condanna, e così via.

La Consulta, in particolare, censura *in primis* la norma sotto il profilo dell'art. 3 della Costituzione, innestando il giudizio di ragionevolezza nella precedente e preminente considerazione dei valori costituzionali involti nel bilanciamento statuito dal legislatore, per cui da un lato, vi era l'obbligo di prestare il servizio militare di leva (art. 52, secondo comma, della Costituzione) - obbligo che va annoverato fra i doveri di

un rifiuto alle armi in un momento successivo all'assunzione del servizio venivano puniti con il medesimo regime sanzionatorio che si applicava, in via generale, a tutti gli obiettori di coscienza antecedentemente all'entrata in vigore della l. 772 del 1972, essendo anche sottoposti alla tragica ‘spirale delle condanne a catena’ che, potendosi perpetuare fino al 45esimo anno d'età produceva un effetto devastante nei confronti dell'inviolabile diritto alla professione religiosa. In particolare, la Consulta ha sottolineato come la possibilità prevista dalla norma di sottoporre ad ulteriori e reiterate sanzioni penali il militare che si ravvede durante lo svolgimento del servizio militare prima di sottoporsi ad ulteriori e reiterate sanzioni penali il militare che si ravvede durante lo svolgimento del servizio rappresenti uno sbilanciamento irragionevole che finisce per comprimere oltremodo la libertà di coscienza di cui all'art. 19 Cost. , a tutto vantaggio del dovere di prestare il servizio militare di cui all'art. 52 Cost.

solidarietà sociale di carattere inderogabile, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, - e, dall'altro lato, la libertà personale, connessa all'incriminazione del rifiuto di prestare il predetto servizio (art. 13 della Costituzione), libertà che gode anch'essa della copertura dell'art. 2 della Costituzione in quanto diritto inviolabile .

Orbene, dall'individuazione dei valori in gioco, il giudice delle Leggi passa alla censura della ragionevolezza della disciplina e dei suoi effetti sanzionatori considerati nel suo insieme considerando che: “la possibilità reale della c.d. spirale delle condanne in relazione ai reati di rifiuto totale di prestazione del servizio militare diversi da quello disciplinato dall'art. 8 della legge n. 772 del 1972 - conseguente alla mancanza di una clausola di esonero dall'obbligo di leva a pena espiata - è la manifestazione della palese irragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore, in sede di trattamento sanzionatorio di quei reati, tra il valore costituzionale del dovere di prestare il servizio militare (art. 52 della Costituzione) e quello della libertà personale (art. 13 della Costituzione). L'incriminazione del rifiuto totale di adempiere l'obbligo di leva, se deve condurre a un sacrificio della libertà personale, non può tuttavia estendere questo sacrificio sino al punto da sottoporre colui che abbia commesso i relativi reati "a una serie di condanne penali così lunga e pesante da poterne distruggere la sua intima personalità umana e la speranza di una vita normale(v. sent. n. 467 del 1991)". Ne deriva una violazione diretta del principio di eguaglianza, quale è configurato nell'art. 3 della Costituzione, il quale comporta che la regola della proporzionalità in esso implicita debba esser valutata ‘in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita’.

Consequenziale, dunque, per il tramite del *passepertout* del principio di uguaglianza la violazione del principio di proporzionalità, a sua volta strettamente riconnesso alla garanzia del finalismo rieducativo di cui all'art. 27 della Costituzione, per cui: “La palese sproporzione del sacrificio della libertà personale che così si realizza produce, infatti, una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27,

terzo comma, della Costituzione, che di questa libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione”⁵⁹⁸.

Il risultato finale che si coglie da questa pronuncia, come dalle altre decisioni sulla medesima disciplina, è l'autonomia e sufficiente rilevanza costituzionale della violazione delle libertà fondamentali ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme di legge ordinaria che violano il principio di proporzionalità della pena ed il connesso canone del bilanciamento.

Infine e, da ultimo merita menzionare, un ulteriore gruppo di sentenze, in cui il principio di proporzionalità, quale parametro di costituzionalità si salda strettamente al vincolo assoluto e non relativizzabile della colpevolezza⁵⁹⁹.

Si tratta delle sentenze in tema di recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p., (n. 251 del 2012, n. 105 del 2014 e n. 106 del 2014), con cui la Corte ha dichiarato – seppur in via interpretativa – l'illegittimità parziale dell'art. 69, co. 4, c.p.,

⁵⁹⁸ Dello stesso tenore sono le argomentazioni svolte dalla Corte nella sentenza n. 422 del 1993. Ad essere censurato ancora una volta è l'art. 8 della legge n. 772 del 1972 nella parte in cui non prevedeva l'esonero della prestazione del servizio militare di leva a favore di coloro che, avendo in tempo di pace rifiutato totalmente la prestazione del servizio stesso, anche dopo averlo assunto, sulla base di motivi diversi da quelli indicati nell'art.1 della legge 772 del 1972 o senza aver addotto motivo alcuno, avessero espiauto per quel comportamento la pena della reclusione quantomeno in misura non inferiore alla durata del servizio medesimo. Si ribadisce che il principio di proporzionalità della pena esige che la misura della sanzione penale sia tendenzialmente idonea ad assicurare la rieducazione del condannato. Tale possibilità può essere ragionevolmente esclusa allorchè l'esercizio dei diritti fondamentali dell'uomo risulti radicalmente compromesso dalla prevalenza assegnata alle ragioni di repressione e, dunque, ad una pena eccessiva. In questi casi, l'assetto degli interessi costituzionali cristallizzato nella norma di legge risulta essere sbilanciato e la Corte deve premurarsi di ricondurlo in equilibrio alla luce della salvaguardia dei parametri costituzionali.

⁵⁹⁹ Santiago Mir Puig, *op.cit.*,85; negli stessi termini, si esprime Wolfgang Frisch che sostiene che “sostituendo al principio di colpevolezza il principio di proporzionalità ed elevando quest'ultimo a fulcro e caposaldo della pena, questo principio presenterebbe quei connotati di vaghezza e scarsa razionalità, che oggi vengono riscontrati nel principio di proporzionalità in senso stretto. Questo vale sia se si utilizzi il principio di proporzionalità (in senso ampio) quale principio-guida per la commisurazione della pena, sia se lo si intenda quale principio regolatore del giudizio di legittimità costituzionale delle pene. I problemi cominciano già con il concetto di pena in funzione special-preventiva, che, sotto l'aspetto delle finalità da perseguire, può essere paragonata alle misure di sicurezza. Ciò che manca del tutto è, infatti, una conoscenza empirica sufficiente ad individuare il *quantum* di pena necessario ad impedire che il condannato commetta altri reati in futuro. Mancando ciò, manca anche una base solida per il giudizio di proporzionalità in senso stretto. Per quanto attiene alla pena fissata in sentenza, una commisurazione special-preventiva della pena, che sia rispettosa del principio di proporzionalità, verrà effettuata senza dover ricorrere a questo principio: infatti, le pene commisurate in chiave special-preventiva, che oltrepassano la misura della colpevolezza, sono già di per sé *contra legem*” in *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità, (Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)*, in *NStZ* 2013 Heft 5, 249-256. Il contributo è basato su di una perizia che l'autore ha svolto su commissione del BVerfG e che

affermando che le tre specifiche attenuanti di cui alle ordinanze di rimessione (art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990; art. 648, co. 2, c.p.; art. 609-bis, co. 3, c.p.) presentavano un'autonomia criminologica e tipologica tale da rendere irragionevole una loro parificazione sanzionatoria rispetto alle corrispondenti figure di delitto-base (art. 73, co. 1, d.P.R. n. 309 del 1990; art. 648, co. 1, c.p., art. 609-bis, co. 1, c.p.).

Prima di entrare nel cuore delle argomentazioni della Corte Costituzionale e, soprattutto avuto riguardo alla specificità del principio di proporzionalità, occorre premettere brevi cenni sull'istituto della recidiva, che pone da sempre una notevole quantità di problemi interpretativo-applicativi⁶⁰⁰.

Con la controversa novella dell'anno 2005 (c.d. "legge ex Cirielli"), nell'ambito della più ampia riforma legislativa volta, *inter alia*, ad inasprire il trattamento sanzionatorio nei confronti dei soggetti recidivi, venne sostituito il co. 4, art. 69 c.p., il quale risulta oggi avere il seguente tenore: "Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, co.4, nonché dagli artt. 111 e 112, co. 1, n. 4, per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato".

Nelle intenzioni del legislatore, in definitiva, si trattava di prevedere uno speciale regime derogatorio che, al cospetto della recidiva reiterata ex art. 99, co. 4, c.p., impedisse al giudice di considerare prevalenti eventuali circostanze attenuanti in concreto sussistenti.

Si concepiva così una figura di delinquente – riconoscibile a norma dell'art. 99, co. 4, c.p. quando colui che sia stato già dichiarato 'recidivo' commetta un nuovo delitto non colposo – a cui la legge riconnetteva non soltanto aumenti di pena molto severi ed oltretutto 'rigidi', ma altresì un imponente corpo di "ulteriori effetti penali" che ne

è stata presentata al 2. Senato del BVerfG in occasione della decisione sulla legittimità costituzionale degli accordi processuali sulla misura della pena ex § 257c StPO.

⁶⁰⁰ Per una recente ed efficace sintesi sul punto, cfr. G.L.Gatta, *La recidiva nella recente giurisprudenza di legittimità*, in R. Garofoli-T. Treu (diretto da), Treccani, *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, 179 ss.

inaspriscono il trattamento fin quasi ad erigere a suo carico un secondo doppio binario, per esigenze politico-criminali e principi ispiratori⁶⁰¹.

In tal senso, le decisioni della Corte costituzionale si iscrivono in quell'ampio dibattito dottrinale che si era generato dopo la riforma sulla natura giuridica della recidiva reiterata. Secondo un primo indirizzo, la disposizione di cui all'art. 99 comma 4, c.p. descriverebbe un'ipotesi di recidiva obbligatoria: per effetto di tale connotazione, al giudice sarebbe impedito di esimersi dall'applicare gli aumenti di pena e gli ulteriori effetti penali previsti dalla legge nei confronti di coloro che da recidivi commettono un nuovo delitto non colposo. Di conseguenza, si stabilisce un automatismo che comporta la sicura sottrazione della recidiva reiterata al bilanciamento, indipendentemente dal numero e dalla portata delle attenuanti del reo. Secondo il secondo orientamento interpretativo, invece, la recidiva reiterata rappresenterebbe un'ipotesi di aggravante facoltativa, obbligatoria risultando solo quella speciale descritta dal comma 5 dell'art. 99 c.p. In virtù di tale impostazione, cadrebbe ogni automatismo sanzionatorio fra la successione formale di condanne per delitti non colposi, da un lato, e l'aumento di pena riconnesso alla recidiva reiterata e l'operatività del divieto di rendere prevalenti le attenuanti concorrenti; dall'altro: tanto l'aumento di pena quanto gli ulteriori effetti discendenti dallo *status* di recidivo ed incidenti sulla commisurazione della pena seguirebbero soltanto quando il giudice riconosca in concreto le condizioni di maggiore colpevolezza che giustificano l'inasprimento del trattamento sanzionatorio. Ed è propria questa seconda, l'impostazione adottata dalla Corte Costituzionale nella sua primissima sentenza sull'argomento, la sentenza n. 192 del 2007, che dichiarò l'inammissibilità delle numerose ordinanze di rimessione dell'art. 69 comma 4, tutte convergenti sul divieto derivante dalla disposizione ed imposto al giudice di non considerare l'incidenza delle attenuanti nel fatto di reato commesso dal recidivo, in quanto il divieto si porrebbe in contrasto con l'art. 3, 25, comma 2 e 27 comma 3 Cost. La norma censurata, infatti, da un lato, avrebbe determinato un 'appiattimento del trattamento sanzionatorio' in rapporto a situazioni che potrebbero risultare assai diverse e, dall'altro, avrebbe rischiato di imporre l'applicazione di pene manifestamente sproporzionate all'entità del

⁶⁰¹ D. Notaro, *La fine ingloriosa, ma inevitabile di una manifesta irragionevolezza: la Consulta 'lima' il*

fatto, la cui espiatione non avrebbe consentito la rieducazione del condannato. Inoltre, il predetto automatismo sanzionatorio sarebbe stato atto a determinare una ‘indiscriminata omologazione’ dei recidivi reiterati, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità. Si sarebbe leso in tal modo anche l’art. 25 comma 2 Cost., che sancisce un legame indissolubile tra la sanzione penale e la commissione di un fatto, impedendo che si punisca la mera pericolosità sociale.

