

UNIVERSITÀ DI MACERATA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

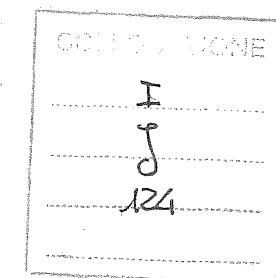
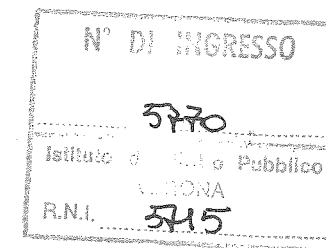
Seconda serie

72

ROBERTO BIN

DIRITTI E ARGOMENTI

*IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE*



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1992

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright 1992 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

INDICE

CAPITOLO I

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO II

DIRITTI E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Sezione I — *Strumenti*

1. Norme, regole e principi. Una premessa	9
2. Il « doppio carattere » dei diritti costituzionali. Le (apparenti) « regole » costituzionali	11
3. La distinzione tra 'regole' e 'principi' ed il carattere « assoluto » degli enunciati costituzionali	15
4. L'interpretazione delle disposizioni costituzionali « alla luce » della legislazione ordinaria	18
5. <i>Continua</i> : dalle « regole » ai « principi »	28
6. Le connessioni reciproche tra norme costituzionali	30
7. Inesistenza di gerarchie assolute tra diritti	32
8. Gerarchie formali vs. particolarità del « caso »	35
9. Dai principi alle regole: la « concretizzazione » dei diritti nella giurisprudenza costituzionale	39
10. Tre funzioni del principio di eguaglianza	42
11. Principio di eguaglianza e delimitazione della fattispecie nelle « regole » create dalla Corte	48
12. La teoria dei diritti come teoria dell'argomentazione	52

Sezione II — *Tecniche*

13. Oltre l'interpretazione giuridica: dalla dottrina dei « limiti naturali » dei diritti al bilanciamento degli interessi	56
14. Il bilanciamento degli interessi. Operazioni preliminari: la topografia del conflitto	62
15. La « insufficienza <i>prima facie</i> » dell'interesse antagonista	72
16. Ipotesi di eccessiva compressione di un interesse: il « costo » dello strumento legislativo	81
17. Le eccessive semplificazioni del legislatore	88
18. Contenuto minimo e strumentazione sufficiente: nei diritti di libertà ...	94

19. Risorse limitate e regolazione dei mezzi	102
20. Diritti di prestazione: disponibilità finanziarie e « gradualità » nell'attuazione del diritto	107
21. Diritti di prestazione: test di ragionevolezza (e qualche considerazione sui profili operativi delle « additive di prestazione »)	111
22. Un passo indietro: topografia del conflitto, carattere « astratto » del giudizio di legittimità e « delega » di bilanciamento	120

CAPITOLO III

TESI CONCLUSIVE

23. Diritti costituzionali: oltre i confini dell' interpretazione giuridica	133
24. Motivazione della sentenza e giustificazione « esterna » del bilanciamento degli interessi	138
25. Bilanciamento degli interessi e teoria della giustizia	144
26. Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione.	154

<i>Indice delle sentenze della Corte costituzionale</i>	171
---	-----

<i>Indice analitico</i>	179
-----------------------------------	-----

CAPITOLO I
INTRODUZIONE

Oggetto di questo studio sono le tecniche argomentative che la Corte costituzionale italiana impiega nel trattare questioni attinenti ai diritti individuali costituzionalmente protetti. Il proposito è dunque di esaminare la giurisprudenza costituzionale in tema di diritti individuando, classificando e valutando gli argomenti che vi vengono impiegati. Questo programma di lavoro muove da alcuni presupposti e si organizza attorno alcune ipotesi che vanno espressi e chiariti, gli uni e le altre, preliminarmente.

I presupposti. Si deve ritenere anzitutto che la Corte impieghi strutture argomentative sufficientemente limpide e costanti da consentire la ricostruzione tipologica degli argomenti e delle strategie argomentative. A giustificazione di questa premessa si possono addurre le seguenti considerazioni: che i « diritti » trovano sì (almeno nella larga maggioranza dei casi) fondamento testuale in *disposizioni* della Costituzione, ma come *norme*, e perciò sul piano dei *significati*, hanno le caratteristiche operative (nell'interpretazione e nell'applicazione) dei *principi* (1); che la caratteristica fraseologica dei principi è di esprimere un *favor* per determinati interessi (2), o di riconoscere un certo

(1) È questo un punto centrale della problematica dei diritti fondamentali: o, almeno, esso riassume una delle tesi di fondo di questo lavoro, alla cui illustrazione saranno dedicati i paragrafi 1-9.

(2) Che nella giurisprudenza italiana prevalga la formulazione dei « principi generali » in termini di *favor* per determinati interessi è affermato da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 384 s. MacCormick ha osservato che « i principi esprimono gli scopi sottostanti di certe norme e di specifiche istituzioni, nel senso che essi sono visti come fattori che razionalizzano norme secondo scopi coerenti e desiderabili. Così, i principi del diritto sono il *punto d'incontro di norme e valori* » (*Law as Institutional Fact*, tr. it. di M. La Torre, in MacCORMICK-O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano 1990, 91: corsivo aggiunto). Più in generale, per

« valore » (3) (su ciò si regge la lettura giusnaturalistica dei diritti costituzionali (4)); che per esprimere il *favor* è comune il ricorso a massime, canoni o brocardi (*nulla poena sine lege; favor rei, libertatis, veritatis, legitimitatis; audiatur et altera pars; quod singuli possunt et universitas potest*, e così via), che per antica tradizione popolano il linguaggio giuridico (di ciò si avvale ancora chi accredita la lettura metatemporale dei « diritti ») (5); che queste espressioni, questi « principi », stanno sul sottilissimo crinale tra enunciato normativo e argomento interpretativo (o, per meglio dire, tra il significato normativo che

l'equivalenza estensionale di 'principi' e 'valori', si veda dello stesso Autore *Coherence in Legal Justification*, ivi, 340; nonché R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, 133 s.; Id., *Grundrechte als Subjektive Rechte und als Objektive Normen*, in « *Der Staat* » 1990, 49 ss., 55.

(3) Del resto, che i « diritti » di libertà siano, « per gli ordinamenti non meno che per i filosofi, un valore, non quindi un istituto giuridico », è brillantemente argomentato da G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Encicl. dir.* XXIV, 272 ss., 277.

(4) Sull' « eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia) » dei principi rispetto alle norme, e sullo sviluppo delle teorie giusnaturalistiche a partire da questa intuizione, si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2.a ed., Milano 1970, 316 s. In particolare, il contributo più significativo ad una lettura « giusnaturalistica » dei principi contenuti nella Costituzione italiana si deve senz'altro a G. FASSO, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in « *Riv. trim. dir. proc. civ.* » 1972, 897 ss., ora in *Società, legge, ragione*, Milano 1974, 89 ss., 132-157, il quale ricorda (e critica, per la concezione metatemporale del giusnaturalismo) la « storica » tesi di E. GARBAGNATI, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*, in « *Jus* » 1951 (n.s.), 431 ss., 443-450, per cui la Costituzione italiana avrebbe recepito in toto il « diritto naturale ». Ulteriori indicazioni sugli appelli giusnaturalistici che accompagnarono i lavori della Costituente e quelli dei primi commentatori della Costituzione si possono trovare in P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova 1972, specialmente 17-22; Id., *I diritti di libertà ad uso di lezione* I, 1, Torino 1988, 54 ss. (in nota); e in A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Encicl. giur.* XI, 1 ss., 8-10. Come è noto, tali influenze furono particolarmente forti nell'elaborazione della Costituzione tedesco-federale, ed anche nelle opere dei costituzionalisti tedeschi del dopoguerra: per un breve (e critico) quadro d'insieme cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, in « *Arch. öff. Rechts* » 1974, 437 ss., ripubblicato in *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt 1978, 418 ss. Per una classificazione delle diverse versioni che ha avuto l'idea di un fondamento extra-positivo dei diritti fondamentali, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 4-6.

(5) Per la quale cfr., ad es., nella letteratura giuspubblicistica italiana G. MORELLI, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne*, Milano 1974, spec. 316-334. Più in generale, su queste « *Strukturen der Gerechtigkeit* » cfr. l'ormai classico saggio di H. COING, *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, Wiesbaden 1965.

si attribuisce ad un determinato enunciato costituzionale e il criterio che si privilegia nei procedimenti interpretativi, vale a dire in operazioni di attribuzione di significato) (6), rappresentano cioè strutture argomentative preformate, cui è affidato il compito di riconoscere il bene, l'interesse o il valore oggetto di tutela, ma, al tempo stesso, di esprimerli in una formula linguistica inseribile nel ragionamento giuridico (7): non come *regola* — che, oltre a determinare quali beni e valori vadano protetti (la « protasi » della tradizionale proposizione ipotetica), deve predisporre gli strumenti della loro tutela (la « apodosi ») — ma come *argomento*, destinato a fronteggiare altri argomenti, e con essi fondersi nella conclusione.

È vero che i principi richiamati ad esempio appartengono tutti al nucleo originario dei « diritti » protetti dalle più antiche carte costituzionali (all'*habeas corpus*, alla libertà di associazione, ecc.), e rivelano l'eredità che il diritto costituzionale ha acquistato dal diritto penale o da quello processuale: sono perciò incastonati negli strati più profondi del pensiero giuridico, dove è naturalmente assai difficile distinguere tra le componenti, per così dire, « sostanziali » (i « principi », che rappresentano i significati *normativi* ascritti alle disposizioni costituzionali) e quelle « procedurali » del ragionamento giuridico (gli « argomenti », cioè le strategie di giustificazione del processo di interpretazione del testo costituzionale).

Come è pure vero che altrettanto non può dirsi dei « nuovi diritti », dalla *privacy* all'ambiente, dall'identità sessuale ai diritti « positivi » di prestazione — che, per definizione, non godono di altrettanto forte calcificazione culturale (e spesso neppure di una base testuale immediatamente riconoscibile in Costituzione).

Va tuttavia notato che anche i diritti più recenti vengono enunciati in forma di « principio », come canoni normativi espressione di *favor* o

(6) Sulla distinzione tra discorso interpretativo (attribuzione di significato agli enunciati legislativi) e discorso « produttivo » (innovazione del linguaggio legislativo), e sull'omologa classificazione degli argomenti, cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in « *Informatica e diritto* » 1985, 7 ss.

(7) Particolare enfasi sulla funzione dei *topoi* nell'interpretazione costituzionale viene posta ora, sulla scia di teorie metodologiche che hanno notevole seguito nella letteratura di lingua tedesca, da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 2.a ed., cap. 2.

di un « valore preminente » (8); e poi, che questi nuovi principi mostrano una duplice connessione con gli argomenti. Anzitutto essi sono il prodotto di una strategia argomentativa (il che è tanto più evidente quanto meno immediato è il loro collegamento con, la loro derivazione da, una specifica disposizione costituzionale); in secondo luogo, è tipico dei « diritti » — di tutti i « diritti », ma, per ragioni che si vedranno più avanti, si può supporre che ciò sia particolarmente vero per quelli di più fresco riconoscimento — l'essere enunciati, conformati, e in fondo definiti nei loro stessi contenuti, attraverso più complesse procedure argomentative — compendiate nella c.d. tecnica di « bilanciamento » — il cui scopo è di saggiare la consistenza e la compatibilità reciproca dei diritti (vecchi e nuovi). Proprio nel « trattamento » cui sono sottoposti i diritti sembra manifestarsi la connessione più stretta tra « principio » e « argomento »: al punto che sembra lecito chiedersi se sia configurabile un contenuto normativo del « diritto » la cui definizione possa compiersi « in astratto », prescindendo dal « bilanciamento » con gli altri interessi che, in ogni diversa e specifica circostanza, si trovino a concorrere.

Ma così si è già passati alle ipotesi. L'ipotesi principale di questa ricerca è che la Corte costituzionale tenda — sul piano operativo, ma non certo nelle affermazioni ufficiali — a svalutare il significato « regolativo » delle disposizioni costituzionali sui « diritti », per accennuarne invece il valore « argomentativo »: in altre parole, sia incline a restringere l'ambito delle « regole » desumibili dalla Costituzione e a dilatare, invece, l'ambito in cui trovano applicazione le procedure di « bilanciamento ». Data la rilevanza che si intende attribuire a questa contrapposizione, sarà indispensabile chiarirne i termini teorici prima di procedere all'analisi delle strategie argomentative che caratterizzano la giurisprudenza costituzionale (Sez. I).

Due ulteriori ipotesi si correlano a quella iniziale, acquistando importanza centrale nella ricerca proprio in virtù della (supposta)

(8) La Corte cost., per es., individua spesso nelle disposizioni costituzionali un *favor* per interessi sociali estranei ai tradizionali diritti fondamentali, come, tra i vari, il *favor* per i lavoratori dipendenti riconosciuto negli artt. 35 (sent. 180/1984) e 38, 2 c. (sent. 286/1987); così come non mancano riconoscimenti espliciti della « preminenza » di « nuovi valori » come l'ambiente (per esempio, sent. 191 e 210/1987).

egemonia della componente argomentativa nell'applicazione giudiziaria delle disposizioni costituzionali.

La prima riguarda le tecniche di « bilanciamento ». Uno sguardo *prima facie* alla giurisprudenza costituzionale suggerisce l'ipotesi che esse siano in larga parte ricalcate sulla falsariga del giudizio di « ragionevolezza », cioè di un sistema di strutture argomentative che la Corte ha elaborato in (prevalente) riferimento al principio di eguaglianza. Sicché si pone il problema, da un lato, di precisare i rapporti tra giudizio di eguaglianza e sindacato sui « diritti » e, dall'altro, di affermare le implicazioni che derivano dalla sovrapposizione dei due modelli di giudizio (par. 10 e 11): modelli che ci si dovrebbe attendere ben distinti, perché, quando viceversa si confondono, può conseguire uno « snaturamento » del sindacato sui « diritti », appiattito su un modello di procedimento decisionale di tipo analogico, certo meno compromettente sul piano dei giudizi di valore, ma altrettanto poco significativo per la teoria dei diritti costituzionali.

Queste considerazioni introducono a uno dei punti critici della ricerca che si sta per intraprendere. Perché se è vero quanto prima si ipotizzava — cioè che la giurisprudenza costituzionale tende a privilegiare il valore argomentativo delle disposizioni costituzionali in tema di diritti, piuttosto che il loro valore regolativo — la chiarezza e la coerenza delle strategie argomentative impiegate dalla Corte divengono qualcosa di più che un'ipotesi di ricerca: si pongono come vere e proprie condizioni di legittimità dell'operato del giudice costituzionale. Ecco che allora si delinea chiaramente l'ossatura di questa ricerca: in cui l'esame sistematico dell'apparato argomentativo di cui la Corte si avvale nel processo di bilanciamento (a cui è dedicata la Sez. II), mira a verificare se esso già ora possieda caratteristiche tali da rispondere alle qualità di razionalità e coerenza che sono proprie del ragionamento giuridico (su questo tema si ritornerà in particolare nelle conclusioni). Perché si può persino (provocatoriamente) affermare che le garanzie dei diritti trovano supporto più saldo in un ragionamento « di bilanciamento » ben condotto, piuttosto che in tentativi di avvalorarne il riconoscimento, l'inviolabilità o l'assolutezza tramite l'esegesi del testo costituzionale.

La seconda ipotesi è, per così dire, trasversale rispetto alla linea di indagine che si è delineata. È noto che la Corte costituzionale, per

interpretare gli enunciati costituzionali, si avvale assai spesso di nozioni elaborate dalla dottrina o determinate dalla legislazione ordinaria (par. 4). Il ricorso a questa tecnica interpretativa non è mai aporofico: ma quando serve a fissare i contorni dei « diritti » tutelati dalla Costituzione, i problemi si moltiplicano, perché questa operazione pregiudica ogni ulteriore fase del giudizio, compreso il « bilanciamento », risultando già fissati le dimensioni ed il « peso » degli interessi messi a confronto.

Come si vedrà, l'opzione per questo procedimento interpretativo è in funzione di strategie argomentative diverse e divergenti negli obiettivi: la riduzione dell'ambito di applicazione della tutela dei diritti, o, all'opposto, l'inclusione in essa di nuovi « oggetti » disciplinati dalla legislazione ordinaria; l'introduzione « calibrata » del bilanciamento tra interessi concorrenti, o, all'opposto, l'« abbassamento » della questione di costituzionalità dal piano della tutela dei « diritti » costituzionali al confronto tra fattispecie definite dalla legislazione ordinaria (par. 11 e 12). Quale ne sia il senso, tuttavia, la prassi di attingere con abbondanza dalle diverse discipline « subcostituzionali » le nozioni necessarie alla decisione di questioni relative alla tutela dei diritti costituzionali provoca si può ancora ipotizzare — una conseguenza di rilievo. Questo modo di procedere ha infatti tutti i pregi, ma anche i rischi di un forte collegamento tra interpretazione della Costituzione e dinamiche dell'evoluzione legislativa e teorica. Come già si è accennato, il segno di questa operazione può essere il più diverso, e ciò sicuramente non favorisce la « certezza » nell'applicazione delle garanzie costituzionali.

Due sono i fattori che vanno tenuti presenti. Da un lato, il conflitto tra tendenze nuove e la permanenza di concezioni tradizionali; dall'altro la disomogeneità dei paradigmi delle diverse discipline giuridiche.

Sotto il primo profilo, l'utilizzazione di concezioni tradizionali — spesso radicate negli strati più profondi della cultura giuridica, ove la tessitura sistematica dei « principi » ha la resistenza e la forza persuasiva di una rilevante coerenza interna — può provocare talvolta l'adesione a gerarchie di valori non giustificabili alla luce di tecniche di analisi più moderne, perché divelte dalla concreta attuale importanza che le norme in discussione rivestono: con il risultato di rendere operativa, anche nell'individuazione dei nuovi diritti, una visione dei

rapporti tra individuo e potere pubblico fortemente permeata e pregiudicata da concezioni tradizionali.

Si prenda ad esempio la contrapposizione, e la relativa differenziazione di trattamento, tra provvedimenti « privativi », di compressione della sfera costituzionalmente protetta, e quelli « additivi », propri dei diritti « di prestazione » o, sul piano della legislazione ordinaria, del c.d. diritto « premiale ». Su questo terreno la Corte mostra molto spesso la difficoltà di coordinare il vecchio con il nuovo. In linea di principio domina un forte attaccamento all'impostazione tradizionale, sicuramente attestata su un'accentuazione di quella contrapposizione: con la conseguenza, per esempio, di sottovalutare l'importanza economica della legislazione « premiale » e dei suoi riflessi sulla situazione dei privati che operano nel mercato (9), salvo trovarsi in seria difficoltà quando deve affrontare la spinta paritaria all'espansione dei diritti « di prestazione », specie se deve conciliarla con le esigenze funzionali (finanziarie o organizzative, nei casi più frequenti) opposte dagli apparati. Per altro verso, persino la visione « pantutiorista » dei « vecchi » diritti fondamentali viene spesso surrettiziamente smentita dall'accoglimento di argomentazioni di tipo funzionale, tese a limitare la portata di essi in nome di « superiori esigenze », qualitativamente eterogenee rispetto al « diritto » che costituisce l'altro termine del « bilanciamento ».

La seconda conseguenza è connessa alla disomogeneità della « matrice disciplinare », che non è perfettamente unitaria per tutti i rami in cui si articola la scienza giuridica, come mostrano le differenze esistenti nell'uso dei criteri ermeneutici e degli argomenti (10). Da ciò deriva la tendenza della Corte a recepire i paradigmi di ogni singolo ramo di cui

(9) Che dire per esempio del principio per cui le agevolazioni tributarie sarebbero sempre da considerarsi come « norma eccezionale », per le quali spetta la legislazione soltanto « valutare e decidere non solo in ordine all'*an*, ma anche in ordine al *quantum* e ad ogni altra modalità e condizione afferente alla determinazione di dette agevolazioni » (sent. 108/1983, in « Giur. cost. » 1983, I, 487 ss., 490; in senso conforme anche sent. 86/1985 e ord. 289/1988)?

(10) Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., 402 ss. Per un tentativo di comparare i valori assegnati agli stessi argomenti dai giuspubblicisti e dai privatisti in una materia « a metà » come la disciplina dell'impresa artigiana, cfr. R. BIN, *La legge quadro sull'artigianato: problemi interpretativi e competenze regionali*, in « Le Regioni » 1986, 90 ss.

venga a trattare, accettando di ognuno di essi la gerarchia dei valori (dei diritti) e lo strumentario degli argomenti.

Ed è allora interessante verificare se e come venga a svilupparsi una specializzazione, sia pure parziale, della tecnica argomentativa della Corte, e quindi anche del modo di « trattare » i diritti: e poi, come la Corte si comporti quando si tratti di « bilanciare » diritti che appartengono a branche diverse e che con strumenti argomentativi diversi sono stati conformati. E così si è detto già anche degli scopi della ricerca. Alla quale conviene procedere però solo quando siano chiariti quei profili teorici cui si è accennato in precedenza, predisponendo così gli strumenti più idonei per la lettura della giurisprudenza costituzionale sui « diritti ». Ma ancora prima si dovrebbe forse spiegare cosa s'intenda per 'diritti'. La risposta è semplice, ancorché deludente: perché l'impostazione stessa della ricerca si regge sul rifiuto di una ridefinizione del termine che svolga una funzione decisiva nell'individuazione delle proprietà del *definiendum*; perché anzi, almeno in questa prima fase, si potrebbe dubitare che esista « qualcosa » che possa distinguere, nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, l'operatività dei « diritti » da quella di ogni altro argomento basato sul *favor* per un interesse, un valore ecc. Il termine 'diritto' sarà quindi usato nell'accezione più vasta e meno impegnativa sotto il profilo della qualificazione giuridica, come interesse (11), come « situazione giuridica attiva o favorevole », per usare le parole di Lavagna (12): interessi o situazioni prevalentemente (ma non necessariamente, come si vedrà) accreditati dalla Costituzione (o dalla sua interpretazione).

(11) Come « interesse sociale », s'intende, senza altra qualificazione: e senza alcun riferimento, comunque, a quelle teorie che applicano alla tematica dei diritti costituzionali la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, e che, inquadrando le libertà costituzionali nell'ambito di queste grandi figure soggettive del diritto pubblico, attribuiscono loro il doppio volto di diritti soggettivi, in caso di contestazione da parte di organi incompetenti o di fronte ad interessi non abilitati a limitarli, e di interessi legittimi, di fronte al legittimo uso di poteri discrezionali riconosciuti dalla Costituzione agli organi pubblici: cfr. G. AMATO, *Individuo e libertà nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 324-346; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova 1953, 203-206.

(12) *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in « Studi economico-giuridici » 1953, 1 ss., 911.

CAPITOLO II

DIRITTI E BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SEZIONE I

STRUMENTI

1. Norme, regole e principi. Una premessa.

La distinzione tra « regole » e « principi » (1) è un utile punto di partenza. Il rigore della contrapposizione tra questi due tipi di « norma » è notoriamente contestato (2); anche perché l'impiego del concetto di 'principio' deve sempre fare i conti con la difficoltà derivante dalla pluralità di significati che ad esso si associano nel linguaggio giuridico (3), nonché con lo scarso credito che, almeno nel mondo di *civil law*, per tradizione circonda il ricorso ad argomenti fondati sui « principi » (4): tuttavia, la comprensione dei procedimenti argomentativi che la Corte costituzionale segue nella giurisprudenza sui diritti è molto agevolata se si accetta di utilizzare *provvisoriamente* questa distinzione.

Occorre chiarire in quali termini e a quali fini s'intende avvalersi della contrapposizione tra « regole » e « principi ». La linea distintiva è

(1) « Diese Unterscheidung (tra regole e principi) ist die Grundlage der Theorie des grundrechtlichen Begründens und ein Schlüssel zur Lösung zentraler Probleme der Grundrechtsdogmatik »: R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, cit., 71.

(2) Basti ripercorrere il dibattito critico sviluppatosi sulle tesi di Ronald Dworkin, ampiamente incentrate su questa distinzione: per un quadro di sintesi cfr. S. BARTOLE, *In margine a « Taking Rights Seriously » di Dworkin*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica » 1980, 185 ss.

(3) Cfr. R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in « Dir. soc. » 1986, 600 ss.; Id., *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, 112-121.

(4) Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., 384-387.

simile a quella tracciata da Dworkin (5), il quale, come è noto, distingue i due *standards* per la loro diversa capacità operativa quali premesse delle successive decisioni applicative: le regole offrono solo l'alternativa tra integrale applicazione o integrale disapplicazione (6), i principi, all'opposto, non si prestano ad un'applicazione altrettanto lineare (7), perché di essi diventa necessario considerare il « peso », la « dimensione » — fattori che appaiono del tutto trascurabili quando si opera con regole (8), mentre sono determinanti nella procedura di « bilanciamento ».

Che molte siano le critiche mosse alla solidità e al rigore teorico di questa impostazione non intacca la sua validità operativa in questo contesto, ossia la sua capacità di offrire uno schema, un *modello* iniziale con cui accostarsi alla lettura delle disposizioni costituzionali che tutelano i diritti, ed intendere le strategie argomentative adottate dalla Corte costituzionale quando è chiamata ad applicarle. Poi, come si vedrà, l'esame della giurisprudenza costituzionale offrirà conferme dell'utilità di questa distinzione, ma anche il suggerimento di non ipostatizzarne i termini, quasi che regole e principi esistessero « in natura » (sul piano dei *segni*), e non fossero invece modi di intendere gli enunciati legislativi in genere: sicché, nel contesto nel nostro discorso, la distinzione si dovrà collocare sul piano dei *significati*, imputabili alle disposizioni costituzionali attraverso un'operazione interpretativa che non sarà determinata esclusivamente dal modo in cui esse sono fraseggiate.

(5) *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1978 (II ed.), specialmente 24-28 e 71-80.

(6) « Rules are applicable in an all-or-nothing fashion ». Vi potranno essere elementi di discrezionalità o imprecisione nella determinazione del « fatto » al cui verificarsi la regola deve trovare applicazione, ma se il « fatto » è accertato (e se la regola è valida), dovrà seguirne l'applicazione: R. DWORKIN, *Taking*, cit., 24 e (per gli effetti dell'inclusione di « concetti indeterminati » nella fattispecie) 28.

(7) « Automatica » la definisce addirittura Dworkin (*Taking*, cit., 25), riaccreditando una lettura sussuntoria e algoritmica dell'applicazione delle norme.

(8) « (I)t is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being *functionally* important or unimportant... But we cannot say that one rule is more important than another within the system of rules, so that when two rules conflict one supersedes the other by virtue of its greater weight »: R. DWORKIN, *Taking*, cit., 26 s.

2. Il « doppio carattere » dei diritti costituzionali. Le (apparenti) « regole » costituzionali.

Regole e principi concorrono in vario modo ad esprimere il contenuto normativo dei diritti costituzionale, il cui « doppio carattere » è stato messo bene in luce da Alexy in un recente studio (9), che ha il merito di saldare la teoria generale all'esperienza giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht*. Ma su questo punto occorre qualche precisazione.

A prima vista, applicando acriticamente all'analisi del nostro ordinamento giuridico le nozioni di « regola » e di « principio » che Dworkin ha elaborato con riferimento costante ai ben diversi problemi dell'ordinamento nordamericano, si potrebbe essere tentati di affermare che *regole* compaiono, ad un primo livello, come espressione normativa immediata di alcune disposizioni costituzionali. Si potrebbero richiamare ad esempio la disposizione dell' art. 13, 3° Cost., che disciplina l'adozione di provvedimenti provvisori di restrizione della libertà personale, e non sembra consentire un'applicazione dominata da criteri diversi dall'alternativa tutto-o-niente: « esprime un precetto — come afferma la Corte — che, nella volizione che contiene, è compiuto, concreto, categorico » (10). Perciò, la disposizione di legge che fissasse, per esempio, in un tempo superiore alle quarantotto ore il termine per comunicare al giudice il provvedimento restrittivo non potrebbe che essere dichiarata illegittima (11). Lo stesso potrebbe sembrare sosteni-

(9) *Theorie der Grundrechte*, cit.

(10) Sent. 11/1956 (in « *Giur. cost.* » 1956, 612 ss., 618). È da notare però che la particolare convinzione che la Corte dimostra nelle affermazioni di questa sentenza sono da ricollegare in larga parte all'esigenza di rintuzzare l'atteggiamento della Cassazione, volto alla generale sottovalutazione della forza normativa degli enunciati costituzionali, ivi compreso l'art. 13; il quale, come si legge nella famosa sentenza della Cassaz. Pen., s.u., 20 gennaio 1951, (in « *Foro. it.* » 1951, II, 65 ss.) « è un precetto tendenziale, ma non contiene tutti gli elementi di concretezza e di compiutezza propri del comando giuridico suscettibile di applicazione immediata ». Una rassegna della giurisprudenza ordinaria sul significato delle norme costituzionali in materia di diritti fondamentali, precedente all'insediamento della Corte costituzionale, si trova in « *Giur. cost.* » 1956, 272 ss.

(11) In questo senso si veda, ad esempio, la sent. 74/1968, in « *Giur. cost.* » 1968, 1080 ss., in tema di internamento provvisorio in via d'urgenza del malato di mente; oppure la sent. 190/1981, in « *Giur. cost.* » 1981, I, 1895 ss., che riguarda invece

bile di altre disposizioni fraseggiate in modo altrettanto preciso e « completo » (12): l'art. 17, 2° (che consente le riunioni in luogo aperto al pubblico senza preavviso), l'art. 18, 1° (che vieta di introdurre ipotesi di reato specifiche delle associazioni), l'art. 20 (che vieta di imporre limitazioni legislative alle associazioni o alle istituzioni per il loro carattere ecclesiastico o religioso), l'art. 21, 2° (che vieta di imporre autorizzazioni o censure alla stampa), 3° e 4° (che autorizzano il sequestro della stampa periodica in ipotesi e secondo modalità definite con precisione), l'art. 22 (divieto di privare della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome per motivi politici), l'art. 24, 1° e 2° (divieto di limitare il diritto di azione), l'art. 25, 1° (divieto di distogliere dal giudice naturale), e 2° (divieto di leggi penali retroattive), ecc. In fondo, anche le molte disposizioni che fissano riserve di legge pongono *regole*, sia pure regole sulla competenza degli atti; e altrettanto si può dire, a maggior ragione, delle disposizioni che incidono sulla competenza degli organi, come le riserve di atto giurisdizionale poste dagli artt. 13 e 21.

Ad uno sguardo più attento, però, non può sfuggire come sia ingiustificato procedere ascrivendo una *norma* alle 'regole' o ai 'principi' sulla sola base di come è fraseggiata la *disposizione* che la esprime. La prima e più evidente incrinatura delle classificazioni così ottenute si manifesta in relazione alle riserve « rinforzate » da clausole tese a limitare la « discrezionalità » del legislatore (13). Lo stesso Dworkin (14) rimarca la difficoltà di classificazione di queste norme, che *formalmente* funzionano come una *regola*, ma *sostanzialmente* come un *principio*. Formalmente come una regola, perché, come si trova espresso nella letteratura tedesca in tema di *unbestimmte Rechtsbe-*

il termine di convalida dell'arresto del libero vigilato. Si veda anche, nella sent. 89/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 1119 ss., 1128), la precisazione sulla decorrenza del termine di 48 ore (dal momento dell'arresto e non da quello della consegna all'autorità di polizia) nel caso di arresto ad opera del privato cittadino.

(12) Per una classificazione delle disposizioni costituzionali in base alla « completezza » degli enunciati, cfr. G. CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano 1952, 45 ss., 51 ss.

(13) Tipiche, nell'ordinamento costituzionale italiano, le clausole contenute nel titolo III (« Rapporti economici ») della Cost., ed in particolare negli artt. 41-44.

(14) *Taking*, cit., 28.

griffe (15), il compito di « riempire di significato » le clausole o i concetti indeterminati delle leggi non è separabile dai normali compiti dell'interpretazione, adempiuto ai quali il giudice si trova a dover decidere secondo la tipica logica tutto-o-niente dell'applicazione sussuntoria della fattispecie astratta al fatto concreto. Sostanzialmente come un principio, perché le clausole discrezionali introducono nella decisione la considerazione del « peso » dei principi concorrenti, rendendo « naturalmente cedevoli » le norme che le contengono (16).

Ma questo non è che il sintomo più evidente di un problema di ben più vasta portata. Infatti la « naturale cedevolezza » non sembra caratteristica limitata alle sole norme costituzionali che pongono una riserva di legge fraseggiata con ricorso a clausole discrezionali.

