

# Convegno CUIA *‘Principi generali del diritto: un ponte giuridico tra Italia e Argentina’*

Brescia, 9 e 10 maggio 2013

## I principi costituzionali: uso e applicazioni

Roberto Bin

### 1. *Il problema della «giuridicità» della costituzione.*

In tutte le biblioteche universitarie del mondo, interi scaffali sono dedicati ai principi costituzionali, alla loro natura, alla distinzione tra principi e regole, al loro preteso contenuto etico, al bilanciamento tra principi. Non pretendo certo di riassumere in poche righe questo complesso dibattito. Mi limiterò a mettere in luce alcuni aspetti operazionali, per chiarire come i principi costituzionali funzionino in concreto nel lavoro dei giuristi. E per farlo dovrò affrontare tre nodi problematici.

Il primo nodo non riguarda direttamente i principi costituzionali, ma un problema che viene prima e riguarda la costituzione stessa e la sua funzione normativa. La costituzione fa parte dell'ordinamento giuridico?

Sembra una domanda oziosa, la cui risposta è scontata, ma non è così. È stato un problema storico che si è posto drammaticamente agli inizi dell'esperienza costituzionale di paesi diversi, quali per esempio gli Stati Uniti d'America e l'Italia. È il problema a cui ha dato risposta la fondamentale sentenza *Marbury vs. Madison* (1803) della Corte suprema americana, stabilendo una volta per tutte che (a) la costituzione è pienamente legge, parte integrante delle fonti del diritto, e (b) che il particolare procedimento, irripetibile, che la ha originata non può che collocarla in una posizione gerarchicamente superiore alle altre leggi, con tutte le conseguenze che ne derivano in merito all'invalidità delle fonti che con essa si trovino in contrasto.

Non meno drammatico è stato il problema che si è posto all'indomani dell'entrata in vigore della costituzione italiana del 1948. Non si è trattato soltanto di un problema teorico, legato alla distinzione tra «norme programmatiche» e «norme precettive»: problema risolto subito – sul piano, appunto, teorico – dai fondamentali scritti di Vezio Crisafulli<sup>1</sup>. Il problema ebbe soprattutto uno sconcertante sviluppo politico-istituzionale. Forse neppure i costituenti erano del tutto persuasi che la nuova costituzione potesse essere qualcosa di ben diverso dallo Statuto Albertino di cent'anni prima ed operare perciò come una «vera» fonte del diritto<sup>2</sup>. Nelle prime cause discusse davanti alla Corte costituzionale, il Governo – il Governo repubblicano che avrebbe dovuto attuare la costituzione – assunse la difesa della legislazione repressiva fascista contro le norme costituzionali che garantivano le libertà, sostenendo che quest'ultime hanno per lo più carattere meramente programmatico, quindi non comportano difetto di legittimità di nessuna delle leggi vigenti anteriori alla costituzione. Questa tesi venne scartata con nettezza dalla Corte costituzionale nella sua prima

---

<sup>1</sup> Scritti raccolti in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

<sup>2</sup> Così almeno secondo C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 149 ss.

sentenza<sup>3</sup> e fu anche smentita dalla giurisprudenza ordinaria, che procedette a applicare direttamente le disposizioni della costituzione anche quando sarebbe stato facile ascriverle alle norme «programmatiche»<sup>4</sup>.

La giuridicità della costituzione è dunque solo un problema storico, privo ormai di rilevanza? Direi di no: anzi, è un problema ridivenuto d'attualità per opera di alcune correnti teoriche che si stanno affermando specialmente nella letteratura angloamericana. Mi riferisco alle molte posizioni critiche che sono emerse soprattutto a partire dalla commemorazione del secondo centenario di *Marbury vs. Madison*. La contestazione nei confronti della giurisprudenza «libera» della Corte suprema ha portato settori sempre più ampi della dottrina a dubitare che sia opportuno erigere un giudice a custode dei diritti individuali piuttosto che affidarsi al legislatore democraticamente eletto. Almeno in un sistema democratico ben funzionante, i diritti si possono tutelare meglio attraverso il circuito politico-rappresentativo, piuttosto che affidandoli ai giudici, che non hanno neppure le conoscenze necessarie a valutare quali siano l'estensione e i limiti dei diritti: la responsabilità della «manutenzione» dei diritti dovrebbe essere affidata ai rappresentanti del popolo piuttosto che alle corti<sup>5</sup>. Il *political constitutionalism*<sup>6</sup> giunge sino al punto di contestare l'opportunità di inserire in costituzione il *bill of rights*, proprio perché la scrittura dei diritti in un testo normativo sovrapposto alla legge ordinaria trasferisce ai tribunali il compito di controllare la legittimità delle leggi che incidono sui diritti stessi.

L'origine di questo problema e la causa di queste teorie risiede nell'uso che dei principi costituzionali è stato fatto dalle corti costituzionali. Dell'applicazione dei principi conviene dunque occuparsi.