La Consulta rigetta le questioni sul presupposto che i rimettenti avrebbero ommesso di verificare la praticabilità della diversa interpretazione che non impone automaticamente al giudice di fare applicazione degli effetti della recidiva reiterata: quella che intende tale circostanza come facoltativa⁶⁰².

Infatti, il riconoscere o escludere la recidiva reiterata facoltativa avrebbe integrato un’operazione valutativa radicalmente diversa dal “bilanciare” quella recidiva con concorrenti circostanze attenuanti, “esistendo situazioni in cui, giudicando con onestà intellettuale, la recidiva non può essere esclusa, e tuttavia viene sentito come *ingiusto* negare la prevalenza di determinate attenuanti⁶⁰³”. Un’anomalia che emerge con particolare vigore, nella prospettata questione della decisione n. 251 del 2012, con riguardo alla disciplina penale del traffico degli stupefacenti, posto che al recidivo reiterato implicato nel grande traffico di stupefacenti al quale siano riconosciute le circostanze attenuanti generiche verrebbe punito con la stessa pena prevista per il recidivo reiterato autore di uno spaccio di strada di minime quantità, al quale siano riconosciute le circostanze attenuanti generiche e la circostanza prevista dall’art. 73, comma 5 d.P.R. n. 309 del 1990, con la conseguenza che l’enorme differenza oggettiva,

divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, in *Cass. pen.*, 5, 2013, pag. 1755.

⁶⁰² In particolare, la Corte nella sentenza 192 del 2007 sottolinea, infatti, che una volta che il giudice escluda che in concreto ricorrano le condizioni di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità sociale del reo, necessarie per dichiarare la recidiva reiterata, non solo l’aumento di pena ma anche l’operatività del limite al giudizio di bilanciamento sarebbero da considerare neutralizzati. D’altronde, continua la Corte, postulare l’obbligatorietà degli effetti minori della recidiva (fra i quali il divieto di prevalenza delle attenuanti) pur in caso di mancato aumento della pena principale comporterebbe “la conseguenza dell’apparenza paradossale di una circostanza ‘neutra’ agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale), nell’ipotesi di reato non ulteriormente circostanziato; ma in concreto aggravante (...) nell’ipotesi di reato circostanziato *in mitius*. In altre parole, appare assai problematico sul piano logico, supporre che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determini, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato”.

⁶⁰³ Queste sono le parole del giudice remittente nella sentenza n. 251 del 2012;

naturalistica, criminologica delle due condotte verrebbe completamente obliterata in virtù di una esclusiva considerazione dei precedenti penali del loro autore.

Orbene, nel caso di specie la Consulta giunge a censurare l'illegittimità dell'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. sulla base di due solidi argomenti: il principio di offensività e il principio di proporzionalità.

Per quanto qui interessa, il profilo di proporzionalità della pena sarebbe violato, a parere della Consulta, dall'incidenza della regola preclusiva sancita dall'art. 69, quarto comma sulla diversità delle cornici edittali prefigurate dal primo e dal quinto comma dell'art. 73 d.P.R. 309 del 1990⁶⁰⁴, che verrebbe in tal modo annullata, finendo per attribuire alla risposta punitiva i connotati di una pena 'palesamente sproporzionata e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato'.⁶⁰⁵

La proporzionalità, ancora una volta riconnessa al finalismo rieducativo, si erge, in tale decisione, come nelle successive del 2014⁶⁰⁶, a parametro del controllo della

⁶⁰⁴ La manifesta sproporzione delle conseguenze sul piano sanzionatorio del divieto di prevalenza delle attenuanti di cui al quinto comma dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata sarebbe resa evidente "dall'enorme divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per il reato circostanziato e per la fattispecie base prevista dal primo comma della disposizione citata", nonché alla luce degli "effetti determinati nel convergere della deroga al giudizio di bilanciamento": nel caso della recidiva reiterata equivalente all'attenuante, il massimo edittale previsto dal quinto comma per il fatto di lieve entità (sei anni di reclusione) diventa il minimo della pena da irrogare", così sent. 252 del 2012;

⁶⁰⁵ Sentenza n. 251 del 2012;

⁶⁰⁶ Ciò posto, sulla scia della *quaestio legitimitatis* in tema di stupefacenti, venivano sollevate da altri giudici remittenti due distinte questioni di legittimità costituzionale, relative al divieto di bilanciamento tra la recidiva reiterata e le circostanze attenuanti di cui all'art. 648, co. 2, c.p. (ricettazione di particolare tenuità) ed all'art. 609-bis, co. 3, c.p. (violenza sessuale di minore gravità). Quanto alla prima, la Corte d'appello di Ancona aveva deferito alla Consulta la citata questione di costituzionalità, esponendo come, nel caso che la occupava, all'imputato – recidivo reiterato, specifico ed infraquinquennale – fosse contestato l'aver ricettato alcuni capi di abbigliamento contraffatti, condotta che, nella più ampia e complessiva economia dell'art. 648 c.p., presentava, in effetti, profili di particolare tenuità, anche considerati i due differenti nuclei criminologici sottesi al 1° ed al 2° co. di tale disposizione incriminatrice. Alla luce di ciò, la disposizione dell'art. 69, co. 4, c.p., calata all'interno della specifica fattispecie della ricettazione "lieve", avrebbe contrastato con i parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 25 e 27 Cost., sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza, del "diritto penale del fatto" e del principio di proporzione tra fatto e sanzione (corollario della funzione tendenzialmente rieducativa della pena). In effetti, come già avvenuto in tema di stupefacenti, con la sentenza n. 105 del 2014 la Corte costituzionale condivide le doglianze sollevate dal giudice a quo, e ciò sostanzialmente per il seguente motivo: considerate le cornici edittali della ricettazione ordinaria (reclusione da due a otto anni, multa da € 516 a € 10.329) e della ricettazione "di particolare tenuità" (reclusione da quindici giorni a sei anni, multa da € 50 a € 516), risulterebbe

dosimetria edittale, ponendo uno sbarramento a quelle sanzioni che appaiono in palese contrasto con il perseguimento di quella finalità. “Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggiore delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio⁶⁰⁷”.

irragionevole fa-re “schizzare” la pena base dalla seconda alla prima cornice edittale, per il sol fatto che il soggetto risulti recidivo reiterato. Ciò, infatti, comporterebbe al con-tempo la violazione del principio di ragionevolezza, di fattualità e di proporzionalità, poiché, a fronte di condotte *ictu oculi* tenui e scarsamente inoffensive, si giungerebbero ad applicare le severe pene di cui al, co. 1, art. 648 c.p. solo in virtù della sussunzione dell'imputato in un determinato tipo d'autore (per l'appunto, il recidivo reiterato), senza che a tale inasprimento sanzionatorio corrisponda un effettivo e adeguato *quid pluris* di offensività fattuale e materiale.

La seconda questione di costituzionalità (sent. 106/2014) riguarda la legittimità dell'art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui sancisce il divieto di prevalenza dell'attenuante ex art. 609-bis, co. 3, c.p., nei casi di ritenuta recidiva reiterata. Giova premettere che, all'esito del giudizio di merito, l'imputato era stato condannato alla pena di anni sei di reclusione (ritenuta l'equivalenza tra la recidiva reiterata e l'attenuante del fatto di “minore gravità”), per avere posto in essere alcune effusioni (toccamenti e baci) nei confronti della moglie non consenziente, dalla quale egli si era separato; e ciò nell'auspicio di una possibile riconciliazione. Ciò posto, nell'ordinanza di remissione, il giudice a quo osservava come la nuova fattispecie di cui all'art. 609-bis c.p. sia sorta, con la novella del 1996, a seguito della “riunificazione” delle due distinte ipotesi della congiunzione carnale violenta (art. 519 c.p.) e degli atti di libidine violenti (art. 521 c.p.); al con-tempo, l'introduzione, al co. 3, art. 609-bis c.p., di una circostanza attenuante ad effetto speciale per i casi di “minore gravità” avrebbe consentito al legislatore di mantenere, comunque, in qualche modo distinti i due differenti nuclei criminologici, connotati da un ben diverso gradiente di disvalore oggettivo e soggettivo. Orbene, effettuati i dovuti calcoli ed applicando la riduzione di pena di qua nella sua massima estensione, la violenza sessuale “ordinaria” (co. 1) risulta punita con la reclusione da cinque a dieci anni, mentre nei casi di “minore gravità” (co. 2) si potrebbe applicare la reclusione da un anno e otto mesi a tre anni e quattro mesi, con un tetto massimo notevolmente inferiore al minimo edittale di cui al co. 1. Ulteriore conferma dello *hiatus* intercorrente tra le due ipotesi sarebbe consistita nel fatto che la legge processuale, all'art. 275, co. 3, c.p.p. preveda (rectius, prevedesse) la presunzione di proporzione tra custodia cautelare in carcere e fatto commesso, solo per i casi di violenza sessuale ex art. 609-bis, co. 1, c.p., e non già per i casi di “minore gravità” di cui al co. 3. Ciò premesso, a parere del giudice remittente, la disposizione dell'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui, al cospetto della recidiva reiterata, impedisce di tenere in adeguata considerazione la diminuzione di pena di cui all'art. 609-bis, co. 3, c.p., si sarebbe palesata come costituzionalmente illegittima, poiché vanificherebbe proprio quel “doppio binario” che il legislatore del 1996 approntò, al fine di collocare le due differenti tipologie di violenza sessuale (quella ordinaria e quella di minore gravità) in due distinti “circuiti” sostanziali e processuali. Ciò avrebbe conculcato sia il principio di uguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost. (stante la sostanziale parificazione, *de jure condito*, di situazioni eterogenee), sia il principio di rieducazione-proporzione ex art. 27, co. 3, Cost. A fronte di ciò, la Consulta condivide pienamente le valutazioni del giudice *a quo*, in primis con riferimento alla “nuova” struttura della violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., nonché ai due distinti nuclei criminologici sottesi alle ipotesi di cui ai co. 1 e 3 di tale fattispecie incriminatrice. Per tale motivo, seguita la Corte costituzionale, l'applicazione dell'art. 69, co. 4, c.p., ai casi di violenza sessuale di minore gravità comporterebbe la palese violazione del principio di proporzione tra fatto e pena (corollario della funzione tendenzialmente rieducativa della pena ex art. 27, co. 3, Cost.), poiché il soggetto, in ipotesi responsabile di semplici palpamenti o toccamenti repentini, vedendosi applicata la sanzione prevista dalla legge per le ben più gravi ipotesi di violenza carnale, avvertirebbe inevitabilmente come ingiusta e sproporzionata la sanzione medesima.