Proprio la dottrina tedesca ha mostrato quanto sia arduo tracciare, con le sole armi e regole della pulizia concettuale, lo spartiacque tra il versante della discrezionalità in senso stretto e quello della semplice interpretazione giuridica, pur se impegnata in operazioni di « integrazione assiologica » dei concetti normativi (17). La giurisprudenza costituzionale italiana dà ampia conferma di queste difficoltà, poiché sottrae alla logica dell'applicazione tutto-o-niente non solo, com'è pacifico, le norme che rinviano a valutazioni dell'« utilità sociale », dell'« interesse generale », degli « equi rapporti » ecc., ma anche

(15) L'imponente letteratura formatasi sugli *unbestimmten Rechtsbegriffe* e sulle possibilità di separarli con nettezza dalle clausole discrezionali è ben riassunta da H. EHMKE, « *Ermessen* » und « *unbestimmter Rechtsbegriff* » im *Verwaltungsrecht*, *Recht und Staat* 230/231, Tübingen 1960 (ora anche nella raccolta *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königsten/Ts. 1981, 173 ss.) e da K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. Milano 1970, 170 ss. Anche in Italia il dibattito ha avuto vasta eco, e si ritrovano ottime ricostruzioni, sotto il profilo del diritto amministrativo, in F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, 248-259 (le cui indicazioni si possono aggiornare ora, per es., con S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Napoli 1987, 134 s.) e sotto quello del diritto costituzionale, in M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, Padova 1983, 87 ss.

(16) Cfr. A. CERRI, *Il « principio » come fattore di orientamento interpretativo e come valore « privilegiato »: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1827.

(17) Sui « *wertauffüllungsbedürftigen Begriffe* », invenzione concettuale da attribuirsi alla dottrina penalistica, cfr. K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für E. Mezger*, München-Berlin 1954, 127 ss. (spec. 138 s.).

norme costituzionali che, a prima vista, appaiono perfettamente assimilabili alle « regole » poste dalla legislazione ordinaria.

Esemplare è la vicenda interpretativa dell'art. 25, 1°: « Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge ». La disposizione non contiene alcun rinvio a concetti discrezionali o equitativi, ma è fraseggiata come qualsiasi enunciato legislativo capace di generare « regole ». Il concetto di 'giudice naturale' potrà apparire « indeterminato », ma anche questo rientra nella normalità degli enunciati legislativi: né la precisazione del suo significato sembra richiedere operazioni qualitativamente diverse e più complesse dell'ordinaria interpretazione giuridica. Comunque non si vuole attirare l'attenzione sui problemi interpretativi — molto dibattuti, per altro (18) — che questa locuzione ha sollevato, quanto piuttosto sull'« uso complessivo » che della disposizione la Corte costituzionale ha fatto: « uso complessivo » nel senso che la norma è stata *applicata nel suo complesso come fosse un « principio »*. L'esigenza della « precostituzione » legislativa del giudice (in cui si risolve anche la sua « naturalità » (19)) deve essere coordinata — secondo l'opinione della Corte — con altri principi od esigenze costituzionalmente rilevanti, il « bilanciamento » con i quali comporta l'attenuazione della rigidità (legalità della precostituzione) dei meccanismi di assegnazione delle cause (20). Esigenze e principi concorrenti sono, per esempio, la « continuità e prontezza della

(18) Per una panoramica completa degli indirizzi interpretativi della dottrina e della giurisprudenza, cfr. A. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » 1975, 1 ss.; M. NOBILI, art. 25, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1982, 193 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano 1981, 133 ss.; Id., *Giudice naturale*, in *Novissimo Dig.*, App. III, 966 ss.; G. SPANGHER, *La rimessione dei procedimenti*, Milano 1984, 224 ss.

(19) L'identità di significato della locuzione 'giudice naturale' con quella 'giudice precostituito per legge' è un punto fermo della giurisprudenza costituzionale sin dalle sent. 29/1958 e 88/1962, cui si adeguano anche le decisioni più recenti (v. sent. 100/84, 340/1985 ecc.), ma è fortemente criticata dalla dottrina, che propone diverse ipotesi di lettura « disgiuntiva »: per tutti, cfr. G. SPANGHER, *La rimessione*, cit., 274 ss.

(20) « La nozione di giudice naturale non si cristallizza nella determinazione legislativa di una competenza generale, ma si forma anche di tutte quelle disposizioni, le quali derogano a tale competenza sulla base di criteri che razionalmente valutino i disparati interessi in gioco nel processo »: sent. 139/1971, in « Giur. cost. » 1971, 1592 ss., 1594; la massima è poi ripresa puntualmente anche dalle sent. 117/1972, 274/1974, 135/1980 e 260/1986.

funzione giurisdizionale » (21), l'« *indipendenza ed imparzialità del giudizio* », e conseguentemente, la *tutela del diritto di difesa* (22), il divieto di « *incoerenze o incompletezze nell'esercizio del potere giurisdizionale* » (23).

Vicende consimili hanno segnato per altro le sorti interpretative cui sono andate soggette tutte quelle disposizioni costituzionali che poc'anzi si sono proposte come possibili fonti di « regole » costituzionali: a partire dalle garanzie della stessa libertà personale, la cui « tassatività » apparente è stata smentita dall'intensa opera di ridefinizione dell'oggetto e di « bilanciamento » con altri valori ed esigenze, compiuta dal giudice costituzionale sin dalle sue prime decisioni (24).

3. La distinzione tra 'regole' e 'principi' ed il carattere « assoluto » degli enunciati costituzionali.

Non è dunque il « modo » in cui un enunciato legislativo è fraseggiato a decidere della « natura » delle norme che esso è capace di esprimere, della loro assegnazione alla classe delle « regole » o a quella

(21) Nel nome della quale la Corte ha acconsentito a vistose attenuazioni della portata della regola della precostituzione per legge, ammettendo che per esigenze di servizio proprie dell'amministrazione della giustizia (vuoti permanenti o temporanei negli organici, efficiente organizzazione dell'ufficio e della distribuzione del lavoro, ecc.) la designazione della persona incaricata del caso nell'ambito dell'ufficio giudiziario sia effettuata *post factum* e con provvedimento concreto di natura amministrativa (così esplicitamente qualificato da sent. 173/1970; v. inoltre la ricca giurisprudenza in tema di assegnazioni, supplenze ecc.); mentre, per altro verso, le stesse esigenze giustificano la (del resto ristretta) possibilità di scelta del giudice dibattimentale da parte del p.m. nel giudizio direttissimo (v. sent. 146/1969, 170/1972, 164/1983), come pure la limitata proponibilità dell'eccezione di incompetenza territoriale nel processo penale (art. 43 cpp: sent. 77/1977); v. anche sent. 168/1976, in tema di effetti della riconsunzione o della astensione.

(22) Generalmente associato con le esigenze di « continuità » e di « efficienza » della funzione giurisdizionale, questo principio è stato richiamato dalla giurisprudenza costituzionale per giustificare i meccanismi di sottrazione e riassegnazione della causa nei casi di rimessione dei procedimenti, nonché di astensione e riconsunzione (v. sent. 50 e 109/1963, 168/1976, 206/1987).

(23) Sent. 142/1970 (in « Giur. cost. » 1970, 1640 ss., 1643). Questo « principio » è stato invocato soprattutto per giustificare gli spostamenti di competenza conseguenti a connessione di procedimenti (v. sent. 130/1963, 139/1971, 117/1972).

(24) Per una rassegna critica di questa giurisprudenza cfr. ora R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino 1989.

dei « principi ». Che sia un fattore da tenere in considerazione è fuori di discussione, ma vi è anche qualcosa d'altro, come risulta ovvio se solo si consideri che le disposizioni o gli enunciati legislativi hanno rilevanza sul piano dei *segni*, e non su quello dei *significati*, dove si collocano invece le norme e le loro sottoclassi (25).

Se è lecito avanzare un'ipotesi in un campo che ha già attratto i contributi più autorevoli, si potrebbe supporre che nella tecnica di interpretazione costituzionale, soprattutto in presenza di disposizioni che definiscono le posizioni giuridiche soggettive, assuma un ruolo preminente (e prevalente, rispetto alle considerazioni impennate sulla struttura linguistica degli enunciati costituzionali) il rapporto che la Corte istituisce tra esse ed il sistema normativo subcostituzionale.

È tipico della disciplina costituzionale dei « diritti », infatti, dettare norme che possono dirsi « assolute » nel senso etimologico della parola, fraseggiate cioè senza alcun riferimento, legame o condizionamento derivante dal resto dell'ordinamento giuridico (la stessa riserva di legge opera, in fondo, come riferimento ad una determinata *forma* di produzione normativa, non già ad una specifica norma dell'ordinamento positivo). Talvolta si tratta di principi dalla forte connotazione « politica », di norme programmatiche che — per definizione, si potrebbe dire — non hanno ancora avuto attuazione legislativa, ma si pongono da subito con l'ordinamento subcostituzionale in un rapporto « negativo », di potenziale tensione (26). In altri casi — dei quali la disposizione dell' art. 25, 1° può considerarsi emblematica — gli

(25) Infatti, « che i principi... siano norme comporta, oltre alla loro precettività, la loro rilevanza nell'ambito dei significati, e non degli enunciati. Cioè, non è nell'ambito della disposizione di legge che si può distinguere tra le regole e i principi, ma nell'ambito dei significati di queste disposizioni »: L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in « Riv. int. fil. dir. » 1985, 65 ss., 71. Per la fondamentale distinzione tra disposizione e norma si rinvia agli scritti di V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Encicl. dir.*, XIII, e *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 39 ss.; cui *adde* ora, con significative correzioni della nozioni introdotte da Crisafulli, R. GUASTINI, *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, in *Lezioni di tecnica legislativa*, a cura di S. Bartole, Padova 1988, 41 ss.; *Id.*, *Disposizione vs. norma*, in « Giur. cost. » 1989, II, 3 ss.; *Id.*, *Dalle fonti alle norme*, cit., 1533.

(26) Sulla funzione « negativa » delle norme costituzionali « programmatiche », cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 49, 52, 55 ss.

enunciati costituzionali esprimono « principi » che appartengono ad una lunga tradizione culturale, e che si trovano perciò già « concretizzati » nell'ordinamento positivo per mezzo di regole, più o meno numerose, più o meno coerenti tra loro e con la norma costituzionale. Spesso, ancora, la Costituzione usa termini cui corrispondono nozioni ed istituti già ben consolidati nell'ordinamento, anche se solo in settori limitati, o semplicemente « tocca » materie su cui insistono corpi normativi sistematici e assestati.

La situazione è, dunque, la seguente: si possono riscontrare in Costituzione *disposizioni* che per struttura espressiva potrebbero dirsi, ricorrendo al linguaggio in uso nel diritto comunitario, « precise », « autosufficienti », « immediatamente applicabili », ed altre nelle quali invece tali caratteristiche sembrano assenti; vi sono poi disposizioni che, per ragioni varie, hanno un forte potere evocativo di norme ed istituti dell'ordinamento giuridico subcostituzionale o di suoi singoli settori, ed altre che non l'hanno; ma tra i due ordini di caratteristiche individuati non si può stabilire alcuna relazione necessaria.

La solidità del nesso tra disposizione costituzionale e legislazione ordinaria non manca di riflettersi sui *significati normativi* che vengono assegnati alla disposizione stessa: è un'operazione interpretativa che sfrutta l'estensione del criterio sistematico all'interpretazione della Costituzione, e che tende perciò ad attenuare il carattere « assoluto » degli enunciati costituzionali. La Corte costituzionale ricorre con frequenza a questo criterio ermeneutico — il « principio generale che le norme della Costituzione non vanno considerate isolatamente, bensì coordinate fra loro, *onde ricavarne lo spirito* al quale la Costituzione si è informata e secondo il quale deve essere interpretata » (27) — e se ne vedranno subito alcuni esempi: ma ciò che interessa mettere in luce per primo è che la lettura « sistematica » degli enunciati costituzionali, sia che porti a collegare tra loro le norme della Costituzione, sia che instauri un rapporto tra queste e la legislazione ordinaria, tende comunque a ridurre di molto l'area delle « regole » costituzionali e ad estendere corrispondentemente quella dei « principi ».

Si può avanzare perciò l'ipotesi che la Corte costituzionale, quando tratta un enunciato costituzionale fraseggiato in modo da esprimere

(27) Sent. 121/1957 (in « Giur. cost. » 1957, 1092 ss., 1099).

« regole », come fosse, viceversa, un « principio », stia compiendo una deliberata operazione di interpretazione sistematica del testo costituzionale, che ha lo scopo immediato (gli altri qui non interessano) di colmare lo iato che, per il carattere « assoluto » della norma costituzionale, si è formato tra questa ed il resto dell'ordinamento normativo. Ciò può avvenire in due direzioni diverse, entrambe rilevanti per questo studio.

4. *L'interpretazione delle disposizioni costituzionali « alla luce » della legislazione ordinaria.*

A) Per un primo verso, l'interpretazione sistematica può postulare un collegamento tra enunciato costituzionale e normazione ordinaria. Il collegamento è bidirezionale: in un senso può indurre la Corte - ma anche gli altri giudici (28) - a scegliere, tra le interpretazioni possibili di un enunciato legislativo subcostituzionale, quello più conforme ai principi costituzionali: perché, come ha precisato la Corte stessa in una recente sentenza (29), « l'interpretazione secondo Costituzione (c.d.

(28) Che gli atti amministrativi debbano essere interpretati nel senso più conforme alle fonti superiori è, per esempio, un canone indiscusso della giurisprudenza del Consiglio di Stato: v. sez. IV, 15 aprile 1980, n. 399, 13 dicembre 1977, n. 1195, 7 giugno 1977, n. 578, 26 ottobre 1976, n. 964, 23 giugno 1972, n. 575; sez. V 11 luglio 1975, n. 1024; Ad.pl. 14 aprile 1972, n. 5 ecc. (le decisioni citate si possono leggere in « Cons. Stato », rispettivamente: 1980, I, 466; 1977, I, 1879; *ivi*, 926; 1976, I, 1025; 1972, I, 947; 1975, I, 903; 1972, I, 527).

(29) Sent. 823/1988, in « *Giur. cost.* » 1988, I, 3881 ss., 3887 s. Talvolta, quando la questione proposta investe il principio di eguaglianza, l'interpretazione adeguatrice è giustificata in nome del criterio di ragionevolezza: « il postulato della ragionevolezza del legislatore impone di escludere l'interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo ad una norma assurda o irragionevole fino a quando non sia stata accuratamente esplorata, con esito negativo, la possibilità di altri significati compatibili sia col tenore del testo sia col principio dell'art. 3 della Costituzione » (sent. 298/1990, in « *Giur. cost.* » 1990, 1853 ss., 1855 s.). Esistono poi casi di applicazione « motorizzata » di principi costituzionali, con funzione di integrazione delle fattispecie ordinarie, in settori nei quali la giurisprudenza costituzionale si è ripetuta e consolidata. Eccone un esempio in tema di diritto alla difesa, in cui la questione è rigettata in applicazione di questa massima, che esprime un canone interpretativo abbondantemente corroborato dai precedenti giurisprudenziali: « tutte le norme le quali prevedano responsabilità di soggetti dell'ordinamento, salvo che non escludano espressamente la possibilità di agire in giudizio (nel qual caso palese sarebbe la loro illegittimità costituzionale), devono essere interpretate nel senso che sia data la possibilità al soggetto onerato di avvalersi

interpretazione adeguatrice) è momento costitutivo normale di ogni interpretazione: conseguentemente, come più volte ribadito da questa Corte, tra due interpretazioni, l'una conforme e l'altra contrastante con la Costituzione, va certamente preferita la prima ». Viene così valorizzata quella « efficacia interpretativa » che già Crisafulli (30) assegnava a tutti i principi costituzionali, e in nome della quale sono state pronunciate le tante sentenze « interpretative di rigetto » con cui la Corte è riuscita ad adeguare alla Costituzione le norme legislative ordinarie, senza doverle cancellare dall'ordinamento.

Ma accanto a questo ormai classico canone della *verfassungskonforme Auslegung* delle leggi (31), e spesso strettamente intrecciato con esso (32), si è affermato un altro canone, opposto e eguale, che si potrebbe chiamare, per assonanza, *gesetzeskonforme Auslegung* della Costituzione (33). La sua applicazione ha varie manifestazioni.

della tutela giurisdizionale prevista dall'art 24 Cost. come diritto inviolabile » (sent. 184/1989, in « *Giur. cost.* » 1989, I, 849 ss., 853).

(30) *La Costituzione*, cit., 75-79.

(31) È un argomento su cui la letteratura è vasta: tra i contributi più recenti, cfr. L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte cost.* (ott. 81- lugl. 85), in *Scritti in onore di V. Crisafulli* I, Padova 1985, 299 ss. (spec. 307-310, in cui si confrontano le prassi giudiziarie italiana e tedesca); G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte cost.*, *ivi*, 755 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Encicl. dir.* XXXVI, 651 ss. Molto utile, per riferimenti ulteriori a dottrina e giurisprudenza costituzionale, è la nota redazionale alla sent. 71/1987, in « *Giur. cost.* » 1987, I, 575-578. Nella letteratura tedesca più recente, cfr., in senso nettamente critico, K.A. BETTERMANN, *Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*, Heidelberg 1986, 24-26 (il quale, contestando la natura interpretativa di questa operazione — *falsa demonstratio* — la definisce « eine praeterkonstitutionelle Form der Normenkontrolle »).

(32) Un buon esempio di questo intreccio tra interpretazione della legge conforme a Costituzione, e interpretazione della Costituzione conforme alle leggi si trova in questo passo della sent. 210/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I), in tema di danno biologico: « Va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende cioè ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali... Ne deriva la repressione del danno ambientale... che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione ».

(33) Su cui va ricordato il fondamentale contributo di W. LEISNER, *Von der*

Aa) L'applicazione più semplice si ha nella ricerca del significato da assegnare alle espressioni impiegate dalla Costituzione nel corpo di nozioni elaborate nelle discipline di settore (34). Qualche esempio, tra i molti che la giurisprudenza costituzionale può fornire: non vi è una nozione costituzionale unitaria di 'famiglia', ma v'è ne una che « comunica » con il sistema previdenziale (e con esso si evolve) (35), ed un'altra relativa ai rapporti privati (36); la nozione di 'pubblica sicurezza' di cui all' art. 13, 3°, è letta alla luce dell'art. 242 del vecchio codice di procedura penale, in modo da ricomprendere tra i « provvedimenti provvisori » di restrizione della libertà personale anche l'arresto in fragranza da parte dei privati (37); che il concetto di 'responsabilità' implichi quello di capacità di intendere e di volere è confermato dalla dottrina penalistica e dalla sistematica del codice penale (38); è solo discutibile che le nozioni di 'domicilio' impiegate, rispettivamente, dalla Costituzione e dalla legge penale abbiano estensione diversa (39),

Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung, Tübingen 1964, cui adde O. MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?*, Berlin 1971. Osserva Leisner (pagg. 19-23), in particolare, che il « Kryptovorgang von unten nach oben » è favorito dall'adozione di metodi d'interpretazione, quale appunto quello logico-sistematico, che non sono affatto tipici del diritto costituzionale, e che operano nel senso di produrre una tecnicizzazione del linguaggio della Costituzione laddove è assente una forte, autonoma teoria costituzionale.

(34) Su questo aspetto cfr. G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in « *Giur. cost.* » 1970, 904 ss., 913-915, il quale però distingue diverse ipotesi di collegamento tra nozioni costituzionale e nozione legislative, diversamente valutando l'ammissibilità di esso.

(35) Come si arguisce dalla recente sent. 286/1987, in cui si spiega che la nozione di 'famiglia previdenziale' « non è quella ristretta alla famiglia che si costituisce con il matrimonio, con i vincoli di consanguineità e di affinità », ma fa riferimento alla « vivenza a carico » (in « *Giur. cost.* », 1987, I, 2242).

(36) Per uno specifico riferimento, nella definizione della nozione di famiglia legittima, alla legislazione ordinaria e alla « stessa sistematica del codice civile », si veda la sent. 79/1969, in « *Giur. cost.* » 1969, 1133 ss., 1138.

(37) Sent. 89/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 1119 ss.).

(38) In questo senso si veda la sent. 128/1987, in « *Giur. cost.* » 1987, I, 898 ss., 904.

(39) Sent. 88/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 682 ss., 686). Come è noto, in dottrina prevale un'interpretazione estensiva del concetto penalistico di 'domicilio', tale da avvicinarlo assai a quello che la dottrina stessa ricostruisce come la nozione espressa dall'art. 14 Cost.: cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 154 s.

e talvolta è affiorata anzi l'idea che fosse la nozione civilistica a determinare il significato della disposizione costituzionale (40); il termine 'stampa' « è entrato da decenni nell'uso comune, è un nome tecnico, e come tale fu assunto nella norma costituzionale », come dimostra la legge sulla stampa (41); la « iniziativa economica » che l'art. 41, 1° Cost. garantisce, coincide con l'attività inclusa nel concetto di 'imprenditore' ex art. 2082 c. civ. (42); l'eguaglianza tra coniugi va vista nell'equilibrio di vantaggi e obblighi reciproci che istituisce il vigente codice civile (43); l'istituto dell'espropriazione « è stato assunto nella Costituzione secondo l'evoluzione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale che ha subito nel corso del tempo » (44); « un criterio rilevante » per l'interpretazione della locuzione « conservazione del posto » di cui all'art. 51, u.c. Cost., è offerto dalle leggi precedenti e seguenti la Costituzione, compreso lo Statuto dei pubblici impiegati (45); il principio fissato dall'art. 806, 1° c.p.c., circa la scelta delle parti di servirsi di un arbitro, « assume il carattere di un principio generale, costituzionalmente garantito » (46); il significato del termine 'istituti' impiegato dall'art. 24, 3° Cost., va desunto dal comune linguaggio legislativo e giuridico (47); il fatto che « il terzo comma dell'art. 25, nella larghezza dei suoi termini, lascia ferma la disposizione dell'art. 200 c.p., in forza della quale « le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione », appare un buon argomento per negare che la disposizione costituzionale estenda il c.d. « principio di stretta legalità » anche alle misure di

(40) Sent. 106/1975 (in « *Giur. cost.* » 1975, 1203 ss., 1208).

(41) Sent. 38/1961 (in « *Giur. cost.* » 1961, 682 ss., 693).

(42) « In realtà l'art. 41... tutela la posizione dell' imprenditore, ossia di colui che esercita un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi » (sent. 138/1984, in « *Giur. cost.* » 1984, I, 907 ss., 930): ma si tratta di un punto fermo della giurisprudenza costituzionale: cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 20-22.

(43) Sent. 144/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 1693 ss., 1705).

(44) Sent. 95/1966 (in « *Giur. cost.* » 1966, 1175 ss., 1194). Per un riferimento all'istituto dell'espropriazione, « quale risultava dalla tradizione in atto » all'epoca della Costituente (a proposito delle espropriazioni non traslative), si veda la sent. 6/1966, in « *Giur. cost.* » 1966, 72 ss., 88.

(45) Sent. 6/1960 (in « *Giur. cost.* » 1960, I, 72 ss.).

(46) Sent. 127/1977 (in « *Giur. cost.* » 1977, I, 1103 ss., 1106).

(47) Sent. 114/1964 (in « *Giur. cost.* » 1964, 1163 ss., 1174).

sicurezza (48); per determinare se il c.d. « condono edilizio » rientri nella previsione dell'art. 79 Cost., è inevitabile ricostruire il concetto « classico » di amnistia sulla base dei codici penali sostanziale e di rito (49); e poi vi sono formule, come il « buon costume » nell'art. 21, che dottrina e giurisprudenza « riempiono » di significato con un occhio alle omologhe espressioni del codice civile o (assai più spesso) della legge penale (50).

Ciò non significa affatto che la Corte costituzionale abbracci la c.d. *Versteinerungstheorie* (51), cioè che ritenga « cristallizzati » i concetti ed i significati mutuati *all'origine* dalla normazione sottordinata, dalla dottrina e dalla giurisprudenza del tempo (52). All'opposto: la teoria

(48) Sent. 53/1968, in « *Giur. cost.* » 1968, 802 ss., 825.

(49) Sent. 369/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 1559 ss.).

(50) Cfr., per un quadro critico della letteratura e della giurisprudenza costituzionale sull'argomento, E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, in « *Giur. cost.* » 1971, 531, 544 ss. Per una netta affermazione della coincidenza tra nozione costituzionale e nozione penale si veda, nella letteratura più recente, P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 258 s. In questo senso, nella giurisprudenza più recente, si veda la sent. 1063/1988, in « *Giur. cost.* » 1988, I, 5199 ss., 5202, dove si afferma che l'art. 528 c.p. (Pubblicazioni e spettacoli osceni) « oggi assume valenza esecutiva del dovere costituzionale contenuto nell'ultima parte dell'art. 21 Cost. »

(51) Cfr., con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca in tema di riparto di competenze Bund-Länder, F. ERMACORA, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz-Wien-Köln 1956, 148-150; H. SCHÄFFER, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, Wien-New York 1971, 97 ss.; Ch. BINDER, *Metodi di interpretazione costituzionale: l'interpretazione degli articoli della Costituzione austriaca sulle competenze degli Stati e della Federazione da un punto di vista federalistico*, in « *Le Regioni* » 1986, 866 ss., 877-880.

(52) In questo senso, con riferimento alle « materie » di competenza regionale (che è poi, almeno in Austria, il terreno su cui si è sviluppata la *Versteinerungstheorie*), M. MAZZIOTTI, *Studi sulla potestà legislativa regionale*, Milano 1961, 132 (ma solo per un accenno indiretto); A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma 1974, 118-121; con riferimento alla nozione di « proprietà », S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano 1986, 72-97. Sebbene il riferimento alla « tradizione giuridica » contemporanea al Costituente non è affatto escluso dallo strumentario argomentativo cui attinge la Corte costituzionale (e compare in non poche delle sentenze appena citate), non si può certo dire che esso si sia affermato come canone interpretativo prevalente, neppure per la definizione delle « materie » di competenza regionale. Anzi, a questo proposito, per uno esplicito rifiuto della tesi « che il significato dei termini cui si fa riferimento resti ancorato al momento dell'adozione della norma costituzionale di cui si tratta », si può leggere nella sent. 211/1988, in « *Giur. cost.* » 1988, I, 795, a

della *Versteinerung* coglie solo una parte del problema, quella, per così dire, « statica », o storica. È vero che l'assunzione nel contesto dei significati attribuiti agli enunciati costituzionali di nozioni tratte dalla legislazione di settore comporta un « rafforzamento » di questi concetti: ma non sembra che si possa parlare di una loro « cristallizzazione », se non si vuole fare torto alle potenzialità dinamiche di questa tecnica interpretativa — potenzialità di cui la Corte costituzionale italiana sembra ben consapevole. Se è lecito avvalersi delle immagini della teoria degli ordinamenti, si potrebbe dire che il collegamento sistematico tra l'« ordinamento » costituzionale e l'« ordinamento » di settore opera nelle forme di un rinvio « mobile » ai concetti di quest'ultimo, consentendo che le innovazioni normative che intervengono a livello di legislazione ordinaria riflettano il loro spirito innovatore anche sul piano costituzionale (53).

proposito dell'assistenza sanitaria, oppure (con riferimento al termine 'caccia', che « non può essere inteso secondo un'accezione fissa ed immutabile, bensì con criteri evolutivi, ciò che per il resto vale per ogni disposizione costituzionale e particolarmente nella definizione delle materie attribuite alle competenze regionali ») nella sent. 63/1990, in « *Giur. cost.* » 1990, 247 ss., 255. In generale, sulla « fallacia » dell'*originalism*, come tendenza ad interpretare le norme della Costituzione americana nel senso più rigorosamente fedele all'intento dei Costituenti, si vedano le dure ma acute critiche di F. SCHAUER, *An Essay on Constitutional Language*, in 29 « *UCLA L. R.* » 1982, 797 ss., 804-812, che mette giustamente in risalto le contraddizioni dell'« *intentional paradigm* » che muove sostanzialmente verso la svalutazione del significato normativo del « testo »; cfr. anche R.H. FALLON, *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, in 100 « *Harv. L. Rev.* » (1987), 1189 ss., 1211-1214.

(53) Spunti in questo senso in L. PALADIN, *Territorio regionale e piattaforma continentale*, in « *Giur. cost.* » 1968, 402 ss., 410; Id., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in « *Foro amm.* » 1971, III, 3 ss., 35 s.; Id., *La riforma regionale tra teoria e prassi*, in « *Dir. soc.* » 1979, 263 ss., 273. Che questa sia la strada praticata dalla Corte costituzionale — sempre in riferimento al problema della definizione delle « materie » di competenza regionale — lo mostrano (oltre alle recenti sentenze citate nella nota precedente) i dati raccolti da A. CERRI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sui rapporti fra Stato e regioni dal luglio 1981 al luglio 1986: linee di tendenza e problemi aperti*, in « *Le Regioni* » 1987, 9 ss.; G. ROLLA, *La determinazione delle materie di competenza regionale nella giurisprudenza costituzionale*, in « *Le Regioni* » 1982, 100 ss.; Id., *La commissione per le questioni regionali nei rapporti tra stato e regioni*, Milano 1979, 42 ss. Anche al di fuori dell'ambito delle « materie regionali », nega che la *Versteinerungstheorie* si sia affermata in Italia come criterio d'interpretazione delle nozioni costituzionali A. CERRI, *Profili costituzionali del sistema pensionistico*, in « *Dir. soc.* » 1983, 275 ss., 298 s., che giustamente mette in evidenza invece l'importanza che nel giudizio della Corte svolge

Che questa tecnica di interpretazione possa sconvolgere una certa immagine « *strict constructivist* » della Costituzione rigida è comprensibile, ma, sul piano descrittivo, non si possono ignorare i meccanismi che la Corte costituzionale ha elaborato per garantire un certo grado di osmosi tra norme costituzionali e ordinamento subcostituzionale. Laddove la costituzione ponga un « programma », l'innovazione legislativa (che a quel programma sia conforme, s'intende) segna un « punto di non ritorno » nell'interpretazione dei contenuti della norma costituzionale, come poi si vedrà (*sub Ac*). Laddove il principio costituzionale è invece già ricollegabile alla normativa ordinaria, altri sono i meccanismi interpretativi che assicurano l'efficienza del collegamento. La giurisprudenza costituzionale ha elaborato tutta una serie di figure e « luoghi » argomentativi che servono a questo scopo: dalla teoria del « diritto vivente » al sindacato sugli « anacronismi » legislativi, quasi (ma non) sempre attraverso il fondamentale e pervasivo ruolo di ricomposizione sistematica che svolge il sindacato condotto alla stregua del principio di eguaglianza (par. 10), è costante — sembra — lo sforzo di non interrompere i legami tra i due ordinamenti, in modo che le evoluzioni dell'uno svecchino le categorie dell'altro, ma anche che, nel verso opposto, i principi del secondo impongano la coerenza sistematica nello sviluppo del primo (54).

la *ratio* della legge sottoposta al suo sindacato, contrapponendo la dinamicità dell'evoluzione legislativa alla « pietrificazione » dei concetti costituzionali. Più in generale, sul carattere eminentemente evolutivo dell'interpretazione costituzionale cfr. F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, 143 ss., 193-202.

(54) Un esempio di questa interazione è sicuramente offerto dal caso del c.d. « danno biologico », a seguito della nota sent. 184/1986 (in « *Giur. cost.* » 1986, I, 1430 ss.). La Corte ha riconosciuto la risarcibilità del danno patrimoniale derivante dalla lesione di un diritto costituzionale qual'è la salute, recependo un'indirizzo giurisprudenziale che si andava consolidando nella giurisprudenza civile e « restituendo » alla giurisprudenza ordinaria un programma di « rilettura costituzionale di tutto il sistema codicistico dell'illecito civile » per adeguarlo a Costituzione (punto 16 del « Considerato in diritto »). Giuste quindi le osservazioni di P.G. MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico* (« *Staatsrecht vergeht, Privatrecht besteht* »), in « *Foro it.* » 1986, I, 2976 ss., a cui però sembrano sfuggire, forse perché il prisma della propria disciplina tende a deformare la percezione della realtà, la *normalità* del fenomeno (che certo non interessa il solo diritto privato, basti pensare alla ricchezza degli scambi, per es., con il diritto penale sostanziale e processuale, o con il diritto amministrativo) e, soprattutto, la *bilateralità* dello scambio.