## 2. L'uso dei principi costituzionali e la natura «entropica» dell'interpretazione giuridica.

Benché qualcuno vorrebbe tornare indietro, dunque, si può dire però che in tutti i sistemi giuridici moderni – almeno in quelli a cui generalmente si fa riferimento – abbia per il momento prevalso l'idea che la costituzione e i suoi principi costituiscano un materiale rilevante per il lavoro dei soggetti dell'applicazione del diritto. Il secondo nodo, dunque, riguarda il modo in cui i principi costituzionali possono entrare in gioco nella funzione del giudice.

Le vie sono apparentemente molto diverse. Ci sono casi in cui i principi costituzionali trovano applicazione diretta nei giudizi, ossia da essi si ricava immediatamente – quindi senza l'*interpositio* di una legge ordinaria – la regola del giudizio. La giurisprudenza della Corte di giustizia

---

<sup>3</sup> Sent. 1/1956.

<sup>4</sup> La casistica è riportata dalla *Rassegna di giurisprudenza sulla Costituzione e sugli Statuti regionali*, in *Giur.cost.* 1956, 272 ss.: per un suo riesame critico, cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 50 ss.

<sup>5</sup> Per queste tesi si vedano in particolare L. D. KRAMER, *The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2004; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999; ID., *Abolishing Judicial Review*, in *27 Const. Comment.*, 2010, 581 ss.; ID., *Weak Court, Strong Rights - Judicial Review and Social Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton-Oxford, 2008; A. VERMEULE, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Mass.-London, 2006; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999; ID., *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 *Yale L.J.*, 2006, 1346.

<sup>6</sup> Cfr. R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, Cambridge, 2007. Un quadro critico del costituzionalismo politico (e della sua variante «popolare») è ben tratteggiato da M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quad. cost.*, 2010, 733 ss.; *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, 336 ss.; *Two internal critiques of political constitutionalism*, in *Int J. Constitutional Law* 10, 2012, 926 ss.

dell'Unione europea ci offre un contributo assai utile a delineare le condizioni per cui una disposizione, pur non diretta ad avere applicazione immediata, possa tuttavia produrre una norma con «effetto diretto» applicabile in un giudizio. Che si tratti di disposizioni contenute in una direttiva – di per sé rivolta esclusivamente agli Stati membri, obbligandoli ad apprestare gli strumenti per raggiungere i risultati indicati – oppure nel Trattato istitutivo – che, come tutti i trattati internazionali, in linea di principio non si rivolge agli individui – la Corte elenca dei requisiti che possiamo assumere come validi in via generale per l'applicazione diretta anche delle norme costituzionali. La norma deve essere «chiara, precisa e incondizionata» – afferma la Corte – laddove i primi due aggettivi dicono assai poco ad un giurista un po' smaliziato, e il terzo riassume in sé tutta l'essenza del problema. Significa semplicemente che dalla disposizione l'interprete può ricavare una norma che, per essere applicata dal giudice, non richiede un'attuazione legislativa o amministrativa (in violazione della separazione dei poteri), ma è in sé completa, può funzionare da «regola del caso».

Il modello più comune di una norma di tal genere è il divieto. In alcuni casi è la costituzione stessa a fraseggiare la disposizione in termini tali da esprimere un divieto («Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», dispone l'art. 25.2; «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», è quanto prescrive l'art. 32.2). Ma non è detto affatto che il testo condizioni l'interprete impedendogli di volgere in divieto la norma che da esso si ricava. La Corte di giustizia dell'Unione europea ci ha fornito numerosissimi esempi di traduzione in divieto «incondizionato» di disposizioni di principio fraseggiate in tutt'altro modo. I principi del Trattato che annunciano le «quattro libertà» (libera circolazione delle merci, dei capitali ecc.) sono stati volti in altrettanti divieti («è vietato allo Stato membro porre qualsiasi ostacolo alla libera circolazione ecc.»). Non diversamente si è comportata la Corte costituzionale italiana, alla pari di tutte le altre. Un esempio storico (perché risale ai primi anni di applicazione della costituzione del 1948) riguarda l'art. 36 Cost. Il principio (scritto in termini palesemente «programmatici») per cui «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa», in mancanza di contratti collettivi con validità *erga omnes*, è stato tradotto in un divieto, rivolto ai datori di lavoro, di corrispondere salari inferiori ai minimi fissati nei contratti, anche laddove i contratti non fossero applicabili: e come divieto «secco» è stato applicato<sup>7</sup>. E analogamente è stato trattato l'art. 32.1 Cost., anch'esso palesemente fraseggiato in termini programmatici («La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti»): eppure la Corte su di esso ha basato il riconoscimento di specifici diritti di prestazione, vietando al legislatore di negare l'assistenza sanitaria gratuita a chi versava in pericolo di vita, quale ne fosse il costo.