⁶⁰⁷ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, op.cit., 39.

Si comprende allora, come il principio di proporzionalità parrebbe operare come criterio materiale della legittimità della norma punitiva, come limite logico-giuridico, slegato dal principio di uguaglianza ed incentrato su un giudizio di carattere binario, ossia sull'equilibrio interno alla medesima fattispecie, sulla ponderazione tra il sacrificio della libertà personale e il fine rieducativo della sanzione, a cui quel sacrificio viene riconnesso.

Ed è su questo versante che si innesta la critica della dottrina, su cui torneremo più diffusamente alla fine di tale lavoro.

4.3.5 *SEGUE*: LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SPAGNOLA

Le ultime sentenze segnalate in materia di recidiva rendono agevole l'aggancio alla giurisprudenza costituzionale spagnola in materia di proporzionalità.

Infatti, significativa, a tale riguardo, è la sentenza *150 del 1991* del 4 luglio (elaborata dal *pleno* del TC e avente quale giudice ponente Lopez Guerra). Decidendo una questione di costituzionalità che riguardava l'aggravante della recidiva contenuta nel Codice penale all'art. 10.15 sollevata da parte di un giudice istruttore che sosteneva la possibile contraddizione di tale norma con “i principi di colpevolezza e di proporzionalità della pena impliciti nel testo costituzionale nelle clausole dell'art. 1.1 in relazione al riconoscimento del principio di legalità (arts. 9.3 e 25.1 C.E.) e della dignità dell'uomo come fondamento dell'ordine politico (art. 10 C.E.), il Tribunale Costituzionale prende una chiara posizione sulla legittimità o meno dell'utilizzo del principio di proporzionalità come parametro *di per se* di costituzionalità.

In primo luogo, al TC spagnolo preme evidenziare che “il giudizio di proporzionalità della pena prevista dalla legge con carattere generale in relazione ad un fatto punibile è competenza del legislatore, in funzione degli obiettivi di politica criminale che adottati nel rispetto dei diritti fondamentali della persona in uno Stato sociale e democratico di diritto, come quello che la Costituzione consacra nell'art.1.1”. Orbene, dopo aver delimitato i confini del suo giudizio, professando un rigoroso *self restraint*, il Tribunale Costituzionale rigetta il ricorso sostenendo che “è necessario tenere in considerazione che le norme costituzionali relative alla dignità dell'uomo e al

libero sviluppo della personalità consacrate nell'art. 10.1 CE così come i valori superiori riconosciuti nell'art. 1.1 se integrano mandati giuridici obiettivi e hanno un valore rilevante nella normativa costituzionale, allo stesso tempo non consacrano alcuna costruzione dogmatica, sia giuridico-penale o di qualsiasi altro tipo. Pertanto, non si può fondare l'incostituzionalità di un precetto nella sua incompatibilità con dottrine o costruzioni presuntamente consacrate nella Costituzione; tale incostituzionalità deriverà, semmai, qualora la norma in questione si ponga in contrasto con i principi, espliciti o impliciti, nella costituzione. Ne deriva, quindi, che per risolvere il dubbio sulla costituzionalità della norma sulla recidiva occorre rigettare la maggioranza degli argomenti del giudice, dal momento che con indipendenza o meno della validità della sua costruzione dottrinale, il loro stesso uso come parametro presupporrebbe prendere posizione per una determinata posizione dottrinale sul fondamento e la *ratio* della recidiva, posizione che, anche se compatibile con i mandati costituzionali, non è la unica possibile”.

Quindi, se da un lato il Giudice delle Leggi spagnolo sembrerebbe ricondurre il principio di proporzionalità ad un principio implicito alla Costituzione e, quindi, suscettibile di fungere da parametro di controllo della legge, al medesimo tempo rifiuta che da tale principio possa estrapolarsi, in forza dei valori ad esso riconnessi, tra cui quello dello Stato di diritto e della dignità, la giustificazione di costruzioni dogmatiche che nettamente differiscono da quei mandati oggettivi che derivano dalla normativa costituzionale.

Nella successiva sentenza 111 del 1993, il Tribunale si addentra maggiormente nella definizione della portata e limiti del principio di proporzionalità e, se da un lato si appella al ‘principio di proporzionalità tra il fatto ingiusto e la pena, principio che è inerente al valore dello Stato di diritto, così come espresso nell'art.1.1 della Costituzione al fine di espungere dall'ordinamento penale alcune condotte che non potevano ricondursi al delitto di abusivismo”, dall'altro rigetta totalmente la possibilità che dall'art. 25.1 CE (principio di legalità) possa derivarsi il diritto fondamentale alla proporzionalità astratta.

Così si esprime il Tribunal: "...in realtà, qui non si solleva la questione della sproporzione della pena nel momento della sua individuazione da parte dei giudici ordinari a causa della colpevolezza, né la questione se possa esistere una responsabilità penale senza colpa, ma si segnala una questione diversa: i criteri del legislatore a stabilire in astratto e con carattere generale le pene corrispondenti a diverse condotte tipizzate come delitti, ciò che nulla riguarda la colpevolezza dell'autore concreto. In principio, il giudizio sulla proporzionalità della pena, previsto dalla legge, con carattere generale, in relazione ad un fatto punibile, che è il presupposto della stesso, è di competenza del legislatore. Ai giudici solo compete, secondo Costituzione, l'applicazione della legge e non verificare se i mezzi adottati dal legislatore per la protezione dei beni giuridici siano o no adeguati a detta finalità, o siano o no proporzionati in astratto. Da ciò si deduce, come è chiaro dall'art. 117 della Costituzione. Conseguentemente, non è possibile dedurre dall'art. 25 comma 1 un diritto fondamentale alla proporzionalità astratta della pena alla gravità del diritto".

Tali notazioni del giudice costituzionale presentano un notevole interesse proprio perché si sembrerebbe affermare che il limite all'utilizzo del principio di proporzionalità quale parametro di costituzionalità deriverebbe dall'esclusione di una sua riconduzione diretta al diritto fondamentale alla legalità penale.

Inoltre, merita speciale attenzione la sentenza n. 55 del 1996, che rappresenta un punto fermo del principio di proporzionalità nell'ambito del diritto penale. In particolare, in tale decisione si rigettano le questioni di costituzionalità che si erano sollevate da parte di diversi giudici in relazione all'art. 2.3 della Legge Organica 8/1984, in cui si regolava il regime penale dell'obiezione di coscienza, regime già regolato dalla disposizione derogatoria unica, paragrafo *f*), della LO 10/1995.

Inutile sottolineare come la materia dell'obiezione di coscienza, proprio per la sua stretta attinenza con la tutela dei diritti fondamentali, appare relazionata anche per l'interprete costituzionale spagnolo, al pari di quello italiano, con il principio di proporzionalità.

In particolare, nel caso di specie, nelle distinte questioni di costituzionalità presentate di fronte al TC, la sproporzione delle pene previste per l'obiettore di

coscienza del servizio militare che rifiuta la prestazione sociale sostitutiva, pene che consistono nel carcere nel suo grado medio e massimo e nell'inabilitazione assoluta per il tempo della condanna.

I distinti organi giurisdizionali che sollevano le questioni di incostituzionalità basano la loro giustificazione nella “possibile opposizione dell’art. 2.3 LO 8/1984 al principio di proporzionalità derivato dagli articoli 1.1, 9.3 e 10.1 della C.E.”. Tuttavia, il TC sposta il baricentro della questione di costituzionalità e, deduce la possibile violazione del diritto alla libertà personale (art. 17 CE) e del diritto alla libertà ideologica (art. 16 CE).

Senza entrare a discernere i diversi profili implicati in tale decisione, per quanto concerne la definizione della portata e dei limiti del principio di proporzionalità, giova riportare i passi letterali della motivazione: “Quest’appello generico al principio di proporzionalità esige qualche precisazione ... In primo luogo, bisogna premettere che il principio di proporzionalità non costituisce nel nostro ordinamento costituzionale un canone di costituzionalità autonomo, la cui allegazione possa prodursi in forma isolata rispetto ad altri principi costituzionali. E’, se si vuole dire, un principio che si può dedurre da determinati principi - qui invocati –e, come tale, opera essenzialmente come un criterio di interpretazione che permette giudicare la possibile violazione di altre norme costituzionali. Detto in altri termini, dalla prospettiva del controllo di costituzionalità, non si può invocare in maniera isolata ed autonoma il principio di proporzionalità, né è possibile analizzare in astratto se l’attuazione di un potere pubblico risulta sproporzionata. Se si adduce l’esistenza della sproporzione, si dovrà valutare in che misura questa suddetta sproporzione pregiudichi il contenuto dei precetti invocati: solo quando la sproporzione presupponga la violazione di questi precetti si dovrà dichiarare l’incostituzionalità”.

Perentorie risultano, dunque, le affermazioni del TC spagnolo che giunge alla conclusione che il principio di proporzione non può rappresentare un parametro costituzionale autonomo: l’esigenza di proporzione avrebbe valore solo come criterio che permette di valutare se determinate restrizioni di un precetto costituzionale, in

particolare di quelle che riconoscono diritti fondamentali, siano o non siano ammissibili, facendo attenzione alle esigenze di altri precetti costituzionali.

Ancora più esplicita sul punto è la sentenza 136 del 1999, sul celebre caso dei dirigenti del gruppo politico Herri Batasuna. Questi dirigenti erano stati condannati dalla sala seconda del *Tribunal Supremo* per la commissione di un delitto di banda armata alla pena di sette anni di prigione e multa di mezzo milione di peseta, con il riconoscimento delle pene accessorie della sospensione dall'incarico pubblico e dal diritto di suffragio passivo durante il tempo della condanna⁶⁰⁸.

Orbene, con la sentenza 136 del 1999, si concede l'*amparo* ai dirigenti di Herri Batasuna stabilendo che la norma 174 *bis* a) del Codice penale del 1973 era sproporzionata e, pertanto, incostituzionale.

La Corte giunge a questa conclusione dopo aver esaminato il precetto penale dalla prospettiva della proporzionalità, interpretata alla luce della Costituzione. In tale cornice, si ribadisce che tale principio non rappresenta un diritto fondamentale né un canone di costituzionalità autonomo, ma rappresenta un criterio ispiratore di numerosi precetti della Costituzione.

Nonostante l'elaborazione di certa dottrina che riconduceva il principio di proporzionalità al diritto fondamentale alla legalità penale⁶⁰⁹, lasciando, dunque, un margine di maggiore intervento alla Corte Costituzionale nell'utilizzo di tale principio in funzione limitativa delle scelte politico-legislative, il supremo interprete spagnolo ha affermato con convinzione, anche in tale decisione, che il principio di proporzionalità non possa costituire un parametro costituzionale.