Ab) Più complessa (e spesso criticata, per la tendenziale sovrapposizione che essa provoca tra *oggetto* e *parametro* della questione di legittimità) è l'operazione di attenuare il rigore dell'enunciato costituzionale, per « normalizzarlo » con gli istituti disciplinati dalla legislazione ordinaria (ovviamente a questo risultato si può approdare anche operando sulle definizioni, come si è appena visto): è quanto accaduto al canone del « giudice naturale », ma anche a tante altre norme costituzionali non meno « precise » nella loro struttura lessicale e cruciali nel sistema di garanzia dei diritti fondamentali. Si pensi a quale attenuazione interpretativa abbia subito il risvolto « negativo » della libertà di associazione, per adeguarne il « principio » (e non già la « regola ») alla legislazione vigente in tema di albi professionali (55); oppure a come l'*onere del privato*, cui è sottoposto l'esercizio del diritto d'espatrio (il rispetto degli « obblighi di legge »), sia stato trasformato in *facoltà delle autorità* di disciplinare l'esercizio del diritto — « in relazione ai molteplici interessi di carattere generale » che lo Stato ha in cura — ed anche di vietarlo con minaccia di sanzione penale (56); ecc.

Le ragioni *pratiche* che spingono la Corte su questa strada (che ha come risultato *pratico* evidente la salvaguardia dell'ordinamento vigente) non assumono qui alcun rilievo: merita invece sottolineare come questo metodo tenda ad uniformare i canoni ed i procedimenti erme-

(55) Nella sent. 69/1962 (in « *Giur. cost.* » 1962, 754 ss.), per es., l'interpretazione « nel contesto storico » permette sì alla Corte di accreditare il riconoscimento della libertà « negativa » (per altro ovvio), ma temperandolo con il parallelo riconoscimento allo Stato del potere di obbligare i privati ad associarsi per « assicurare il raggiungimento e la tutela di determinati fini pubblici ». Del diritto, così « funzionalizzato », vengono poi riscritti i limiti di tutela, affermando che esso sarebbe illegittimamente violato laddove con l'obbligo di associarsi « si violi un *diritto* o una *libertà* o un *principio costituzionalmente garantito* » (il che fa pensare — come poi ha infatti confermato la Corte nella sent. 40/1982 — che il « principio » sancito dall'art. 18 sia « bilanciato » dal « fine pubblico » perseguito dallo Stato, su cui potrebbe indirettamente prevalere solo a condizione che entri in gioco altro interesse costituzionalmente protetto), oppure che il motivo addotto si riveli arbitrario. Una recente applicazione di questi canoni si ritrova nella sent. 239/1984 (in « *Giur. cost.* » 1984, I, 1727 ss.), ove si ritiene, citando appunto la sent. 69/1962, che l'appartenenza obbligatoria degli israeliti alla Comunità sia lesiva della « libertà di adesione » proprio perché esso comporta violazione di un altro principio garantito dalla Costituzione, il principio di eguaglianza.

(56) Sent. 34/1957 (in « *Giur. cost.* » 1957, 433 ss., 437): sui rapporti tra questa decisione e la legislazione allora vigente cfr. G. AMATO, *Commento all' art. 16*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 133 ss.

neutici validi per il testo costituzionale a quelli generalmente accreditati per l'interpretazione delle leggi, consentendo alla Corte di operare in relazione al primo con la stessa discrezionalità interpretativa che, in relazione alle seconde, caratterizza il giudice ordinario.

Così, per esempio, la disposizione dell'art. 13, citata in precedenza come modello di enunciato costituzionale che sembra poter esprimere una « regola », viene sottoposta ad interpretazione sistematica (con riferimento ai precedenti commi dello stesso articolo) per individuarne la *ratio*, il *principio*, vale a dire il « bene » protetto: e poiché esso è riconosciuto nella tutela della persona da ogni forma di « menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio... tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus* », si conclude che non ne costituisce lesione l'ordine di rimpatrio (57). Questo procedimento crea, insomma, un doppio collegamento tra disposizione costituzionale e disposizione legislativa: *sul piano interpretativo*, alla prima si tende ad ascrivere un significato compatibile con la seconda, mentre *sul piano metodologico*, all'interpretazione della prima si tende ad applicare i canoni accreditati per l'interpretazione della seconda (opzione metodologica la cui bontà non è affatto scontata) (58) — con il rilevante risultato, sotto questo secondo profilo, di introdurre anche nell'interpretazione del testo costituzionale la tecnica di desumere « principi »

(57) Sent. 68/1964 (in « *Giur. cost.* » 1964, 715 ss., 727).

(58) Si rileggano le osservazioni critiche di W. LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit* cit., 20 ss. Nella letteratura italiana, l'opinione a favore dell'estensione alla Costituzione delle regole sull'interpretazione fissate dalle disposizioni preliminari del Cod. civ. è forse prevalente, ma certo non pacifica (come ritiene invece R. GUASTINI, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino 1985, 118). In questo senso si è espresso per esempio pur calcando l'aspetto « politico » del testo costituzionale, e l'esigenza perciò di un certo adeguamento dell'attività dell'interprete, F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., e, con riferimento all'esperienza nel frattempo maturata dalla Corte costituzionale, Id., *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, in « *Giur. cost.* » 1962, I, 550 ss. *Contra*, ad esempio, C. CARBONE, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Padova 1951, 35; G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione* cit., 912 s.; in senso contrario si esprimono anche gli autori favorevoli alla *Versteinerungstheorie* (v. *supra*, sub Aa), come A. D'ATENA, *L'autonomia*, cit., 118 s. (e nota 135), e S. MANGIAMELI, *La proprietà*, cit., 77 ss. (nota 63).

Più in generale, diversi motivi per differenziare le metodologie interpretative sono suggeriti da S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Digesto it. - Diritto pubblico*, par. 7, 9 e 10.

(lo « spirito » cui accennava la sentenza 121/1957 citata in precedenza) da disposizioni cui pure sembrerebbero riconducibili « regole » (59).

A) Un'ulteriore e più evidente ipotesi di interpretazione del testo costituzionale alla stregua della legislazione ordinaria si può trovare in quella giurisprudenza che espande i contenuti della garanzia prestata « in via di *principio* » dalla Costituzione con la stessa progressione con cui l'ordinamento li traduce in *regole* legislative.

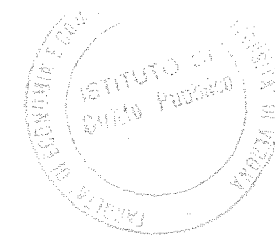
È un metodo interpretativo esplicitamente accreditato, per esempio, nella sent. 6/1987 (60), a proposito dei principi costituzionali di eguaglianza tra i coniugi, che, « avendo ispirato e guidato la legge riformatrice, sono in certa misura più esigentemente precettivi che non in precedenza »; oppure dalla sent. 1/1987 (61), in relazione alla nuova normativa sulla tutela delle lavoratrici madre, la quale — seguendo un nuovo indirizzo, più sensibile alla tutela degli interessi del bambino — « amplia la gamma dei valori costituzionali perseguiti », riconducendo diritti nuovi sotto l'egida delle norme costituzionali; o, ancora, dalla sent. 286/1987 (62), che, in considerazione dell'« evoluzione dell'istituto della pensione di reversibilità » e della « più incisiva generalizza-

(59) Su questo procedimento cfr. R. GUASTINI, *Sui principi*, cit., 613 s.: per un'applicazione tipica, in tema di monopolio televisivo — correlazione delle diverse norme costituzionali (21, 33, 41, 43) « in un sistema organico », per utilizzare il « principio risultante da tale correlazione » - cfr. F. PIERANDREI, *La televisione in giudizio davanti alla Corte costituzionale*, in « *Riv. dir. comm.* » 1961, II, 161 ss., ora anche in *Scritti di diritto costituzionale*, II, cit., 489 ss., 495. Che questo metodo sia praticato dalla Corte costituzionale con riferimento alle norme della Costituzione è confermato da quelle decisioni che hanno indicato nei « principi supremi » o « fondamentali » dell'ordinamento costituzionale, « desumibili dai parametri costituzionali indicati dal giudice *a quo* » (sent. 18/1982, in « *Giur. cost.* » 1982, I, 138 ss.), il limite all'immissione nel nostro ordinamento di norme provenienti da ordinamenti esterni: cfr. S. BARTOLE, *Principi del diritto*, in *Encicl. dir.* XXXV, 509 s.

(60) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 49.

(61) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 17.

(62) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 2240. Aggiunge la Corte che la pensione di reversibilità è considerata « ormai come una forma di tutela previdenziale ed uno strumento necessario per il perseguimento dell'interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno ed alla garanzia di quelle minime condizioni economiche e sociali che consentono l'effettivo godimento dei diritti civili e politici (art. 3, 2° Cost.) con una riserva, costituzionalmente riconosciuta, a favore del lavoratore, di un trattamento preferenziale (art. 38, 2°) rispetto alla generalità dei cittadini (38, 1°) » (p. 2241).



zione del principio di solidarietà (artt. 3 e 38 Cost.) — confermata anche dall' « espansione della linea di tendenza alla unificazione o, quanto meno, alla equiparazione dei regimi pensionistici dei lavoratori pubblici e privati, (e dal)l'evoluzione della disciplina legislativa dei rapporti tra i coniugi in caso di scioglimento del matrimonio » — è indotta all'*overruling*, ampliando i contorni della tutela costituzionale riconosciuti in precedenza, in proporzione all'espansione dei « diritti » riconosciuti dalla legislazione ordinaria (63).

Del ruolo che in quest'ultimo procedimento interpretativo svolge il principio di eguaglianza (e, in particolare, la figura argomentativa dell' « anacronismo legislativo » (64)) si dirà in seguito: qui serve solo sottolineare che anche questo aspetto del procedimento di « interpretazione sistematica », cui è sottoposto il testo costituzionale, produce il risultato di imputare alle disposizioni costituzionali significati desunti dalla legislazione ordinaria.

5. Continua: dalle « regole » ai « principi ».

Quale sia il modo di manifestarsi, il procedimento di interpretazione sistematica del testo costituzionale « alla luce » della legislazione ordinaria comporta l'attenuazione, nelle « norme » prodotte in forza di quel procedimento, delle caratteristiche di « regola », ed una proporzionale accentuazione delle caratteristiche di « principio », anche laddove la struttura dell'enunciato costituzionale avrebbe consentito di pronosticare il risultato opposto.

Nel terzo caso (*sub* Ac), ciò risulta perfettamente coerente, poiché si ha a che fare con « norme programmatiche » della Costituzione, le quali, come già prevedeva Crisafulli (65), sono destinate ad una « au-

(63) Per una valorizzazione teorica di questo procedimento argomentativo cfr. M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, I, Milano 1974, spec. 264 ss.

(64) Sulla quale cfr. A. CERRI, *L'eguaglianza* cit., 99 (nota 62), e *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo ecc.*, in « *Le Regioni* » 1981, 733 ss. (con indicazioni di giurisprudenza alla nota 1); nonché, per ulteriori indicazioni di giurisprudenza, R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 316-318.

(65) *La Costituzione*, cit., 37.

tomatica » trasformazione in norme cogenti a seguito dell'evolversi dell'ordinamento in conformità (ed in attuazione) della Costituzione.

Il trasferimento di significati dalla legislazione ordinaria alla Costituzione produce, in questo caso, il risultato di potenziare la « normatività » del testo costituzionale, laddove in esso la protezione di determinati interessi sia un « programma » non pienamente concretizzato.

Nel primo caso (*sub* Aa), invece, l'operazione definitoria intrapresa dalla Corte è destinata a produrre effetti assai rilevanti sul piano dell'individuazione stessa degli interessi e dei beni a cui si estende la garanzia costituzionale. A differenza di quanto avviene in altri contesti linguistici, le definizioni legislative non hanno il compito di esprimere « verità », ma « norme » (66): sono nozioni che « servono a *qualificare* cose, proprietà e relazioni *secondo norme e valori* », come è proprio dei concetti giuridici « qualificatori » (67), o « sistematici » (68). Il trasferimento di una nozione dalla legislazione di settore al testo costituzionale, per « riempire » di significato qualche enunciato di questa, comporta quindi che un certo assetto normativo degli interessi concorrenti, qual'è definito dalla « nozione » posta dalla legislazione ordinaria, venga sovrapposto all'assetto degli interessi determinato dalla clausola costituzionale. È chiaro che questa operazione può essere acconsentita solo a condizione che si ritenga la disposizione costituzionale incapace di per sé di determinare un assetto preciso degli interessi in gioco: che la si accrediti, vale a dire, come « principio », non come « regola ».

Ne segue allora che la Corte compie, anche in questo caso, operazioni identiche a quelle classificate e descritte *sub* Ab: dalla disposizione costituzionale (quand'anche fraseggiata come si pensa lo siano gli enunciati legislativi produttivi di « regole »), si estrae la *ratio*, il « principio », che poi si mette a confronto con la *ratio* della norma

(66) Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., 220 ss.

(67) Cfr. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino 1959, 75 ss., di cui è anche la citazione che precede (p. 75: il corsivo è aggiunto).

(68) Cfr. A. ROSS, *Definition in legal language*, in *Logique et analyse* 1958, tr. it. in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano 1976, 199 ss., 213, il quale osserva che i termini sistematici (il riferimento specifico è alla nozione di *propriété* di cui all'art. 544 del *Code civil*) « funzionano come strumento nella formulazione di regole giuridiche », rappresentando « una speciale tecnica legislativa, una tecnica caratterizzata da un alto grado di astrazione e sistematicità, che integra concettualmente molte regole giuridiche atomiche in formazioni molecolari assai complesse ».

impugnata, dedotta dalla legislazione ordinaria con procedimento del tutto analogo. Sono predisposte così le premesse per il giudizio di compatibilità tra le due norme, il cui esito potrà essere o il rigetto puro e semplice della questione di legittimità (spesso in virtù di un'interpretazione « adeguatrice » del parametro costituzionale alla legislazione ordinaria), o un rigetto « interpretativo » (grazie ad un'interpretazione « conforme a Costituzione » della disposizione impugnata, il che non esclude ovviamente che anche in questo caso si proceda parallelamente, per aumentare il grado di compatibilità dei termini a confronto, ad un'interpretazione « adeguatrice » del testo costituzionale), o, infine, l'accoglimento, con una delle varie formule che la prassi costituzionale conosce.

6. *Le connessioni reciproche tra norme costituzionali.*

B) L'altra operazione con cui la Corte può procedere ad attenuare il carattere « assoluto » dell'enunciazione costituzionale dei diritti è l'interpretazione sistematica del *testo costituzionale*. È un canone esplicito e « indubbio » della giurisprudenza costituzionale « quello relativo alla lettura sistematica di norme costituzionali, qualora un precetto possa trovare la sua integrazione, a pari livello, con altra disposizione » (69): un canone che non può non essere accreditato in un sistema caratterizzato da una Costituzione « lunga » in cui trovano riconoscimento contestuale « valori » appartenenti a tradizioni politico-culturali differenti, se non opposte, la conciliazione tra i quali è lasciata, appunto, all'attuazione ed all'applicazione dei « principi » costituzionali.

Talvolta il procedimento interpretativo dominato da questo canone serve a delineare un nucleo coerente di principi che sembra dotato di maggior resistenza delle singole disposizioni da cui essi vengono derivati (70); in altri casi si vuole invece individuare la copertura costitu-

(69) Sent. 290/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 2269 ss., 2277).

(70) Così, per esempio, nella sent. 114/1979 (in « *Giur. cost.* » 1979, I, 803 ss.) si afferma che il riconoscimento al Ministro di poteri relativi alla sospensione della esecuzione della pena, quando l'ordine di carcerazione sia stato già eseguito, di condannato che versi in condizioni di grave infermità fisica, non contrastano solo con l'art. 13 Cost. « ma con il sistema della Costituzione » (p. 807). Un analogo procedimento interpretativo sembra praticato dalla Corte per individuare quei « principi

zionale di « diritti » il cui riconoscimento non è immediatamente imputabile ad un unico parametro costituzionale (71); ma è indubbio che l'ipotesi più frequente e interessante è quello dell'interpretazione sistematica di norme costituzionali concorrenti, ossia del loro « bilanciamento ».

Per definizione (par. 1), abbiamo a che fare, in quest'ultimo caso, con « principi ». Ma, come si è appena visto, non è detto che si tratti sempre di « principi » fraseggiati come tali dal testo costituzionale: per la stessa logica dell'applicazione all'interpretazione costituzionale dei canoni ermeneutici accreditati per l'interpretazione sistematica delle leggi (par. 4, *sub* Ab), si può trattare anche di principi « desunti » in via di interpretazione da « regole » costituzionali. Quale ne sia l'origine, il « principio » manifesta aspetti operativi, evidenziati nella definizione che si è accolta, che vanno ora chiariti, poiché costituiscono il presupposto teorico di quella particolare forma di interpretazione sistematica che è il « bilanciamento » degli interessi.

Il primo elemento della definizione di « principio » è la caratteristica di essere una norma che può essere attuata in misura graduata a seconda delle circostanze fattuali e legali. È un fattore di netta differenziazione dalle « regole », che o vengono interamente applicate o interamente disapplicate. La diversa proprietà operativa fa sì che ai principi non sia estensibile il sistema di relazioni sistematiche che sussiste invece tra le regole, delle quali disciplina le condizioni di validità e di efficacia. Non importa, data la natura convenzionale della definizione che qui si impiega, considerare quale sia la specificità strutturale (se ve n'è una) che segna la differenza tra i due tipi di norme, giustificandone il diverso comportamento (72). È appunto al comportamento che bisogna guardare.

supremi » dell'ordinamento costituzionale che rappresentano il nucleo inderogabile da parte di norme provenienti da ordinamenti esterni.

(71) Esempiare il seguente passo della già citata sent. 215/1987: « sul tema della condizione giuridica del portatore di handicaps confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale... conseguentemente, il canone ermeneutico da impiegare in siffatta materia è essenzialmente dato dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela » (la motivazione prosegue argomentando in riferimento agli artt. 34, 2°-4°, 2 e 3, 2° Cost.).

(72) Altrove (*Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 192-205) si è creduto

L'aspetto più interessante è che ai principi non sono applicabili i meccanismi che, come nella c.d. « abrogazione implicita », hanno quale presupposto — per usare la terminologia dell'art. 15 dip. prel. cod. civ. — « l'incompatibilità » delle norme: i principi non sono mai tra loro incompatibili, ma concorrenti, « ed 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 altro » (73).

Il concorso dei principi avviene in relazione alla « dimensione » del loro peso (par. 1), e non ha riflessi sul piano della validità (in senso ampio) delle norme (74). 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. Quale corollario della definizione di « principio » derivano alcune conseguenze di rilievo che vanno approfondite anche alla luce dell'esperienza giurisprudenziale della Corte costituzionale.

7. Inesistenza di gerarchie assolute tra diritti.

È stato osservato anche di recente (75) che la Corte costituzionale italiana si mostra assai più prudente di altre nell'assegnare a deter-

di poter individuare questa caratteristica nella « fattispecie », come raffigurazione astratta del fatto, intendendo così sottolineare il diverso rapporto con i « fatti » che distingue le due classi di norme. È vero che in quella sede si intendeva contrapporre le regole alle « norme programmatiche », ma, come già là si avvertiva (p. 196), non vi sono ragioni per distinguere queste ultime da altre classi di « principi », almeno da quelli che si esauriscono nella assegnazione di un *favor* per qualche interesse.

(73) L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione* cit., 78.

(74) « Regelnkonflikte spielen sich in der Dimension der Geltung ab, Prinzipienkollisionen finden, da nur geltende Prinzipien kollidieren können, jenseits der Dimension der Geltung in der Dimension des Gewichts statt »: R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, cit., 79.

(75) Cfr. A. PACE, *Corte costituzionale e « altri » giudici, tra « garantismo » e « sensibilità politica »*, in *Scritti Crisafulli*, cit., I, 587 ss., 590 s.; Id., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici « comuni »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 685 s.; A. CERRI, *Il « principio »* cit., 1806; A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 125 ss., 135-140 (dove pure si mettono in luce i tentativi della Corte di giungere, nella singola ponderazione degli interessi, a graduazioni di essi); F. MODU-

minati interessi posizioni di prevalenza nel catalogo dei valori costituzionali: non vengono accreditati canoni interpretativi analoghi alla dottrina americana della « *preferred position* », né vengono omologate graduatorie di valori definitivamente disposti secondo un « ordine obiettivo » che valga « per tutti i settori del diritto », come pure ha accennato a fare il *Bundesverfassungsgericht* (76).

Questo atteggiamento è perfettamente coerente ed adeguato al significato di « principio » che esprimono le enunciazioni costituzionali dei diritti. Così come *in astratto* i principi non sono mai in posizione di reciproca incompatibilità logica (77), *in astratto* non è neppure possibile stabilire tra essi alcun ordine di precedenza. Anche quando la Corte costituzionale accenna a quel « nucleo forte » dell'ordinamento costituzionale che dovrebbe essere costituito dai « principi fondamentali » (78), non intende riferirsi ad un complesso normativo predeterminabile in astratto, ma a « valori » costituzionali che verranno di volta

GNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO, A.S. AGRÒ, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino 1991 (II ed.), 247 ss., spec. 257 s.; ma già G. GROTANELLI DE SANTI, *Considerazioni sull'attività interpretativa della Corte cost.*, in « *Arch. giur.* » 1962, 80 s. Non mancano tuttavia, anche di recente, voci autorevoli a favore della graduazione gerarchica dei diritti costituzionali: si veda, per esempio, A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali*, in « *Dir. soc.* » 1990, 189 ss. (spec. 209-213).

(76) BVerfGE 7, 198 (200,205) Lüth-Urteil: va tuttavia notato che anche in questa sentenza la Corte federale giunge ad una *Güterabwägung* che tiene conto delle specifiche circostanze del caso (sulle procedure argomentative di questa decisione cfr. B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin 1976, 17-24 e, nella letteratura italiana, C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella R.F.T.*, Roma 1980, 288-291).

(77) « There exist no [such], analytically demonstrable, incompatibility *in abstracto* of principles. Collision of principles occurs only in particular cases »: A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989, 81. Osserva MacCormick (*Why Cases Have Rationes and What These Are*, in L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, 155 ss., 162), illustrando il suo concetto di « *coherence* » (sul quale v. poi la nota 45 del cap. III), che riguarda il rapporto tra una regola e i principi o valori, che « plainly this is not a matter of strict contradiction or non-contradiction, for general principles and values are such that we seek to strike a balance among their demands rather than seek some such watertight formulation of each as to ensure no conflict with any other... reasoning at the level of grand generalizations differs from reasoning at the level of lower order universals ».

(78) V. la precedente nota 59.

in volta ridefiniti in considerazione del caso in esame (79): « si deve concludere che i principi traggono giustificazione da una articolazione dei valori tutta demandata alle argomentazioni della Corte in ordine a casi concreti e restano affidati alla concretizzazione che questa ne vorrà fare con il progredire del tempo » (80).

È vero che non mancano nella giurisprudenza costituzionale affermazioni che apparirebbero invalidare ciò che si è appena detto: vi si legge, per esempio, che il « bene supremo della vita umana » esige una « tutela assoluta », perché la vita è per la persona un valore « assoluto e comunque certamente superiore a quello della stessa integrità fisica » (81). Ma si tratta, di regola, di « *Begründungsornamente* » (82), rafforzamenti retorici che possono integrare più complesse strategie argomentative, rivolte a valutare il « peso » da assegnare *nel caso specifico* agli interessi concorrenti; oppure di *obiter dicta* che il più delle volte distolgono l'attenzione dalla vera e propria *ratio decidendi* (83).

Spesso, infatti, l'assolutezza di queste affermazioni è immediatamente smentita: « Tutti i beni giuridicamente garantiti — esordisce per esempio la sent. 278/1987 (84) — devono «cedere» nei confronti di altri che assumono posizione «prioritaria» nella gerarchia dei beni tutelati: ed esiste una gerarchia tra i valori costituzionalmente garantiti, allo stesso modo come esiste una gerarchia tra i beni garantiti in via ordinaria »; ma subito dopo avverte che « si tratta, invece, di stabilire, di volta in volta, come nella specie, se un principio "generale"... trovi insuperabile ostacolo negli oggetti, generico e specifico, » tutelati da altro « principio ».

(79) Cfr. R. NANIA, *Concordato e « principi supremi » della Costituzione*, in « *Giur. cost.* » 1977, 252 ss., 256; S. BARTOLE, *Principi del diritto*, cit., 510; A. CERRI, *Il « principio »*, cit., 1826; F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi*, cit.

(80) S. BARTOLE, *Principi del diritto*, cit., 511.

(81) Sent. 7/1987, in « *Giur. cost.* » 1987, I, 50 ss., 56 e 57.

(82) Così definisce B. SCHLINK, *Abwägung*, cit., 100 ss. quelle argomentazioni del *BVerfG* che sottolineano inesistenti conflitti tra istanze generalissime, come la certezza del diritto e l'eguaglianza sostanziale, in funzione di legittimazione e di abbellimento della decisione.

(83) Sul punto si veda anche *infra*, par. 23.

(84) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 2153 ss. (le citazioni sono alle pagg. 2165 e 2167); gli interessi in gioco sono quelli tutelati dal diritto penale militare di pace e quelli connessi alle ferie giudiziarie.

Sembra piuttosto che, talvolta, anche nel linguaggio della Corte l'attributo 'assoluto', accoppiato a 'principio' o 'valore', indichi non già una particolare posizione del « diritto » in questione rispetto agli interessi potenzialmente concorrenti, ma semplicemente il modo con cui l'enunciato costituzionale è fraseggiato (par. 3): solo così si può parlare, per esempio, di un « potenziale bilanciamento tra beni protetti in assoluto » (85). Le ambiguità che pur possono insorgere a causa di questo uso terminologico, che per altro è dissociato da una vera e propria « dottrina » della Corte costituzionale (86), vengono però dissolte dal puntuale riferimento che la Corte fa, quando si trovi a stabilire ordini di precedenza tra interessi costituzionalmente rilevanti, alla « specificità del caso » o « delle circostanze », quasi a voler condizionare la portata della propria affermazione di principio alla condizione *rebus sic stantibus* (87).

8. Gerarchie formali vs. particolarità del « caso ».

Solo in rapporto a determinate « *factual assumptions* » possono insorgere conflitti tra principi (88): ed i « fatti », nella giurisprudenza costituzionale, non possono che essere quelli attinenti al singolo « caso » da decidere, perciò di volta in volta diversi. Nel prossimo paragrafo si vedrà quale sia il « prodotto » del bilanciamento tra « principi » effettuato dalla Corte in relazione alle circostanze di fatto.

Ma prima vanno esaminate due implicazioni che discendono dalla

(85) Sent. 196/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1460 ss., 1464): gli interessi in questione sono, da un lato, la libertà di coscienza ed il diritto di obiezione del giudice chiamato ad autorizzare l'aborto della minore e, dall'altro, le « esigenze dello *iudicere* ».

(86) In questo senso cfr. A. CERRI, *Il « principio »*, cit., 1825, il quale, per parte sua, propone un « uso estremamente cauto e parsimonioso del concetto di 'valore supremo', per quanto possibile aderente al testo, alla lettera, oserei dire, della Costituzione » (p. 1827).

(87) Per es., nella sent. 224/1983 (in « *Giur. cost.* » 1983, I, 1362 ss.), dovendosi pronunciare sull'interesse dell'imputato ad appellare la sentenza istruttoria di proscioglimento per estinzione del reato a seguito di amnistia o di prescrizione, la Corte precisa che « (*in tali specifici casi*) l'interesse dell'imputato va riconosciuto più rilevante degli interessi di carattere collettivo e sociale che sono soddisfatti dagli istituti dell'amnistia e della prescrizione » (p. 1370).

(88) D. LYONS, *In the Interest of the Governed*, Oxford 1973, 39.

necessaria attinenza del giudizio di bilanciamento dei diritti alla specificità del « caso ».

La prima implicazione è facilmente spiegabile se si muove da un'osservazione di Cerri (89) sulla possibilità di risolvere una certa quota di conflitti partendo dalla « distinzione tra ipotesi di "specialità" ed ipotesi di intersezione ai margini tra il "dominio" (ovvero il campo di applicazione) di una norma ed il "dominio" di un'altra ».

Sono le premesse di un ragionamento cui si suggerisce di sottoporre i conflitti tra principi (90): premesse che rinviando a loro volta ad un'altra premessa, che la scelta del criterio da applicare per risolvere il conflitto sia condizionata dalla specificità del « caso ».

Anche per i principi costituzionali vale l'ovvia osservazione che l'ordinamento dal generale allo speciale non è determinabile in base a criteri logici e formali, ma è condizionato dai criteri di rilevanza scelti, con evidenti margini di arbitrarietà, in considerazione della situazione particolare: ciò, anzi, è tanto più vero per i « principi », perché la loro formulazione prescinde dall'indicazione della « fattispecie », che, come rappresentazione astratta del « fatto », facilita (se non « garantisce ») la scelta di ciò che si assume come generale o speciale, primo passo del procedimento di « sussunzione » (91). Le stesse osservazioni valgono, e a maggior ragione, per le operazioni preliminari che portano ad individuare la « topografia » del conflitto, cioè la zona di sovrapposizione delle aree rispettivamente protette dai principi confliggenti (92): che si tratti di un conflitto « ai margini », o di un rapporto di genere a specie — e, ancor prima, che sia configurabile un vero e proprio « conflitto » tra norme che (in relazione al « caso ») risultano incompatibili, e non piuttosto la concorrenza di più parametri (comunque

(89) Il « principio », cit., 1828, ma già in *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in « *Giur. cost.* » 1976, I, 272 ss.

(90) «(R)isultando nel primo caso evidente che deve prevalere la norma speciale (il cui « dominio » è per intero ricompreso nel « dominio » della norma generale e che, dunque, dove prevalesse quest'ultima, risulterebbe del tutto cancellata, in evidente contrasto con la volontà del legislatore che entrambe le norme ha congiuntamente posto in essere). Nel caso di interferenza ai confini può assumere rilievo una qualche differenziazione di « valore » all'interno del testo costituzionale », come la qualifica di « inviolabile » assegnata al diritto: A. CERRI, *Il « principio »*, cit., 1828.

(91) Cfr. R. BIN, *Atti normativi*, cit., 199 ss.

(92) Su cui si veda *infra*, par. 14

rivolti alla tutela di un certo interesse, pur diversamente graduandola), tra i quali va scelto quello, e quello solo, che si applicherà nel « caso » (93) — non lo si può certo dire « in astratto », grazie alla sola *contemplatio legum*. Quali siano i limiti che incontra la libertà di associazione — dice, per esempio, la Corte nella sent. 69/1962 — non lo si può definire « in via generale e astratta », ma « è questione da risolvere caso per caso » (94). La seconda implicazione può essere introdotta invece da un'osservazione di Bartole (95), il quale nota come, nel ragionamento della Corte, la classificazione degli interessi quali « principi costituzionali » sia solo « un punto di partenza », seguito, nell'argomentazione, da « un'ulteriore graduazione svincolata dalla gerarchia delle fonti, per cui le norme si collocano secondo una propria gerarchia, la cui chiave di lettura è, in sostanza, tutta affidata alle argomentazioni della Corte ».

La « propria gerarchia », in cui si collocano i principi, è probabilmente assai vicina a quelle indicate da Cerri: sono gerarchie dominate dalla relazione genere-specie, ma possono anche essere gerarchie che guardano alle dimensioni quantitative, alla « quota » del « dominio » delle norme confliggenti che viene interessata al conflitto. Un esempio sarà chiarificatore.

Vi sono casi in cui la Corte, forse per non affrontare una (apparente) deroga al canone della gerarchia formale delle fonti, evita accuratamente di qualificare il « livello » dell'interesse. Come classificare, per esempio, l'« interesse al riposo feriale » degli avvocati? La sospensione dei termini processuali per le ferie — spiega la Corte nella sent. 255/1987 (96) — nasce dall'esigenza di garantire il riposo: « (t)ale scopo va, tuttavia, perseguito senza ledere interessi «preminenti», nei limiti, cioè, della gerarchia dei beni e valori giuridicamente tutelati ». Ma il riferimento alla « gerarchia » non riguarda l'ordine formale delle fonti, perché nella sent. 278/1987, di poco successiva, che si occupa

(93) Tipico è il caso della concorrenza dei principi contenuti negli artt. 41, 1° e 2°, e 44, che disciplinano « oggetti » assai vicini (la comprimibilità della libertà di iniziativa economica, in un caso, e la « funzionalizzazione » della proprietà terriera, nell'altro): si veda la sent. 68/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 478 ss.).

(94) In « *Giur. cost.* » 1962, 738 ss., 755.

(95) Cfr. *Principi del diritto*, cit., 511.