A parte la derivazione di norme *self-executing* da disposizioni costituzionali di principio, queste esercitano un'ulteriore relevantissima funzione nell'applicazione del diritto, quella che Crisafulli chiamava l'«efficacia interpretativa» dei principi costituzionali. Qui la «norma del caso» non è fatta derivare direttamente da una disposizione costituzionale, ma attraverso un'interpretazione della legge ordinaria «orientata», ossia conforme al principio costituzionale. Anche qui siamo di fronte ad un fenomeno ben noto alla giurisprudenza di tutti i sistemi giuridici. Si chiami *verfassungskonforme Auslegung*, *interpretation in accordance with the constitution*, o «interpretazione conforme a costituzione», il fenomeno è esattamente lo stesso. Volendo dargli uno statuto formale, potremmo dire che è semplicemente la combinazione del criterio dell'interpretazione sistematica unito al

---

<sup>7</sup> Controlla Bartole

criterio gerarchico, che fa prevalere la norma prodotta dall'atto sovraordinato nella selezione dei possibili significati legittimamente derivabili dalla disposizione inferiore.

Descritta in questi termini l'interpretazione conforme assume un volto rassicurante. Ma questa immagine non corrisponde affatto alla realtà. La realtà è che l'interpretazione è un processo entropico, che si svolge nella mente dell'interprete, e di cui solo allusivamente e in modo del tutto incompleto possiamo descrivere l'*input* e relazionarlo all'*output*. L'entropia è un fenomeno fisico legato all'informazione, nel senso che ciò che si produce è una riduzione dell'ordine iniziale del sistema, perché – per dirla in termini volgari – mescolandosi, gli elementi perdono le loro caratteristiche iniziali; perciò l'entropia è espressione di disordine e casualità. Le informazioni originali (l'*input*) e il loro ordine (per es., la gerarchia) sono perse per sempre: il processo non può essere invertito, per cui l'*output* (la motivazione della sentenza) non corrisponde affatto alle premesse e non descrive l'interezza delle operazioni effettuate<sup>8</sup>.

In che cosa l'interpretazione giuridica ricorda l'entropia? Nel suo corso, molti sono i dati che vengono importati nella nostra mente, provenienti dalle fonti più diverse: mescolandosi, le informazioni originali tendono a svanire e concorrono in un processo giusgenetico difficilmente ricostruibile<sup>9</sup>. Interpretare crea disordine.

Interpretare un testo “in conformità” con altre fonti è una pratica normale e consigliata, però il prodotto di questa procedura è una norma che non può più essere ascritta a un testo preciso. C'è un evidente scivolamento dal significato “letterale” del testo interpretato a un significato diverso, “artificiale”. La motivazione della decisione probabilmente giustificherà la strategia interpretativa seguita, impiegando magari qualche *ficlio* come può essere l'ipotesi del “legislatore coerente e razionale”, che sicuramente non intendeva disporre in contrasto con una norma superiore e tantomeno sovvertire la gerarchia delle fonti (questo tipo di argomenti è molto diffuso per esempio nella dottrina angloamericana, saldamente assestata sull'atteggiamento di *deference* nei confronti del legislatore). L'entropia ha però avviato la sua opera, iniziando a offuscare le informazioni relative alla fonte da cui la norma è tratta.

La sua manifestazione più evidente la troviamo nei casi, estremamente più diffusi di quanto normalmente lo avvertiamo, in cui una norma superiore (costituzionale, per esempio) è interpretata “alla luce” della legislazione sottordinata<sup>10</sup>. Il significato di alcuni termini cruciali usualmente impiegati in un testo costituzionale – come ‘famiglia’, ‘contratto’, ‘proprietà’, ‘domicilio’, ‘stampa’, ecc. – non può essere illustrato con l'impiego soltanto del linguaggio ordinario, ma dipende da come l'ordinamento giuridico dà forma e senso ai relativi concetti. Può essere che il trasferimento

---

<sup>8</sup> Ho cercato di descrivere il fenomeno in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013, di cui è disponibile in rete una versione in inglese: *Order and disorder - Legal adjudication and quantum epistemology*, Straus Working Paper 01/12 ([www.nyustraus.org/pubs/1112/documents/WP2Bin.pdf](http://www.nyustraus.org/pubs/1112/documents/WP2Bin.pdf)).

<sup>9</sup> Come nota Cover, «i precetti devono ‘avere significato’, ma essi necessariamente lo prendono a prestito dai materiali creati dall'attività sociale che non è soggetta alle limitazioni della provenienza tipiche di ciò che definiamo ‘produzione formale del diritto’. Persino quando le istituzioni cercano di creare significato per le norme da loro approvate, esse agiscono, in tal senso, secondo una forma non privilegiata» (R.M. COVER, *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev* 4 ss.: il saggio è tradotto da M. Goldoni in R.M. COVER, *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008: la citazione è a pag. p. 35).

<sup>10</sup> Cfr. W. LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964; O. MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?*, Berlin, 1971. Nel contesto italiano, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1970, 904, 913 – 915 915 e, in termini generali, A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Torino, 2009, 388 ss., 399 s.

di significato dalla legislazione precedente alla nuova costituzione porti alla «pietrificazione» del significato originale, o all'opposto può prevalere l'opinione favorevole a un'interpretazione evolutiva che adegui costantemente il significato dei termini ai mutamenti sociali o tecnologici e alla legislazione che li accompagna. La riforma del diritto di famiglia del 1975, per esempio, ha profondamente modificato l'interpretazione che la Corte costituzionale italiana aveva dato dell'istituto familiare, dei rapporti tra coniugi, dello *status* dei figli. Comunque l'entropia sfuoca l'informazione sulle fonti e oscura l'originaria gerarchia tra di esse. E per questa via anche i principi costituzionali assumono contenuti sempre nuovi e incontrano occasioni nuove in cui essere applicati.