E aggiunge: "In questa materia (la materia penale) la sproporzione riguarderebbe il trattamento del diritto, il cui esercizio risulta ristretto dalla sanzione. Il contesto sanzionatorio ci riporta naturalmente all'ambito della libertà personale (art. 17 CE) –

⁶⁰⁸ Giova riportare in nota il contesto storico-politico in cui la sentenza si inserisce. A testimonianza dell'influenza del circuito ambientale in cui la magistratura è inevitabilmente influenzata, occorre precisare come la prima sentenza di condanna del Tribunal Supremo si inserisce in un clima fortemente sanguinario dell'Eta, il gruppo armato indipendentista del Paese Basco. Mentre la sentenza del Tribunal Constitucional si instaura in quel patto di tregua realizzato tra i terroristi ed il governo spagnolo, dichiarato il 16 settembre 1998, quando sorgono trattative tra il Governo e l'Eta, con l'obiettivo di raggiungere la pace. La tregua si conclude il giorno 3 dicembre del 1999.

⁶⁰⁹ Huerta Tocildo, pag. 39.

quando, come ora è il caso, la pena è privativa della libertà personale – e all’ambito della legalità penale (art. 25 comma 1), senza che, per questa connessione, si possa escludere che sia stato pregiudicato anche il diritto il cui esercizio risulta implicato nella condotta violata. Nel presente caso, la sproporzione riguarderebbe, dunque, come abbiamo anticipato, la legalità penale nella sua relazione con la libertà personale, e con le altre libertà implicate, ossia la libertà di informazione dell’art. 20 CE e di partecipazione nelle questioni pubbliche dell’art. 23 CE”.

Sulla base di queste affermazioni, il TC giunge a dichiarare, per la prima volta⁶¹⁰, l’incostituzionalità di una norma di legge penale (l’art. 174 bis a) CP 1944-1973 per casi di cooperazione) sulla base del principio di proporzionalità.

Tuttavia, anche se concretamente ha censurato la intrinseca sproporzione di una norma di legge, al medesimo tempo, l’organo di giustizia costituzionale ha inteso ribadire con lapidaria chiarezza la sua inidoneità strutturale, pena la sua possibile trasformazione in un ‘legislatore immaginario’, a giudicare sull’esistenza di misure meno lesive dei beni che le norme penali si prefiggono di proteggere.

Orbene, da tale ultima decisione, emerge con nitidezza quanto sottolineato da illustre dottrina, ossia della sostanziale distinzione, che deve necessariamente sussistere tra il riconoscimento costituzionale del principio di proporzionalità e la sua funzione limitatrice nell’ambito del giudizio di costituzionalità. Quest’ultimo profilo involge, infatti, l’interrogativo di quale organo sia competente a decidere se una determinata norma penale sia rispettosa dell’esigenza di proporzionalità.

La risposta a tale questione sembra essere molto decisa nell’orientamento del TC, che nega con fermo vigore il carattere autonomo del principio di proporzionalità come unico e solo strumento di controllo della legge: strumento che deve essere eccezionale e solo a fronte di sperequazioni sanzionatorie palesemente evidenti. Tale delimitazione della portata del giudizio, che il TC applica a se stesso non implica, tuttavia, che il legislatore non debba soggiacere al principio di proporzionalità. Al contrario, il medesimo dovrà rispettare le tre esigenze insite nel principio di proporzionalità: necessità, idoneità e proporzionalità in senso stretto.

4. CONCLUSIONI

4.4.1. CONCLUSIONI. PROSPETTIVE E IPOTESI RICOSTRUTTIVE

Abbiamo visto che la legittimazione del vietare e punire trova un presidio ‘di principio’ in principi sovraordinati al legislatore che riguardano specificamente il diritto penale, o additano obiettivi di tutela, o segnano limiti invalicabili alla potestà coercitiva, affermando diritti, libertà e garanzie.

In particolare, quell’eccedenza di contenuto assiologico che marca l’avvento della Costituzione con riferimento alla natura ‘costruttiva’ dei principi si traduce, per il principio cardine in materia penale, *il principio di legalità*, in una connotazione funzionalista che premia il *favor libertatis*, quale valore superiore dell’ordinamento giuridico: una connotazione materiale ancor più spinta dalla fuga centrifuga verso l’alto dettato dal livello di protezione della Carta europea dei diritti dell’uomo. Ed è in tale accezione che la Corte Costituzionale italiana si è avvalsa della legalità, quale parametro di costituzionalità, al fine di derivare l’illegittimità costituzionale di leggi penali che violassero quel principio nella dimensione materiale dell’irretroattività (sent. 196/2010). E sebbene sia evidente come il principio della irretroattività della legge penale marchi il tono materiale della legalità, funzionalizzandola al bene-valore della libertà personale, occorre rilevare, come il corollario in questione trovi, comunque, un aggancio linguistico nel testo costituzionale, limitando così i confini interpretativi del giudice costituzionale.

Orbene, la questione si complica, e quei confini sovra citati iniziano a sfumare in una poco chiara ed a volte impercettibile penombra, qualora assumiamo quale parametro principi privi di un solido ancoraggio testuale nella Costituzione, qual è il principio di *ragionevolezza*.

In particolare, l’assenza di un solido referente semantico nella Costituzione che, abbiamo detto rappresentare uno dei limiti all’inevitabile dissoluzione del parametro, ha condotto la dottrina ad esprimere un giudizio divergente sul suddetto canone, distinguendosi nettamente coloro che hanno aspramente criticato l’attività della Corte,

⁶¹⁰ Le altre sentenze non dichiararono sproporzionata la pena del delitto in astratto, ma la pena

perché priva di alcun supporto “positivo”, da quanti, invece, hanno ritenuto insito nel sistema repubblicano un “illuminismo moderato della ragione pratica che non può affermare verità teoriche, ma soltanto moderare la volontà e limitare la discrezionalità del legislatore, appellandosi ad un senso comune non manipolabile da poteri culturali particolari”⁶¹¹.

Se da un lato, vi è chi osserva come la ragionevolezza rappresenti un canone fondamentale in grado di assicurare la coerenza sistematica, l’adeguatezza al caso concreto e la giustizia all’interno dell’ordinamento giuridico⁶¹²; il principale rilievo mosso al sindacato di ragionevolezza si è incentrato sul suo carattere estremamente vago, elastico ed indeterminato: carattere che contribuirebbe a trasformare tale principio in un dato meta-positivo capace di censurare la discrezionalità legislativa⁶¹³.

E’ emerso, dunque, dall’analisi della giurisprudenza costituzionale comparata, e nell’ottica della materia penale, un vasto ricorso a decisioni applicative del criterio ragionevolezza - proporzionalità. Nonostante il *self restraint* attuato dalle Corti Costituzionali, in una sorta di pendolarismo giudiziario e, quindi, in un’oscillazione abbastanza evidente dei margini di giudizio, in entrambi gli ordinamenti, italiano e spagnolo, è apparso chiaro come il giudizio di proporzionalità possa comportare operazioni di bilanciamento tra interessi costituzionalmente tutelati, sovrapponendosi a quello effettuato dal legislatore. In tal senso, si può ragionevolmente affermare, anche secondo quanto argomentato in precedenza che, laddove tale bilanciamento si limiti a

concretamente commisurata nel caso di specie: vedi sent. 85 del 1992.

⁶¹¹ J. Luther, *Ragionevolezza*, cit. pag. 343.

⁶¹² “Si indica invece la necessità che il diritto formale rispetti il suo carattere di mezzo di soddisfacimento di esigenze sociali e che la scienza del diritto si orienti costantemente in una direzione pratica. Se la distanza è tale che nessun rapporto può essere istituito e la regola appare sotto qualunque aspetto arbitraria, in quanto inidonea a soddisfare qualsiasi esigenza regolativa, apprezzata sotto qualunque punto di vista politico, esso sarà una legge contro natura ... Non pare invece che si possa negare alla Corte il potere di affermare che una certa proposizione legislativa è priva di giustificazione sotto qualsiasi punto di vista, da qualunque parte la si guardi, in guisa che la soluzione dei casi che essa offrirebbe sarebbe per chiunque contro la natura delle cose” in Zagrebelsky, *La Giustizia costituzionale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1988, p. 156.

⁶¹³ L.Paladin, *op.ult.cit.* “Sia che i principi generali del diritto vengano intesi come norme, sia che nell’ottica costituzionale si preferisca definirli come valori presupposti e garantiti dalla Costituzione, occorre che tali norme o tali valori dispongano di un punto di riferimento, esplicitamente o implicitamente ricavabile dalla Costituzione stessa: la loro ben nota vaghezza, elasticità, indeterminatezza ed ampiezza non debbono, cioè, venire accentuate a dismisura, fino a estrometterli dal diritto

censurare la manifesta e patente irragionevolezza di una disciplina legale che rechi con sé un automatismo nella dosimetria sanzionatoria, l'operazione dell'interprete costituzionale si può ritenere lecita e non invasiva del campo definito del legislatore. E ciò *massime*, se la regola di bilanciamento individuata dal giudice costituzionale risulta sbilanciata verso la promozione dei diritti inviolabili dell'uomo. Tuttavia, qualora il ricorso ai principi-valori costituzionali lasci aperta la scelta tra più soluzioni per cui l'interpretazione finale presuppone una vera e propria opzione politica, questa come tale dovrebbe rimanere riservata al legislatore.

Ciò pone il noto problema della legittimità delle scelte della Corte Costituzionale, soprattutto in un campo, quale la materia penale, che necessita per sua propria natura delle garanzie della certezza e della prevedibilità. Infatti, quando si riconosca nella legge quale garanzia dell'individuo il principio "morale² del diritto penale⁶¹⁴", si affaccia il rischio di una compromissione del valore, pure di garanzia⁶¹⁵, della certezza del diritto⁶¹⁶; al medesimo tempo, la storicità della certezza in quanto tale e della sua collocazione rispetto ad altri valori, e, ancor più, la complessità dell'attuale, multilivello sistema di riferimento rende obbligato il ricorso a parametri meno rigidi ma non per questo di per sé opachi e inconoscibili.

E cosa accade, dunque, quando il parametro costituzionale è dato da una formula alquanto elastica vaga ed implicita quale il principio di proporzionalità?

Guastini già ci avvertiva sulle ricadute sul piano interpretativo dell'uso dei principi impliciti o inespressi, comportando la loro applicazione una pressoché inevitabile e consequenziale attività di integrazione o creazione ad opera dell'interprete⁶¹⁷.

Ed è, infatti, questo il primo dato che vorrei enfatizzare al termine dell'analisi giurisprudenziale appena tracciata: maggiore è il grado di *inespressione semantica* del

costituzionale positivo, confondendo –oltretutto– problemi e criteri di controllo fortemente eterogenei. Precisamente questo, per contro è il caso del cosiddetto principio di ragionevolezza.

⁶¹⁴ Cfr. M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, vol. I., *La legge penale*, Torino, 1999, 110.

⁶¹⁵ Sempre per l'individuo: v. F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, trad.it., Milano, 1968, 111s.

⁶¹⁶ Su cui ancora attuali sono i saggi raccolti in Aa.Vv., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare* (Atti del Convegno di Firenze, 2-3 ottobre 1992), Milano, 1993. Cfr. anche S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 51 ss.

⁶¹⁷ Vedi *Infra* Cap. I, p.50 ss.

principio- parametro costituzionale, maggiore è lo spazio per l'interpretazione e, quindi, finanche per la integrazione da parte del giudice costituzionale. Tuttavia, al contempo, è dato rimarcare come quell'*eccedenza di contenuto assiologico o valutativo* rappresenta il contenuto altamente caratterizzante proprio dei principi impliciti, di cui il principio di proporzionalità è un degno rappresentante.