(96) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 2066 ss., 2070.

dell'applicazione del riposo feriale nel processo penale militare (97), si precisa che « (g)li oggetti specificamente tutelati dal diritto penale sostanziale militare di pace... non possono, per se stessi, in ogni caso, esser considerati "superiori" e "più importanti" di tutti gli altri beni costituzionalmente e ordinariamente tutelati. Si tratta, invece, di stabilire, di volta in volta, come nella specie, se un principio "generale" quale quello del "riposo feriale" trovi insuperabile ostacolo negli oggetti, *generico e specifico*, particolarmente tutelati dal diritto penale militare di pace ».

Si noti che le « apprezzabili esigenze » dei professionisti (98) al « riposo feriale » non sono accreditate come principio costituzionale — anche se non sarebbe stato impossibile trovare un fondamento in norme già abbastanza « dilatate » dall'interpretazione costituzionale (il diritto alla salute, magari in « combinato disposto » con l'art. 36 u.c.) — né, d'altra parte, la Corte sembra disposta a riconoscere fondamento costituzionale ad ogni esigenza espressa dal processo penale militare: il conflitto può essere perciò risolto, proprio come propone Cerri, con gli strumenti interpretativi tradizionali, considerando quale ordinamento dal generale allo speciale si formi « di volta in volta », cioè *nei casi specifici*, tra i « domini » dei principi concorrenti, senza complicazioni derivanti dalla posizione di essi nella gerarchia formale.

La riprova si può trovare nella sent. 255/1987, citata poc'anzi: dove si spiega che la limitazione della sospensione dei termini ai soli « termini processuali » è giustificata dalla necessità di « non arrecare pregiudizi, ingiustificati ed "ulteriori" » ad un diritto costituzionale usualmente definito « fondamentale » (99), quale il diritto alla difesa, « rispetto a quelli "indispensabili" per il raggiungimento del necessario "riposo feriale" », che, come si è visto, non è neppure classificato tra i diritti costituzionali.

È evidente che se fossero in gioco solo gerarchie di tipo formale,

(97) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 2153 ss., 2167 (corsivo aggiunto).

(98) Sent. 130/1974 (in « *Giur. cost.* » 1974, 859 ss., 963).

(99) V. ad es. sent. 100/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 764 ss., 769), in cui si precisa che la qualifica di « principi fondamentali del nostro sistema costituzionale » comporta che il diritto di difesa deve « avere... rigorosa applicazione a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari », anche nel caso di pubbliche calamità.

non sarebbe stato questo il risultato cui la Corte poteva pervenire. Ma la « dimensione del peso » di un principio non può essere determinata né dalla sua importanza né dallo *status* formale che gli si vuole assegnare. Va inteso come un concetto di relazione: dipende certamente in parte anche dalle qualità intrinseche dei principi concorrenti, ma determinante è osservare in che modo si sovrappongano i reciproci « domini ». Nel caso delle ferie giudiziarie, l'interesse al riposo degli operatori forensi è sicuramente meno rilevante (tanto sotto il profilo sostanziale che, come si è visto, sotto quello formale) delle garanzie della difesa, ma la compressione di quest'ultime sono minime, come minimi sono giudicati, nella sentenza precedente, i pregiudizi che derivano ai « principi » del processo penale militare. È forse proprio questo che la Corte voleva esprimere qualificando « generale » il principio del riposo feriale, in contrapposizione alla « particolarità » degli oggetti tutelati dal processo penale militare: cioè che solo nella relazione di genere a specie, istituibile tra i « domini » dei principi in concorso, è possibile registrare e risolvere il conflitto tra essi. Il che può avvenire esclusivamente in considerazione del singolo, specifico caso, e non per il rilievo (formale o sostanziale) che venga assegnato in assoluto ad uno dei termini del bilanciamento.

9. Dai principi alle regole: la « concretizzazione » dei diritti nella giurisprudenza costituzionale.

Si è volutamente insistito sinora sul fatto che il « bilanciamento » dei principi deve avvenire in riferimento a situazioni specifiche.

Si può dire, riprendendo dall'inizio il filo del discorso, che quando si dà applicazione ad una norma costituzionale sui « diritti », il risultato di questa operazione è condizionato da circostanze normative e circostanze di fatto (100).

Delle *circostanze normative* si è appena detto. Se il significato normativo che si attribuisce alle disposizioni costituzionali che riguardano i diritti è, con rare eccezioni, quello di « principi »; e se la caratteristica dei principi è di non essere applicabili uno alla volta, poiché ognuno viene necessariamente applicato in congiunzione con

(100) Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 75 ss.

altri: allora le circostanze normative che condizionano l'applicazione della norma costituzionale sui diritti sono date da tutti gli altri principi che possono trovarsi in posizione di concorrenza.

Si è visto però che la concorrenza dei principi, e quindi il loro « bilanciamento », non avviene in astratto, ma solo in presenza di *factual assumptions*. Sono queste le *circostanze di fatto* che emergono dal singolo caso in discussione. È stato R. Alexy, nel volume più volte citato (101), a dedicare un attento esame al modo in cui le circostanze di fatto condizionano l'applicazione dei principi.

In sintesi. La situazione concreta, che consente di affermare la prevalenza di un diritto sull'altro, svolge il doppio ruolo di *condizione* nella formula che esprime la prevalenza di un principio, e di *presupposto di fatto* di una regola. Ciò deriva dalla struttura della « formula di preferenza » (cioè, dell'enunciato che esprime la prevalenza di un principio su un altro, *rebus sic stantibus*): dire che, se ricorrono determinate circostanze, un certo principio prevale su un altro, equivale a dire che, se ricorrono quelle stesse circostanze, si devono produrre le conseguenze previste dal principio prevalente (102).

In parole più semplici, le circostanze di fatto possono costituire la *fattispecie astratta* della protasi di una norma condizionale. Ora, siccome è proprio la mancanza di fattispecie a sottrarre i « principi » dagli schemi di applicazione propri delle « regole » (103), le circostanze di fatto consentono di esprimere il *significato* della disposizione costitu-

(101) V. la nota 2 del cap. I.

(102) Spiega Alexy (p. 83 s.) che la situazione concreta, che consente di affermare la prevalenza di un diritto sull'altro, svolge il doppio ruolo di (a) condizione nella formula che esprime la prevalenza di un principio e (b) di presupposto di fatto di una norma. Ciò discende dalla struttura della formula di preferenza, per cui dal principio derivano determinate conseguenze giuridiche se ricorrono determinate condizioni di fatto: la formula di preferenza ($P1 > P2$) C, si traduce nella regola $C \rightarrow R$: « Se il principio P1 prevale nella circostanza C: ($P1 > P2$) C, e se da P nella circostanza C deriva la conseguenza giuridica R, allora si accredita una regola, che contiene C come fattispecie e R come conseguenza giuridica: $C \rightarrow R$ »; oppure si può enunciare, come canone generale: « La condizione in cui un principio prevale su un altro, costituisce la fattispecie di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prevalente »: questo è il *Kollisiongesetz*, che esprime il carattere dei principi come *Optimierungsbote*.

(103) Per questa tesi cfr. R. Bin, *Atti normativi*, cit., 199-209.

zionale nei termini propri delle regole, anziché in quelli dei principi (104).

Ovviamente si tratterà di un *significato* limitato alle circostanze di fatto individuate, esattamente come accade in presenza di una fattispecie normativa: solo che le fattispecie normative sono « progettate » per coprire una gamma non predeterminata di situazioni, mentre le circostanze di fatto a cui qui ci si riferisce sono solo quelle messe a fuoco dalla Corte costituzionale volta per volta. La conclusione cui si può pertanto giungere è che il giudice costituzionale non applica direttamente il principio costituzionale che esprime il « diritto », ma una regola che egli stesso ha formulato stabilendo le condizioni normative e fattuali in presenza delle quali quel principio può produrre determinati effetti giuridici (105): condizioni che, al contrario di quanto si ritiene che avvenga nell'applicazione giudiziaria, non sono « suscumbili » in una « fattispecie » astratta definita dal legislatore.

La produzione di queste regole, che costituisce un tipico esempio di « produzione di norme per mezzo di norme » (106) presenta alcuni problemi specifici, ulteriori rispetto ai normali problemi teorici suscitati dall'impiego di « argomenti produttivi » (107): anzitutto vengono accreditate come « regole costituzionali » — munite quindi di quel particolare *status* nel sistema normativo — norme formate con « materiale » che solo in parte appartiene al discorso costituzionale; in secondo luogo, le « regole » accreditate non sono « progettate » per valere per la generalità dei casi, ma per uno specifico.

Al primo problema si è già accennato (par. 8), sottolineando il limitato peso delle gerarchie formali nell'ambito delle considerazioni

(104) V. la precedente nota 25.

(105) « Als Ergebnis jeder richtigen grundrechtlichen Abwägung lässt sich eine zugeordnete Grundrechtsnorm mit Regelcharakter formulieren, unter die der Fall subsumiert werden kann »: R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 87.

(106) L'espressione, di evidente sapore sraffiano, è di R. GUASTINI, *La produzione*, cit. (v., oltre alla seguente, la nota 6 del cap. I).

(107) Tra questi argomenti, che non si muovono sul piano interpretativo (o dell'ascrizione di significati agli enunciati legislativi), ma toccano direttamente il discorso legislativo, trasformandolo, Guastini (v. nota precedente) include anche il ricorso ai « principi generali » ed il procedimento per analogia: ma andrebbero inclusi, mi sembra, anche i procedimenti di produzione di regole mediante « concretizzazione » dei principi, descritti nel testo.

che la Corte svolge, in relazione al caso di specie, circa la posizione reciproca dei « domini » dei principi concorrenti. Che interessi non direttamente riferibili a disposizioni costituzionali entrino nel « bilanciamento » è, per un verso, un fatto vitale di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti, ma, per altro verso, una evidente conferma che « diritto » è « what a court will do about it » (108).

Ciò non significa però che ci si debba rassegnare ad abbracciare concezioni scettiche su quel che sono i « diritti », come sono indotte a credere le correnti estreme del realismo giuridico americano, del cui *rights skepticism* l'affermazione appena citata è una tipica espressione. In seguito si esporranno le ragioni che inducono a supporre che il comportamento del giudice costituzionale sia sì segnato da un ampio margine di discrezionalità, ma che di « discrezionalità », appunto, e non di arbitrarietà si tratti: che vi siano, cioè, elementi sufficienti a ritenere che sussistano un procedimento ed una serie di test che guidano i comportamenti del giudice costituzionale, garantendo un non trascurabile margine di razionalità, prevedibilità e controllo.

Per il momento bisogna invece occuparsi del secondo problema messo a fuoco, ossia della « fattispecie » inserita nelle « regole » che la Corte elabora. Per poterlo affrontare è però necessario chiarire anzitutto di quali strumenti disponga la Corte per definire l'ambito delle condizioni di fatto in relazione alle quali il conflitto tra principi è composto in una regola. Lo strumento principale è il principio di eguaglianza, o meglio, il tipo di ragionamento che al principio di eguaglianza prevalentemente si collega.

10. Tre funzioni del principio di eguaglianza.

Si possono distinguere almeno tre ruoli che il principio di eguaglianza ricopre nell'ambito della giurisprudenza sui « diritti ». Essi hanno profonde diversità funzionali, e un'accurata distinzione si consiglia proprio al fine di prevenire i possibili equivoci.

In primo luogo, il principio di eguaglianza può venire in considerazione come espressione di un « diritto » in senso stretto. Come si sa, due sono i profili del « diritto » costituzionale all'eguaglianza, uno

(108) J. FRANK, *Courts on Trial*, Princeton, N.J. 1950, 9.

« positivo », sancito dall'art. 3, 2° Cost., ed uno « negativo », compreso nell'eguaglianza « formale » del primo comma (109). È altresì noto che l'eguaglianza in senso sostanziale ha, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, un ruolo minimo, di mero supporto argomentativo di decisioni assunte sulla base di altre norme costituzionali (110). Viene invece spesso valorizzato in questi casi il « nucleo forte » dell'eguaglianza in senso formale, inteso come divieto di distinguere in base a categorie meramente soggettive e, in particolare, in base alle specifiche indicazioni (sesso, razza ecc.) elencate dall'art. 3, 1° (111).

Si è parlato, per questi casi, di un'inversione dell'onere della prova (112): mentre per le discriminazioni ricollegate ad elementi oggettivi qualsiasi motivo potrebbe di per sé costituire una valida *ratio distinguendi*, il controllo trasferendosi sulla « ragionevolezza » della classificazione legislativa, per le discriminazioni *ratione subiecti* la possibilità di motivare le eventuali distinzioni diviene assai ristretta, tanto più ristretta quanto più ci si avvicina a quelle ipotesi di discriminazione (razza, religione, opinioni politiche) che sconvolgono i valori liberal-democratici del sistema (113).

In questo contesto, il diritto all'eguaglianza si comporta come tutti gli altri diritti, cioè come un principio (114), destinato a scontrarsi con

(109) Sui vari profili del diritto di eguaglianza, cfr. A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma 1984.

(110) Si vedano, esempi recenti, la sent. 215/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1615 ss.), che « valorizza » il secondo comma dell'art. 3 nell'ambito di un'interpretazione sistematica dei « valori » costituzionali, al fine di accreditare (attraverso una lettura dell'art. 34 « alla luce » dei principi enunciati dagli artt. 2 e 3, 2°) un diritto dei portatori di handicap all'inserimento scolastico; oppure la sent. 217/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 833 ss.), che rafforza il riconoscimento della garanzia di un *minimum* nel godimento del « diritto all'abitazione », fondato sull'art. 47 cpv. Cost., in nome dell'effettività dell'art. 3, 2°.

In tema cfr. B. CARAVITA, *Oltre all'eguaglianza formale*, Padova 1984, 165 s., e A. CERRI, *Eguaglianza giuridica*, cit., 104 ss.

(111) Cfr. A. CERRI, *L'eguaglianza*, cit., 63 s., 120-129.

(112) Cfr. A. CERRI, *Principio di eguaglianza in relazione al sesso*, in « *Giur. cost.* » 1971, 1563 ss.; ID., *L'eguaglianza*, cit., 121-126.

(113) Cfr. A. CERRI, *L'eguaglianza*, cit., 124.

(114) Almeno sino a quando non ci si dovesse imbattere in una vera e propria presunzione *juris et de jure* di illegittimità di ogni differenziazione (come prospetta A. CERRI, *L'eguaglianza*, cit., 124), perché allora ci si troverebbe probabilmente di fronte ad una « regola », non ad un « principio ».

altri principi, e con questi ad essere « bilanciato ». Per riprova, si può citare tutto il filone giurisprudenziale che ha « bilanciato » il diritto (della donna) alla parità sessuale con la tutela degli interessi dei minori (115), o con l'esigenza di assicurare l'unità della famiglia (116), per non richiamare poi i ben noti precedenti in tema di repressione penale dell'adulterio; oppure si possono citare le decisioni che hanno mediato tra il divieto di discriminazione linguistica e l'attribuzione di una posizione di vantaggio alle c.d. « minoranze riconosciute » (117). Per il resto, del diritto all' « eguaglianza soggettiva », e del modo in cui esso è riconosciuto e « concretizzato » dalla giurisprudenza costituzionale, si tratterà nella prossima sezione, non essendovi, come si è visto, particolari ragioni di distinguerlo dagli altri « diritti » di cui la Corte si deve occupare.

Una seconda funzione, il principio sancito dall'art. 3 Cost. la svolge come principale fondamento positivo del controllo sulla « ragionevolezza » delle leggi. Principale, ma non unico: perché anche in altre norme costituzionali la Corte individua un'equivalente « carica paritaria », sufficiente a fondare un controllo di « ragionevolezza » che, per altro, si fa risalire ad un « valore essenziale » dell'ordinamento giuridico (118).

(115) Si veda, per es., la lontana sent. 49/1966 sul (vecchio) regime di amministrazione dei beni dei figli minori, rispetto al quale « nell'interesse del minore » le posizioni del genitore vedovo che passa a seconde nozze erano differenziate secondo il sesso.

(116) In questo senso le numerose sentenze (101/1965, 71/1966, 102/1967, 144/1967, 54/1969...) che, prima della riforma del diritto di famiglia, hanno convalidato l'esercizio esclusivo della patria potestà da parte del padre.

(117) V. per es. sent. 28/1982 (in « *Giur. cost.* » 1982, I, 247 ss.) e le « regole » che la Corte ricava da tale bilanciamento (per le quali cfr. G. MOR, *L'uso ufficiale della lingua di una « minoranza riconosciuta »: il caso della minoranza slovena*, in « *Le Regioni* » 1982, 389 ss.).

(118) Lo afferma la sent. 204/1982 (in « *Giur. cost.* » 1982, I, 2158). La Corte costituzionale ha dimostrato che la regola dell'eguaglianza è incorporata anche in norme costituzionali diverse dall'art. 3: in certi casi ne sono lo « sviluppo armonico » (così, a proposito dell'art. 53, le sent. 92 e 155 del 1963, 120/1972, 126/1979, 54/1980, 400/1989; con riferimento all'art. 97, la sent. 88/1963; in riferimento all'art. 36, 1° le sent. 155/1969 e 19/1986), la « specificazione » (in questo senso, in riferimento agli artt. 24, 1° e 113, le sent. 21/1961 e 49/1976; in riferimento all'art. 29, 2°, le sent. 64/1961, 46/1966, 201/1972 e 171/1976; in riferimento all'art. 51, 1°, le sent. 56/1958, 33/1960, 158/1985), l'« applicazione » (così, in riferimento all'art. 37, 1°, la sent.

In questo contesto il principio di eguaglianza non entra in considerazione come riconoscimento di un « diritto », ma come *criterio di giudizio* sulle leggi: o meglio, come somma di criteri non riducibili ad unità. Opera anzitutto come meccanismo formale, « metarelazionale », che istituisce un rapporto tra fattispecie normative diverse, messe a confronto in un ragionamento di tipo analogico: è lo schema « trilaterale », in cui è frequentemente rappresentato il ragionamento che la Corte segue nel giudizio di eguaglianza (119). Ma poiché ogni procedimento per analogia presuppone scelte decisive circa il punto di prospettiva dal quale si deve giudicare la rilevanza di somiglianze e difformità, e poiché il giudizio sulla rilevanza implica la considerazione delle relazioni causali tra gli eventi (sulla possibilità che una proprietà o una circostanza influenzi l'altra, in modo che le variazioni nella prima possano essere indicate come « causa » — e perciò anche come « giustificazione » — delle differenziazioni nella seconda), il ragionamento « triangolare » diviene parte di un procedimento più complesso e assai

137/1986), o comunque contengono una « carica paritaria » (si vedano le sent.: 68/1964, per l'art. 16; 149/1983 per l'art. 24, 3°; 1/1987 per l'art. 30, 1°; 277/1983 e 10/1980 per il 36; 107/1974, 181/1981 e 139/1984, per l'art. 44; 43/1961 e 96/1968, per l'art. 48, 2°; 46/1969 per l'art. 51, 3°), o sono « strettamente connesse » al principio d'eguaglianza (così, in riferimento all'art. 4, la sent. 176/1986). A ciò si aggiungano tutti i casi in cui si impone al legislatore di provvedere in via generale: o con precetto esplicito della Costituzione (come negli artt. 16, 1° e 21, 5°: v. sent. 68/1964, che in tali disposizioni riconosce una « solenne riaffermazione » del principio di eguaglianza), o perché tale prescrizione è accreditata dalla Corte per via di interpretazione: così, per esempio, le sent. 6/1966 e 20/1967 stabiliscono il principio, sistematicamente seguito dalla giurisprudenza successiva (v., da ultima, la sent. 290/1987), per cui la legge non deve disporre indennizzi ex art. 42, 3°, quando regola il regime di appartenenza o di godimento dei beni, purché la disciplina « sia destinata alla generalità dei soggetti i cui beni si trovino nelle accennate situazioni, vale a dire che l'imposizione di limiti abbia carattere obiettivo, quindi scaturisca da disposizioni che diano un certo carattere a determinate categorie di beni, identificabili a priori per contrassegni intrinseci » (sent. 20/1967, in « *Giur. cost.* » 1967, 139). In altri casi ancora, la Corte riconosce nella disposizione costituzionale l'imposizione degli stessi criteri di « ragionevolezza » e « adeguatezza » (sent. 100/1987, a proposito degli artt. 24 e 113; sent. 274/1974 per l'art. 25, 1°; sent. 263/1976 e 349/1985, a proposito degli artt. 36, 1° e 38, 2°; sent. 10/1980, 277/1983, 217/1987, 331/1988, 1130/1988, 21/1989, 161/1990, 187/1990, 295/1990, 369/1990, per citare solo le più esplicite, a proposito dell'art. 97, 1°), « letti » di solito, in via generale, nell'art. 3, 1°.

(119) Per tutti, cfr. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in *Scritti Crisafulli*, cit., I, 609 s.

meno tranquillizzante, in cui vanno valutati la congruità della norma rispetto al suo fine (rispetto alla *ratio*, che segna il « punto di rilevanza » del procedimento analogico) (120), gli effetti collaterali dello strumento normativo prescelto, la sua « economicità », la fondatezza empirica delle relazioni casuali presupposte, la considerazione dei fatti ecc. (121).

In questo modo il giudizio di eguaglianza diviene parte di un ragionamento le cui modalità sono molto meno certe e definibili di quanto si vorrebbe ottenere « appoggiandolo » al giudizio per analogia, e che sotto l'etichetta di « ragionevolezza » riassume un insieme non determinabile di test cui sottoporre le scelte del legislatore. Parte di questi test attengono indubbiamente anche al bilanciamento degli interessi, o forse lo comprendono: tale è infatti la vaghezza concettuale di termini come 'ragionevolezza' e 'bilanciamento' che non è possibile dire se nella prima è compreso un test che corrisponde al secondo, o se invece il secondo disegni un procedimento autonomo e più complesso di cui i test di ragionevolezza rappresentano solo alcune fasi. Chiarire questo aspetto è, appunto, uno dei compiti principali di questa ricerca.

Una terza funzione del principio di eguaglianza si manifesta principalmente negli aspetti esteriori del ragionamento della Corte costituzionale, nella veste di strumento al servizio di una tecnica di costruzione della motivazione che correda la decisione. Premesso che anche in questo caso vale quanto si è appena osservato a proposito della non esclusività dell'art. 3 Cost. come parametro di riferimento, va sottolineato che il richiamo al principio di eguaglianza ha sfumature diverse

(120) A ben vedere, se si esamina la struttura del ragionamento attraverso cui si sviluppa il giudizio d'eguaglianza, il « vertice » del triangolo con cui lo si rappresenta non è dato dal principio espresso dall'art. 3, bensì dalla *ratio legis*: o, per meglio dire, sarà dato dalla *ratio legis* se si accerta che le due norme messe a confronto sono accomunabili (dal punto di vista fissato nell'ordinanza di rimessione) dall'*eadem ratio* (con la conseguenza che saranno dichiarate illegittime le eventuali differenziazioni poste dal legislatore), mentre « triangolo » non vi sarà neppure se la diversità di *rationes* delle due norme comparate impedisce di fissare il « vertice » dello schema (con conseguente illegittimità delle eventuali parificazioni di trattamento legislativo). Il principio di eguaglianza non entra perciò nello schema di ragionamento (che è quello classico dell'analogia), ma, semmai, ne è il fondamento, la giustificazione costituzionale.

(121) Per un approfondimento di questi temi cfr. R. BIN, *Atti normativi*, cit., 273 ss.

secondo che — per usare una classificazione corrente degli argomenti giudiziari (122) — abbia un carattere prevalentemente « retorico » o « logico ».

Prevalentemente « retorico » è il ricorso all'eguaglianza per il solo scopo di « neutralizzare », nell'apparente rigore del ragionamento « trilaterale », decisioni che sono necessariamente assunte con riferimento ad un parametro sostanziale. Un esempio basta a chiarire il punto (123): dovendo valutare la legittimità del divieto di installazione ed esercizio di impianti di diffusione radiofonica e televisiva via etere, la Corte svolge tutte le sue argomentazioni con riferimento alle norme costituzionali sul monopolio pubblico (art. 43) e sulla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), ma poi chiude il ragionamento dichiarando che, se non sussistono le condizioni costituzionali per la limitazione dell'iniziativa privata, ad essere violato è anzitutto il principio di eguaglianza (124).

Il riferimento al principio di eguaglianza è talvolta « del tutto secondario », se non « superfluo » (125), epperò spesso svolge una funzione, se non « logica », certamente « strategica ». Esso può servire infatti a compiere delicate operazioni di microchirurgia che permettono

(122) Sulla distinzione, nell'ambito del discorso giustificativo che svolge la motivazione della sentenza, tra argomenti « logici » e argomenti « retorici », cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, 112-118, 179-186, 183-297. Per un'applicazione di distinzioni analoghe al « ragionamento » della Corte costituzionale, cfr. A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in « *Giur. cost.* » 1973, 1497 ss., 1499; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte cost. nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in « *Giur. cost.* » 1978, I, 1341 ss., 1355, 1358 s.

(123) Per ulteriori esempi e considerazioni, cfr. R. BIN, *Atti normativi*, cit., 286 ss.

(124) « ...in quanto che, se non sussiste la illimitatezza di frequenze, propria della trasmissione via cavo, esiste, tuttavia, per le trasmissioni su scala locale via etere, una disponibilità sufficiente a consentire la libertà di iniziativa privata senza pericolo di monopoli o oligopoli privati, ... cosicché il non consentirla al contrario di quanto si è fatto per la trasmissione via cavo (*tertium comparationis*) — implica violazione del principio di eguaglianza »: sent. 202/1976, in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1267 ss. (1282 s.): l'inciso in corsivo è aggiunto. Su questo aspetto della sent., cfr. in particolare F. GABRIELE, *Riserva allo Stato a livello nazionale ecc.*, *ivi*, 1489 ss.

(125) In questi termini, nel commento dedicato alla nota decisione sulla « legge sui suoli » (sent. 5/1980), M. LUCIANI, *Vecchi e nuovi principi in materia di espropriazione e indennizzo*, in « *Giur. cost.* » 1980, I, 40 ss., 43.

di pronunciare l'illegittimità della norma impugnata in relazione a fattispecie così ristrette da poter quasi coincidere con il « caso » concreto (126). Diviene perciò uno strumento utile alla Corte proprio per circoscrivere l'ambito del suo giudizio, per definire le circostanze di fatto e di diritto in cui può prevalere il principio invocato e, pertanto, per delimitare la « fattispecie » della regola che essa crea applicando i principi costituzionali. È questo l'aspetto del principio di eguaglianza che va ora approfondito.

11. *Principio di eguaglianza e delimitazione della fattispecie nelle « regole » create dalla Corte.*

Di fronte ad una complicata controversia di lavoro, dovendo giudicare di una questione sorta su uno specifico problema di inquadramento professionale, la Corte ha negato di poter giungere a capo del problema ragionando sulla base dei principi costituzionali che tutelano il lavoro, e segnatamente di quello sancito dall'art. 35, che si prospetta, « anche letteralmente, con una portata introduttiva assai ampia perché si possano trarne immediati criteri di risoluzione dei singoli problemi nell'area del rapporto di lavoro, inerenti cioè alla diretta assegnazione e allo specifico inserimento di personale in tabelle, all'uopo apprestate » (127); giunge comunque a dichiarare l'illegittimità della norma impugnata, ma sulla sola base del principio di eguaglianza, che le consente di scendere dal piano eccessivamente « astratto » dei principi che enunciano diritti, a quello « concreto » (eccezionalmente concreto, nel caso specifico) del confronto tra situazioni di fatto diversamente trattate dalla legge.

È un procedimento esemplare, anche se il caso preso a campione ne esagera i tratti (massima genericità del parametro sostanziale invocato, massima specificità della situazione di fatto). Tuttavia, quando si riconsiderino le modalità dell'applicazione dei principi costituzionali

(126) Per un esempio si veda la sent. 180/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1301 ss.), che « rende giustizia » ad una parte dei ricorrenti, « limitatamente ai nove dirigenti che, esclusi per il giudizio della Commissione dal novero dei sette da mantenere in servizio, non avevano ancora compiuto i 50 anni, né li compivano al 31 dicembre 1978 » (1311).

(127) Sent. 72/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 578 ss., 583).

che si è cercato di illustrare nelle pagine precedenti, si dovrà convenire che qualcosa di questo procedimento è molto spesso presente nella giurisprudenza sui diritti.

Si è detto che l'applicazione del principio che riconosce un diritto avviene sempre tramite la mediazione di una « regola », nella cui fattispecie sono fissate le condizioni di fatto e di diritto che permettono l'affermazione del diritto stesso, della sua prevalenza sugli interessi concorrenti nel caso specifico. Questo risultato (la formulazione della regola) si ottiene solo dopo aver valutato se vi sono altre ragioni rilevanti (e quindi, altri principi) che possano opporsi al riconoscimento del diritto *de quo*, e per quale classe di situazioni ciò avvenga.

Come si vede, la struttura del ragionamento non differisce di molto dal giudizio « triangolare » d'eguaglianza. In entrambi i casi si tratta di valutare se esistano « fondate ragioni » per disporre l'inclusione o l'esclusione di un soggetto o di una categoria dal godimento di un certo bene. A prima vista potrebbe sembrare che la differenza più rilevante stia nella qualificazione del bene del cui godimento si tratta, perché nella giurisprudenza sui diritti si ha a che fare — per definizione, si potrebbe dire — con beni ed interessi costituzionalmente protetti, mentre il giudizio di eguaglianza è essenzialmente rivolto al confronto fra norme primarie, ed il termine di raffronto, il « bene » in questione, è ad esse interno, è implicito nella loro *ratio*. Ma — a parte il fatto che il *tertium comparationis* nel giudizio costituzionale è riconosciuto talvolta in un principio costituzionale (128); e pur non aderendo alla tesi che vorrebbe dichiarata l'inderogabilità del « valore paritario del principio d'eguaglianza » se non in nome di un interesse costituzionalmente protetto (129), vanno ricordate le precedenti considerazioni sul limitato peso che hanno le gerarchie formali tra interessi nel « bilanciamento » che la Corte compie.

Molto sembra dipendere invece dalla formulazione del *petitum*, e ancora di più dalle scelte che la Corte compie per regolare gli effetti delle proprie decisioni. Paladin (130) ricorda casi in cui la Corte è stata

(128) Cfr. L. PALADIN, *Corte costituzionale*, cit., 625.

(129) Cfr. A.S. AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in *Commentario della Costituzione*, cit., Roma-Bologna 1975, 135.

(130) *Corte costituzionale*, cit., 624 s.

costretta a « mascherare » con le sembianze del giudizio di eguaglianza decisioni assunte implicitamente con riferimento ai principi costituzionali di determinatezza della fattispecie penale e di imparzialità della pubblica amministrazione, solo perché quello era il parametro invocato dall'atto introduttivo. Ma è molto più frequente che avvenga il contrario, perché quasi sempre il giudice *a quo* abbonda nell'indicazione delle disposizioni costituzionali di cui sospetta la violazione, aggiungendo di regola ai vari parametri sostanziali altrettanti profili di violazione dell'eguaglianza. In questi casi spetta alla Corte scegliere il fondamento della decisione: poiché, se illegittimità vi è, difficilmente la violazione di un diritto costituzionale è così piena e generale da non concretare anche una discriminazione tra due classi di situazioni, tra chi è incluso e chi è escluso dalla garanzia del diritto (131); e, per l'altro verso, non è frequente che il bene, nel cui godimento si registra la disparità di trattamento, sia di così scarso rilievo da non poter essere ascritto, con passaggi interpretativi più o meno arditi, a qualche « valore » costituzionale, così che dalla violazione del principio di eguaglianza formale si possa facilmente passare alla violazione di un parametro « sostanziale ».

L'ipotesi è dunque che la Corte abbia un'ampia autonomia di scelta, e che questa sia condizionata da un problema di regolazione degli effetti della sentenza. Proprio perché, come si diceva, la violazione di un diritto difficilmente ha una portata così generale da non provocare qualche situazione di discriminazione, il principio di eguaglianza segna la conclusione della strategia argomentativa, essendo lo strumento più adatto per isolare la « parte in cui » la norma va invalidata (132).

La particolarità del giudizio di costituzionalità, com'è concepito nel nostro ordinamento, è che esso, in linea di principio, ha per oggetto fattispecie « astratte » (vale a dire, « legislative »), e non « concrete », rispecchianti cioè la specifica situazione delle parti nel processo *a quo* (133). È noto che questi tratti fisionomici del sindacato di legitti-

(131) Salva l'ipotesi di impugnazioni che riguardino discipline generalissime dei diritti di libertà, come i codici o le leggi di pubblica sicurezza: v. *infra*, par. 22.