### 3. Le «porte entropiche» e il bilanciamento dei principi

Nell'ordinamento giuridico ci sono (sempre state) «porte entropiche» attraversando le quali il sistema legislativo invita esplicitamente a importare dal suo esterno contenuti indispensabili all'applicazione della legge – la porta «cieca, che reca / dove si è già», direbbe Giorgio Caproni<sup>11</sup>. Si pensi alle «clausole generali», ai «concetti indeterminati» o ai «*wertaussfüllungsbedürftigen Begriffe*», tipologie complesse su cui tanto ha riflettuto la dottrina giuridica. Clausole come il «danno ingiusto» dell'art. 2043 cod.civ. o la «buona fede» dell'art. 1147 cod. civ. (e di molte altre sue disposizioni) mostrano che il problema è ben più radicato nella storia legislativa di quanto lo siano le stesse clausole costituzionali, come il «buon costume» (espressione che la costituzione italiana trae dalla legislazione penale precedente) o l'«utilità sociale».

Non so quanto sia utile cercare una linea di distinzione tra queste clausole e i principi costituzionali<sup>12</sup>. Che l'analisi del linguaggio impiegato dal legislatore (costituzionale o ordinario che sia) possa davvero influenzare, non già la *n o r m a* prodotta dall'interpretazione – com'è ovvio che sia – ma le *m o d a l i t à* con cui l'interprete la ricava, vorrebbe dire che la metafora dell'entropia non regge affatto. Il linguaggio della *d i s p o s i z i o n e* determinerebbe davvero un ordine da cui il processo interpretativo non può derogare, ma invece dovrebbero rispecchiare nel suo *output*.

Non mi sembra però che sia così che si svolga l'operazione di interpretare e applicare i principi costituzionali. La teoria degli effetti diretti sviluppata dalla Corte di giustizia ci traccia un modello di applicazione diretta dei principi che può funzionare benissimo anche per rappresentare il modo in cui i principi costituzionali vengono elaborati e applicati sia nel contesto di quella che in precedenza ho indicato come «applicazione diretta» che attraverso il meccanismo indiretto dell'«interpretazione conforme». Ma, per cogliere l'essenza del problema, dobbiamo rovesciare il prisma attraverso di cui lo osserviamo, distogliere lo sguardo dal principio costituzionale e dal testo che lo «esprime» e assumere la prospettiva del «caso» e dell'obbligo costituzionale di affrontarlo, obbligo che grava sul giudice.

Il divieto di pronunciare il *non liquet* è un principio riconosciuto universalmente sia dalla dottrina che dalla prassi giudiziaria<sup>13</sup>. Denegare giustizia non rientra nei poteri del giudice, così come non gli è consentito abusare delle proprie attribuzioni: in entrambe le ipotesi perpetrerebbe un

<sup>11</sup> G. Caproni, *La porta*, in *Poesie* (1932-1986), Milano 1989, 631.

<sup>12</sup> Per un tentativo recente in questo senso, cfr. F. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, spec. 239 ss.

<sup>13</sup> H. LAUTERPACHT, *Some Observations on the Prohibition of Non Liquet and the Completeness of the Legal Order*, in *Symbolae Verzij*, présentées au professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXX-ième anniversaire, La Haye 1958, 198. Per un esame delle radici storiche e per un'analisi comparativa del divieto di *non liquet*, cfr. A. M. RABELLO, *Non Liquet: From Modern Law to Roman Law*, in *9 Isr. L. Rev.* 63 (1974).

«tradimento della costituzione»<sup>14</sup>. Nei sistemi giuridici moderni, i giudici hanno «la prerogativa assai onorevole, ma altrettanto scomoda» di dovere rispondere con un “sì” o con un “no” a ogni questione loro sottoposta: «al giudice non è concesso alcun "ignoramus" o "ignorabimus"»<sup>15</sup>. In fondo, ogni diniego di giustizia da parte di un giudice è pur sempre l'asserzione del potere di decidere se c'è giurisdizione e di dettare perciò una norma. Anche così il giudice può adempiere al dovere di dare una risposta<sup>16</sup>.