Sembrerebbe, dunque, che quella funzione limitatrice, ossia quella *prossimità funzionale* dei principi costituzionali ai valori, e quindi, ai diritti fondamentali sia meglio svolta dai principi impliciti, quale la proporzionalità, che attuano propriamente quella necessaria funzionalizzazione della norma alle esigenze del caso concreto ed, in ultima analisi, alla giustizia.

Come la Corte Costituzionale italiana ha sostenuto nella sent. n. 1130 del 1988, il sindacato di proporzionalità rientra comunque all'interno del giudizio di legittimità costituzionale, svolgendosi alla stregua di un parametro che è sempre dato da una norma costituzionale. Si tratta di un giudizio che esprime l'esigenza di realizzazione di interessi costituzionali che spesso possono apparire in forte contrasto tra loro, frutto di una società complessa e conflittuale; consentendo se non altro che nessun interesse venga sacrificato irragionevolmente, ma solo nella misura in cui sia possibile un'adeguata ponderazione tra gli interessi in gioco. Tali conclusioni, peraltro, appaiono inevitabili se si voglia conservare il carattere democratico e pluralista alla nostra società. Una gerarchia formalizzata dei valori, infatti, determinerebbe inevitabilmente un'autentica tirannia, di quello posto al vertice della scala che prevarrebbe su tutti gli altri, sostanzialmente annullandole la pratica vigenza.

Sotto il profilo della teoria dell'ordinamento, si è infatti ritenuto di aderire alla visione di quanti, seppur con differenze metodologiche, negano che la teoria dei valori abbia l'effetto di sovrapporre alle scale di preferenza insite nelle norme costituzionali e nella specificità dei principi, altre opzioni di valore o gerarchizzazioni forgiate dall'interprete, laddove il criterio ordinatore risiederebbe o nella forma politica dello Stato, o nella volontà originaria del Costituente, o forse in entrambi.

Solo una logica di valori così concepita introduce, sul piano interpretativo, un limite alla manipolazione del parametro costituzionale da parte dell'interprete,

ancorando, da un lato, il suo giudizio al testo, nel significato attribuitogli dalla *communis opinio*, dall'altro agganciandolo, sul piano argomentativo alla relazione *principio-regola-fatto*, ed infine, assumendo la *prevedibilità logica* quale canone di argomentazione.

In altri termini, il percorso testo-interpretazione-“norma reale” rischia di finire nel vicolo cieco della constatazione, fine a se stessa, della distanza tra legalità formale e legalità sostanziale, in cui il giudice assume giocoforza un ruolo di supplenza, ove non si recuperi e si dia attuazione effettiva all'idea che la garanzia della legalità costituisce la risultante di un dato normativo per così dire di partenza, ma di già non neutro né “oggettivo”, e dell'assunzione della regola giudiziaria come componente necessaria del sistema giuridico. A tal proposito, studiando la motivazione delle sentenze costituzionali, è stato messo in rilievo che “accanto ad una *attività interpretativa in senso stretto* (quella cioè che si fonda su una concezione formale di interpretazione) nella giurisprudenza della Corte si affianca una *attività interpretativa in senso lato*, mediante la quale il Giudice costituzionale va al di là dei termini dell'enunciato linguistico che esprime la norma per indicare la funzione che essa svolge nell'ordinamento, per delimitarne la portata, per individuare lo scopo, per sottolinearne gli aspetti conseguenti alla sua applicazione, ecc..⁶¹⁸”. Tali acquisizioni circa il rapporto di interazione tra norma e caso concreto nel procedimento interpretativo, l'apporto creativo che conduce l'interprete a conformare le fattispecie sulla scorta di valutazioni teleologiche non sempre univocamente desumibili dal testo scritto o dalla *ratio legis*, infine il peso delle precomprensioni⁶¹⁹ e opzioni assiologiche, si riversano nella presa di coscienza di una molteplicità di fattori contestuali ed extratestuali che condizionano il momento applicativo e riecheggiano la cultura, i valori e la sensibilità del giudicante, anche in relazione alla capacità di cogliere, nella delicata materia penale, le caratteristiche dei fenomeni criminali sottesi alle diverse fattispecie incriminatrici.

⁶¹⁸ Così C. A. Franchi – L. Gianformaggio – L. Migliorini – G. Tarantini, *Le argomentazioni nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Perugia*, 1975, 98.

⁶¹⁹ Si veda Infra Capitolo I, per tutti J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, cit., *passim*.

Si impone, in un'ottica di ripensamento dell'idea di positività, l'imprescindibilità che al concetto di diritto positivo vada ascritto anche il momento valutativo in quanto ontologicamente connaturato all'attività interpretativo-applicativa.

Purtuttavia, seppur rappresenti dato ontologicamente rilevante dell'interpretazione costituzionale un'inevitabile torsione funzionalistica, per cui l'interprete piega ai propri fini il dato normativo (fini che deve preventivamente individuare nell'assiologia costituzionale), ciò non significa che la decisione giudiziaria non debba essere corroborata dagli strumenti tipici dell'argomentazione giuridica, ovvero con modelli predefiniti di oggettivazione che rendono possibile la giustificazione della decisione stessa con la persuasione dell'opinione pubblica o, per dirla come Perelman, dell'auditorio⁶²⁰.

Il sindacato di ragionevolezza-proporzionalità potrà, dunque, dirsi legittimo *se e solo se* sia fortemente assistito da lucidità e chiarezza delle argomentazioni e da una profonda logicità delle motivazioni

Infatti, e per concludere, una teoria dell'interpretazione che riposi su una teoria costituzionale 'adeguata', deve evitare l'illegittima invasione da parte del giudice costituzionale del terreno riservato al legislatore, in quanto ciò sarebbe contrario non solo all'ordine costituzionale ma anche al valore della certezza giuridica. E quella teoria costituzionale dovrà assicurare, al medesimo tempo, che i valori costituzionali si interpretino d'accordo con categorie giuridiche e non politiche. Qui risiede, in fin dei conti, il mandato assiologico (o deontologico se si vuole), enunciato da Calamandrei nel suo libro: "La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina".

Interpretazione costituzionale della legge, argomentazione e motivazione logica, decisione 'giusta' ma non politica, e quindi, non sostitutiva del legislatore. Queste sono le quattro condizioni per la corretta interpretazione della legge e, quindi, per la corretta interpretazione della Costituzione: in sintesi, un'interpretazione costituzionalmente conforme, per cui la decisione giudiziaria non sia solo 'giusta' ma 'giuridicamente corretta'.

⁶²⁰ Sul punto L.Perelman Olbrechts-Tyteca, *Trattato sull'argomentazione* 1958, trad.it., 1989, 122 ss.

Corrisponde ad un principio di effettività, per così dire, che il giudice costituzionale soppesi le conseguenze politico-costituzionali delle sue decisioni, ma ciò non deve condurlo ad ignorare tutti quegli strumenti che la dottrina mette a disposizione (solo per fare alcuni esempi, ‘la ponderazione imparziale’ di Kriele, il ‘principio di maggior convinzione’ di Dworkin, i criteri di ‘razionalità-ragionevolezza’ di Bice) perché la soluzione giuridica finale appaia prevedibile e certa. In tal senso, si può ragionevolmente affermare che “le conseguenze politiche di una certa soluzione giudiziale non possono essere ignorate in maniera assoluta, ma la ricerca dei canali corretti di queste conseguenze non può trascendere le fonti che lo stesso ordinamento offre positivamente⁶²¹”.

Risulta così calzante l’osservazione di Italia il quale ritiene ammissibile l’elaborazione dei principi costituzionali impliciti sempreché nelle disposizioni normative della Costituzione “esistano degli indizi per poter affermare l’esistenza di quei principi che esprimono la struttura dello Stato e che (...) caratterizzano anche la Costituzione materiale⁶²²”.

In quanto al tipo di ragionamento o argomentazione da impiegare al fine di giungere alla decisione più giusta ed adeguata, nonostante si possa ragionevolmente aderire alle moderne teorie dell’interpretazione come ‘precomprensione’⁶²³, laddove l’elemento valutativo (e pur anche di equità sostanziale) costituisce parametro imprescindibile nel giudizio dell’interprete, altrettanto evidente è il confine tra ragionamento politico e ragionamento giuridico⁶²⁴. Un confine che, laddove la giustificazione della decisione faccia leva su principi generali, può dirsi convincente in due sensi: “in quanto fa tesoro dell’evidente fascino dei principi e in quanto fa leva su altri casi già accennati a sostegno della posizione proposta in particolare⁶²⁵”. Ciò

⁶²¹ Bachof “*Grezen und Moglichkeiten der Richterrechts*”, en *Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes*, tomo X, 1973.

⁶²² V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Giuffrè, Milano, 1970, pag.215.

⁶²³ Si veda Infra Capitolo I, in particolare par. 2.3.

⁶²⁴ R. Alexy, in *Teoria dell’argomentazione giuridica*, 1978, affermerà che è un sofisma considerare che i giudizi di valore conducano inevitabilmente a che nella sentenza vengano espresse inevitabilmente le convinzioni giuridico-morale del giudice. In tal senso Alexy, rigettando la teoria dell’argomentazione dell’etica analitica di Rawls, della filosofia del linguaggio di Wittgenstein, e della verità per consenso di Habermas aderisce alla linea dell’argomentazione giuridico-razionale seguita da Kriele.

⁶²⁵ R. Nozick, *La natura della razionalità*, 1993, tr.it. Milano, 1995, 25.

varrebbe a limitare il giudice nell'influenza dei fattori personali, ove i principi siano imposti dall'esterno; ma vale altresì a fondare strumentalmente, nell'altrui convinzione, la sua decisione personale, ove la scelta dei principi stessi, tramutati in valori, sia posta nella disponibilità del giudice.

Per tutto quanto fin qui precisato, si può concludere sostenendo che l'attività del giudice costituzionale nell'interpretazione del diritto e, in particolare, nell'interpretazione della Costituzione non suppone (e non deve supporre) la negazione del carattere oggettivo del parametro.