(132) Si veda, per un esempio chiarificatore, la scomposizione analitica del ragionamento della Corte nella sent. 6/1966, effettuata da G. SILVESTRI, *Le sentenze normative*, cit., 762 s.

(133) Sull'intreccio dei due aspetti cfr. F. MODUGNO, *La Corte costituzionale*

mità vanno attenuandosi (134); uno dei meccanismi che operano in questo senso è indubbiamente il principio di eguaglianza. Esso consente infatti di disintegrare la fattispecie normativa, sezionandola in un numero non predeterminabile di « profili » (135), ossia di situazioni « concrete » che possono essere ritenute arbitrariamente incluse o escluse dal legislatore nella fattispecie astratta. « Concrete » a tal punto da poter persino « fotografare » il singolo rapporto da cui trae origine il giudizio *a quo*. Nel dispositivo della sentenza citata in apertura di questo paragrafo, per esempio, si dichiara l'illegittimità della disposizione impugnata « nella parte in cui » non è previsto « il nuovo inquadramento quale operaio tecnico (livello 6.0) dell'operaio provetto promosso per anzianità, limitatamente agli agenti che fossero stati direttamente inquadrati — in epoca anteriore al 1 gennaio 1978 — nella qualifica senza aver potuto partecipare, per responsabilità riferita da giudicato esclusivamente al datore di lavoro, a prova d'esame tecnico-professionale per il conseguimento della qualifica stessa ».

In conclusione. La Corte tende a privilegiare una strategia argomentativa che culmina con la dichiarazione di illegittimità per violazione del principio di eguaglianza quando mira a delimitare la fattispecie della « regola » che enuncia ed applica ad un singolo « profilo » della questione, prospettata in relazione (anche) ad un parametro sostanziale. Non sempre questa via è aperta, potendo opporsi all'applicazione del principio di eguaglianza i tipici ostacoli del procedimento analogico, quale, per esempio, la « specialità » della disciplina in discussione (136). Ma è chiaro che, quando essa è praticata, il mecca-

oggi, in *Scritti Crisafulli*, cit., I, 527 ss., nota 32 bis. Sulla duplice prospettiva del processo costituzionale cfr. ora le considerazioni, molto stimolanti, di G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio « a quo » e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 105 ss.

(134) Cfr. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 238-257; A. CERRI, *La « dialettica » del giudizio incidentale: rimeditazioni sul tema*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano 1988, 107 ss. (115-126).

(135) Sul « profilo » della questione cfr. A. CERRI, *Il profilo tra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in « *Giur. cost.* » 1978, I, 324 ss.; per ulteriori considerazioni si rinvia a *Atti normativi*, cit., 346 ss.

(136) Come nel caso della sent. 63/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 495 ss., 499) in cui la Corte, dovendo giudicare della parità di trattamento tra lavoratore marittimo e lavoratore comune, sembra preferire le argomentazioni « sostanziali » basate sull'art.

nismo metarelazionale del principio di eguaglianza tende ad abbassare il « tono costituzionale » della questione (137): l'attenzione si concentra sul confronto analogico tra norme della legislazione ordinaria, e ciò fa arretrare dalla scena la considerazione del « diritto » costituzionale, ossia del parametro sostanziale, sino a confonderlo con le argomentazioni di rincalzo, con gli argomenti « retorici ».

12. La teoria dei diritti come teoria dell'argomentazione.

Ciò spiega perché la giurisprudenza sui « diritti » sia quantitativamente inferiore, e di molto, a quella imperniata sul principio di eguaglianza, pur essendo assai frequente, come già si è ricordato, che l'impugnazione si appelli ad entrambi gli ordini di parametri. C'è forse — ma è solo un'ipotesi da verificare — una divisione di campo che si basa sul tipo di oggetto del giudizio. Non è un caso che la valorizzazione massima dei parametri « sostanziali » sia osservabile soprattutto quando sottoposti a giudizio sono i codici e le leggi collegate (si pensi alle celebri sentenze sui diritti della difesa o sulle norme penali più pregiudicate dall'ideologia fascista), mentre al principio di eguaglianza si fa riferimento soprattutto quando dedotta è la legislazione speciale.

Tuttavia — se di un'ipotesi credibile si tratta — le spiegazioni possono essere diverse. La più ovvia potrebbe sottolineare il diverso contenuto « di valore » che ha il diritto dei codici rispetto alla legislazione settoriale e microsezionale (sicché il primo sarebbe più direttamente raffrontabile con i « principi » della Costituzione); e, a questa

36, piuttosto che ricorrere al giudizio di eguaglianza, proprio perché il meccanismo metarelazionale dell'art. 3 si inceppa laddove la « specialità » interrompa il « triangolo » delle disposizioni (la norma speciale impugnata e quella generale, del codice civile, che funge da *tertium comparationis*).

(137) L'espressione è stata introdotta da C. MEZZANOTTE, *La nozione di 'potere' e di 'conflitto' nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in « *Giur. cost.* » 1979, I, 110 ss., 113, ed è stata ripresa, sempre con riferimento ai conflitti tra poteri, da A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in « *Giur. cost.* » 1986, I, 786 ss. (ora in *Strumenti e tecniche*, cit., 155 ss., 164). Un accenno al « declassamento » dei compiti del giudice costituzionale, con particolare riferimento al giudizio di eguaglianza ed ai suoi rapporti con l'analogia, si trova in G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in « *Giur. cost.* » 1986, I, 1148 ss., 1165, (ora in *Strumenti e tecniche*, cit., 97 ss., 121). Per ulteriori considerazioni si rinvia a *Atti normativi*, cit., 341.

prima spiegazione, potrebbe aggiungersi che anche la classe dei soggetti interessati ha dimensioni nettamente diverse, poiché la norma del codice è, per definizione, indirizzata a tutti, mentre la legislazione speciale è per sua stessa natura rivolta a classi più o meno circoscritte di soggetti o di situazioni (sicché per la seconda più utile sarebbe scindere i singoli « profili » della questione). V'è però da aggiungere che, da un punto di vista interno ai rapporti tra norma oggetto e norma parametro, si potrebbe ipotizzare che le due strategie rappresentano metodi diversi con cui la Corte svolge il compito di riportare coerenza nell'ordinamento giuridico, e che la scelta dell'uno o dell'altro dipenda dalla connessione sistematica che sussiste tra l'oggetto ed il parametro del giudizio.

In altre parole, un motivo meno « esteriore » della scelta tra le due strategie argomentative potrebbe essere visto nella circostanza che in relazione a certe « materie » (come, appunto, i codici e le leggi collegate) vi sia una maggior possibilità di esprimere « regole » che, concretizzando i principi costituzionali (stabilendo a quali condizioni di fatto e di diritto un principio possa prevalere sugli altri), garantiscano la continuità sistematica tra legislazione ordinaria e Costituzione. Mentre ciò diventa indubbiamente più difficile quando oggetto del giudizio sia la legislazione speciale: perché se essa interviene sulle « materie » dei codici, l'eventuale rottura sistematica prodotta dalla norma derogatoria è subito colpita attraverso il giudizio di eguaglianza; e se invece ne fuoriesce, è quantomeno probabile che si sbiadisca il tratto di collegamento sistematico con il parametro costituzionale, come caratteristicamente avviene nella legislazione « premiale ». In entrambi i casi, dunque, la « regola » che la Corte applicherà non « concretizza » il principio costituzionale « sostanziale », troppi essendo i passaggi necessari, ma si limiterà a esprimere le condizioni in cui, nel caso specifico e per il « profilo » scelto, o prevale il « principio » (la *ratio*) della norma illegittimamente derogata (*tertium comparationis*), o prevale il « principio » della norma (oggetto del giudizio) legittimamente derogante: gli interessi da « bilanciare » saranno perciò sempre direttamente imputabili alle norme ordinarie, senza bisogno di chiamare in gioco « valori » costituzionali.

Ma si tratta, come si vede, di criteri assai generici di « previsione » dei percorsi argomentativi praticati dalla Corte costituzionale. In un

settore così delicato del diritto costituzionale, qual'è la tutela dei diritti e delle libertà, l'attenzione — della stessa Corte, prima di quella dei commentatori — è stata attratta più dai contenuti e dai risultati che dalle tecniche e dalle procedure. È superfluo sottolineare con quale incidenza però le seconde si possano riflettere sui primi: come, per esempio, l'« abbassamento del tono costituzionale » delle questioni di legittimità, indotto dalla prevalenza dei confronti analogici tra fattispecie subcostituzionali su una « teoria » dei diritti, possa provocare (lo rilevano puntualmente i commenti critici delle singole decisioni) una sostanziale accettazione, da parte della Corte costituzionale, della « realtà » legislativa, alla quale si bada soltanto di assicurare coerenza interna, quasi che si fosse preoccupati, verrebbe da dire, più della sua efficacia — l'« equa » (nel senso di « coerente ») applicazione — che della sua validità.

Eppure la crisi delle teorie « sostanziali » dei diritti fa sì che, come è stato giustamente osservato (138), la teoria dei diritti sia oggi per lo più concepita come teoria della giurisprudenza costituzionale.

Questo può ovviamente comportare un sovraccarico di aspettative « politiche » nei confronti del giudice di costituzionalità, cui spetta di assegnare al testo costituzionale significati difficilmente desumibili dal testo stesso e non reperibili in solidi contesti teorici: gli è persino chiesto di elaborare egli stesso una teoria dei diritti (139).

Il comportamento della Corte costituzionale italiana è al contrario, come si è visto, di esemplare prudenza. Le strategie che gliela consentono sono, almeno a prima vista, quelle su cui si è sin qui insistito: un solido ancoramento dell'*interpretazione* della Costituzione alla sua *attuazione* attraverso la legislazione ordinaria; un'accentuata preferenza per lo schermo triangolare del giudizio di eguaglianza formale, rispetto all'applicazione diretta dei principi « sostanziali » della Costituzione; il che equivale a dire, una forte sottovalutazione della portata dei principi costituzionali, almeno come (potenziali) presupposti « logici » della decisione.

Ma ciò è solo quanto appare a prima vista. Il seguito della ricerca è rivolto appunto ad appurare in modo analitico quali operazioni la

(138) Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 17.

(139) Cfr. R. DWORKIN, *Taking*, cit., cap. 4.

Corte costituzionale compia, guardando oltre agli strumenti ed alle strategie argomentative che più colpiscono l'evidenza. Perché se è vero che le norme costituzionali sui diritti sono per lo più così vaghe da sembrare nulla più che « a good paper justification » per la decisione, « tools of argument and persuasion » (140), non è però affatto detto che tutti i percorsi argomentativi si equivalgano, che siano meri strumenti di giustificazione delle scelte adottate *a priori*, procedimenti incontrollabili. È vero il contrario: o almeno è questo che si vorrebbe dimostrare.

(140) K. LLEWELLYN, *Jurisprudence*, Chicago 1962, 24.

SEZIONE II
TECNICHE

13. *Oltre l'interpretazione giuridica: dalla dottrina dei « limiti naturali » dei diritti al bilanciamento degli interessi.*

Benché solo in un'epoca relativamente recente la Corte costituzionale abbia iniziato *expressis verbis* ad applicare tecniche di bilanciamento, operazioni equivalenti le ha compiute sin dalla sua primissima, storica decisione. Le radici del bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale italiana vanno sicuramente ricercate, infatti, nella « dottrina » dei c.d. « limiti naturali » dei diritti fondamentali:

« la norma la quale attribuisce un diritto non esclud(e) il regolamento dell'esercizio di esso. Una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività dell'individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto... il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e... nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile » (141).

Espressioni di tenore analogo si ritrovano abbondanti nella giurisprudenza costituzionale, specie sino alla metà degli anni '70 (142) ;

(141) Sent. 1/1956, in « *Giur. cost.* » 1956, 1 ss. (8).

(142) Si vedano, scegliendo solo gli esempi più espliciti, la sent. 2/1957 (ove si afferma il principio che « (l)a dichiarazione stessa dei diritti di libertà implica, per sua natura, in senso giuridico, anche posizione di limiti, cioè la determinazione della sfera di azione dei vari soggetti entro condizioni tali che ne risulti garantito lo svolgimento della libertà di tutti »: in « *Giur. cost.* » 1957, 5 ss., 10), seguita dalle sent. 120 (in cui si dichiara che il concetto di limite è insito in quello di diritto: in « *Giur. cost.* » 1957, 1086 ss., 1091) e 121 (che invoca la interpretazione sistematica della Costituzione per l'individuazione dei limiti « impliciti »: in « *Giur. cost.* » 1957, 1092 ss., 1099) dello stesso anno (in tema, rispettivamente di manifestazione sediziose e di controlli su spettacoli teatrali e cinematografici), nonché da numerosissime pronunce successive

perché poi la dottrina dei limiti naturali viene progressivamente sostituita, appunto, da quella del « bilanciamento ». Ma cambia poi qualcosa, nella giurisprudenza della Corte, che non sia un semplice uso terminologico? Forse sì.

L'individuazione dei limiti « naturali » o « impliciti » dei diritti sembra richiedere operazioni che possono essere compiute con gli strumenti tradizionali dell'interpretazione. O, almeno, è questo che la Corte vuole lasciar intendere quando, per esempio, oppone alla lettura « assoluta » della singola disposizione costituzionale in cui si radica la tutela del diritto l'esigenza che le norme costituzionali non vadano

(tra le quali merita ricordare le sent. 123 e 124/1962 sul diritto di sciopero, 65/1970 sul reato di apologia, 129/1970 sulle affissioni, 133/1973 sui blocchi stradali, 57/1976 sulla caccia); la sent. 36/1958 (dove si afferma che « (o)gni diritto nasce limitato, in quanto, nel sistema della civile convivenza deve armonizzarsi con i diritti altrui e con le esigenze generali riconosciute. Donde la possibilità, e spesso la necessità, che ulteriori norme ne specificino i limiti e le condizioni di esercizio »: in « *Giur. cost.* » 1958, 486 ss., 495); la sent. 69/1962 (in cui si precisa che la libertà « negativa » di associazione, rispetto a quella « positiva », incontra « limiti maggiori e non puntualmente segnati dal medesimo art. 18 »: in « *Giur. cost.* » 1962, 738 ss., 775); la sent. 12/1965 (in cui si ammette la limitazione della libertà di circolazione per motivi di manutenzione dei beni pubblici: in « *Giur. cost.* » 1965, 106 ss.); la sent. 25/1965 (in cui, per giustificare le limitazioni alla libertà di cronaca giudiziaria, ci si rifà ai principi generali dell'ordinamento giuridico, « i quali impongono limiti naturali alla espansione di qualsiasi diritto »: in « *Giur. cost.* » 1965, 241 ss., 248); la sent. 61/1965 (in cui, dichiarando non fondata l'impugnazione delle disposizioni che limitano l'accesso al lavoro di guardia privata, si enuncia la regola generale che « ogni libertà trova contemperamento al contatto di sfere concorrenti, che siano ugualmente meritevoli di protezione costituzionale »: in « *Giur. cost.* » 1965, 765 ss., 768); la sent. 18/1966 (in cui, ancora in riferimento alla cronaca giudiziaria, si afferma che la libertà di manifestazione del pensiero trova « un limite in una esigenza fondamentale di giustizia » che vale a garantire ed assicurare l'esercizio di tutte le libertà, ed è garantito in via primaria dalla Cost.: in « *Giur. cost.* » 1966, 173 ss.); la sent. 63/1966 (sotto il particolare profilo della prescittibilità dei diritti costituzionali: in « *Giur. cost.* » 1966, 942 ss., 953); la sent. 168/1971 (in cui si ragiona *ab absurdo* per dimostrare i limiti naturali della libertà di pensiero: in « *Giur. cost.* » 1971, 1774 ss., 1783); la sent. 20/1974 (in cui è spiegato che « la tutela del buon costume non costituisce il solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero, sussistendo invece altri limiti — impliciti — dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, parimenti tutelati dalla Cost. »: in « *Giur. cost.* » 1974, 73 ss., 78); la sent. 4/1977 (ancora sui limiti « coesenziali » del diritto di sciopero e sull'« assurdo » di un diritto illimitato: in « *Giur. cost.* » 1977, I, 20 ss.); la sent. 89/1979 (ancora in tema di affissioni: in « *Giur. cost.* » 1979, I, 664 ss., 672). Per l'ampia letteratura critica a commento di questa « dottrina » della Corte costituzionale cfr. P. GROSSI, *I diritti di libertà*, cit., 10.

« considerate isolatamente, bensì coordinate fra loro » (143). Anche quando « è stata proprio la Corte a spingersi ben oltre il testo costituzionale », facendo leva « sopra una sorta di *Natur der Sache*, desumendone appunto una serie di "limiti naturali", che per definizione non dovrebbero richiedere specifici agganci ricavati dalla Costituzione » (144): anche in questa circostanza la Corte è ricorsa all'arsenale dell'interpretazione giuridica, ad uno dei suoi « arnesi » più tipici, modellati dalla più illustre dommatica — la ricostruzione della « natura » degli istituti.

Non per caso: l'argomento naturalistico si trova (per il credito che si può attribuire a queste classificazioni) sul crinale tra gli argomenti « interpretativi » e quelli « produttivi » (145). Ad esso la Corte ricorre spesso, quando si tratta di mettere a punto la disciplina « costituzionale » di un istituto con lo scarso materiale « autentico » a disposizione: si pensi a quante regole « implicite » la Corte sia riuscita a individuare nella « natura giuridica » del referendum (nelle « caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto », nella sua « stessa natura », nella sua « naturale funzione », ecc.), a partire dalla fondamentale sent. 16/1978 (146).

Per via d'interpretazione, però, si raggiungono risultati che hanno un tasso di rigidità proporzionale (e conseguente) all'univocità che si vorrebbe loro accreditata. I limiti che l'esercizio di un diritto subisce in nome della tutela di altro interesse costituzionalmente tutelato vengono « fissati » dall'interpretazione una volta per sempre, proprio perché *impliciti nella natura* del diritto in questione. Perché possano essere ammessi a provocare una permanente compressione di diritti costituzionali, gli interessi concorrenti dovrebbero contare anch'essi su un sicuro ancoramento in Costituzione. Ma ciò non è sempre possibile, specialmente se si tratta di interessi « istituzionali » — l'interesse all'efficienza della macchina giudiziaria, alla sicurezza pubblica, alla riscossione dei tributi, al funzionamento dell'economia pubblica, al

(143) Sent. 121/1957 (in « *Giur. cost.* » 1957, 1092 ss., 1099).

(144) L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali*, in « *Quad. cost.* » 1987, 5 ss., 7.

(145) Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., 378 s.

(146) Da cui sono tratte le espressioni citate nel testo: in « *Giur. cost.* » 1978, I, 79 ss., 89, 90, 93.

generico « prestigio » delle varie istituzioni o alla corretta applicazione delle leggi (147), oppure anche, più in generale, tutti gli interessi collegabili « a beni e diritti che meritano tutela » (148) — che non hanno dalla loro una specifica disposizione (rafforzata, per giunta, dal carattere dell'inviolabilità), ma possono essere « dedotti » semmai dalla « natura » dell'« ordinata convivenza civile » (sent. 1/1956).

Così come non è possibile al legislatore porre regole che tengano conto di tutti i possibili casi e delle infinite circostanze possibili (149), anche le « regole » che la Corte viene ad avvalorare per via di interpretazione soffrono dello stesso inevitabile limite (150), e tendono ad superarlo con tecnica analoga, cioè con il ricorso a clausole generali o a concetti indeterminati. Da questa esigenza traggono origine alcune delle più infelici decisioni della Corte, come la sent. 19/1962 (151), in cui tra i « diritti e interessi costituzionalmente garantiti » si faceva rientrare l'ordine pubblico, « inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale », per poi sussumere sotto questo *blanket* anche « l'ordine istituzionale del regime vigente », « finalità immanente del sistema costituzionale » (152).

In altri termini, è connaturata ai valori di certezza, stabilità e coerenza, che l'interprete (e la Corte costituzionale in sommo grado) tende ad accreditare alle proprie operazioni ermeneutiche, la propen-

(147) Per indicazioni più specifiche sulle sentenze che richiamano queste ed altre esigenze di funzionamento delle istituzioni si rinvia al par. 15.

(148) Sent. 16/1973, in « *Giur. cost.* » 1973, 87 ss., 93.

(149) Basta scorrere l'abbondante giurisprudenza formata sul problema della determinatezza della fattispecie penale: per tutte, v. la sent. 44/1964 (in « *Giur. cost.* » 1964, 569 ss., 572), in cui si ricorda la « naturale » generalità e astrattezza dei comandi giuridici.

(150) Appunto « perché le leggi, e tanto meno la Costituzione, non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti ». A questa conclusione la Corte giunge dopo aver avvalorato il « limite naturale » dell'« ordine, sicurezza pubblica e pubblica moralità » (secondo la formula del T.U. di Pubblica sicurezza) cui sarebbe sottoposta la libertà di manifestazione del pensiero (e di riunione, dato che non è perfettamente chiaro dove la Corte collochi gli spettacoli teatrali e cinematografici): sent. 121/1957, in « *Giur. cost.* » 1957, 1092, 1099 s.

(151) « (N)ello stesso tempo errata, pericolosa ed inutile » la definisce nel suo commento C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in « *Giur. cost.* » 1962, 191 ss., 197.

(152) In « *Giur. cost.* » 1962, 189 ss., 198.

sione a fissare gerarchie « assolute » tra interessi (più o meno esplicitamente) tutelati in Costituzione, mitigandone la rigidità solo grazie a definizioni elastiche, se non elusive, degli interessi in gioco. Questa strada conduce, quindi, all'affermazione di principi-tuttofare, oppure al rovesciamento continuo delle *rationes decidendi*, quando queste si basino su affermazioni abbastanza nette di priorità tra interessi: in entrambi i casi, il risultato è, paradossalmente, un *deficit* di certezza, una riduzione del margine di stabilità e coerenza (su questo paradosso si ritornerà in seguito). L'alternativa è uscire dalle regole e dalle forme dell'interpretazione: il suo nome è « bilanciamento » degli interessi (153).

La contrapposizione tra interpretazione e bilanciamento (154) soffre di tutta l'approssimazione e l'arbitrarietà insite in questo tipo di tassonomie: serve soltanto a sottolineare un aspetto che appare rilevante. Se l'interpretazione mira ad assegnare un significato al discorso del legislatore (alla « disposizione »), il bilanciamento degli interessi non muove certo verso questo obiettivo. Lo scopo è di raggiungere una soluzione soddisfacente in presenza di un conflitto tra 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. Il bilanciamento non pretende di fissare l'unico significato attribuibile ad una disposizione, ma di individuare il punto di equilibrio tra le posizioni di interesse in gioco nel caso specifico (il che significa però che presuppone una precedente attività interpretativa di ricostruzione e qualificazione degli interessi da conciliare).

Verrebbe da dire, forzando le categorie dommatiche, che, al contrario dell'interpretazione, il bilanciamento non produce risultati

(153) Un accenno all'attinenza di dottrine dei « limiti impliciti » all'interpretazione, anziché al bilanciamento degli interessi, con riferimento ad analoghi sviluppi della letteratura giuridica tedesca, cfr. W. HÖFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin 1987, 176.

(154) Che presenta molte affinità con la contrapposizione tra l'*absolute test* ed il *balancing test* nella giurisprudenza americana (specie in tema di libertà di espressione): cfr. (con una posizione però molto critica nei confronti del bilanciamento) T.I. EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, in 72 « Yale L. Jo. » (1963), 877 ss., 912-915. Si veda anche *infra*, nota 161.

che valgono *erga omnes*, perché il punto di equilibrio varia, e deve variare, caso per caso: ma questa affermazione non sarebbe del tutto accettabile. Ad avere un valore generale e permanente è innanzitutto la « regola » che la Corte elabora (ed applica) nella singola decisione, stabilendo quali siano (per riutilizzare la terminologia di Alexy) le condizioni normative e fattuali della prevalenza, nel singolo caso, di un interesse sull'altro; e poi sono i *criteri* seguiti, le strategie argomentative impiegate per elaborare quella regola. E questo è il punto.

Se è vero che il procedimento di bilanciamento degli interessi sta fuori dell'interpretazione giuridica in senso proprio (in una fase ad essa logicamente successiva), ciò significa anche che esso non può valersi di quelle prerogative (o, se si vuole, di quelle pretese) di univocità che, per tradizione, vantano le tecniche dell'interpretazione giuridica. Se applicando quest'ultime il giudice vede (o crede di vedere) ridotti i margini di arbitrarietà delle operazioni che va compiendo, altri fondamenti deve individuare per giustificare le operazioni di bilanciamento, legandole a ancoraggi più certi ed oggettivi che non la propria soggettiva e contingente valutazione.

L'esigenza è così forte, che si manifesta anche in altri settori in cui la Corte costituzionale ha dovuto rinunciare alle virtù geometriche dell'interpretazione « euclidea » del testo costituzionale. Esempio è, a questo proposito, l'evoluzione giurisprudenziale in tema di « interesse nazionale », nei rapporti tra Stato e Regioni. Lo scarto impressionante che lì si è realizzato tra un'interpretazione « euclidea » del testo costituzionale ed il complesso intreccio di interessi tra i diversi livelli di governo, che si è invece manifestato nella realtà istituzionale, ha condotto la Corte, con un percorso del tutto analogo a quello sviluppatosi nella giurisprudenza sui « diritti », a non procedere oltre nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali, cercando in esse i « limiti naturali » dei poteri locali (che pure sono stati inizialmente enucleati, per via di interpretazione « testuale »: si pensi, per esempio, all'esclusione delle discipline di diritto privato e di diritto penale (155)), ed

(155) Cfr. per tutti S. BARTOLE, *Commento all'art. 117*, in *Le Regioni, le Province, i Comuni, Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1985, 132 ss. Merita notare che anche in questo contesto non mancano argomenti « naturalistici » nelle motivazioni della Corte: nella sent. 21/1957 (ripresa ed ampliata poi dalla sent. 90/1962), per esempio, l'esclusione della potestà legislativa regionale in campo

affrontare esplicitamente il compito di *bilanciare* gli interessi che di volta in volta si ponevano in gioco. Questo compito « nuovo » è venuto legittimandosi attraverso l'individuazione di una serie di criteri e canoni i quali, lungo un itinerario contorto ed incerto quanto si vuole, si sono fissati in elementi di un test giudiziale, che la dottrina prima, e la stessa giurisprudenza costituzionale poi, hanno provveduto a raccogliere e sistemare (156).

L'individuazione degli elementi di un test giudiziale sul bilanciamento degli interessi in materie che riguardano la tutela dei diritti è il programma delle pagine che seguiranno. Si tratta, come è ovvio, di elementi reperiti nella giurisprudenza costituzionale, anche se usati in essa in modo frammentario e mai sistematico. Ma sono tutte strutture argomentative ricorrenti nelle motivazioni della Corte, spesso già impiegate in un'epoca in cui di 'bilanciamento' non si parlava ancora.

14. *Il bilanciamento degli interessi. Operazioni preliminari: la topografia del conflitto.*

Per 'topografia del conflitto' si intende la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente (la dimensione spaziale degli interessi, che l'espressione evoca, corrisponde al linguaggio figurato della stessa giurisprudenza costituzionale, che abbonda di riferimenti, appunto, all'« ambito », all'« area » o alla « sfera » di protezione giuridica dei diritti e degli interessi). Tracciare la topografia del conflitto significa, dunque, rispondere a due domande: a) se, e per quale estensione, l'area di tutela dell'interesse perseguito dalla norma impugnata si sovrapponga all'area che deve essere garan-

penale è giustificata perché « trova fondamento soprattutto nella particolare natura delle restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante la pena », e nella « natura dei diritti » toccati dalla legge penale (in « *Giur. cost.* » 1957, 351 ss., 354, 355).

(156) Un bell'esempio di questo processo di consolidamento di un test per il bilanciamento degli interessi lo si trova a proposito della c.d. funzione di indirizzo e coordinamento: dallo spunto teorico di S. BARTOLE, *Un test giudiziale per l'accertamento dell'interesse nazionale?*, in « *Le Regioni* » 1984, 542 ss., alla sentenza « dottrinale » della Corte costituzionale 177/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 608 ss., con nota di C. MEZZANOTTE).

tita all'interesse di cui si lamenta la compressione; b) quale spazio residuo (detratta quindi la zona di sovrapposizione) resti all'esercizio di ciascuno dei due diritti in conflitto.

Come risulta evidente, il tracciato topografico del conflitto, che si è assunto come momento preliminare del processo di bilanciamento, rappresenta, a sua volta, la conclusione di precedenti operazioni, appartenenti tutte all'universo dell'interpretazione giuridica. Il loro scopo è identificare gli interessi in concorso: per un verso, si tratta di riconoscere, con le consuete tecniche di ricostruzione della *occasio* e della *ratio legis*, gli interessi che hanno ispirato (e tuttora motivano) la norma impugnata; per l'altro, si deve definire l'oggetto del diritto che si presume leso.

Va da sé che molte questioni vengono risolte già in questa fase.

Per un verso, l'identificazione della *ratio legis* può preludere ad un test di ragionevolezza (157) che, quando dia esito negativo (perché la norma è incongrua rispetto al fine, o perché la sua *ratio* non regge al confronto con i « fatti », rivelandosi anacronistica, basata su prognosi inverosimili ecc.), preclude ulteriori sviluppi argomentativi, costituendo un motivo assorbente di illegittimità della disposizione impugnata (158). Per un altro verso, una definizione restrittiva (o addirittura

(157) Sia il test di ragionevolezza che il bilanciamento degli interessi hanno di mira il controllo della « discrezionalità » legislativa: nel primo caso si tratta però di un controllo, per così dire, « interno » alle scelte legislative, relativo ai canoni (di coerenza, ragionevolezza, congruità rispetto al fine) che il legislatore deve comunque rispettare nel compiere le sue scelte, quali esse siano; nel secondo, invece, alla Corte si prospetta un controllo « esterno », nel senso che il parametro è una norma « sostanziale » — e non un meccanismo metarelazionale (sia esso il principio di eguaglianza o altro parametro equivalente: v. *supra*, par. 10) — che limita l'ambito delle scelte discrezionali, non il *metodo* con cui assumerle (per una distinzione analoga, anche se non identica, tra controllo « interno » e controllo « esterno » alla logica della legislazione, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corte costituzionale e principio d'uguaglianza*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Padova 1984, 2.a ed., 103 ss., 108-115; nonché, ma con una classificazione più complessa, Id., *Processo costituzionale*, in *Encicl. dir.* XXXVI, 521 ss.). Mentre, dunque, nel giudizio di ragionevolezza la Corte può procedere al controllo della discrezionalità legislativa senza doversi esprimere sull'estensione e la qualità degli interessi in gioco, questa operazione diviene preliminare e determinante nel bilanciamento degli interessi. Sul punto si veda anche *infra*, par. 25.

(158) Gli esempi abbondano: nella sent. 125/1969 (in « *Giur. cost.* » 1969, 1729 ss.), per esempio, si giudica irrazionale la compressione degli interessi del

il mancato riconoscimento) della « sfera » tutelata dalla disposizione costituzionale può condurre a negare in radice qualsiasi sovrapposizione « topografica » tra gli interessi concorrenti, con conseguente pronuncia di infondatezza della questione (159).

contribuente derivante dalla regola dell'improponibilità dell'azione fino a quando non siano pubblicati i ruoli, poiché essa non corrisponde ad alcun particolare interesse del fisco; analogamente, nella sent. 171/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1070 ss., 1073) si dichiara illegittima la norma che pone una presunzione legale di domicilio della moglie presso il marito anche nel caso di separazione di fatto, perché essa « non sembra tutelare alcun interesse tale da derogare all'eguaglianza tra moglie e marito e tanto meno quello specifico dell'unità familiare »; nella sent. 188/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 2158 ss., 2164), la norma che priva il creditore della possibilità di provare la simulazione delle convenzioni matrimoniali è giudicata « irrazionale » perché « rivela un'eccedenza del mezzo (divieto totale di prova) rispetto al fine (tutela dell'economia familiare); nella sent. 14/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 102 ss.), la Corte non procede oltre nella valutazione del bilanciamento degli interessi, giudicando incongrua rispetto al fine la misura limitativa della libertà di iniziativa economica, sulla base di esplicite valutazioni della corrispondenza mezzi-fini; nella sent. 1143/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 5541 ss.), non si ritiene che la tutela della salute e il diritto del lavoratore di avere, in caso di malattia, i mezzi adeguati alle esigenze di vita possano essere controbalanciati dal precetto costituzionale del buon andamento degli uffici, quando lo strumento teso alla soddisfazione di questa esigenza (l'invio del certificato medico entro un termine perentorio brevissimo) si rivela, per « la notoria lentezza del servizio postale », un mezzo incongruo rispetto al fine di un tempestivo controllo medico.