Il divieto di denegare giustizia posto dall'art. 4 del *Code civil*, così come la regola di interpretazione sulla base dei «principi generali dell'ordinamento giuridico» posta dall'art. 12 delle c.d. *Preleggi*, hanno esattamente questa funzione, di impedire al giudice di sottrarsi all'obbligo di rispondere alla domanda che introduce il giudizio. Mancando, come tante volte capita, il *casus legis*, le leggi vanno «integrate» con un'interpretazione diretta a colmare la mancanza di una regola espressa e a renderle per tal via conformi ai principi costituzionali. I casi della vita sono infiniti, e non tutti ricadono nell'«ortodossia», in quell'*id quod plerumque accidit* che è l'immagine della realtà che il legislatore cerca di riprodurre nella fattispecie legislativa. **G e n e r a l m e n t e** le madri allattano il bebè e **n o r m a l m e n t e** la gente muore senza che nessuno sia legittimato a decidere quando e come: ma poi capitano i «paradossi» - il figlio adottivo lo può allattare altrettanto bene anche il padre, ed Eluana Englaro aveva bisogno che qualcuno decidesse per lei di «staccare la spina» dopo 17 anni di stato vegetativo. E allora si mette in moto un meccanismo che meriterebbe di essere studiato non soltanto da noi costituzionalisti, che sulle «sentenze additive» abbiamo scritto migliaia di pagine. Chi si vede escluso dal *casus legis* - il padre del figlio adottivo o il padre di Eluana - chiede al giudice che il suo «paradosso» venga incluso nella regola, perché altrimenti verrebbe leso un diritto costituzionale (il diritto all'eguaglianza, in un caso, una serie di diritti, tra cui quello all'autodeterminazione, nell'altro); il giudice, che non può pronunciare il *non liquet*, può cercare di interpretare la legge ordinaria in senso conforme a costituzione oppure eccepirne la incostituzionalità davanti alla Corte. Le due strade hanno lo stesso obiettivo, e si svolgono con modalità che sono diverse sul piano processuale, ma identiche su quello del procedimento interpretativo. Si tratta comunque di incorporare l'eccezione nella regola, il lemma nel teorema<sup>17</sup>, il caso nel principio. La scelta dipende - questa sì - dalla scrittura del testo legislativo, dalla disposizione: la quale pone un limite che l'interprete non può superare. Se l'interpretazione conforme non può giungere, nel rispetto della lettera della legge, a incorporare l'eccezione, bisogna che la domanda della parte che adisce il giudice sia convertita in una «questione» di legittimità costituzionale che il giudice solleva alla Corte costituzionale, indicando - in questo la Corte è tassativa - il «verso» dell'«addizione» richiesta, ossia la norma che si vuole addizionata alla disposizione. Nei termini di questa «domanda», la Corte potrà pronunciare l'annullamento della **d i s p o s i z i o n e** «nella parte in cui» impedisce di ricavarne la **n o r m a** che si suppone conforme a costituzione.

Il panorama che si apre osservando come si applicano i principi costituzionali dal punto prospettico del «caso» lascia capire che cosa intendeva Julius Stone definendo i principi «*fact-value complex*»<sup>18</sup>. Come spiega Sergio Bartole, questa espressione pone in risalto il fatto che «ogni principio prende corpo e significato non nei termini di una sua astratta enunciazione, ma in rapporto a situazioni concrete di fatto, rispetto alle quali è in grado di dispiegare la sua giuridica creatività,

<sup>14</sup> Così la Corte Suprema degli Stati Uniti in *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821).

<sup>15</sup> O. von BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, tr. it. di A. Sandri e F. Cortese, Seregnò, 2012, 17.

<sup>16</sup> In ciò si rivela l'«ironia della giurisdizione», secondo R. M. COVER, *op.cit.*, 8 (nella tr. it. il riferimento è a pag. 22).

<sup>17</sup> Cfr. L.H. TRIBE - M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, tr. it. di D. Donati, Bologna, 2005, 150.

<sup>18</sup> J. STONE, *From Principles to Principles*, in *Law Quart. Rev.* 1981, 224 ss., 232.

aggiungendo ulteriori specificazioni ovvero derogando alla normativa di dettaglio in vigore»<sup>19</sup>. È proprio questo il punto. Il principio non è una proposizione giuridica che unisce, secondo il modello kelseniano della regola giuridica, una fattispecie ad una conseguenza giuridica: il principio enuncia in termini assoluti la tutela di un determinato bene (la libertà personale o la buona fede), il *favor* per un determinato interesse; perciò è la coniugazione del principio con il caso concreto che genera norme giuridiche applicabili in quanto tali, ossia le rende, per il giudice, *self-executing* («non-condizionate» da un'attività attuativa del legislatore ordinario)<sup>20</sup>.

Vi è un altro aspetto, connesso alla struttura dei principi costituzionali, che favorisce l'entropia. Proprio perché sono espressi in termini assoluti e non riferiti ad una fattispecie, i principi non sono mai conflittuali tra loro in astratto, ma solo nella concreta applicazione al caso. Per intenderci, madre e figlio in genere non hanno interessi confliggenti, ma possono entrare in un gravissimo conflitto nel caso dell'aborto o nel caso di rifiuto di indagini pre-natali. Questa è un'altra «porta entropica» che si apre, quella del bilanciamento degli interessi (o dei diritti, dei principi ecc.). L'entropia che si genera impedisce di mantenere le informazioni relative, per esempio, all'ordine gerarchico dei diritti. Ci aveva provato il *Bundesverfassungsgericht* in una sua storica sentenza in tema di libertà d'espressione<sup>21</sup>, in cui, *more teutonico*, si era ipotizzata una gerarchia tra principi costituzionali («*Wertrangordnung*»): ma quella gerarchia non ha mai impedito di trattare i principi costituzionali con l'unica tecnica possibile, quella del bilanciamento.