Bibliografia

- Abbagnano N., *Storia della filosofia, vol. VI, La filosofia dei secoli XIX e XIX*, ed. Tea, Milano, 1995
- Ago R., *Lezioni di diritto internazionale*, Giuffré, Milano, 1943
- Alexy R., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997
- Alexy R., *Postscript*, in *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002-1
- Alexy R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffré, Milano, 1998
- Alpa G., *I principi generali*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Giuffré, Milano, 2006
- Amirante C., *La Costituzione come 'sistema di valori' e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale federale*, in *Politica del Diritto*, 1981
- Aragón Reyes M., *La eficacia jurídica del principio democrático*, in REDC, n. 24, 1988
- Aragón Reyes M., *Constitution y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1990
- Arce Joaquin y Florez-Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1990
- Arroyo Zapatero L., “*Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, num. 1, 1987
- Atienza M.– Ruiz Manero J., *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 2007
- Avila H., *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011
- Azua Reyes S. T., *Los principios generales del derecho*, Porrúa, México, 2004
- Baccelli L., *I diritti dei popoli*, il Mulino, Bologna, 2009
- Bachof O., *Jueces y Constitución*, Taurus edizione, 1963
- Bachof O., *Grezen und Moglichkeiten der Richterrechts*, in *Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes*, tomo X, 1973
- Balaguer Callejón M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997
- Baldassarre A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991

- Baldassarre A., *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Giuffrè, Milano, 1995
- Baldassarre A., *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del “pensare per valori”)*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale Scieintifica, Napoli, 2011
- Baldassarre A., *L'interpretazione della Costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001
- Barak A., *Constitutional interpretation*, in F. Mélin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005
- Barak A., *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de Droit constitutionnel*, 2006
- Barber S.A.-Fleming J.E., *Constitutional Interpretation*, Oxford University Press, New York, 2007
- Barbera A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997
- Barbera A. –Fusaro C., *Corso di diritto pubblico*, VI ed., il Mulino, Bologna, 2010
- Barile P., *I ‘principi generali’ nel diritto costituzionale*, in *I principi generali del diritto*, Atti dei Convegni Lincei, Roma, 1992
- Barnes P., *Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ambito de los derechos y libertades*, in *Cuadernos de derecho publico*, n.5, 1995
- Barone G., voce *Discrezionalità* (diritto amministrativo), in *Enc. Giur.*, Vol. XI, Treccani, Roma, 1989
- Barroso L. R., *Principios constitucionais brasileiros*, in *Revista trimestral de direito publico*, 1993
- Bartole S., voce *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, XXXV, 1986
- Basile S., ‘*Valori superiori*’, *Principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. Cost.*, 1993
- Bauman R. A., *Human Rights in Ancient Rome*, Routledge, London-New York, 2000

- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene* (1764), in A. Burgio (a cura di) XV ed., Feltrinelli, Milano, 2009
- Behrends O., *Che cos'era il "ius gentium" antico*, in Labruna L. (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, ESI, Napoli, 2006
- Beitz C. R., *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009
- Beladiez Rojo M., *Los principios jurídicos*, Civitas, Madrid, 2010
- Bellavista A., *Sulla interpretazione costituzionale*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, VI, Firenze, 1969
- Benavides Casals M.A., *Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen*, Nomos, Baden-Baden, 2010
- Berdugo/Arroyo/García/Serrano, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Ed. Praxis, Barcelona, 1996
- Berman H. J., *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983
- Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949
- Betti E., *Teoria generale della interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1990
- Bidart Campos G. J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Unam, México, 2003
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992
- Blanco Valdés R., *Il valore della Costituzione*, Cedam, Padova, 1997
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992
- Bobbio N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993
- Bobbio N., voce *Principi generali del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Utet, Torino, 1966
- Böckenförde E. W., *Anmerkungen zum Begriff des Verfassungswandelns*, in P. Badura – R. Scholz (a cura di), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Beck, München, 1993
- Böckenförde E. W., *Die Würde des Menschen war unantastbar*, in *FAZ*, 3.9.2003, 35-37

- Böckenförde E. W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, II ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1981
- Böckenförde E. W., *Stato, costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006
- Böckenförde E. W., *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in R. Dreier (a cura di), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Steiner Verlag, Stuttgart, 1990
- Böckenförde E.W., 'Los metodo de interpretación constitucional. Inventario y crítica', traducción de Ignacio Villaverde Mennéndez, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993
- Böckenförde E.W., *Grundrechte als Grundsatznormen*, in *Der Staat*, 29, 1990
- Bonanate L. – Papini R. (a cura di), *Dialogo interculturale e diritti umani*, il Mulino, Bologna, 2008
- Bonavides P., *Curso de direito constitucional*, XXVI ed., Malheiros, São Paulo, 2011
- Bongiovanni G., *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in *Ars Interpretandi*, 10, 2005
- Borowski M., *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden, 2007
- Borowski M., *La restricción de los derechos fundamentales*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2000
- Borowski M., *The Structure of Formal Principles*, in Idem (a cura di), *On the Nature of Legal Principles*, Nomos, Baden-Baden, 2010
- Borsari R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, Padova, 2007
- Boulanger J., *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé au milieu du XXe siècle, Études offertes à Geroges Ripert*, I, LGDJ, Paris, 1950
- Bretone M., *Storia del diritto romano*, Laterza, Roma-Bari, 2001
- Bricola F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Questione crim.*, 1980
- Buenos Arús F., *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio 1979
- Bussani M., *Il diritto dell'occidente*, Einaudi, Torino, 2010
- Byers M., *Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, in *Nordic Journal of International Law*, 1997

- Calamo Specchia M., *La giustizia costituzionale in Francia*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, Cedam, Padova, 2009
- Calogero G., *La logica del giudice e il suo controllo*, in *Cassazione*, Padova, 1937
- Canaris C.-W., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983
- Canaris C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, (trad. it. *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza*, ESI, Napoli, 2009)
- Capograssi G., *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere Milano*, II, 1959
- Carbonell Mateu, J.C: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2 ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996
- Carbonnier J., *Droit civil. Introduction*, PUF, Paris, 1990
- Cardozo B.N., *The nature of judicial process*, New Haven, 1921
- Carretero A., *Los modos de constitucionalización del derecho y sus consecuencias de los principios generales*, in *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, Secretaría general técnica, centro de publicaciones, 1988
- Carrio G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970
- Cassese A. – Gaeta P., *Le sfide attuali del diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2008
- Cassese A., *Diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2006
- Cassese A., *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari-Roma, 2007
- Cassese A., *Il sogno dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2008
- Cassese A., *Lineamenti di diritto internazionale penale*, il Mulino, Bologna, I 2005, II 2006
- Cassese A., *Voci contro la barbarie. La battaglia per i diritti umani attraverso i suoi protagonisti*, Feltrinelli, Milano, 2008
- Cassese S. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009
- Cerami P. - Corbino A.- Metro A.- Purpura G., *Roma e il diritto*, Jovene, Napoli, 2010

- Cerami P.- Purpura G., *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Giappichelli, Torino, 2007
- Cereti C., *Diritto costituzionale*, Torino, 1971
- Chantebout B., *Droit constitutionnel*, XXVI ed., Dalloz, Paris, 2009
- Chapus R., *De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, Paris, Dalloz, 1966
- Chemmerinsky E., *Interpreting the Constitution*, New York, 1987
- Chessa O., *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, n. 6, 1998
- Chessa O., *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, in M. La Torre - A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002
- Christoffersen Jonas, *Fair balance, proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention of Human Right*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009
- Ciampi A., *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2007
- Cianciardo J., *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003
- Ciciriello M.C., *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999
- Cobo del Rosal, M./Vives Antón, *Derecho penal. Parte General*, 4 edición, 4°ed., Ed. Tyrant Lo Blanch, Valencia, 1996
- Cobo/Vives, *Derecho penal, Parte General*, 4°ed., Valencia, 1996
- Cognetti S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale ed analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011
- Conforti B. – Focarelli C., *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2010
- Conforti B., *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006
- Costanzo P., Mezzetti L., Ruggeri A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2010
- Crifò G., *Libertà e eguaglianza in Roma antica*, Bulzoni, Roma, 1996

- Crifò G., *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell'uomo*, in Girardet K. M. – Nortmann U. (a cura di), *Menschenrechte und europäische Identität. Die antiken Grundlagen*, Steiner, Stuttgart, 2005
- Crisafulli V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffré, Milano, 1952
- Crisafulli V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, anche in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941
- Cryer R., Friman H., Robinson D., Wilmshurst E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007
- Curi F., *L'attività 'paralegislativa' della Corte Costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. Cost.*, 1995
- D'Alessio, Modugno *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur.it.*, IV, 1990
- D'Atena A. – Grossi P. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Giuffré, Milano, 2004
- D'Atena A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997
- De Flammineis S., *Prescrizione e deroga*, in *Giur. Cost.*, 2007
- De Ruggiero, *Istituzioni di diritto privato*, Messina-Milano, 1934
- De Schutter O., *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- De Vergottini G., *Diritto costituzionale*, VII ed., Cedam, Padova, 2010
- De Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010
- Del Vecchio G., *Sui principi generali del diritto*, Giuffré, Milano, 1958
- Denti V., *Valori costituzionali e cultura processuale*, in Pizzorusso, Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985
- Di Carlo L., *Diritti fondamentali tra teoria del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Giuffré, Milano, 2009

Díaz Revorio F. J., *La Constitución abierta y su interpretación*, Palestra, Lima, 2004

Dogliani M., *L'interpretazione della Costituzione*, F. Angeli, Milano, 1982

Donahue J., "Ius" in the Subjective Sense in Roman Law. Reflections on Villey and Tierney, in Maffei D. (a cura di), *A Ennio Cortese*, 1, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2001

Donati M., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910

Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, II ed., 4 voll., Fontemoing, Paris, 1923

Duhamel O., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Le Seuil, Paris, 2009

Dworkin R., *Is Law a System of Rules?*, in S. Summers (a cura di), *Essays in Legal Philosophy*, Blackwell, Oxford, 1968

Dworkin R., *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, 2011

Dworkin R., *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) - London, 2006 (trad. it. *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010)

Dworkin R., *L'impero del diritto*, il Saggiatore, Milano, 1989

Dworkin R., *Questioni di principio*, il Saggiatore, Milano, 1990

Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978 (trad. it. *I diritti presi sul serio*, trad. it., il Mulino, Bologna, 2010)

Dworkin R., *The Model of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 14, 1967

Emiliou, *The principle of proportionality in European law. A comparative study*, London-the Hague- Boston, 1996

Espíndola R. S., *Conceito de princípios constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998

Esser J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1964

Esser J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli, 1983

Ezquiaga Ganuzas F.J., *La funcion de los principios en la sentencias del Tribunal Constitucional*, in *Jornada de estudio sobre el titulo preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, 1984

- Falzea A., *Relazione introduttiva*, in Atti dei Convegni Lincei, *I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992
- Farias D., *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffré, Milano, 1981
- Favoreu L., Gaïa P., Ghevontian R., Mestre J.L., Pfersmann O., Roux A., Scoffoni G., *Droit constitutionnel*, XII ed., Dalloz, Paris, 2009
- Ferrajoli L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010
- Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2008
- Ferrajoli L., *Intorno a Principia iuris. Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, in Di Lucia p. (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Edizioni universitarie di lettere economia diritto, Milano, 2011
- Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma - Bari, 2007
- Ferrari G.F., *Le libertà e i diritti: categorie concettuali strumenti di garanzia*, in Carrozza P. – Di Giovine A. – Ferrari G.F., *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- Fix-Zamudio H., *Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional*, in Ferrer-MacGregor E. (a cura di), *Derecho procesal constitucional*, IV, Porrúa, México, 2004
- Fix-Zamudio H., *Los derechos humanos y su protección internacional*, Grijley, Lima, 2009
- Focarelli C. (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto internazionale*, Morlacchi Editore, Perugia, 2008
- Focarelli C., *Lezioni di Diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2008
- Focarelli C., *Lezioni di storia del diritto internazionale*, Morlacchi Editore, Perugia, 2007
- Fois S., “Ragionevolezza” e “valori”: interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto, in *Il principio di ragionevolezza nella Corte Costituzionale. Riferimenti comparativistici*, Milano, 1994

- Forrest Martin F. – Schnably S. J. – Wilson R. J. – Simon J. S. – Tushnet M. V., *International Human Rights & Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006
- Forsthoﬀ E., *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in Idem, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuﬀrè, Milano, 1973, 29 ss., già in *VVDStRL*, 12, 1954
- Forsthoﬀ E., *Der Staat der Industriegesellschaft*, Beck, München, 1971
- Forsthoﬀ E., *Diskussionsbeitrag*, in *VVDStRL*, 14, 1956
- Forsthoﬀ E., *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1961
- Forsythe D., *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006
- Fronza E., *Il crimine di genocidio*, in G. Carlizzi (a cura di), *La Corte penale internazionale: problemi e prospettive*, Vivarium, Napoli, 2003
- Galante G., *Coartazione della coscienza individuale e sanzione penale*, in GC, 2001
- Galetta D. U., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005
- Galetta D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998
- Gallant K. S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009
- García de Enterría E. - Rodríguez F., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993
- García de Enterría E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981
- García de Enterría E., *Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 10/1984
- García de Enterría E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984
- García Roca J. – Santolaya P. (a cura di), *La Europa de los Derechos*, II ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009