(159) Vuoi perché si nega lo status di diritto costituzionalmente protetto all'interesse che ha subito la compressione (v., per es., sent. 172/1972, ove si giustifica l'obbligo del giudizio direttissimo per i reati a mezzo stampa, negando che sia costituzionalmente protetto l'interesse dell'imputato a vedere riconosciuta la propria innocenza, con effetti definitivi, prima del dibattimento: in « *Giur. cost.* » 1972, 2092 ss., 2098; oppure la sent. 310/1989, in « *Giur. cost.* » 1989, I, 1400 ss., in cui si nega che esista, sul piano costituzionale, un diritto reciproco di successione tra conviventi di fatto), vuoi perché la tutela costituzionale dell'interesse è meramente programmatica (tipiche le decisioni che riguardano questioni basate sull'art. 4 Cost.: v., per es., le sent. 45/1965, 81/1969, 9/1973, 15/1983, 105/1985, 158/1985, 176/1986; oppure sugli artt. 35 e 38, 2° Cost.: v., tra le tante, le sent. 10/1970, 128/1973, 65/1979, 15/1983, 128/1983 300/1985), spettando al legislatore valutare i termini dell'attuazione del diritto « di prestazione » (su questo punto si veda, più diffusamente, *infra*, par. 20 e 21), vuoi ancora perché l'ambito di tutela costituzionale di uno o di entrambi gli interessi è più ristretto di quanto ipotizzi l'ordinanza *a quo*, e quindi non comprende l'oggetto in questione (il diritto all'acquisto della selvaggina attraverso la caccia: sent. 50/1967; il diritto al riconoscimento anagrafico del mutamento del sesso: sent. 98/1979 e 161/1985; il diritto al doppio grado di giudizio: sent. 41/1965, 62/1981 e molte altre; la libertà di scelta tra medicina privata e strutture pubbliche: sent. 173/1987; il diritto alla rigorosa corrispondenza tra imposta e reddito effettivo: sent. 283/1987; il diritto all'assegnazione di una banda di frequenza per radiotrasmissioni: sent. 1030/1988; ecc.).

Spesso la Corte ha impiegato una tecnica comparabile al *definitional* o *categorical balancing* (160) della letteratura nordameri-

(160) È usuale in quell'ambiente la contrapposizione di questa tecnica con il c.d. « *ad hoc balancing* »: cfr. M.B. NIMMER, *The Right to Speak from Time to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in 56 « *Calif.L.Rev.* » 1968, 935; L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, N.Y. 1978, 582-584; E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford 1985, 177; T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in 96 « *Yale L.Jo.* » (1987), 943 ss., 948 e 979-981 (con toni molto critici sulla validità della distinzione); ma già anche T.I. EMERSON, *Toward a General Theory*, cit., 914 s. Le ragioni di questa contrapposizione sono abbastanza chiare alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema: il « *definitional balancing* » è un procedimento che mira ad individuare, sulla base dello scopo, della *ratio* della disposizione costituzionale in questione, una linea di demarcazione tra ciò che rientra nella e ciò che sta fuori dalla garanzia costituzionale, accreditando quindi una regola giuridica, generale e astratta, seppure provvisoria, modificabile e suscettibile di entrare in crisi in casi limite (com'è proprio di ogni precedente giudiziario); mentre con « *ad hoc balancing* » si indica — in genere polemicamente — una certa prassi giurisprudenziale, formatasi soprattutto in riferimento alla libertà di espressione, che privilegia — per usare le parole di uno dei suoi massimi ispiratori, Felix Frankfurter, in una famosa « opinione concorrente » (in *Dennis v. U.S.* 1951: si può leggerla in LOCKHART, KAMISAR e CHOPER, *Constitutional Rights and Liberties Cases and Materials*, St. Paul, Minn. 1967, 399 ss.) — il procedere per « candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidean problems to be solved ». Non dunque l'enunciazione di una regola, ma la considerazione attenta degli interessi in gioco nel caso specifico e nelle particolari circostanze prospettate dalle parti alla Corte, perpetuando anche nell'applicazione della Costituzione scritta un atteggiamento basilare della *common law*. Come spesso capita alle contrapposizioni troppo nette, questa pecca di una notevole dose di approssimazione, né è esente da qualche contraddizione. Il *definitional approach* mira sì a « irrigidire » la garanzia costituzionale del diritto, ma per perseguire questo fine paga prezzi non indifferenti: deve procedere infatti a distinzioni assai ardue e dolorose tra ciò che in astratto rientra e ciò che sta fuori dalla garanzia costituzionale (da qui, per esempio, la teoria del « *low value* » di certe espressioni del pensiero: v. *infra*, nota 167) e che, per di più, implicano la ricerca dello « scopo » della garanzia costituzionale, cioè l'individuazione di un « valore » (la democrazia, per esempio, in riferimento alla libertà d'espressione) rispetto al quale quella garanzia è servente (illuminanti sono per es. queste parole di un noto saggio di L.E. FRANTZ, *Is the First Amendment Law? - A Reply to Professor Mendelson*, in 51 « *Calif.L.Rev.* » 1963, 729 ss., 734 s.: « The starting point, in any such inquiry, should be to ascertain the purpose of the grant or prohibition... If the freedom of speech is conceived to serve this function, there is no difficulty about finding meaning in it »: il primo corsivo è originale, il secondo aggiunto), puntando inevitabilmente (anche se non sempre consapevolmente) alla « funzionalizzazione » del diritto in questione (v. par. 15); oppure (o parallelamente) deve spostare l'attenzione dall'elencazione dei comportamenti che rientrano o fuoriescono dalla nozione del diritto o della libertà in questione, alla considerazione delle circostanze di « *time, place, and manner* », neutrali rispetto ai contenuti del diritto, ma valutabili esclusivamente in

cana (161), per mezzo della quale ha cercato di procedere in via generale all'individuazione dell'area protetta dalla norma costituzio-

considerazione specifica del caso concreto, e non in via generale e astratta (v. *infra*, par. 22). Anche sull'altro versante, la contrapposizione non convince molto: l'*ad hoc approach* procede davvero prescindendo dall'applicazione di una regola — come concretizzazione del « principio » costituzionale (v. *supra*, par. 9) — o semplicemente si astiene dall'enunciarla?

(161) È sempre molto difficile (e spesso fuorviante) l'importazione di categorie e figure argomentative elaborate dalla dottrina statunitense: la contrapposizione tra il *definitional* e l'*ad hoc balancing* — tratteggiata nella nota precedente — ne è un esempio. L'*ad hoc approach* (in opposizione polemica al quale è stata elaborata l'altra categoria), che è connaturato al sistema di *common law* (cfr. M.B. NIMMER, *The Right to Speak*, cit., 939; T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law*, cit., 977; più in generale, sul significato dell'empirismo giudiziario nel *common law*, si veda il classico R.POUND, *The Spirit of the Common Law*, tr. it. di G. Buttà, Milano 1970, spec. cap. VII), non può aver senso se non nell'ambito di un giudizio « concreto » e nel contesto di un processo per parti (qual'è appunto la *judicial review*: cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968, 92), in cui spetta a quest'ultime prospettare il « fatto » e i rispettivi interessi ad esso legati. L'*ad hoc balancing* — come, proprio per gli stessi motivi, il test del *clear and present danger* (v. *infra*, par. 22) — può avere perciò ben scarsa utilizzazione, almeno nella sua forma originale, nell'ambito della giurisprudenza costituzionale italiana, dove l'astrattezza del controllo di costituzionalità si contrappone alla concretezza del processo *a quo*, e solo attraverso stratagemmi che sforzano i meccanismi di giudizio (l'abile uso giurisprudenziale del principio di eguaglianza ne è forse il più significativo: v. *supra*, par. 11) i riflessi del caso concreto, e gli interessi dedotti dalle parti in lite, riescono ad infiltrarsi nelle *rationes decidendi* (almeno in quelle rese palesi). È possibile perciò che tecniche decisionali avvicinabili all'*ad hoc balancing* siano impiegate dalla Corte costituzionale soprattutto in quei giudizi in cui la ponderazione degli interessi in campo sia maggiormente svincolata dal riferimento a parametri « sostanziali » della Costituzione, ed affidata prevalentemente ad un controllo di ragionevolezza (in questo senso cfr. M. LUCIANI, *La liberté de l'information dans la jurisprudence constitutionnelle italienne*, in *Annuaire intern. de justice const.* III, 1987, 359 ss., 378): perché questo tipo di giudizio — il cui oggetto è, com'è ovvio, il punto di equilibrio fissato dal legislatore — si può giovare delle capacità che ha il giudizio di eguaglianza di isolare e delimitare, con il « profilo » della questione, anche gli interessi vantati in concreto dalle parti. Possibili esempi si possono probabilmente trovare tra quelle sentenze in cui l'oggetto della questione siano le presunzioni legali (v. *infra*, par. 17): perché in quelle occasioni la Corte è chiamata per lo più ad adeguare meccanismi legislativi che quasi mai sono in patente violazione di disposizioni costituzionali, ma la cui rigidità si dimostra eccessiva proprio in riferimento al caso limite, che è poi il caso concreto da cui origina la questione. Il contrasto di interessi tra l'ente previdenziale o mutualistico e l'assicurato, tra locatore e conduttore, tra i protagonisti di un incidente stradale, tra il vettore e il trasportato, tra il fisco ed il contribuente (sono tutti esempi che verranno « documentati » poi, nel par. 17), può manifestarsi in circostanze tali da aprire una crepa, anche vistosa, nell'assetto degli interessi tracciato dal legislatore, per sua natura semplificante:

nale. Soprattutto in sentenze non recenti, questa strada è stata seguita per escludere dall'area della « manifestazione del pensiero » alcuni « comportamenti espressivi » ad essa ritenuti estranei, come la propaganda sovversiva (162), il vilipendio (163), l'istigazione (164) e l'apologia (165), grida e manifestazioni sediziose (166); oppure anche espressioni di « basso valore » (167), e quali possono apparire, per ragioni diverse, le forme « grossolane » e « rozze » di protesta e propaganda (168) o la pubblicità economica (169), ecc. Ma un percorso del tutto analogo è stato seguito anche per negare che certe misure potessero essere considerate violazioni dell'*habeas corpus* (170), della

e in questi casi la Corte procede considerando, non già gli astratti interessi (costituzionali e non) ricollegabili alla fattispecie legislativa, ma quelli concreti prospettati dalle parti nel processo principale (tant'è vero che spesso queste sentenze si esauriscono con un « delega » di bilanciamento a favore del giudice *a quo*: v. ancora *infra*, par. 17): con uno « stile », dunque, non troppo diverso dall'*ad hoc approach*.

(162) Sent. 87/1966, in « *Giur. cost.* » 1966, 1090 ss.

(163) Sent. 20/1974, in « *Giur. cost.* » 1974, 73 ss.; sent. 188/1975, in « *Giur. cost.* » 1975, 1508 ss.

(164) Sent. 100/1966, in « *Giur. cost.* » 1966, 1216 ss.

(165) Sent. 65/1970, in « *Giur. cost.* » 1970, 955 ss.

(166) Sent. 120/1957, in « *Giur. cost.* » 1957, 1086 ss.

(167) Sul *low-value speech* nella giurisprudenza della Corte Suprema, cfr. G.R. STONE, *Content-Neutral Restrictions*, in 54 « *U. Chi. L. Rev.* » (1987), 46 ss., 47 s.

(168) Sent. 16/1973, in « *Giur. cost.* » 1973, 87 ss., 93.

(169) Sent. 68/1965, in « *Giur. cost.* » 1965, 838 ss.

(170) Quali il c.d. accompagnamento coattivo (sent. 13/1972, in « *Giur. cost.* » 1972, 70 ss., dove si nega l'esigenza della convalida da parte del giudice trattandosi di un provvedimento « che incide in modo del tutto temporaneo sulla libertà personale »), i rilievi segnaletici « esteriori » (sent. 30/1962, in « *Giur. cost.* » 1962, 240 ss.), l'obbligo dell' « invitato » a comparire davanti all'autorità di pubblica sicurezza (sent. 52/1967, in « *Giur. cost.* » 1967, 328 ss.), l'obbligo di collaborare in occasione di tumulti (sent. 49/1959, in « *Giur. cost.* » 1959, 778), l'obbligo di presentazione all'autorità locale dei condannati a talune pene o misure di sicurezza (sent. 72/1963, in « *Giur. cost.* » 1963, 592 ss.), l'obbligo del datore di lavoro di collaborare con gli ispettori previdenziali (sent. 32/1965, in « *Giur. cost.* » 1965, 308 ss., dove si afferma esplicitamente che l'art. 13 « non risulta neanche sfiorato »; decisione analoga, ma con riferimento alla libertà di domicilio, è stata pronunciata con la sent. 10/1971, in « *Giur. cost.* » 1971, 56 ss.), oppure l'obbligo del fallito di presentarsi personalmente ogni qual volta richiesto dal giudice delegato o dal curatore (sent. 24/1969, in « *Giur. cost.* » 1969, 163 ss.). Su queste connessioni tra la libertà personale e le prestazioni obbligatorie che la Corte considera legittimate dall'art. 23 Cost., cfr. ora R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino 1989, specialm. 64-74.

libertà di domicilio (171), della libertà di circolazione (172), della stessa libertà di espressione (173) o di altre ancora.

Il *definitional balancing*, a dispetto del nome, non è però una forma o una fase del bilanciamento vero e proprio (174); esso appartiene ancora all'interpretazione, perché serve a determinare l'intensione e l'estensione delle nozioni impiegate dalle disposizioni costituzionali che disciplinano i diritti fondamentali. Dell'interpretazione mantiene necessariamente anche i caratteri: definire in via generale e astratta i limiti della tutela di un diritto, vuol dire escludere la considerazione delle circostanze specifiche in cui si verifica la compressione degli interessi individuali nelle zone limitrofe all'area stessa. Da qui deriva un'incomprimibile rigidità dei risultati a cui si perviene per questa via: rigidità che è salutata con favore da quanti la ritengono la miglior garanzia del carattere « assoluto » dei diritti costituzionali (175), della certezza e della prevedibilità delle garanzie costituzionali (almeno fino a quando la definizione giurisprudenziale non venga travolta — come spesso è avvenuto — da un *overruling*); ma che nega in principio la possibilità di allargare l'area della tutela a comportamenti ed interessi che forse non potrebbero essere difesi in via « assoluta », non appartenendo al

(171) Si veda per es. la sent. 106/1975, in « *Giur. cost.* » 1975, 1203 ss., che esclude i teatri dalla tutela del domicilio.

(172) Sent. 72/1963, in « *Giur. cost.* » 1963, 592 ss. (foglio di via obbligatorio); sent. 12/1960, in « *Giur. cost.* » 1960, 113 ss. (diritto di pedagogia); sent. 144/1970, in « *Giur. cost.* » 1970, 1650 ss. (onere di portare ed esibire documenti)

(173) Si vedano ad esempio le sentenze 159/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 2079 ss.), 93/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, 1156 ss.) e 1063/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 5199 ss.) sulla c.d. « censura privata » compiuta dall'ediculante sul materiale pornografico; 38/1973 (in « *Giur. cost.* » 1973, 354 ss.), sul sequestro del materiale strumentale e preparatorio alla stampa, non ancora pubblicato.

(174) Per la distinzione tra « defining » e « balancing » cfr. ad esempio T.I. EMERSON, *Toward a General Theory* cit., 914 s.

(175) Tipiche di questo orientamento sono le considerazioni di L.B. FRANTZ, *The First Amendment in the Balance*, in 71 « *Yale L. Jo.* » 1962, 1424 ss., in cui è ben scolpita la contrapposizione tra il bilanciamento « *ad hoc* » (v. *supra*, nota 160) e la ricerca di una definizione del significato delle disposizioni costituzionali, che ponga i presupposti per tracciare una linea di demarcazione, incerta e provvisoria quanto si vuole, ma su cui si può ancorare un minimo di certezza per la protezione del diritto e, corrispondentemente, un vincolo di precedente per il giudice futuro. Sulle posizioni « assolutiste » nella letteratura statunitense cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 582 s.

nucleo più ristretto e resistente del « diritto » (176), ma la cui protezione andrebbe graduata caso per caso, in considerazione degli interessi confliggenti e del modo di porsi del conflitto (177).

Nella giurisprudenza costituzionale più recente le utilizzazioni di questa tecnica sono diventate sempre più sporadiche (178): grazie

(176) Emblematico è il contrasto che già L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962, 1 ss., riscontrava nella definizione della nozione di libertà personale, causata dalle « esigenze contraddittorie » che movevano dottrina e giurisprudenza: « alla esigenza di chiudere il concetto di libertà personale in una formula dai confini ben precisi si contrappone la necessità o l'opportunità di garantire talune posizioni del singolo, facendole rientrare nell'ambito dell'art. 13 Cost. o per assicurare ad esse la tutela particolare preveduta da questo articolo nel suo secondo comma oppure per far giuocare il meccanismo processuale di cui all'art. 111, 1° capoverso » (pag. 2) È chiaro poi che la delimitazione dell'estensione delle nozioni costituzionali presuppone una più precisa caratterizzazione delle proprietà essenziali che ne costituiscono l'intensione: ed è proprio questa esigenza che partorisce — per restare in tema di libertà di manifestazione del pensiero, che indubbiamente è stato il terreno su cui maggiormente questi temi si sono riflessi — le teorie che insistono sul carattere « privilegiato » di certi aspetti dell'espressione (classica nella letteratura italiana le tesi di S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957), oppure che ricercano la *ratio* della libertà di manifestazione del pensiero nella « funzione » che essa svolge in vista di altri valori riassunti nel concetto di democrazia (per lo sviluppo di queste teorie nella dottrina nordamericana, cfr. C.E. BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, New York-Oxford 1989, 8-12: sull'argomento si ritornerà nel paragrafo successivo).

(177) Non è un caso, per esempio, che i casi di applicazioni del *definitional balancing* da parte della Corte costituzionale italiana non abbiano in genere incontrato il favore dei commentatori, e che spesso si sia rimproverata la mancata considerazione del *clear and present danger*, cioè di un tipico temperamento delle definizioni astratte con le considerazioni delle circostanze specifiche e concrete: su queste (ingiuste) critiche si ritornerà in seguito, al par. 22.

(178) Spesso, anzi, si ricorre ad una strategia argomentativa opposta: anziché affrontare il problema di una definizione « forte » del diritto, che consenta di delimitarne con precisione l'estensione, per poi, su questo risultato, impostare la soluzione della questione di legittimità, si preferisce non prendere una posizione netta rispetto all'interpretazione che del « diritto » offre il giudice *a quo*, accettando di ragionare in termini ipotetici *come se* quell'interpretazione fosse accettabile e accettata. Così, per esempio, la questione della legittimità dei particolari requisiti richiesti dalla legge per l'apertura delle scuole-guida può essere risolta « a prescindere » dal problema se per quelle scuole « sia o meno pertinente il riferimento al terzo comma dell'art. 33 Cost. » (che pure era il parametro indicato nell'ordinanza introduttiva: sent. 24/1965, in « *Giur. cost.* » 1965, 234 ss., 238 s.): perché comunque, anche ipotizzando una risposta affermativa, si concluderebbe per la legittimità di quei requisiti, posti a protezione di altri interessi meritevoli di tutela.

soprattutto all'introduzione delle tecniche di bilanciamento, che permettono di uscire dalle barriere, necessariamente un po' formalistiche, dell'interpretazione (179).

Il processo di interpretazione in senso stretto, quando non basti da solo a chiudere la questione, si esaurisce nel tracciare la mappa degli interessi da «bilanciare», fornendo tutti gli elementi necessari alle valutazioni successive. Dirà, per esempio, se la *ratio* della norma impugnata consiste proprio nella deliberata e «diretta» compressione di un interesse, o se invece la compressione non è piuttosto l'effetto «indiretto», contingente e non necessario della norma impugnata (180): nel primo caso, che può essere esemplificato dalle norme che limitano il diritto di cronaca giudiziaria in nome della tutela di valori costituzionalmente rilevanti come le esigenze della giustizia o la dignità personale, la Corte non potrà sottrarsi al compito di procedere oltre nel bilanciamento degli interessi in gioco (181); ma nel secondo caso, invece, l'esito può essere diverso, potendo in ipotesi la Corte «delegare» al giudice di merito (o all'autorità amministrativa) (182) il compito di decidere caso per caso se sorga conflitto tra gli interessi e quale ne debba essere l'equilibrata composizione (183).

La topografia del conflitto potrà dire, ancora, se la compressione dell'esercizio di un diritto sia provocata — in base a quanto risulta dalla *ratio* della norma impugnata — da una vera e propria restrizione del

(179) È quanto osserva, a proposito dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema in tema di libertà di espressione, L.H. TRIBE, *Constitutional Choices*, Cambridge, Mass.-London 1985, 199.

(180) Questa contrapposizione tra regolazione «diretta» ed «indiretta» di un interesse è tratta da R. SINGH, *The Indirect Regulation of Speech: A Time and a Place for Everything?*, in «*Public Law*» 1988, 212 ss.

(181) Come, per restare all'esempio, nelle già più volte citate sent. 25/1965 e 18/1966.

(182) Su questo meccanismo di «delega» del bilanciamento degli interessi in gioco si ritornerà *infra*, par. 17 e 22.

(183) Per usare un esempio già più volte richiamato, le regole sulle ferie giudiziarie non sono dirette alla compressione del diritto di difesa, ma questo può essere uno dei possibili risultati della loro applicazione: spetta allora al giudice di merito intervenire utilizzando tutti gli strumenti che le «clausole discrezionali» della legge gli offrono (v. sent. 130/1974, in «*Giur. cost.*» 1974, 859 ss.), salvo l'intervento della Corte laddove il «diritto vivente» neghi lo spazio ad un'interpretazione estensivo-evolutiva della disposizione legislativa (v. sent. 255/1987, più volte citata).

contenuto del diritto (la limitazione della libertà negativa di associazione, in nome di particolari interessi pubblici, per esempio (184); oppure, in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero, la repressione penale di espressioni qualificabili come vilipendio delle istituzioni (185)), o invece da una restrizione dei mezzi o di altre modalità con le quali quel diritto può essere esercitato (186). E, in questo secondo caso, dovrà chiarire se si tratta di una restrizione conseguente ad una disciplina generale delle modalità di esercizio del diritto in questione, o della limitazione o esclusione di uno specifico mezzo (poiché diversa dovrà essere poi, probabilmente, la valutazione dei requisiti dell'interesse antagonista, in nome del quale possono giustificarsi tali limitazioni); e soprattutto sarà indispensabile l'indicazione di quale incidenza le limitazioni introdotte hanno sulla strumentazione complessiva del diritto, per valutare se i margini di esercizio siano ancora sufficienti o se la riduzione dei mezzi è tale da vanificare ogni sua garanzia.

Come si può vedere, il tracciato topografico del conflitto non è ancora un elemento del test di bilanciamento, ma indubbiamente ne condiziona l'intero svolgimento. «Descrive» la situazione di conflitto, senza fornire argomenti per la sua composizione: gli argomenti fanno parte del bilanciamento (e ad essi volgerà ora l'attenzione), mentre la «descrizione» del conflitto è il risultato dell'attività preliminare di interpretazione. Va da sé che, come indicano con molta evidenza gli esempi appena portati, la topografia del conflitto, se non produce argomenti, individua già le direzioni nelle quali si svilupperanno i percorsi argomentativi del giudice costituzionale; e forse solo un eccesso di spirito analitico può giustificare un suo scorporo dal vero e proprio processo di bilanciamento. Ma si può procedere alla scomposizione delle strutture argomentative della Corte costituzionale senza un eccesso di spirito analitico?

(184) Sent. 69/1962, in «*Giur. cost.*» 1962, 738 ss.

(185) Sent. 20/1974, in «*Giur. cost.*» 1974, 73 ss.

(186) La distinzione tra *content-based* e *content-neutral abridgments* è considerato uno dei punti di forza della giurisprudenza della Corte suprema americana in tema di libertà di espressione: cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 580 ss.; per una recente riaffermazione della validità di questa distinzione cfr. G.R. STONE, «*Content-Neutral Restrictions*», cit., 46 ss.

15. La « insufficienza prima facie » dell'interesse antagonista.

Da un punto di vista logico (e spesso anche nello svolgimento cronologico della motivazione della sentenza) la prima operazione della Corte è valutare se l'interesse perseguito dalla norma impugnata (la sua *ratio*, quindi) sia sufficiente a giustificare la compressione del diritto costituzionalmente protetto. Più precisamente, concependo il ragionamento della Corte come un « diagramma di flusso », la risposta positiva a questo interrogativo avrebbe come unico effetto l'aprire la strada ad ulteriori test, mentre quella negativa porterebbe ad un'immediata conclusione del giudizio, con pronuncia di accoglimento della questione. Ma le cose non sono mai così semplici.

Prendiamo uno dei casi che appaiono più piani: l'irricevibilità (con decisione della cancelleria) degli atti giudiziari sprovvisti del « cicero », la marca relativa al contributo per la « Cassa avvocati ».

La Corte, di fronte ad una così palese compressione del diritto d'azione (e di difesa), compiuta in nome di un interesse di categoria, non si limita a constatare l'insufficienza del secondo a contrastare il primo, ma procede oltre, al successivo test del « costo » della soluzione normativa prescelta (v. par.16): lo strumento (la non ricevibilità dell'atto) « assume carattere sanzionatore, non proporzionato alla portata ed entità del precetto, e non giustificabile alla stregua di quelle garanzie giuridiche che lo stato di diritto offre ai singoli per la tutela dei loro diritti od interessi legittimi » (187). È una valutazione *prima facie*, sorretta (come è frequente in questi casi) da un abbozzo di argomento *ab absurdo* (188), che consente però alla Corte di compiere un'operazione importante: evitare affermazioni di principio che fissino in assoluto precedenze gerarchiche tra gli interessi in gioco.

Benché questa sentenza si situi in un filone di decisioni volte a rimuovere condizionamenti economici di varia natura che comprimono l'effettività del diritto d'azione (189), la Corte non afferma però

(187) Sent. 82/1966, in « Giur. cost. » 1982, 1064 ss., 1071.

(188) La regola che obbliga il cancelliere a non ricevere l'atto farebbe sì che l'azione possa « essere compromessa irrimediabilmente da un provvedimento di un organo diverso dal giudice » (p. 1072).

(189) Come osserva, commentando questa sentenza, G. GALLI, *Irricevibilità*

mai che gli interessi economici di una corporazione non possono contrastare un diritto « preferenziale » quale il diritto di agire e di difendersi in giudizio (190). Ed infatti, nella sent. 125/1969 (191), dovendosi occupare della norma che stabilisce, nel contenzioso tributario, l'improponibilità dell'azione fino a quando non siano pubblicati i ruoli, la Corte ne dichiara sì l'illegittimità per l'irrazionale compressione dell'interesse del contribuente, ma non perché gli interessi del fisco non siano sufficienti *in assoluto* a contrastare il diritto d'azione, bensì perché *nel caso specifico* addirittura non è possibile individuare alcun interesse specifico del fisco, sicché lo strumento normativo appare irrazionale e incongruo di per se stesso (192). Persino « il prestigio dell'Istituzione universitaria » cede « a fronte delle garanzie dovute al singolo » solo laddove lo strumento di tutela sia eccessivo, come nel caso della sperimentabilità *sine die* del procedimento disciplinare (193).

Sembra doversi concludere, dunque, che nessun interesse è escluso, già in linea di principio, dal bilanciamento, solo perché risulti *prima facie* eccessivamente debole o, all'opposto, in posizione di « privilegio » assoluto. Se non valgono gerarchie definitive basate sui contrassegni formali della disposizione che riconoscono il *favor* per un determinato interesse (v. par. 8), non è neppure possibile tracciare tipologie di interessi che, poste a confronto, rivelino relazioni stabili di sovrapposizione o di sottordinazione, tali da rendere superfluo l'ulteriore corso del processo di bilanciamento. Tutte le categorizzazioni

dell'atto processuale privo di marca « cicero » e art. 24 Cost., in « Giur. cost. » 1966, 1065 ss., 1067.

(190) Si veda invece, per uno spunto recente teso a valorizzare la posizione « preferenziale » del diritto di difesa al fine di sottrarlo a bilanciamento (sia pure ad un « bilanciamento » *sui generis*, che vedrebbe posti, sull'altro piatto, quegli interessi e valori che inducono talvolta la Corte a cercare il modo di circoscrivere l'efficacia temporale delle proprie decisioni di accoglimento), S. BARTOLE, *L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali*, in « Quad. cost. » 1989, 17 ss., 25 s.

(191) In « Giur. cost. » 1969, 1729 ss.

(192) Sull'incongruità delle leggi e, più in generale, sul controllo di ragionevolezza delle relazioni mezzo-fine, cfr. R. BIN, *Atti normativi*, cit., 273 ss.

(193) Sent. 1128/1988.

tracciate prescindendo dalla valutazione del caso specifico sono destinate a « saltare ».

È scontato, per esempio, che i « diritti di prestazione » siano controbilanciati da esigenze funzionali connesse all'organizzazione dei servizi o alle disponibilità finanziarie dello Stato, ma di un « contrappeso » si tratta appunto, sicché spetta alla Corte verificare, con un apposito test (v. par. 20 e 21), che l'equilibrio non venga incrinato. Quando la Corte si è trovata a decidere se e sino a che punto, in nome del principio di buon andamento, si possano comprimere la tutela della salute ed il diritto del lavoratore ad avere mezzi adeguati alle proprie esigenze di vita, ha espresso « la necessità quanto meno di un bilanciamento degli interessi » contrastanti, enunciando poi il test cui sottoporre la soluzione legislativa del conflitto in forma di massima: di fronte a diritti di prestazione, « non si possono porre condizioni, requisiti ed oneri vessatori ed eccessivamente gravosi, tali da rendere nulla la detta erogazione » (194).

D'altra parte, questa apparente cedevolezza non impedisce affatto ai diritti sociali di contrapporsi validamente, talvolta, agli stessi diritti di libertà, esprimendo una *Drittwirkung* che si manifesta nella compressione che il diritto di prestazione vantato da una persona può esercitare nei confronti delle libertà « negative » di altri soggetti privati. Tant'è che recenti decisioni della Corte riconoscono, per esempio, che l'art. 37, laddove sancisce i diritti « positivi » della donna lavoratrice, « ha efficacia generale per tutti i cittadini che, pertanto, lo devono osservare », sicché nulla deve intendersi la clausola contrattuale, imposta dal terzo al datore di lavoro, che comporti una discriminazione della donna (195); oppure affermano che « il dovere collettivo » di impedire che le persone possano rimanere prive di abitazione, elevato a connotato della « forma costituzionale di Stato sociale », giustifica la compressione del diritto del proprietario-locatore (196).

È vero che in questo secondo esempio si ha a che fare con diritti

(194) Sent. 1143/1988, sul termine perentorio per l'invio del certificato medico di malattia.

(195) Sent. 17/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 118 ss., 123 s.).

(196) Sent. 404/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 1789 ss., 1793).

« funzionali » (197), e perciò non ci sarebbe stato bisogno, nel caso specifico, di « inventare » un nuovo diritto « fondamentale » (alla casa) per bilanciare un diritto (di proprietà) cedevole a qualsiasi interesse, purché qualificabile come socialmente rilevante (198). Ma anche queste categorie andrebbero riviste, in considerazione delle caratteristiche operative che i « diritti » rivelano nella giurisprudenza costituzionale. Infatti, è vero anche che un certo grado di « funzionalizzazione » (non nel senso pieno di vincolo « positivo », magari, ma certo almeno nel senso debole di limite « negativo », giustificabile in nome di qualche interesse sociale) sembra implicito in tutti i diritti riconosciuti in Costituzione, anche in quelli « privilegiati », come ha mostrato la dottrina dei « limiti naturali » (199). Che differenza c'è, in fondo, tra il limite apposto al diritto del proprietario-locatore, compreso — in nome delle altrui esigenze abitative (o, se si vuole, dell'interesse generale alla riduzione della « tensione abitativa ») — nella sua libertà di disporre contrattualmente dei propri immobili, e, sull'altro versante, i limiti apposti alla libertà di espressione in nome di beni quali l'ordine pubblico e la tranquilla convivenza sociale, le esigenze della giustizia e la serenità del giudice, la tutela del prestigio delle istituzioni (200)? La

(197) Sulla distinzione tra diritti aventi natura « individualistica » e diritti aventi natura « funzionale » (distinzione che qui si intende relativizzare, se non contestare), cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione di pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 3 ss., e 48 s., cui *adde* ora A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali* (Parte generale), Padova 1990 (II ed.), 40-43.