Il bilanciamento si svolge in concreto perché può operare esclusivamente in relazione al singolo caso. Sono le condizioni di tempo, luogo e modalità (*time, place and manner*) che consentono di stabilire se e in che misura un interesse può prevalere su un altro. Su tutto ciò si è scritto molto, a partire dalle fondamentali opere di Robert Alexy<sup>22</sup>. Ma quello che qui merita sottolineare è che non sempre risulta chiaro che cosa si bilancia. Si parla di interessi, di diritti, di principi, talvolta anche di valori: nulla di strano, perché i diritti sono pretese di tutelare interessi attraverso norme spesso fraseggiate come principi, e questi, come ogni norma di diritto, presumono una qualche opzione assiologica. Ma quello che è significativo, perché ben rappresenta il processo entropico, è che nel procedimento di bilanciamento possono intervenire «oggetti» diversi: possono essere principi espressi in costituzione o diritti che trovano in essa uno specifico riconoscimento, oppure possono essere ricavati, senza una base testuale specifica, in via di interpretazione (come, per esempio, il diritto alla *privacy* o quello all'identità sessuale); e possono talvolta essere interessi che nulla hanno a che fare con i diritti (per esempio l'interesse all'equilibrio finanziario, posto a bilanciare tutti i diritti di prestazione) e, talvolta, neppure sono ascrivibili con qualche sforzo ad una disposizione costituzionale o a qualche principio/diritto da essa ricavabile. Può capitare persino che il più banale degli interessi si confronti con il più importante dei diritti: il diritto alla difesa, per esempio, è stato affermato dalla Corte costituzionale come uno dei principi supremi, ma le ferie giudiziarie possono in qualche modo comprimere il diritto alla difesa anche se non c'è un interesse costituzionale che tuteli l'abbronzatura di magistrati e avvocati. Però la compressione è minima – ha detto la Corte costituzionale – e sono previste soluzioni che rendono comunque azionabile il diritto alla difesa: «il legislatore ha inteso venire incontro alle apprezzabili esigenze di detti professionisti non in modo

---

<sup>19</sup> S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.* XXXV, Milano, 1986, 494 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2013, 85.

<sup>20</sup> Ho sviluppato questi temi in *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 9 ss. e, già prima, in *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 179 ss.

<sup>21</sup> *Lüth Urteil*, BVerfGE 7 (1958), 198 ss. (49). In una sentenza ancora precedente (*SRP Verbot Urteil*, BVerfGE 2 (1952), 1 ss. (37), la Corte aveva parlato già di un *wertgebundene Ordnung*.

<sup>22</sup> In particolare *Theorie der Grundrechte*, ora in tr. it. di L. Di Carlo, Bologna, 2012. Per la letteratura italiana, mia sia consentito rinviare al mio *Diritti e argomenti*, cit.

totalitario e incondizionato, ma tenendo invece conto... di non sacrificare a tali fini anche quelle situazioni, che avrebbero più gravemente inciso nella sfera dei diritti delle parti»<sup>23</sup>. Benché anche la Corte italiana si lasci andare a parlare dell'esigenza di non ledere «interessi "preminenti", nei limiti, cioè, della gerarchia dei beni e valori giuridicamente tutelati», tuttavia non esita a bilanciarli con la ben più prosaica «necessità d'assicurare un periodo di riposo a favore degli avvocati e procuratori legali»<sup>24</sup> - necessità del cui statuto assiologico ben si potrebbe discutere.

#### 4. *Principi costituzionali: quel che conta sono le norme processuali?*

Se li guardiamo dall'alto, i principi costituzionali si propongono come affermazioni astratte e assolute di un diritto, di un interesse generale della collettività, di un criterio di organizzazione o di svolgimento di una funzione pubblica. Sono assoluti anche perché non si pongono in concorrenza diretta tra loro: anche se, a ben guardare, qualche ipotesi di conflitto la costituzione la prevede (libertà di espressione v. buon costume, tutela della salute individuale v. interesse della collettività, proprietà privata v. utilità sociale), in genere i principi sono *à la carte*, gli uni convivono con gli altri. Era proprio questo a lasciare interdetti i primi commentatori e persino alcuni costituenti: come Benedetto Croce, che criticò la poca coerenza interna di un testo scritto in modo «collettivizzato» da una commissione «nella quale ciascuno di quei partiti ha tirato l'acqua al suo mulino»<sup>25</sup>.

Sarebbe ingeneroso rimproverare oggi chi allora non aveva colto la grande novità delle costituzioni che, incorporando in sé il conflitto sociale che sin là si era svolto nelle forme dell'insurrezione e delle repressione violenta, faceva della sua «incoerenza» la condizione per fissare i limiti che le diverse componenti sociali e politiche intendevano porre al futuro legislatore ordinario. Poche erano le regole che potevano già fissare un preciso punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti – la tutela della libertà personale trova per esempio nell'art. 13 Cost. una serie di regole che indicano le condizioni specifiche alle quali l'interesse generale alla prevenzione e repressione dei reati può prevalere su di essa – restando dunque affidato al legislatore democratico di individuare di volta in volta l'equilibrio ottimale (ottimale dal punto di vista delle sue opzioni politiche, s'intende). Le «incoerenti» indicazioni di principio servono perciò a trasferire il conflitto tra visioni diverse della società dalle piazze alle aule parlamentari e, poi, in quelle della Corte costituzionale, trasformando in un conflitto giuridico ciò che altrimenti sarebbe stato l'ennesimo episodio di una guerra civile più o meno cruenta<sup>26</sup>.