- Gargiulo P. – Vitucci M. C. (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009
- Garrorena A., *Estudios de derecho público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997
- Garvey J. H., Aleinikoff T. A., Farber D. A., *Modern Constitutional Theory: A Reader*, Thomson, 2004
- Gaudemet J., *Le monde antique et les droits de l'homme. Quelques observations*, in Jones H. (a cura di), *Le monde antique et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998
- Gény F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, II ed., L.G.D.J., Paris, 1919
- Gianformaggio L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in E. Diciotti - V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008
- Gil H., *Sistema de valores en la Constitución in La Constitución de la Monarquía parlamentaria*, Edición de A. Lopez Piña, 1983
- Gioia A., *Diritto internazionale*, Giuffré, Milano, 2010
- Gomes Canotilho J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, VII ed., Almedina, Coimbra, 2003
- Gómez Benitez J.M., “*La idea moderna de la proporcionalidad de la penas*”, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, 1990
- Gonzalez Rivas J., *XI Jornadas de estudio de la direccion general del servicio juridico del Estado sobre el tema: “Titulo preliminar de la Constitucion”*, Secretaria general tecnica, Centro de publicaciones, 1988
- Gorla G., *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941
- Guastini R. (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1980
- Guastini R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992
- Guastini R., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011
- Guastini R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffré, Milano, 2010
- Guastini R., *Sui principi del diritto*, in *Diritto e società*, 1986

- Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998
- Guerra Martins A.M., *Direito internacional dos direitos humanos*, Almedina, Coimbra, 2006
- Günther K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1988
- Häberle P., *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2005
- Häberle P., *Metodos y principios de la interpretación constitucional*, in Ferrer MacGregor E. (a cura di), *Derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2003
- Habermas J., *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano, 1996
- Habermas J., *L'inclusione dell'altro*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1998
- Hariou M., *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirei, Paris, 1930
- Hart H., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002
- Hart H., *Responsabilità e pena* (1986), trad.it. M. Jori, Milano, 1981
- Hartmann N., *Ethik*, trad.it, *Etica*, trad.it., *Etica I*, (*Fenomenologia dei costumi*), Napoli, 1969
- Heinold A., *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011
- Henkin L. – Cleveland S. – Helfer L. R. – Neuman G. L. – Orentlicher D. F., *Human Rights*, Foundation Press, New York, 2009
- Henkin L., *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990
- Hesse K., *'Concepto y cualidad de la Constitución'*, Escrito de derecho constitucional, trad. di P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1992
- Holmes O. W., *The Common Law*, Boston, 1881
- Huerta Tolcido S., *El principio de legalidad*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000;
- Hunt L., *Inventing Human Rights. A History*, W.W. Norton & Company, New York-London, 2007
- Husserl E., *Vorlesungen über der Ethik und Wertlehre 1908-1914*, trad.it. a cura di Paolo Basso e Paolo Spinucci, *Lineamenti di etica formale*, Firenze, 2002

- Ishay M. R., *The History of Human Rights*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 2008
- Italia V., *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Giuffrè, Milano, 1970
- Jemolo A.C., *I problemi pratici della libertà*, II ed., Milano, 1972
- Kelsen H., *Principles of International Law*, II ed., Holt, Rinehart and Winston, New York, 1966
- Kelsen H., *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1979
- Kelsen H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL*, 5, 1929
- La Torre A., in *Introduzione al Diritto*, Ariel, 7^a edizione, 1976
- Lambert E., *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1996
- Lanciotti A. – Tanzi A. (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2007
- Larenz K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, 1960
- Larenz K., *Derecho justo. Fundamento de ética jurídica*. Trad.L.Diez-Pizazo, Civitas, 1985
- Larenz K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducido por E. Gimbernat. Edit. Ariel, Barcelona, 1966
- Lascuraín Sánchez J.A., *Sobre la igualdad penal*, in GP, 2011
- Leanza U. – Caracciolo I., *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2008
- Leanza U. – Caracciolo I., *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parti speciali*, Giappichelli, Torino, 2010
- Leguina Villa J., in *Principios generales del derecho y Constitución*, in *Revista de Administración Pública*, Núm. 114. Septiembre-diciembre 1987
- Lenzerini F., *Asilo e diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2009
- Letourner M., *Les “principes généraux du droit” dans la jurisprudence du Conseil d’État*, in *Etudes et Documents du Conseil d’État*, Paris, 1951
- Levinet M., *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Brussels, 2010
- Llewellyn K. N., *The Common Law Tradition*, Toronto, 1960

- Longo A., *I valori costituzionali come categoria dogmatica, Ipotesi e problemi*, Jovene, Napoli, 2007
- Longo A., *Valori, principi e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2002
- Lopera G., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006
- Lopez Medina D. E., *Teoria impura del derecho*, Legis, Bogotà, 2004
- Lucas Verdu P., *Estimativa y politica constitucionales*, Universidad Complutense, Madrid, 1984
- Luchaire F., *Les fondements constitutionnels du droit civil*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982
- Luciani M., *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, 1989
- Luciani M., *Corte Costituzionale e unità nel nome di valori*, in *La giustizia costituzionale ad una svolta*, a cura di Romboli, Giappichelli, 1991
- Luther J., *Voce (Ragionevolezza delle leggi)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Vol. XII, Utet, Torino, 1997
- Luzon Peña D.M., *Curso de derecho penal, Parte general*, I, Ed. Universitas, Madrid, 1996
- MacCormick N., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1994
- Manes V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. It. Dir.proc.pen*, 2007
- Manzini P., *Casi difficili. Libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*, Giappichelli, Torino, 2008
- Marinelli F., *Scienza e storia del diritto civile*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- Márquez Carrasco C., *Logros y desafíos en el 60 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008
- Martines T., *Diritto costituzionale*, XII ed., Giuffré, Milano, 2010
- Marx K., *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico* (1844), Quodlibet, Macerata, 2008

- Mazzarese T. – Parolari P. (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Giappichelli, Torino, 2010
- Mazziotti di Celso M. - Salerno G., *Manuale di diritto costituzionale*, V ed., Cedam, Padova, 2010
- McBride Jeremy, *Proportionality and European Convention of Human Rights*, en Ellis, Evelyn (Editore): *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999;
- Mengoni L., *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985
- Mengoni L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffr , Milano, 1996
- Mengoni, Modugno, Rimoli, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003
- Merola Chierca G., *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Cedam, Padova, 1978
- Merten D., *Über Staatsziele*, in *DöV*, 1993
- Mescheriakoff A.S., *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence r cente*, in *AJDA – Actualit  juridique. Droit administratif*, 1976
- Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957
- Mezzanotte C., *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, 1984, in *Costituzionalisti del XX secolo*, Collana diretta da F. Modugno e M. Ruotolo Editoriale Scientifica, Napoli, 2014
- Mezzetti E., *Diritto penale internazionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2010
- Mezzetti L. – Belletti M. – D'Orlando E. – Ferioli E., *La giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2007
- Mezzetti L. – Morrone A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Giappichelli, Torino, 2011
- Mezzetti L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, tomo I 2009, tomo II 2011
- Mezzetti L., *Human Rights*, Bononia University Press, Bologna, 2010
- Mezzetti L., *Valori, principi, regole* in *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011

- Mir Puig S., *Constitución y principios penales, algunas bases constitucionales*, Tyrant Lo Blanch, Valencia, 2010
- Mir Puig S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcellona, 1976
- Miranda J., *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- Modugno F., *I 'nuovi diritti' nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995
- Modugno F., *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2009
- Modugno F., *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di F. Modugno, A. S. Agrò e A. Cerri, V ed., Giappichelli, Torino, 2008
- Modugno F., *Principi e norme. La funzione imitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in Idem (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2000
- Modugno F., voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIV, 1991
- Moeckli D. – Shah S. – Sivakumaran S., *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010
- Monaco R. – Curti Gialdino C., *Manuale di Diritto internazionale pubblico. Parte generale*, Utet, Torino, 2009
- Montanari L., *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, Torino, 2002
- Morrone A., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)* in *Enc.dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008
- Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed., Cedam, Padova, 1991
- Mortati C., *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pacini-Mariotti, Pisa, 1943
- Musumeci A., *Obiezione di coscienza e giudizio di legittimità nell'ottica dei valori*, in *Giur.cost.*, 1992
- Nania R., *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986

- Nawiasky H., *Allgemeine Rechtslehre. System der rechtlichen Grundbegriffe*, Benziger, Einsiedeln, 1948
- Nicotra I., *Diritto pubblico e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010
- Onida V. – Pedrazza Gorlero M., *Compendio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009
- Onida V., *Principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato – A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, I, il Mulino, Bologna, 1984
- Orakhelashvili A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006
- Ortega y Gasset J., *L'idea di principio in Leibniz e l'evoluzione della teoria deduttiva*, in Idem, *Scienza e filosofia*, Armando Editore, Roma, 1983
- Pace A., *Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori*, in Azzariti G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007
- Pace A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, /a. XXI, n.1, marzo 2001, 39;
- Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*. III ed. aggiornata e modificata, Padova, 2003, 5;
- Pactet P., Mélin-Soucramanien F., *Droit constitutionnel*, XXVIII ed., Sirey, Paris, 2009
- Padovani T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, n.2, 1992
- Pagliaro A., *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. Cost.*, 1995
- Paladin L., *I “principi fondamentali” della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, in Idem, *Saggi di storia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008
- Paladin L., *Ragionevolezza*, *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997
- Palazzo F., *Valori costituzionali e diritto penale (Un contributo comparatistico allo studio del tema)* in Pizzorusso A., Varano V., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, vol. I, Milano, 1958
- Palombella G., *L'autorità dei diritti*, Laterza, Bari-Rome, 2002

- Pani M., *Il costituzionalismo di Roma antica*, Laterza, Roma-Bari, 2010
- Panunzio S. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005
- Parejo Alfonso L., *Constitucion y valores del ordenamiento*, in AA. VV. *Estudios sobre la Constitucion Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, I, Civitas, Madrid, 1991
- Pattaro E., *Alle origini della nozione “ Principi generali del diritto ”*, in M. Basciu (a cura di), *Soggetto e principi generali del diritto*, Giuffrè, Milano, 1987
- Peces Barba Martinez G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984
- Peces-Barba G. (a cura di), *Historia de los derechos fundamentales*, 9 vols., Dykinson, Madrid, 1998-2009
- Peces-Barba Martinez G., *Etica publica y Derecho (discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del académico de número Excmo. Sr. Dr. Peces Barba Martinez y contestación del Excmo. Sr.Dr. Manuel Fraga Iribarne)*, Madrid, Imprenta del BOE, 1993
- Peces-Barba Martinez G., “*Los valores superiores*”, en *Anuario de Filosofia del Derecho*, 1987
- Peces-Barba Martínez G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004
- Peces-Barba Martinez G., *Prólogo* in L. Parejo Alfonso, *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1990,
- Peczenik A., *On Law and Reason*, Springer, 2008
- Peczenik A., *The Search for Legal Theory*, in *Rechtstheorie*, 1971
- Penski U., *Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln*, in *Juristenzeitung*, 1989
- Perassi T., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Cedam, Padova, 1967
- Pérez Luño A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010
- Pérez Luño A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007
- Pérez Luño A. E., *Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 98/1997