(198) In questo senso cfr. il commento critico di A. PACE, *Il convivente more uxorio, il « separato in casa » e il c.d. diritto « fondamentale » all'abitazione*, in « *Giur. cost.* » 1988, I, 1801 s.

(199) V. *supra*, par. 13.

(200) Poiché c'è il rischio di alimentare gli equivoci che spesso sono affiorati in dottrina in merito alla classificazione dei diritti in « funzionali » e « individuali », appare opportuno spendere qualche parola di chiarificazione del punto di vista che qui si assume. Sotto un profilo di teoria generale, la distinzione tra le due categorie di diritti è perfettamente chiara: da un lato stanno i diritti il cui svolgimento è vincolato *in positivo* al perseguimento di obiettivi di interesse generale (tali sarebbero tipicamente la proprietà e l'iniziativa economica); dall'altro le c.d. libertà negative, dall'habeas corpus, alla corrispondenza, dal domicilio all'associazione ecc., che si pongono come uno spazio libero e inviolabile « garantito al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato » (in questo senso C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione*, cit., 9; ma l'intento di definire una netta contrapposizione tra le due dimensioni delle libertà è comune a molti autori, come, ad

differenza potrebbe essere riposta in ciò, che le limitazioni dei diritti « funzionali » sono dirette, appunto, ad obiettivi « positivi », al perse-

es., C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1035 s. e 1114 s.; S. FOIS, *La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in « *Giur. cost.* » 1977, I, 429 ss., 438; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali - Parte generale*, cit., 40-43; M. LUCIANI, *La libertà*, cit., 360-365). La nettezza di questa divisione però è stata spesso messa in dubbio, specialmente in relazione alla libertà di espressione — che è « l'incrocio più emblematico fra la libertà positiva, nelle sue diverse articolazioni, e la libertà negativa » (G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, cit., 285) — rispetto alla quale (ed alla libertà di informazione in modo particolare) affiora di continuo la tendenza a sottolineare i vincoli derivabili dalla connessione funzionale tra la libertà di espressione e il buon funzionamento del sistema democratico (cfr. per es. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Encicl. dir.* XXIV, 428 s.); questo passaggio è particolarmente sentito dalla dottrina nordamericana, perché la giurisprudenza della Corte suprema ha fatto discendere dalla classica idea di J.S. Mill del *marketplace of ideas* la giustificazione di tutta una serie di repressioni di forme d'espressione ritenute « pericolose » o « di basso valore » (cfr. per tutti L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 576-579 e C.E. BAKER, *Human Liberty* cit., 8-12), ma qualche traccia (seppure sporadica e incerta) affiora anche nella giurisprudenza costituzionale italiana: per esempio, nel principio « il diritto della manifestazione del pensiero non può ritenersi leso da una limitazione posta a tutela del metodo democratico », enunciato dalla sent. 87/1966, in « *Giur. cost.* » 1966, 1090 ss., 1103, a proposito della repressione penale della « propaganda sovversiva » (per il test del *clear and present danger*, e per la valutazione del *social value* del pensiero, anche per ulteriori indicazioni di giurisprudenza italiana, si rinvia ai paragrafi, rispettivamente, 22 e 14). A distanza di molti anni da quando la distinzione tra libertà individuali e libertà funzionali è stata introdotta, tematizzata e critica, sembra che si siano stemperate sia la sua nettezza (a tale proposito si vedano ora le osservazioni di A. BALDASSARRE, *Diritti individuali*, cit., 17 e *Libertà: I) problemi generali*, in *Encicl. giur.* XIX, 15 s., dove anzi — a mio avviso correttamente, benché diverse siano le motivazioni — la distinzione è giudicata « di nessun significato nel nostro sistema costituzionale ») che l'acutezza delle critiche che le erano state mosse. C'è da osservare infatti che, alla luce della giurisprudenza costituzionale di tutti questi anni, la distanza tra le due categorie di diritti appare, se non annullata, di molto accorciata. Anzitutto va ricordato che la teoria del « vincolo positivo », cui sarebbero sottoposti i diritti « funzionali », non ha oggi alcuna reale consistenza: la teoria della riserva di legge « implicita », per cui i limiti della proprietà e dell'iniziativa economica possono essere legittimi solo se posti espressamente dalla legge, anche laddove tale riserva non sia esplicitamente prevista dalla Costituzione (per riferimenti di giurisprudenza e dottrina cfr., sia pure in termini critici nei confronti di questa teoria, C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in « *Giur. cost.* » 1962, 33 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 141 ss.), ha trasformato quello che poteva sembrare in origine un obbligo posto al privato di perseguire certi fini, pena l'automatistico scadimento del diritto, in una semplice giustificazione dei limiti introdotti dal legislatore ordinario, autorizzato a limitare il diritto del privato in nome dell'interesse sociale. Sull'altro versante, nessuna libertà negativa si è mostrata esente da limiti: limiti derivanti dall'altrui godimento dello stesso diritto, e limiti derivanti dalla

guimento di risultati precisi (l'attenuazione della « tensione abitativa », nel nostro esempio); mentre, nell'altra ipotesi, l'obiettivo è meramente negativo, essendo ispirato dalla esigenza di proteggere certe « sfere » d'interesse da compressioni eccessive (201). Ma questa differenza è, per l'appunto, esterna al modo di operare del limite e agli effetti dell'incisione del diritto, riflettendosi semmai sulla sua giustificazione e conseguentemente, forse, su certe particolarità del controllo di legittimità (202).

concorrenza di altri interessi; nel più frequente dei casi, sono interessi « sociali » che si contrappongono all'interesse « privato », giustificando l'intervento del legislatore che, in questo caso esattamente come nel precedente, riterrà le limitazioni del secondo giustificabili in nome dei primi.

(201) Si potrebbe sostenere che, mentre a chi esercita diritti « funzionali » è lecito imporre obiettivi positivi di *facere*, i limiti apposti alle libertà individuali sono sempre esterni, non incidono in modo « conformativo » sui loro contenuti: in questo senso cfr. M. LUCIANI, *La libertà*, cit., 365. Ma anche per accettare questa ultima linea di demarcazione, bisognerebbe compiere qualche attenta verifica, per vedere sino a che punto gli obblighi « positivi » possano realmente entrare nel « contenuto » dei diritti « funzionalizzati », o non attengano piuttosto alla disciplina esterna dei « mezzi » attraverso cui i diritti vengono esercitati, non incidendo in modo « conformativo » sulle scelte di contenuto dell'individuo (per un accenno in questo senso, a proposito dell'art. 41, 2° c., cfr. ancora A. PACE, *Problematica*, cit., 41; ma proprio nella lettura dei tre commi di questo articolo è emersa con chiarezza l'esigenza di tenere separati il momento — totalmente libero — della scelta individuale di intraprendere una certa iniziativa economica, da momento — « funzionalizzato » — dello « svolgimento » dell'impresa: su questa dottrina cfr. per tutti M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 1319). Non sembra troppo attendibile, invece, una linea di demarcazione basata invece sulla diversità di « interessi », sulla circostanza, cioè, che per limitare diritti « individuali » occorrerebbero interessi di rilevanza costituzionale, mentre per i diritti « funzionali » basterebbe qualsiasi interesse qualificabile come « sociale » (questa opinione è in realtà molto diffusa: la si veda, ad es., nella sua versione più aggiornata, in A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali*, in « *Dir. soc.* » 1990, 189 ss., 209-214). Se non si ritenessero sufficienti le ragioni illustrate sino a qui (e le ovvie considerazioni sulla facilità con cui pressoché ogni interesse potrebbe esser fatto risalire a qualche « valore » scritto in Costituzione, o ad essa attribuibile in via di interpretazione sistematica), si potrebbero portare numerosi esempi di decisioni che hanno « bilanciato » i diritti « funzionali » con interessi elevati a rango costituzionale, che andrebbero ad aggiungersi agli esempi, ricordati in queste pagine, di diritti « individuali » che la Corte ha tranquillamente ritenuto limitabili in nome di esigenze « funzionali »: ma la dimostrazione « autentica » più limpida si può trarre dallo stesso uso indifferenziato che la Corte di solito fa delle sue strutture argomentative.

(202) Poiché è probabile che nel primo caso abbiano maggior rilevanza valutazioni relative alla congruità del mezzo rispetto al fine e considerazioni relative al

Come si voglia qualificare il fenomeno, sta comunque il fatto che nelle *caratteristiche operative* dei diritti si intravede spesso il limite « negativo » che essi incontrano, oltre che nel rispetto di diritti e libertà altrui, anche nella considerazione di esigenze « istituzionali » di varia natura. Non sono solo i limiti che la prima giurisprudenza della Corte individuava nelle varie forme di manifestazione del pensiero: si pensi a come la regola della precostituzione del giudice per legge sia stata temperata nella sua assolutezza in nome delle esigenze funzionali dell'organizzazione giudiziaria (203); a come « l'indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia, interesse d'ordine generale », prevalga nel « potenziale conflitto tra beni parimenti protetti in assoluto: quelli presenti alla realtà interna dell'individuo (i.e., la coscienza religiosa), chiamato poi, per avventura, a giudicare, e quelli relativi alle esigenze dello *iudicare* (ancorché *intra volentes*) » (204); a come la tutela della collettività dalla commissione di gravi reati possa limitare il diritto alla libertà personale dell'imputato in presenza di « sufficienti indizi di colpevolezza » (205); a come la tutela interesse generale alla riscossione dei tributi, eretta a « condizione di vita per la comunità », sia innalzata allo « stesso piano di ogni diritto individuale » (206), sicché la funzionalità degli uffici e il ricupero delle imposte può giustificare anche marcate disparità di trattamento tra le

rispetto del principio di eguaglianza (stante la maggior ristrettezza che normalmente denota la fattispecie delle regole mirate alla direzione dell'economia).

(203) V. *supra*, par. 2. Qualche ulteriore esempio — senza alcuna pretesa di completezza — di dichiarata prevalenza delle esigenze connesse alla funzionalità della giustizia sui diritti individuali si può trovare nelle sent. 25/1965, 18/1966 e 18/1981, sul rapporto tra libertà di cronaca e segreto istruttorio; nella sent. 1/1981, in cui si fa prevalere l'interesse della giustizia nel « bilanciamento » con il diritto di informazione (cui è connesso il segreto giornalistico); la sent. 100/1981, che indica la necessità di un bilanciamento *ad hoc* (« delegato » al C.S.M.) tra il « valore » dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice e la sua libertà di manifestare il pensiero; nella sent. 25/1965; le numerose decisioni che limitano il diritto alla difesa in nome della efficienza della giustizia (sent. 114/1968, 111/1970, 48/1976, 345/1987, 543/1989).

(204) Sent. 197/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1460 ss., 1464).

(205) Sent. 1/1980 (in « *Giur. cost.* » 1980, I, 3 ss.).

(206) (T)anto vero — aggiunge la sent. 45/1963 (in « *Giur. cost.* » 1963, 170 ss.), argomentando sulla base dell'art. 14, 3° — che le sue esigenze vanno soddisfatte anche nel conflitto con quello all'inviolabilità del domicilio... non meno resistente e fondamentale ».

parti nel processo tributario (207); a come la stessa libertà di manifestazione del pensiero possa essere legittimamente contrastata da interessi connessi all'« economia pubblica la cui tutela non può dirsi estranea al contenuto e allo spirito della Costituzione » (208) e dall'« interesse pubblico al normale e regolare esercizio del credito » (209); a quante volte l'efficienza delle Forze armate è prevalsa sui i diritti costituzionali rivendicati da chi ad esse è sottoposto (210); e che dire poi della libertà « negativa » di associazione, ritenuta dalla costante giurisprudenza costituzionale cedevole di fronte a qualsiasi interesse possa essere qualificato come « squisitamente pubblico » (e sempre che non venga violato anche *un altro* diritto o principio costituzionale) (211)? Come si vede non si tratta di qualche isolato *obiter dictum*, incautamente dimenticato dal giudice redattore, ma di una prassi giurisprudenziale molto radicata e rintracciabile nei settori più diversi (212). Non solo le esigenze « funzionali » degli apparati pubblici, ma anche gli interessi generali più difficilmente qualificabili (213) sono talvolta accreditati

(207) Sent. 238/1984 (in « *Giur. cost.* » 1984, I, 1710 ss.), sulla sospensione dei termini di prescrizione e di decadenza a seguito del riordino degli Uffici del registro.

(208) Sent. 123/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 891 ss., 893), in tema di aggrottaggio.

(209) Sent. 73/1983 (in « *Giur. cost.* » 1983, I, 314 ss., 319), in tema di aggrottaggio bancario, dove — a riprova della inconsistenza della linea di discriminare tra interessi « costituzionali », che possono da soli condizionare diritti di natura « individualistica », e interessi « sociali » che possono invece limitare i diritti « funzionali » — si citano come precedente per il riconoscimento del « valore costituzionale » dell'economia nazionale due storiche sentenze sugli ammassi (5/1962 e 54/1962), ovviamente decise alla stregua dell'art. 41 Cost.

(210) Si veda, per esempio, la sent. 24/1989, in « *Giur. cost.* » 1989, I, 140 ss., a proposito delle riunioni « in luoghi militari ».

(211) V., oltre alle sentenze citate *supra*, nota 55, le sent. 98/1968, 102/1968, 20/1975.

(212) La valorizzazione di argomenti legati alla « funzionalità » degli apparati, nella delimitazione delle garanzie dei diritti fondamentali, è per altro un fenomeno che accomuna la giurisprudenza costituzionale italiana a quella di altri giudici costituzionali: per riferimenti al *Bundesverfassungsgericht*, per esempio, cfr. R. CHRISTENSEN — M. KROMER, *Zurück zum Positivismus?*, in « *Kritische Justiz* » 1983, 41 ss., con interessanti considerazioni sulle implicazioni metodologiche che si ricollegano a questa giurisprudenza.

(213) Che dire, per es., dell'« interesse pubblico che le leggi concernenti la materia del lavoro, della previdenza e assistenza, siano rettamente applicate » (sent. 102/1968, in « *Giur. cost.* » 1968, 1620 ss., 1625 s.), in nome del quale si giustifica

come un valido contrappeso da bilanciare con i diritti individuali. La riprova si può averla dalle stesse decisioni in cui la « sufficienza » dell'interesse antagonista viene negata, perché non si tratta mai di una inadeguatezza « assoluta », tale da consentire alla Corte di risolvere la questione ragionando in astratto sul livello degli interessi in gioco. Riprendendo le esemplificazioni con cui è iniziato il paragrafo, se la Corte afferma che l'interesse al buon andamento della Pubblica amministrazione non può giustificare l'impignorabilità degli stipendi dei dipendenti pubblici sino al punto di sopraffare il credito agli alimenti, lo fa (I) dopo aver attentamente delimitato l'area della sovrapposizione in concreto dei due interessi, e (II) affidando al giudice di merito il compito di « quantificarli » di volta in volta, senza trarre però conseguenze definitive dall'affermazione che il diritto agli alimenti è connesso « alla tutela dei beni essenziali della vita e della dignità dell'uomo », accostabile perciò ai diritti della personalità (214).

Insomma, anche quando sembra che l'insufficienza dell'interesse contrastante sia affermata *prima facie*, l'operazione non è svolta sulla base di un raffronto « in astratto » tra gli interessi in gioco, ma considerando (seppure *prima facie*, appunto) il modo in cui il legislatore ha attuato il bilanciamento in concreto. In altre parole, l'insufficienza dell'interesse non appare come una « figura » autonoma di giudizio, che preclude la strada al bilanciamento degli interessi, ma piuttosto come il risultato immediato della sottoposizione delle scelte legislative al test di bilanciamento: è la superficialità dell'analisi (e della motivazione) a conferire il particolare carattere *prima facie* al giudizio della Corte, ma questo non si arresta prima del giudizio di bilanciamento, procedendo invece con le modalità tipiche di questo. Il verdetto

l'obbligo d'iscrizione all'albo dei consulenti del lavoro; oppure dell' « interesse generale al turismo », nel cui segno la sent. 94/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 519 ss.) ammette che si possa derogare alla regola del riposo settimanale nei giorni festivi; od ancora del diritto di pedaggio, ricollegabile al diritto di rimborso delle spese di costruzione e di manutenzione delle strade, che può ostacolare la libera circolazione stradale (sent. 12/1960, in « *Giur. cost.* » 1960, 113 ss.); od infine degli « altri interessi pubblici di primaria considerazione, come la sicurezza della viabilità, e la tutela dei monumenti, dell'estetica cittadina, del paesaggio », che la sent. 129/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 1586 ss., 1592) riconosce come opponibili alla libertà di espressione tramite affissione?

(214) Sent. 37/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 146 ss., 150 s.).

di « insufficienza dell'interesse contrastante » non è che una formula fuorviante del verdetto di « eccessiva compressione di uno degli interessi in gioco ».

16. Ipotesi di eccessiva compressione di un interesse: il « costo » dello strumento legislativo.

Perché la soluzione prescelta dal legislatore possa superare ogni sospetto di illegittimità costituzionale, il coordinamento degli interessi in gioco « deve risultare equilibrato, non sacrificandosi dunque in misura grave nessuno di essi » (215). Ma quand'è che il « sacrificio » di un interesse può ritenersi eccessivo? Come è ovvio, questa domanda non consente risposte semplici, né certo si può dire che la Corte abbia elaborato criteri chiari ed univoci di comportamento su questo punto, al di là del reiterato invito all' « equilibrato componimento degli interessi in giuoco » (216). Quanto segue rappresenta pertanto un tentativo di isolare alcune figure argomentative che appaiono abbastanza ricorrenti nella giurisprudenza costituzionale da giustificare una loro tipizzazione: sono ipotesi di un test specifico del controllo di legittimità sul bilanciamento degli interessi, nel senso che esse colgono alcune situazioni tipiche di disequilibrio, di eccessiva considerazione di un interesse a danno degli interessi concorrenti.

Il più interessante dei test impiegati dalla Corte si basa sull' « costo » della norma: vi è un passo della sent. 141/1984 che ne sintetizza con molta chiarezza il significato. La Corte, dovendo giudicare della ragionevolezza della delimitazione legislativa dell'ambito di operatività del provvedimento di amnistia e indulto, delimitazione imperniata su un criterio di considerazione del sintomo di pericolosità che si scosta dal dato obiettivo del *tempus commissi delicti*, per riferirsi invece alla data del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, esprime la seguente massima:

(215) Sent. 20/1978 (in « *Giur. cost.* » 1978, I, 446 ss., 455), in tema di brevettabilità dei farmaci

(216) Così, testualmente, nella sent. 132/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 934 ss., 947), ma questa espressione, con le sue varianti, è ormai entrata a far parte dello stile lessicale della Corte.

Ogni qualvolta il legislatore deve ricorrere necessariamente a tipizzazioni (nella specie quella di pericolosità) non può che attenersi a criteri generali e astratti, con ovvi caratteri di presuntività che ben possono dar luogo, nella concreta applicazione, a situazioni di discriminazione che rappresentano *il costo dell'istituto*. Il problema, per quanto concerne il controllo di legittimità esercitabile da questa Corte, è quello di valutare se il sacrificio imposto a taluni casi particolari rientri nella regola discendente dalla imprescindibile astrattezza della norma, oppure se, eccedendo tali limiti, la norma determini situazioni di irragionevole disparità. Ma, nel procedere a siffatta delicata valutazione, la Corte non può non tener conto anche delle *possibilità tecniche*, a disposizione del legislatore, di ricorrere a criteri diversi che, ferma restando l'esigenza di porre la norma così come l'avvertiva necessaria nella sua discrezionalità, limitassero al minimo le situazioni di disparità (217).

Pur nella specificità del caso, queste affermazioni colgono tutti gli elementi che caratterizzano una struttura del ragionamento della Corte che ha vaste applicazioni nella giurisprudenza in tema di diritti. Si tratta di un abbozzo di analisi costi-benefici il cui obiettivo è valutare se il legislatore avrebbe potuto raggiungere lo stesso scopo con un minor sacrificio di altri interessi rilevanti: il che significa che il ragionamento della Corte muove dalla individuazione della *ratio finalis* della norma *de qua*, procede quindi alla ricognizione delle soluzioni normative alternative per porle poi a confronto reciproco, in modo da individuare lo strumento meno « costoso » in termini di compressione degli altri interessi.

Proprio perché sono giocate sulla ricerca *of the less restrictive means*, queste decisioni presentano quasi sempre i connotati delle c.d. « sentenze delega », nel senso che *prescrivono* al legislatore specifiche modalità della regolazione della materia, quando addirittura non « manipolino » la disposizione di legge per attenuarne la portata restrittiva (218). Tipiche sono le sentenze sul monopolio statale delle trasmis-

(217) In « *Giur. cost.* » 1984, I, 958 ss., 970.

(218) Per questa via la Corte costituzionale italiana sembra meno esposta all'obiezione che è stata mossa dai critici alla giurisprudenza americana sulla libertà di espressione, cioè che la formula del « *less restrictive means* » serve a colpire soltanto « the gratuitous inhibitions of expression, requiring only that a prohibition not outrun the interest it is designed to serve » (J.H. ELY, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, in 88 « *Harv.L.R.* » 1975, 1482 ss., 1485; nello stesso senso G.R. STONE, *Content-Neutral Restrictions*, cit.,

sioni radiotelevisive: la sent. 225/1974, che pure salva il monopolio pubblico, dichiara però illegittima l'esclusiva statale per i ripetitori delle trasmissioni estere, perché se può ammettersi che l'impianto e l'esercizio siano « sottoposti ad una disciplina legislativa in considerazione della salvaguardia di pubblici interessi... è anche vero che la tutela di quest'ultimi può realizzarsi con un *regime di autorizzazione*, non esige certo l'esclusione del diritto del singolo » (219); la successiva sent. 226/1974, a proposito delle trasmissioni locali « via cavo », ritiene illegittimo il regime di monopolio perché « gli interessi pubblici, che in varia guisa, possono entrare in gioco », possono essere « salvaguardati », « nel rispetto della libertà di manifestazione del pensiero e d'iniziativa economica » da una disciplina legislativa che sottoponga « sia l'installazione sia l'esercizio... ad *autorizzazione amministrativa*, da rilasciarsi ove sussistano le condizioni previste dalla legge », ma con l'ulteriore precisazione che « l'autorizzazione è *vincolata e non meramente discrezionale* » (220); nella sent. 231/1985, a proposito dei limiti alla diffusione in Italia di programmi esteri aventi carattere pubblicitario, il « divieto assoluto », ispirato dall'esigenza di non inaridire la fonte di finanziamento che la stampa trova nella pubblicità commerciale, viene giudicato come « *mezzo incongruo e sproporzionato per eccesso* » e perciò illegittimo per contrasto con l'art. 41, comma 2, Cost. », mentre resta ammissibile ed auspicabile l'introduzione di limiti quantitativi (221); e nella sent. 153/1987, che dichiara l'illegittimità del monopolio statale delle trasmissioni verso l'estero perché non assicura un sufficiente equilibrio tra i « fondamentali » interessi pubblici connessi alle relazioni internazionali ed la « primaria esigenza » di garantire il principio del pluralismo, la Corte individua — tra l'ipotesi del monopolio, da un lato, e quella del riconoscimento di un diritto soggettivo a tale tipo di trasmissioni, subordinato solo ad autorizza-

46 ss., 51): l'individuazione di strumenti « meno restrittivi », specie laddove dia luogo a pronunce « additive » (gli esempi si trovano citati subito dopo nel testo), consente alla Corte costituzionale di utilizzare questa struttura argomentativa con molta frequenza, potendo graduare il rigore dei congegni normativi che risultino « sproporzionati », benché non privi di una giustificazione.

(219) In « *Giur. cost.* » 1974, 1775 ss., 1788 (corsivo aggiunto).

(220) In « *Giur. cost.* » 1974, 1791 ss., 1800 (corsivi aggiunti).

(221) In « *Giur. cost.* » 1985, I, 1879 ss., 1893 s (corsivo aggiunto).

zione « tecnica », dall'altro — una terza soluzione, soddisfattiva di entrambi gli interessi in gioco, nel regime di *autorizzazione « discrezionale »* e revocabile (con l'ulteriore prescrizione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti di diniego e di revoca), e riesce, con pronunzia additiva, a garantire l'*enforcement* di tale soluzione (222); ed infine, nella sent. 1030/1988 (che, pur non riguardando direttamente le trasmissioni radiotelevisive, tocca il problema del « governo dell'etere »), riaffermando che la limitatezza delle risorse « fisiche » rende inconfigurabile un diritto soggettivo all'assegnazione di una banda di frequenza, la Corte conferma però che per un razionale governo dell'etere è « logicamente sufficiente » un *regime autorizzatorio* del tipo indicato nella sent. 153/1987, dato che « la riconduzione nell'ambito del generale regime concessorio contraddice a tale intento, perché comporta ingiustificatamente il riconoscimento alla pubblica amministrazione di eccessivi spazi di discrezionalità », e perciò « si appalesa... mezzo eccedente rispetto al fine di assicurare un appropriato bilanciamento tra gli interessi di rilievo costituzionale che in tale particolare materia sono in gioco » (223).

Anche fuori dalle questioni radiotelevisive, lo stesso schema di ragionamento compare in diverse occasioni. Appena accennato già nella sent. 1/1956 (224), esso è impiegato in modo non vistoso quando si tratti di riportare al regime ordinario rapporti regolati da istituti speciali a carattere derogatorio (225), o con una funzione preminente di

(222) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 1141 ss., 1158 s., ove si possono leggere anche le critiche mosse a questa soluzione da A. PACE, *Le trasmissioni televisive verso l'estero: dalla riserva allo Stato al regime di autorizzazione discrezionale*, 1162 ss.

(223) In « *Giur. cost.* » 1988, I, 4982 ss., 5003 e 5004 (corsivo aggiunto).

(224) Ove, dichiarando l'illegittimità della norma del T.U. di pubblica sicurezza che sottoponeva ad autorizzazione la distribuzione o affissione di avvisi, stampati ecc., perché conferiva poteri discrezionali illimitati, la Corte avvertiva che « la dichiarazione di illegittimità non implica che (le disposizioni impugnate) non possano essere sostituite da altre più adeguate le quali, senza lesione del diritto di libertà di manifestazione del pensiero enunciato nell'art. 21 della C., ne regolino l'esercizio in modo da vietarne gli abusi, anche in relazione alla espressa disposizione dettata dall'ultimo comma dello stesso art. 21 C., in generale, per la prevenzione dei reati »: in « *Giur. cost.* » 1956, I, 9.

(225) È questo il caso, per esempio, della sent. 143/1967, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 622 c.civ. che comprimeva il diritto della moglie di proporre opposizione al pignoramento di mobili di sua proprietà giacenti nella casa coniugale, ritenendo « che il pericolo di frode per accordi con il marito è sufficientemente evitato

rafforzamento delle argomentazioni della Corte quando si tratti invece di negare la validità o di restringere gli effetti di norme legate a situazioni straordinarie (226). Ma è evidente che esso raggiunge la massima efficacia quando la Corte decide di riassetare, per così dire, di sua mano l'equilibrio degli interessi in gioco, per mezzo di una sentenza « manipolativa » di accoglimento.

Emblematico è questo passo della sent. 93/1979, in cui la Corte, pur apprezzando il tentativo del legislatore di introdurre una procedura

applicando la limitazione della prova testimoniale sancita nell'art. 621 per tutti i terzi » (in « *Giur. cost.* » 1967, 1685 ss., 1692). Si vedano inoltre: la sent. 1104/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 5358 ss.), in tema di responsabilità del concessionario di pubblici servizi, ove si afferma che « l'equilibrato componimento degli interessi dell'utente con quelli del concessionario » non può giustificare « deroghe così incisive al regime comune » della responsabilità per danni; la sent. 255/1974 (in « *Giur. cost.* » 1974, 2865 ss.) che dichiara illegittima la norma della legge fallimentare che fa decorrere il termine per impugnare le sentenze di omologazione del concordato preventivo dall'affissione anziché dalla data di ricezione della comunicazione della stessa, perché ai principi della notificazione si può derogare « eccezionalmente » e solo quale *extrema ratio*; la sent. 15/1991 (in « *Giur. cost.* » 1991, 98 ss.) che dichiara illegittima, perché « sproporzionata » e costituente « privilegio ingiustificato », la norma che condiziona l'esperibilità dell'azione per danni contro le poste alla condizione del previo reclamo in via amministrativa da presentarsi, pena decadenza, entro sei mesi.

(226) Esempi si trovano in alcune recenti decisioni in cui è evidente l'uso polemico che la Corte fa della prospettazione di strumenti normativi alternativi alle misure « d'emergenza » varate dal legislatore: si vedano la sent. 1028/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 4926 ss.), in tema di locazioni (in cui la Corte « non può esimersi dal notare come gli scopi sociali [di rimedio] cui è diretta la normativa stessa possano essere perseguiti anche mediante discipline diverse, finalizzate alla eliminazione del disagio della categoria dei conduttori, nel quadro di un intervento globale sui settori dell'edilizia pubblica e privata, idoneo ad incrementare l'offerta di alloggi a canoni economicamente sopportabili »), nonché la sent. 181/1989 (in « *Giur. cost.* » 1989, I, 828 ss.), in tema di tutela contro licenziamenti ingiustificati (in cui la Corte ammette la legittimità di una norma che, per far fronte ad una « situazione di fatto straordinaria [massiccia disoccupazione giovanile] », deroga « a fondamentali strumenti di garanzia per i lavoratori », purché non vi siano « inerzie nella ricerca di strumenti che non incidano su tali valori », e minacciando un *revirement* « ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo, pur in presenza di significative modificazioni della situazione considerata ». Per qualche altro esempio, e per una considerazione d'insieme sulle tecniche che la Corte impiega nell'affrontare le leggi legate alla « situazione », cfr. R. BIN, *Atti normativi*, cit., 319-323. Sulle sentenze che sembrano dichiarare la « costituzionalità provvisoria » delle leggi cfr. A. PISANESCHI, *Le sentenze di « costituzionalità provvisoria » e di « incostituzionalità non dichiarata »: la transitorietà nel giudizio costituzionale*, in « *Giur. cost.* » 1989, II, 601 ss.

di conciliazione preventiva delle controversie di lavoro nel settore dei pubblici servizi, ritiene però eccessivo il « costo » dello strumento prescelto (elevare a causa di improponibilità dell'azione civile il mancato o tardivo ricorso gerarchico); perché

il soddisfacimento di questa esigenza, certamente meritevole di tutela, non richiede una così sensibile compressione dei diritti del lavoratore. A tal fine è, infatti, sufficiente prevedere che il previo esperimento del ricorso costituisca una condizione di procedibilità, la quale non implica decadenza dal diritto, la cui carenza potrà essere rilevata in base alle regole speciali del lavoro (227);

con la conseguente dichiarazione di illegittimità della legge « nella parte in cui » dispone l'improponibilità e non la improcedibilità.

Altri esempi non mancano, e ci si può limitare alla giurisprudenza più recente: nella sent. 78/1988, pur affermando che spetta al legislatore « il razionale contenimento delle esigenze di vita dei lavoratori che (delle prestazioni sociali) sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti anche costituzionalmente garantiti da un lato, e delle disponibilità finanziarie dall'altro » (secondo la formula usuale, su cui si veda poi al par. 20), la Corte riconosce però poi « eccessivamente compresso e lesa » il diritto del lavoratore a causa della rigidità del meccanismo di riduzione del trattamento di malattia in caso di irreperibilità alla visita fiscale, dichiarando perciò la legge illegittima « nella parte in cui » non prevede una seconda visita medica di controllo (228); nella sent. 182/1988 (229), la Corte, in considerazione del fatto che l'evoluzione normativa e dottrinale (anche europea) in tema di adozione ha alterato a favore del minore l'equilibrio tra gli interessi dell'adottante e dell'adottando, emette una pronuncia « sostitutiva » che individua lo strumento più congruo a rispecchiare l'attuale assetto degli interessi nell'audizione del legale rappresentante del minore « anziché » nel suo consenso; nella di poco successiva sent. 557/1988 (230), proseguendo nello stesso ordine di

(227) In « *Giur. cost.* » 1979, I, 690 ss., 696.

(228) In « *Giur. cost.* » 1988, I, 211 ss., 221 s.

(229) In « *Giur. cost.* » 1988, I, 673 ss.