Se, come ho qui proposto, osserviamo invece i principi costituzionali dalla prospettiva «dal basso» suggerita dal caso concreto che il giudice ha da risolvere, in via di interpretazione o ricorrendo alla Corte costituzionale, le occasioni di conflitto tra principi si moltiplicano all'infinito e per risolverli bisogna prendere in considerazione fattori assai diversi dall'essere espressamente enunciato o implicitamente accreditato in via d'interpretazione, dal tipo di fraseggiatura che il principio ha ricevuto in costituzione (come, per esempio, l'attributo della inviolabilità o della fundamentalità), dalla posizione in cui è posto nel testo o dall'essere o meno «condizionato» da un limite contestuale. È il caso concreto a fissare il punto visivo da cui l'affresco della volta assume o meno coerenza prospettica.

---

<sup>23</sup> Sent. 130/1974.

<sup>24</sup> Sent. 255/1987.

<sup>25</sup> B. CROCE, *Intervento* nella seduta dell'11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970, I, 337 ss.

<sup>26</sup> Ho sviluppato questa lettura della Costituzione italiana in *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 11 ss.

A sua volta il «caso» è posto dalla domanda rivolta al giudice: la domanda è l'atto iniziale (nel processo penale è l'esercizio della azione penale) che determina non solo la pretesa dell'attore, ma anche la competenza del giudice, che nei limiti della domanda deve formulare la sua risposta. E se diviene necessario sollevare la questione di legittimità alla Corte costituzionale, il principio della domanda, il requisito della rilevanza della questione, il principio di corrispondenza tra richiesto e pronunciato della Corte, la formulazione eventualmente additiva del dispositivo della sentenza di questa e gli effetti di essa costituiscono una stringa precisa e coerente lungo la quale corre l'intero processo di «concretizzazione» dei principi costituzionali e dalla cui tenuta dipende anche la legittimazione della Corte costituzionale stessa.

Più in su, accennando alle sentenze «additive» della Corte, ho insistito sull'obbligo del giudice *a quo* di precisare il «verso» dell'addizione richiesta, in modo da indicare alla Corte quale «nuova» norma deve essere inclusa nei significati attribuiti alla disposizione impugnata al fine di rimediare alla violazione di qualche altro principio costituzionale (del principio di eguaglianza, assai spesso). La Corte costituzionale rifiuta di «inventare» da sé la norma da aggiungere, non per una forma di *self restraint*, ma perché così è costruito il processo: il giudice che tratta il «caso» è l'unico competente a valutare quale regola debba applicare ad esso, e quindi è l'unico capace di definire quale elemento sia necessario aggiungervi per evitare che si produca una violazione della costituzione. La Corte non vuole, né può accettare di andare oltre alla domanda, esattamente come non lo può fare il giudice ordinario. La teoria delle «rime obbligate» - nella sentenza additiva la Corte non «inventa» nulla, ma semplicemente completa il verso mancante nel testo del legislatore, restaurandolo - è una metafora che rende bene non solo l'immagine che la Corte vuole accreditare di se stessa, ma anche il vincolo che il meccanismo processuale le impone.

Meriterebbe distinguere due profili, quello dell'attuazione e quello dell'applicazione dei principi costituzionali. Da un punto di vista generale, la distinzione può apparire semplice, persino banale. Si *a t t u a* una norma dettando norme più specifiche, che ne completino la fattispecie; mentre si *a p p l i c a* una norma sussumendo nella sua fattispecie astratta un caso concreto. L'attuazione è perciò un compito *lato sensu* legislativo, l'applicazione un compito dei giudici e della pubblica amministrazione (oltre che dei privati). Questa distinzione regge sinché i giudici, e la Corte costituzionale con essi, operino entro la struttura processuale determinata dal principio della domanda, ossia nei termini circoscritti del caso. Se le corti disancorano il giudizio dal vincolo al caso, non è improprio denunciare lo sconfinamento dal perimetro dell'*a p p l i c a z i o n e* a quello dell'*a t t u a z i o n e*<sup>27</sup>: il loro ruolo si confonde con quello del legislatore, si pone in concorrenza con questo, concorrenza insostenibile «senza avere tutti gli strumenti di cui dispone il legislatore (e quindi con gravi effetti di inefficienza del sistema)»<sup>28</sup>.

È una critica assai frequente, specie nella letteratura anglo-americana, che alimenta il *political* o il *popular constitutionalism* di cui si è accennato in precedenza. Ma questi atteggiamenti sono comprensibili in quelle coordinate geografiche, perché l'esperienza di riferimento è quella della Corte suprema, che non ha molti tratti in comune con la nostra. Da noi sarebbe inconcepibile che la Corte costituzionale selezionasse - come fa da anni la Corte suprema - non più dell'1% dei casi che

---

<sup>27</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno* vol. 103, 2013, 31 ss., ove si trovano mie osservazioni critiche (*Una Costituzione applicata, ma non attuata*, ivi, 323 ss.) che anticipano le tesi qui sostenute.