- Pérez Luño A. E., *Principi generali del diritto: fortuna attuale di una formula sfortunata*, in F. Modugno (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2000
- Pérez Luño E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1984
- Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, Bologna, 1949
- Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, Zuffi, Bologna, 1949
- Pierandrei F., *L'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965
- Pineschi L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2006
- Pino G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e politica*, 2006
- Pino G., *Diritti e interpretazione*, il Mulino, Bologna, 2010
- Pino G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010
- Piovesan F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, Saraiva, São Paulo, 2008
- Pizzorusso A., *Fonti del diritto*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, II ed., Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2011
- Pizzorusso A., *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *Atti dei Convegni Lincei, I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992
- Pogge T., *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Cambridge, 2008
- Pound R., *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1921
- Pound R., *An introduction to the Philosophy of Law*, 1948
- Prieto Sanchis L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2009
- Prieto Sanchis L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998
- Prieto Sanchis L., *Sobre principios y normas*, CEC, Madrid, 1992
- Puchta G. F., *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1856

- Pugliese G., *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989
- Pugliese G., *I principi generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano*, in *Atti dei Convegni Lincei*, Accademia nazionale dei lincei, Roma, 1992
- Racioppi F. e Brunelli I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909
- Rainer A., Estay I. M. J., Zuniga Urbina F., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro di Studi Costituzionali, n. 10, 2012
- Rawls J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993
- Raz J., *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 81, n. 5, 1972
- Raz J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2009
- Reimer F., *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001
- Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2010
- Renucci J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007
- Repetto G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Jovene, Napoli, 2011
- Rescigno G. U., *Corso di diritto pubblico*, XII ed., Zanichelli, Bologna, 2009
- Riccardi G., *Il pendolarismo della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, in *Critica e Diritto*, n. 1, 2007
- Ridola P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006
- Rigobello A., *Una filosofia come ermeneutica e testimonianza*, in AA.VV., *Lo statuto epistemologico della filosofia*, Brescia, 1989
- Rimoli F., *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999
- Rocha C.L., *Princípios constitucionais da administração pública*, Del Rey, Belo Horizonte, 1994
- Romano S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffré, Milano, 1983
- Romano S., *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffré, Milano, 1947

Ronzitti N., *Introduzione al Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009

Ross W.D., *Aristotele*, trad. it., di A. Spinelli, rivista sulla quinta edizione da C. Martelli, Feltrinelli, Milano, 1982

Roxin C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973

Rozakis C., *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, North-Holland, Amsterdam, 1976

Rubio Llorente F., *La Constitución como fuente del derecho*, in AA. VV., *La Constitución española y las fuentes del derecho*, I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979

Ruggeri A., *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in Idem, *"Itinerari" di una ricerca sulle fonti*, XIV, Studi dell'anno 2010, Giappichelli, Torino, 2011;

Ruggeri A., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici*, in Idem, *"Itinerari" di una ricerca sulle fonti*, XIII, Studi dell'anno 2009, Giappichelli, Torino, 2010;

Ruggeri A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in Idem, *"Itinerari" di una ricerca sulle fonti*, XVI, Studi dell'anno 2010, Giappichelli, Torino, 2011;

Ruggeri A., *Costituzione europea, "deformalizzazione" delle dinamiche della formazione e bilanciamenti di ordine assiologico nella prospettiva della costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in Idem, *"Itinerari" di una ricerca sulle fonti*, XI, Studi dell'anno 2005, Giappichelli, Torino, 2006;

Ruggeri A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in Idem, *"Itinerari" di una ricerca sulle fonti*, XIII, Studi dell'anno 2009, Giappichelli, Torino, 2010;

Ruggeri A., *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Giappichelli, Torino, 2010;

Ruggeri A., *Il "posto" delle norme internazionali e comunitarie in ambito interno, una questione di punti di vista*, in Idem, *"Itinerari" di una ricerca sulle fonti*, XIII, Studi dell'anno 2009, Giappichelli, Torino, 2010;

- Ruggeri A., *La “forza” della Costituzione*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, XII, Studi dell’anno 2008, Giappichelli, Torino, 2009;
- Ruggeri A., *La Corte costituzionale e la «forza» della Costituzione*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, V, Studi dell’anno 1999/2000, Giappichelli, Torino, 2000;
- Ruggeri A., *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, V, Studi dell’anno 1999/2000, Giappichelli, Torino, 2000
- Ruggeri A., *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, V, Studi dell’anno 2001, Giappichelli, Torino, 2002
- Ruggeri A., *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva d’un Europa Unita*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, XVI, Studi dell’anno 2010, Giappichelli, Torino, 2011
- Ruggeri A., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, XIII, Studi dell’anno 2009, Giappichelli, Torino, 2010;
- Ruggeri A., *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani e le prospettive di un diritto europeo »intercostituzionale»*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, V, Studi dell’anno 2001, Giappichelli, Torino, 2002
- Ruggeri A., *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell’integrazione europea*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, VII, 1, Studi dell’anno 2003, Giappichelli, Torino, 2004
- Ruggeri A., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d’Europa*, in Idem, *“Itinerari” di una ricerca sulle fonti*, XIII, Studi dell’anno 2009, Giappichelli, Torino, 2010
- Ruiz Vadillo E., *Principio de igualdad en la Constitución Española*, I, Madrid, 1991
- Sabbioneti M., *Democrazia sociale e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010
- Sacco R., *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947
- Sagüés N. P., *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001

- Saleilles R., *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Congrès International de droit comparé. Procès verbaux et documents*, vol. 1, L.G.D.J., Paris, 1905
- Sanchez Agesta L., *Sistema politico de la Constitución española del 1978*, Madrid, 1984
- Sanchis P., *Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional*, *Revista Poder Judicial*, num. 11, 1984
- Sandulli A., voce *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. V., Giuffrè, Milano, 2006
- Santamaria Ibeas J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, 1997
- Santucci G., *Diritto romano e diritti europei*, il Mulino, Bologna, 2010
- Sassi P., *Una nuova sentenza della Corte costituzionale in tema di obiezione di coscienza al servizio militare. Obiezione c.d. sopravvenuta e motivi religiosi*, in *Giur. Cost.*, 1992
- Scaccia G., *Il principio di proporzionalità*, in *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, a cura di S. Mangiameli, vol. II, Milano, 2006
- Scheler M., *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, Cinisello Balsamo, Milano, 1996
- Schiavone A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005
- Schininà M., *I principi immodificabili dell'ordinamento nel sistema delle fonti di diritto privato*, in Perlingieri P. – M. Sesta (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, ESI, Napoli, 2007
- Schlesinger R. B., *The Nature of General Principles of Law*, in J. Limpens (a cura di), *Rapports généraux au VI Congrès international de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1964
- Schmitt C., *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008
- Schwarze J., *The principle of proportionality and the principle of impartiality in the european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003

- Sciarabba V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008
- Searle J., *Prima Facie Obligations*, in *Practical Reasoning*, 1978
- Serrano Gomez A., *Irrectroatividad de la disposiciones sancionadoras no favorables in Buletin Información Min. Justicia*, 1979, n.1187
- Sgubbi F., *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (articoli 8 e 19 Cost.)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli,
- Shelton D., *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- Sieckmann J. R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden, 1990
- Sieckmann J. R., *Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*, in H. J. Koch- U. Neumann (a cura di), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*, Stuttgart, 1994
- Silvestri G., *Dal potere ai principi – Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- Simonetti M., *Introduzione a Origene, I principi*, Utet, Torino, 2010
- Sinagra A. – Bargiacchi P., *Lezioni di Diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009
- Smend R., *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Festgabe für Otto Mayer*, 1916
- Smend R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1928
- Sommermann K. P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr, Tübingen, 1997
- Sorrentino F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società*, 1987
- Spadaro A., *Contributo per una teoria della Costituzione, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994
- Sperduti G., *L'individuo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1950

- Staiano S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006
- Stanzione P. – Troisi B., *Principi generali del diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2011
- Stolfi E., *I “diritti” a Roma*, in *Filosofia politica*, 2005
- Stortoni L., *Profili costituzionali della non punibilità*, RIDPP, 1984
- Sudre F. – Tinière R. (a cura di), *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Brussels, 2007
- Sudre F., *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, Paris, 2008
- Sunstein C.R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford, 1996
- Sunstein C.R., *The Partial Constitution*, Cambridge (Mass.), London, 1993
- Tafaro S., *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d’uomo*, ESI, Napoli, 2009
- Talamanca M., *L’antichità e i “diritti dell’uomo”*, in AA. VV., *Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Accademia dei Lincei, Roma, 2001
- Talbott W. J., *Human Rights and Human Well-Being*, Oxford University Press, Oxford, 2010
- Talbott W. J., *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford University Press, Oxford, 2005
- Tanzi A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2010
- Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna*, il Mulino, Bologna, 1976
- Tierney B., *The Idea of Natural Rights*, Scholars Press for Emory University, Atlanta, 1997
- Torres del Moral A., in *Principios de Derecho Constitucional español*, vol. I, Atomo edizione, Madrid, 2 ed., 1988
- Torres del Moral A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, I, Madrid, 2010
- Tozzi A., *I principi generali del diritto e il positivismo giuridico* in *Riv. Internaz. Filos. Dir.*, XXXIV, 1957
- Triepel H., *Staatsrecht und Politik*, Berlin-Leipzig, 1927

- Troper M., *L'interprétation constitutionnelle*, in F. Mélin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005
- Valditara G., *Lo stato nell'antica Roma*, Rubbettino, Catanzaro, 2008
- Vallejo J., *Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional*, Revista General de Derecho, num. 507, 1986
- Vecchi M., *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria della pena*, Riv.it.dir. proc.pen., 1996
- Vedel G., *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952
- Vespaziani A. (a cura di), *Diritti fondamentali europei*, Giappichelli, Turin, 2009
- Viehweg T., *Topik und Jurisprudenz*, Beck, München, 1953
- Vignudelli A., *Interpretazione e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2011
- Villán Durán C., *Curso de derecho internacional de derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002
- Villey M., *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Paris, 2009
- Villey M., *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 2009
- Vincenti U., *Categorie del diritto romano*, II ed., Jovene, Napoli, 2008
- Vincenti U., *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari-Roma, 2009
- Weber M., *Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, trad.it. *Il senso della 'avalutatività' delle scienze sociologiche ed economiche*, Torino, 2001
- Weber M., *L' 'oggettività' conoscitiva' della scienza sociale e della politica sociale in Saggi sul metodo delle scienze sociali*, Torino, 2001
- Wroblewski J., *Constitución y Teoria General de la Interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985
- Wroblewski J., *Sentido y hecho en el derecho*, Servicio Editorial Universidad del Pais Vasco, San Sebastian, 1989
- Zagrebelsky G., *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione in Giurisprudenza costituzionale*, 1970
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992
- Zagrebelsky G., *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino, 2009

- Zagrebelsky G., *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008
- Zagrebelsky G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005
- Zagrebelsky G., *La Giustizia costituzionale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1988,
- Ziccardi Capaldo G., *Diritto globale*, Giuffr , Milano, 2010
- Ziccardi P., *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Giuffr , Milano, 1943