<sup>28</sup> Così la relazione di M. Luciani, di cui alla nota precedente, citando M. Esposito. Il *deficit* conoscitivo dei giudici (che emerge dalla comparazione con le conoscenze del legislatore e della amministrazione pubblica) è del resto uno degli assi portanti dell'argomentazione di A. VERMEULE, *Judging Under Uncertainty* cit.

le sono proposti, scegliendo quelli che appaiono politicamente più importanti, trattando i soli profili che interessa prendere in considerazione e, per di più, prospettando questioni nuove e diverse da quelle effettivamente sottoposte, chiedendo alle parti di integrare le proprie memorie. Questa aperta - e ormai sistematica - deroga ai principi dello stretto legame tra richiesto e pronunciato ha disancorato la giurisprudenza della Corte suprema dal concetto stesso di giurisdizione, trasformandola in un organo che concorre a scrivere l'agenda del dibattito politico nazionale<sup>29</sup>.

Fuori di quelle coordinate e rapportandoci alla nostra esperienza, l'argomento della pretesa «concorrenza» tra legislatore e giudice a me sembra infondato in radice.

So bene che sarebbe troppo semplicistico contrapporre l'attività del legislatore a quella del giudice per il solo fatto che il primo assume decisioni con valore normativo *erga omnes*, mentre il secondo giudica il fatto (o il caso) concreto: e ciò non solo per l'effetto *erga omnes* delle sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale delle leggi (o per la stessa efficacia generale che esercitano i precedenti giudiziari). Indubbiamente quel che il giudice applica al caso in questione è una norma generale (la *ratio decidendi*), sicché può apparire che di un'attuazione più che un'applicazione della costituzione si tratti, in quanto ne concretizza i principi. Tuttavia il discorso non si esaurisce qui: mentre l'attuazione legislativa è libera di scegliere se e come «attuare» la costituzione, il giudice costituzionale si deve limitare invece a segnalare lo sconfinamento di quelle scelte dai limiti posti dalla costituzione. Scegliere come attuare la costituzione è prerogativa del legislatore, alla Corte spetta soltanto impedire che quella prerogativa si spinga sino alla violazione della costituzione, e quindi si traduce nell'applicare i limiti in essa tracciati.

Certo, non ogni possibile punto del tracciato è fissato dal testo, e quindi alla Corte è affidato il compito di disegnare i contorni della discrezionalità legislativa anche dove il testo non sia esplicito. Il bilanciamento dei principi costituzionali è uno degli strumenti tipici con cui la Corte assolve questo compito. Fissando quella che Alexy chiama la «regola di prevalenza» nel bilanciamento, la Corte crea una norma generale, ed ecco che allora può sembrare che stia evadendo dal recinto dell'applicazione e sconfinando in quello dell'attuazione. Ma si tratta di un abbaglio: la Corte non prende mai l'iniziativa di emanare una norma di bilanciamento in un punto che ha individuato per sua scelta, perché è del bilanciamento operato dalla legge che deve giudicare la costituzionalità; né è un'opera che compie in astratto, dovendo comunque restare nei limiti della domanda che le viene posta. La Corte non è mai libera di scegliere le premesse della sua decisione, perché comunque il disegno che traccia è ancorato ai punti - le disposizioni - fissati dal testo e richiamati dall'atto introduttivo del giudizio.

In conclusione: posto che la costituzione rappresenta un materiale normativo che fa parte dell'ordinamento e i giudici devono applicare nei loro giudizi; che i principi costituzionali sono la premessa di un complesso procedimento interpretativo che ha come obiettivo dare soluzione ai casi concreti; che l'interpretazione è un processo entropico che tende a produrre risultati (la «norma del caso») che non mantengono chiare le informazioni di partenza (le disposizioni, i testi, le gerarchie tra atti o ordinamenti ecc.); che perciò poca o nessuna rilevanza esercita in questo processo il fatto che il principio sia o meno espresso nel testo, in che posizione sia collocato e con quali modalità di scrittura sia enunciato, perché questi non sono fattori rilevanti nel bilanciamento degli interessi; che il bilanciamento dei principi costituzionali è un compito di stretta pertinenza del legislatore, mentre ai giudici (e alla Corte costituzionale) spetta soltanto verificarne la legittimità costituzionale rispetto al caso concreto (e alla fattispecie normativa che lo descrive): si deve allora ritenere che per

---

<sup>29</sup> Cfr. E. A. HARTNETT, *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judges' Bill*, in 100 *Colum. L. Rev.* (2000), 1643 ss., 1738.

correttamente intendere come operano in concreto i principi costituzionali bisogna porre l'attenzione sulle regole processuali. Solo queste ci possono spiegare a quali condizioni ed entro quali limiti questo processo entropico possa svolgersi in conformità alle regole costituzionali sulla separazione dei poteri.