(230) In « *Giur. cost.* » 1988, I, 2588 ss.

idee, ha aggiunto che nell'adozione gli interessi dei figli legittimi maggiorenni eventualmente presenti possono essere tutelati sufficientemente prevedendo il loro consenso, anziché con la rigida esclusione della possibilità stessa di procedere all'adozione; nella sent. 1143/1988 (231), affermato che tra il precetto costituzionale del buon andamento e la tutela dei diritti del lavoratore c'è « la necessità quanto meno di un bilanciamento degli interessi », la Corte giudica però « eccessivamente gravoso » l'onere dell'invio del certificato medico entro il termine perentorio di due giorni, e con un dispositivo interpretativo introduce la possibilità di prova a favore del lavoratore; nella sent. 188/1970 (232), la Corte dichiara illegittima « nella parte in cui » la disposizione del codice civile che vieta ai terzi di provare la simulazione delle convenzioni matrimoniali, perché « rileva un'eccedenza del mezzo (divieto totale di prova) rispetto al fine (tutela dell'economia familiare) », ed è perciò irrazionale; ecc.

Degno di particolare nota, ben al di là dell'oggetto della decisione (che riguarda l'esposizione delle bandiere straniere (233)), è il principio affermato dalla sent. 189/1987:

Il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al

(231) In « *Giur. cost.* » 1988, I, 5541 ss.

(232) In « *Giur. cost.* » 1970, 2158 ss. (citazione a pag. 2164).

(233) Va detto che lo scarso rilievo dell'oggetto della questione è conseguenza soprattutto della scelta dei parametri costituzionali da parte del giudice *a quo*, che si è limitato ad invocare gli art. 3 e 6 Cost. (e quindi la protezione « passiva » e « attiva » delle minoranze) e non, per esempio, la norma che tutela la libertà di manifestazione del pensiero, che pure non sembrerebbe affatto estranea alla problematica sollevata, come mostra la giurisprudenza americana: cfr. Z. CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Cambridge, Mass. 1964 (IV ed.), 159-163, 362-366. Si noti che la Corte costituzionale sviluppa una argomentazione che va ben al di là del profilo colto dall'ordinanza introduttiva, sottolineando le connessioni tra tutela delle comunità etniche minoritarie e loro diritto di manifestare la propria identità politico-sociale, ed aggiungendo ulteriori osservazioni sulla *vagueness* della fattispecie penale (solo per ciò che riguarda l'assenza di criteri per l'uso dei poteri discrezionali di autorizzazione all'esposizione delle bandiere, però), secondo una linea di ragionamento seguita anche dalla Corte Suprema nella nota decisione *Stromberg v. California*.

legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato.... (Nel caso) il ricorso alla sanzione penale appare sproporzionato: ... Razionale è stabilire la normale liceità dell'esposizione in pubblico delle bandiere estere, ...salvo i divieti, specifici ed eccezionali, che, a parere del giudice *a quo*, possono sempre esser determinati dalle autorità istituzionali (e non politiche) ai sensi ed in virtù delle norme di rami dell'ordinamento diversi dal penale (234).

Questa decisione appare interessante proprio per le considerazioni generali sul « costo » del divieto penalmente sanzionato e sulla sua attitudine ad essere uno strumento sufficientemente duttile al bilanciamento degli interessi. Per un verso, dunque, essa anticipa le note di fondo della ben più conosciuta sent. 364/1988 (sull'applicazione in campo penale del principio *ignorantia legis non excusat*), dove si riafferma il principio che il diritto penale deve costituire « la *extrema ratio* di tutela della società », diretto alla protezione « di valori almeno di « rilievo costituzionale » » (235). Per l'altro verso, questa sentenza si ricollega a tutte quelle già citate nella ricerca di *less restrictive alternatives*, che offrano un più equilibrato coordinamento degli interessi in gioco.

17. Le eccessive semplificazioni del legislatore.

A ben guardare, tutte le decisioni esaminate operano nel senso di rimuovere un meccanismo legislativo ritenuto troppo rigido nell'assicurare la tutela di *un unico* interesse, e ne propongono (o dispongono) la sostituzione con meccanismi più elastici e più idonei al bilanciamento di più interessi: al divieto penale generalizzato si sostituisce (a quanto è lasciato intendere) un provvedimento amministrativo eventuale e circoscritto, così come al monopolio assoluto si sostituisce un regime di autorizzazione discrezionale, alla concessione un'autorizzazione « tecnica », alla tutela privilegiata la reintegrazione del regime ordinario, ai

(234) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 1375 ss., 1383 s.

(235) In « *Giur. cost.* » 1988, I, 1504 ss., 1522. La giurisprudenza costituzionale più recente è ricca di richiami a questo principio: si vedano, per es., le sent. 282/1990 (in « *Giur. cost.* » 1990, 1755 ss.), 487/1989 (in « *Giur. cost.* » 1989, I, 2267 ss.), 409/1989 (in « *Giur. cost.* » 1989, I, 1906 ss.), 189/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1375 ss.).

drastici automatismi dell'efficientismo burocratico regole procedurali e processuali più elastiche, ecc.

Va notato che, come nel giudizio di ragionevolezza la Corte tende a trattenere la propria creatività nei limiti di un ragionamento che si svolge (o mostra di svolgersi) « per linee interne » (236), così anche nei giudizi sul « costo » degli strumenti regolativi essa sembra incline a trattenersi ad un'opera di « creazione » normativa che, se non si svolge proprio sempre « a rime obbligate » (secondo la fortunata espressione di Crisafulli (237)), pur tuttavia evita accuratamente di sovrapporre alle scelte compiute dal legislatore ordinario una propria valutazione « in positivo » di quale dev'essere il punto di equilibrio ottimale tra gli interessi in conflitto. Salvo sporadici casi (238), la Corte non sostituisce il punto di bilanciamento fissato dalla norma impugnata con una soluzione alternativa, tale da segnare un diverso e preciso punto di equilibrio; si limita, piuttosto, a demolire la rigida assegnazione di valore agli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta, caso per caso, secondo le valutazioni discrezionali del soggetto applicatore (239).

Quanto si vuole far emergere, in altre parole, è che nelle decisioni di questo tipo la Corte si incarica di ricostruire la « mappa » degli interessi che meritano considerazione, di esaminare quale tutela la norma in questione accordi a ciascuno di essi e quale compressione ognuno di essi venga a subire, di valutare se è assicurato un assetto equilibrato degli interessi concorrenti: ma, quando quest'ultima ope-

(236) Secondo l'espressione di L. PALADIN, *Corte costituzionale*, cit., 619.

(237) *Lezioni* cit., II, 408.

(238) Come la prescrizione della seconda visita del medico fiscale, per esempio, nella sent. 78/1988 (v. *supra*, alla nota 228).

(239) In questo senso, si veda già un accenno in G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 346 s., che include tra i criteri immediatamente vincolanti e inderogabili derivanti dal « principio costituzionale di adeguamento » (che è poi la ragionevolezza) la necessaria discrezionalità applicativa nella commisurazione delle libertà costituzionali con interessi pubblici antagonisti: sicché sarà illegittima non solo « la legge che non predetermini in modo sufficientemente specifico la discrezionalità dell'applicatore, ma lo sarà altresì quella che, senza lasciargli alcuno spazio, categorizzi direttamente le ipotesi di restrizione delle libertà costituzionali, in modo non congruo ai fini che le consentono » (346).

razione dovesse dare esito negativo, la Corte per lo più non giunge a dettare essa stessa una *nuova* « regola » capace di fissare un *nuovo*, definitivo equilibrio degli interessi, ma si limita a riaprire il gioco, ponendo criteri procedurali e individuando le sedi istituzionali più opportune con i quali e nelle quali dovrà compiersi il bilanciamento.

Rientrano dunque in questa prospettiva tutte quelle sentenze che, attraverso la dichiarazione di illegittimità o l'interpretazione « adeguatrice » della disposizione legislativa, rimuovono o attenuano il meccanismo delle presunzioni legali. La sent. 179/1988 (240), per esempio, ritenendo che la comparazione tra vantaggi e svantaggi per il lavoratore, compiuta con la precedente sent. 206/1974, individuava un « equilibrio realizzato... fra interesse all'accertamento presuntivo dell'eziologia professionale, ma ad area (ontologica e temporale) limitata, e interesse ad allargare, sia pure con i mezzi di prova ordinari, l'area medesima », equilibrio che è ora « alterato » (per l'evoluzione delle tecnologie), conclude che « la presunzione nascente dalle tabelle è divenuta insufficiente a compensare il divieto di indagine aperta sulla causa di lavoro »: con la conseguenza che d'ora in poi sarà *il giudice ordinario* a stabilire — di volta in volta, in relazione alla specifica situazione di fatto — se è provata o meno la causa di lavoro della malattia. Lo stesso risultato si ottiene dichiarando l'illegittimità della presunzione di un incremento fisso del reddito mobiliare (241) della presunzione che nello scontro con danni unilaterali la responsabilità sia di chi non ha riportato danno (242), della presunzione di pericolosità riferita al minore di quattordici anni (243), della presunzione legale di

(240) In « *Giur. cost.* » 1988, I, 639 ss., 654 s.

(241) Sent. 103/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 1149 ss.). La materia tributaria è ovviamente quantomai ricca di problemi di questa natura: si vedano per es. le sentenze che dichiarano l'illegittimità della presunzione che la convivenza dei coniugi influisca sulla loro capacità contributiva (sent. 179/1976, in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1095 ss.), della presunzione assoluta, ai fini del trattamento tributario del trasferimento di opifici, che i macchinari, anche se non asportati, non sono compresi nella vendita dei locali dove sono situati (sent. 167/1976, in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1053 ss.), della presunzione assoluta di percezione di reddito, ai fini dell'applicazione della vecchia imposta sulla ricchezza mobile a contribuenti non tassati in base a bilancio, nel periodo successivo a quello di commisurazione (sent. 200/1976, in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1254 ss.).

(242) Sent. 205/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, 2256 ss.).

(243) Sent. 139/1982 (in « *Giur. cost.* » 1982, I, 1191 ss.).

domicilio della moglie presso il marito anche nel caso di separazione di fatto (244); oppure dell'inclusione del lavoro autonomo fra le attività presuntivamente produttive di redditi misti di capitale e di lavoro (245), o dell'esclusione del locatore dalla facoltà di provare il maggior reddito del conduttore (246).

Togliere una presunzione legale, ed allargare conseguentemente le facoltà probatorie delle parti, significa rimuovere una graduatoria rigida degli interessi in gioco e affidare al giudice di merito il compito di trovare, caso per caso, il punto del loro equilibrio; rimuovere un monopolio, o il divieto assoluto di compiere una certa attività, per sostituirli con un regime di autorizzazione amministrativa, significa ancora rimuovere una graduatoria rigida degli interessi in gioco e affidare, questa volta, all'autorità amministrativa competente la scelta (più o meno discrezionale) del punto di equilibrio. Insomma, le decisioni in commento operano nel senso di ridurre i poteri del legislatore di precostituire schemi fissi di coordinamento degli interessi e, per il verso opposto, nel senso di « delegare » tale coordinamento ai soggetti dell'applicazione o dell'attuazione delle leggi. Per quali motivi — insiti forse nella « natura » stessa del giudizio di legittimità delle leggi, così come noi lo conosciamo — venga operata questa sorta di « delega », è un argomento che verrà approfondito a conclusione di questo capitolo, nel par. 22. Per il momento, merita ancora osservare che, in questo suo aspetto, lo stesso schema di giudizio si presenta in altri, frequentati settori della giurisprudenza costituzionale: ogni qualvolta la Corte attacchi il sistema delle presunzioni legali, le fattispecie legislative basate sull' *id quod plerumque accidit* (247), gli accertamenti

(244) Sent. 171/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1070 ss.).

(245) Sent. 42/1980 (in « *Giur. cost.* » 1980, I, 287 ss.).

(246) Sent. 225/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1801 ss.).

(247) Si veda per esempio la sent. 123/1990 (in « *Giur. cost.* » 1990, 1135 ss.), che dichiara l'illegittimità della norma che condiziona la pensione di reversibilità ad una certa anzianità matrimoniale, perché generalizza arbitrariamente fenomeni fraudolenti; oppure la sent. 542/1989 (in « *Giur. cost.* » 1989, I, 2484 ss.) che dichiara irragionevole la mancata equiparazione del *factum principis* alle altre ipotesi che escludono il diritto del conduttore all'indennità per perdita dell'avviamento, « rompendo » una presunzione circa l'equilibrio degli interessi (danno del conduttore, utilità del locatore) basata sull' *id quod plerumque accidit* (p. 2487).

presuntivi, le restrizioni delle facoltà probatorie (248) o dei margini di apprezzamento del giudice di merito (249), è quantomeno probabile che si trovi comunque di fronte al problema di riequilibrare l'assetto di interessi concorrenti. Che si tratti del contrasto tra le esigenze di efficienza del fisco e la tutela dei diritti del privato (250), del conflitto tra *favor veritatis* e *favor legitimitatis* nel disconoscimento dei figli (251), o della concorrenza degli interessi del vettore con quelli del trasportato che subisca danno (252): in ogni caso la Corte sconvolge la specifica relazione gerarchica fissata dalla regola legislativa per sostituirla, se si vuole, con un'altra « regola » (253), che è però essenzialmente una regola *sulla competenza* (la « delega » ai soggetti dell'applicazione o dell'attuazione delle leggi), poiché, nel merito delle relazioni tra gli

(248) Per alcuni esempi, nella vastissima casistica prodotta dalla Corte costituzionale, si possono vedere le sent. 56/1980 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 389 ss., a proposito della facoltà di prova del maggior reddito del conduttore, che il locatore non potrebbe mostrare superiore al suo) e 134/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 963 ss., a proposito delle limitazioni delle facoltà probatorie del padre per dimostrare l'incompatibilità genetica del figlio adulterino.) Per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, e per qualche altra considerazione, si rinvia ancora a R. BIN, *Atti normativi*, cit., 324-326.

(249) Anche per questa ipotesi la casistica è ricca: si possono vedere, a parte le sentenze sulla destituzione automatica dei pubblici impiegati (sent. 971/1988, in « *Giur. cost.* » 1988, I, 4571 ss.; sent. 16/1991, in « *Giur. cost.* » 1991, 102 ss.) o sulla cancellazione d'ufficio dagli albi professionali (per es., sent. 40/1990, in « *Giur. cost.* » 1990, 142 ss., a proposito dei notai; sent. 158/1990, in *Giur. cost.* 1990, 979 ss., a proposito dei commercialisti), molte altre decisioni che toccano i temi più diversi: per es., la sent. 44/1990 (in « *Giur. cost.* » 1990, 175 ss.), che introduce la derogabilità della differenza di età minima tra adottante e adottando, la sent. 137/1984 (in « *Giur. cost.* » 1984, I, 896 ss.), sui poteri del giudice dell'esecuzione di fronte all'offerta del creditore di prestare garanzia, la sent. 11/1971 (in « *Giur. cost.* » 1971, 71 ss.), che consente al giudice di adeguare i termini a difesa alle effettive esigenze delle parti, la sent. 70/1961 (in « *Giur. cost.* » 1961, 1282 ss.), sui poteri del giudice di apprezzare gli accertamenti tecnici del genio civile, ecc.

(250) Un esempio, tra i tanti, nella sent. 103/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 1149 ss.), a proposito dell'aumento presuntivo del 10% dei redditi mobiliari.

(251) Sent. 64/1982, in « *Giur. cost.* » 1982, I, 633 ss.

(252) Sent. 132/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 934 ss.), dove, in nome dell'« equilibrato componimento degli interessi in giuoco », si dichiara l'illegittimità dell'ordine di esecuzione della Convezione di Varsavia » nella parte in cui » recepisce le clausole limitative della responsabilità del vettore aereo.

(253) Nel senso in cui ne parla Alexy: *supra*, par. 9.

interessi concorrenti, si limita a smontare le precedenti stabilite dal legislatore e a riaprire il concorso paritario tra le istanze antagoniste.

Selezionando questi esempi, si è del tutto ignorato — e volutamente — qualsiasi riferimento al livello degli interessi della cui comparazione la Corte si è dovuta occupare. Il più delle volte non si tratta di « diritti » costituzionali, o comunque la Corte non si preoccupa sempre di specificarne lo *status* formale. Ovviamente, per chi condivida l'impostazione di questa ricerca, il fatto non ha nulla di sorprendente, dato che la qualificazione « formale » degli interessi (*rectius*, della fonte che li accredita) non è — o almeno, non lo si ritiene qui — un elemento decisivo. Tuttavia, che la Corte non senta la necessità di ricorrere a questa tecnica di rafforzamento retorico della propria argomentazione, quando si trovi a sindacare delle presunzioni poste dal legislatore, è spiegabile anche per altra via, perché l'eliminazione di norme eccessivamente rigide nel graduare la tutela degli interessi è un'operazione che ha molti tratti in comune con il controllo di ragionevolezza. Vi si può intravedere una trama abbastanza simile allo schema triangolare del giudizio di eguaglianza, posto che i « dati » da considerare sono tutti individuabili e, per così dire, « racchiusi » dalla fattispecie legislativa; per la costruzione della « topografia » del conflitto la Corte può limitarsi a prendere in considerazione i soli interessi considerati dal legislatore, senza bisogno di integrarli allargando lo spettro. Ciò significa che spesso non è necessario appellarsi ad alcun parametro costituzionale « sostanziale », tanto più che di regola la presunzione (o la limitazione della facoltà di prova) si pone come deroga al regime ordinario: il giudizio può svolgersi perciò sulla sola base del principio di eguaglianza, oppure della sua « specificazione » contenuta nel principio per cui « tutti possono agire a tutela dei propri diritti » (254). Queste sentenze rappresentano pertanto un importante e significativo ponte tra il test di bilanciamento e lo schema triangolare del giudizio di eguaglianza (255).

(254) V. *supra*, alla nota 118.

(255) Le particolarità di queste sentenze consentono — pur con la necessaria cautela — di avvicinare le tecniche argomentative della Corte costituzionale all'« *ad hoc balancing* » cui è spesso ricorsa la Corte suprema americana: v. *supra*, note 160-161.

18. *Contenuto minimo e strumentazione sufficiente: nei diritti di libertà.*

(L)'esercizio di ogni diritto, anche quello costituzionalmente garantito, può essere dalla legge regolato e così sottoposto a limite, sempre che questo sia compatibile con la funzione del diritto di cui si tratta... e non si traduca comunque nella esclusione dell'effettiva possibilità dell'esercizio in parola (256).

Questa massima enuncia con chiarezza due criteri guida, che la Corte stessa accredita come espressione della propria « giurisprudenza costante ». Essi hanno la più vasta applicazione nella soluzione di questioni sorte sui diritti, con sfumature che variano sensibilmente, però, secondo che si tratti di diritti « di libertà » o di diritti « di prestazione » (questa distinzione si rivelerà alla fine, tuttavia, meno sicura e determinante di quanto si potrebbe a prima vista immaginare).

I due criteri sembrano rivolgersi a profili diversi della tutela dei diritti e, correlativamente, ad ipotesi diverse di compressione della loro sfera. La compatibilità con la « funzione » del diritto significa il rispetto di certi contenuti del diritto stesso, mentre il riferimento all'« esercizio » sembra richiamare la strumentazione, i mezzi attraverso i quali il diritto può esprimersi. Tuttavia, è risaputo che la separazione di aspetti contenutistici ed aspetti strumentali dei diritti non è affatto un punto fermo della giurisprudenza (e della dottrina) italiana. E, in effetti, è difficilmente praticabile.

Il problema si è posto essenzialmente per la libertà di espressione, quale archetipo delle libertà « positive » ed « attive », tutte centrate sulla manifestazione esterna della personalità dell'individuo (257). Per esse si pone il problema dell'uso (e dell'abuso) del diritto, e si impone pertanto una particolare considerazione degli aspetti strumentali; al punto da spingere la dottrina non solo a staccare nettamente questo profilo dalla considerazione degli aspetti contenutistici (258), ma ad-

(256) Sent. 203/1985, in « *Giur. cost.* » 1985, I, 1569 ss., 1575.

(257) Cfr. FOIS, *Principi costituzionali* cit., 14.

(258) Cfr. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., 23-26. Si noti che questo Autore, soprattutto negli scritti successivi (*Censura (diritto interno)*, in *Encicl. dir.* VI, 718 ss.; *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in « *Giur. cost.* » 1960, 1127 ss.; *Propaganda elettorale e mezzi di diffusione del pensiero*, in « *Giur. cost.* » 1964, 954 ss., ecc.), ha sempre però negato che dalla distinzione metodologica tra contenuto

dirittura a negare che le garanzie costituzionali della libertà di manifestazione si estendano tutte e sempre anche ai « mezzi » di diffusione, la cui disciplina rientrerebbe invece nei poteri (certo non illimitati) del legislatore ordinario (259), che ha però il dovere di regolamentarne l'accesso in modo da consentire a tutti di utilizzarli (260).

Come si è anticipato, l'orientamento della Corte costituzionale non è affatto univoco (261). Alcune note decisoni hanno apertamente sconfessato qualsiasi distinzione tra manifestazione e diffusione del pensiero (262), affermando viceversa che il diritto di manifestare il proprio pensiero e quello del libero uso dei mezzi di divulgazione « godono della stessa garanzia costituzionale: il nesso di indispensabile strumentalità del secondo rispetto al primo esclude, sotto questo profilo, una distinzione che l'art. 21 in nessun modo consente » (263). Mentre altre sentenze sembrano muoversi nel senso opposto (264).

Tuttavia la giurisprudenza della Corte non sembra così priva di linearità come potrebbero far intendere le sue (non sempre felici) affermazioni di principio, e qualche costante pur emerge.

È regola generale accreditata dalla Corte costituzionale che di tutti i diritti il legislatore ordinario possa disciplinare l'esercizio (ed è in questi termini generali che si esprime infatti il passo citato in apertura del paragrafo). Questo canone — che trae origine anch'esso dalla dottrina dei « limiti naturali » e della « riserva di legge implicita »,

e mezzi della manifestazione del pensiero possa discendere alcuna differenza di garanzia costituzionale.

(259) Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 23 ss., che individua l'unico limite assoluto nel divieto di riservare l'uso di un mezzo solo a manifestazioni di un determinato contenuto. Per una posizione ancora più drastica, cfr. F. PIERANDREI, *La televisione in giudizio* cit., 497 s.; Id., *Radio, televisione e Costituzione*, in *Raccolta di Scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano 1963, 521 ss., ora in *Scritti di diritto costituzionale* II, cit., 523 ss., 553 s.

(260) In questi termini A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Padova 1983, 3.

(261) Cfr. L. PALADIN, *Libertà di pensiero* cit., 17.

(262) « (T)ale distinzione non è consentita da alcuna norma costituzionale », afferma perentoriamente la sent. 1/1956 (in « *Giur. cost.* » 1956, 8).

(263) Sent. 48/1964 (in « *Giur. cost.* » 1964, 605 ss., 607 s.).

(264) Paladin (*Libertà di pensiero* cit., 17 s.) porta ad esempio le sent. 38/1961 (che distingue dalla « stampa » le « attività materiali di riproduzione del pensiero ») e 12/1972 (in cui si esclude che il « mezzo » questua stia in rapporto di stretta strumentalità con la libertà di manifestazione).

accolta dalla Corte sin dalla sua prima sentenza (265) — non si applica alla sola manifestazione del pensiero o alle sole libertà « positive » (266): lo si ritrova ripetuto, per esempio, a proposito del diritto alla difesa — pur inviolabile e (per sottolinearne il profilo « negativo ») incoercibile — perché, in mancanza di una disciplina costituzionale analitica, « è consentito al legislatore, valutando la diversa struttura dei procedimenti, i diritti e gli interessi in gioco, le peculiari finalità dei vari stati e gradi della procedura, dettare specifiche modalità » per il suo esercizio (267); a proposito della libertà di circolazione, perché « (l)'uso delle strade, come l'uso di altri beni pubblici, può essere regolato anche sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengono al buon regime della cosa pubblica » (268); ed a proposito della prescrittibilità « di qualunque diritto, compresi quelli costituzionalmente garantiti » e, in particolare, i diritti « della personalità » (269) — principio generale della cui concretizzazione spetta alla legge trovare le modalità.

Se si può parlare di « riserva di legge implicita », per lo più si tratta di una riserva « rinforzata », in quanto la Corte non si limita ad affermare la competenza della legge ordinaria, ma la « regola » che formula dispone vincoli positivi e negativi cui il legislatore deve attenersi.

Essi possono essere generici o specifici. I primi sono indicati con espressioni alquanto vaghe (però non più vaghe, in fondo, delle clausole finalistiche contenute in Costituzione): un esempio lo si è visto nel passo riportato all'inizio del paragrafo. La compressione diviene ecces-

(265) Si veda *supra*, par. 13.

(266) Con riguardo delle quali si vedano, ad esempio, le sent. 36/1958 (in « *Giur. cost.* » 1958, 486 ss., 495), e 24/1965 (in « *Giur. cost.* » 1965, 234 ss.), a proposito dell'apertura di scuole private; sent. 1/1960 (in « *Giur. cost.* » 1960, 1 ss., 18), con riferimento alla libertà sindacale; sent. 6/1960 (in « *Giur. cost.* » 1960, 72 ss., 81), in tema di conservazione del posto *ex art.* 51, 3° Cost.; ecc.

(267) Sent. 125/1979 (in « *Giur. cost.* » 1979, I, 852 ss., 861), in tema di autodifesa, nonché sent. 543/1989 (in « *Giur. cost.* » 1989, I, 2488 ss.), a proposito del procedimento camerale; si veda anche, per affermazioni consimili, sent. 47/1964 (in « *Giur. cost.* » 1964, 586 ss.), sent. 186/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, 2144 ss.) e sent. 111/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970) 1209 ss.

(268) Sent. 12/1965, in « *Giur. cost.* » 1965, 106 ss., 119 (con nota di CRISAFULLI, che sottolinea proprio questo aspetto).

(269) Sent. 63/1966, in « *Giur. cost.* » 1966, 942 ss., 952.

siva quando i condizionamenti introdotti dalla legge siano « oggettivamente tali da costituire un grave ostacolo all'esercizio della libertà stessa » (270); quando essi « praticamente annullano il diritto primario inerente alla libertà stessa », perché sono tali « da renderne impossibile o estremamente difficile l'esercizio » (271), o da « vanificare le garanzie » (272); quando « il diritto attribuito dalla Costituzione... venga ad essere snaturato » (273), « ne risulti praticamente soppresso ovvero gravemente affievolito o compromesso » (274).

(270) Sent. 36/1980 (in « *Giur. cost.* » 1980, I, 270 ss., 275), in cui si respingono perciò i dubbi di incostituzionalità della norma che limita solo ad alcune categorie il diritto all'indennità di avviamento in caso di finita locazione. La sent. 131/1973 (in « *Giur. cost.* » 1973, 1354 ss.), dichiarando l'illegittimità della norma che assoggetta ad imposta le forme di propaganda ideologica senza fini di lucro, afferma in guisa di massima che se « è pur vero che tale libertà [di espressione] non esclude possano essere disciplinate dal legislatore le modalità di esercizio del diritto, per il necessario temperamento con altri interessi costituzionali rilevanti... detta disciplina non può essere mai tale da rendere più difficile, e per taluni casi limite anche impossibile, l'espressione del pensiero » (*ivi*, pag. 1360).

(271) Sent. 78/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 1037 ss., rispettivamente 1052 e 1050), in cui si smantella il Consorzio obbligatorio fra i fabbricanti di accenditori. In termini quasi identici, oltre alla più volte citata sent. 255/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 2066 ss., 2071) sulle ferie giudiziarie, anche la sent. 155/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, 1582 ss.), sui coefficienti di moltiplicazione del reddito dominicale, la sent. 36/1980 (in « *Giur. cost.* » 1980, I, 270 ss.), sui limiti della libera iniziativa economica, e la sent. 126/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 894 ss.), a proposito della protesta collettiva dei militari, che richiama i precedenti analoghi in materia di libertà di manifestazione del pensiero.

(272) Sent. 15/1982 (in « *Giur. cost.* » 1982, I, 85 ss., 102), sul prolungamento dei termini di carcerazione preventiva disposto dalla legislazione per l'« emergenza ».

(273) Sent. 48/1964 (in « *Giur. cost.* » 1964, 605 ss., 608), in tema di affissioni, testualmente ripresa dalle sent. 129/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 1586 ss., 1592) e 89/1979 (in « *Giur. cost.* » 1979, I, 664 ss.), nonché dall'ord. 106/1974 (in « *Giur. cost.* » 1974, 759 ss.), sullo stesso tema. In termini analoghi già la sent. 36/1958 (in « *Giur. cost.* » 1958, 486 ss., 495), sull'istruzione privata, in cui si precisa che la potestà del legislatore ordinario « ha però un confine insuperabile, segnato dalla necessità che il diritto stesso non ne rimanga snaturato attraverso la compressione o una riduzione del proprio ambito ». Di divieto di « snaturare o eludere il precetto costituzionale » parla anche la sent. 150/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 1741 ss.), in tema di riposo settimanale.

(274) Sent. 61/1965 (in « *Giur. cost.* » 1965, 765 ss.), che giustifica la limitazione dell'accesso al lavoro di guardia giurata. Di « sostanziale svuotamento » del diritto di difesa, tramite l'imposizione di oneri e modalità che fanno « difficile o impossibile l'esercizio (del diritto)... ostacolando fino al punto di pregiudicarlo o renderlo particolarmente gravoso » parlano, a proposito delle limitazioni del diritto d'azione a

Vi sono settori di legislazione in cui la frequenza delle pronunce della Corte è più elevata e perciò anche lo *standard* di giudizio si è fissato con maggior precisione. Si pensi alla giurisprudenza sulla congruità dei termini — dove la «vanificazione dei diritti» (275) si avrebbe quando la ristrettezza del termine o i presupposti del suo decorrere fossero tali da rendere «solo apparente la possibilità di esercizio del diritto» (276) —, a quella sull'«effettività» del diritto alla difesa (277), a quella, non meno estesa, in materia di indennizzo dell'espropriazione (278).

danno dell'espropriato, rispettivamente, le recenti sent. 470/1990 (in «*Giur. cost.*» 1990, 2812 ss.) e 67/1990 (in «*Giur. cost.*» 1990, 486 ss.).

(275) Sent. 33/1974 (in «*Giur. cost.*» 1974, 123 ss., 126), sul termine di prescrizione delle prestazioni assicurative per malattia professionale.

(276) Sent. 58/1967 (in «*Giur. cost.*» 1967, 682 ss.), sui limiti alla ricerca della paternità. Espressioni del tutto analoghe ricorrono, tra le altre, nelle sent. 85/1968 (in «*Giur. cost.*» 1968, 1420 ss., 1430), 116/1969 (in «*Giur. cost.*» 1969, 1651 ss.), e 10/1970 (in «*Giur. cost.*» 1970, 89 ss., 97), tutte in materia previdenziale; nella sent. 56/1979 (in «*Giur. cost.*» 1979, I, 533 ss., 536), che respinge la richiesta di un allungamento dei termini processuali quando si ricorra alla difesa gratuita; nella sent. 156/1988 (in «*Giur. cost.*» 1988, I, 516 ss., 526), che dichiara l'«irrazionalità intrinseca» del termine di opzione per la continuità dell'attività lavorativa al fine di conseguire una pensione di importo maggiore. Sul tema cfr. R. BIN, *Note sul controllo di ragionevolezza dei termini fissati dal legislatore*, in «*Giur. cost.*» 1989, I, 2289 ss.

(277) «La violazione dell'art. 24 Cost. ... viene in evidenza ogni qualvolta i poteri, le finalità, le iniziative della difesa sono pregiudicate al punto tale da rendere virtualmente inefficiente la funzione di cui ora si è detto [funzione pubblicistica del contraddittorio]: sent. 345/1987 (in «*Giur. cost.*» 1987, I, 2653 ss., 2661). Assai spesso il problema è ancora la congruità dei termini processuali: si vedano, per es., oltre la sent. 56/1979, (citata alla nota precedente), la sent. 93/1962 (in «*Giur. cost.*» 1962, 1371 ss., 1378), ove si avverte che il diritto alla difesa sarebbe leso se il suo esercizio fosse sottoposto a termini «così ristretti, da renderlo estremamente difficile»; la sent. 159/1969 (in «*Giur. cost.*» 1969, 2388 ss.), in cui si giudicano i termini per il pagamento dei canoni IACP scaduti e per l'opposizione al decreto ingiuntivo talmente brevi da rendere «estremamente difficile» l'esercizio del diritto di difesa; la sent. 34/1970 (in «*Giur. cost.*» 1970, 450 ss., 458), in cui, contestando la ragionevolezza del presupposto da cui si fa decorrere il termine di riassunzione del processo civile sottoposto a sospensione necessaria, la Corte nega che il diritto alla difesa sia tutelato «in modo effettivo ed adeguato» se gli adempimenti processuali richiedono «l'impegno di una diligenza più che normale»; la sent. 159/1971 (in «*Giur. cost.*» 1971, 1730 ss., 1735), che si esprime in modi del tutto analoghi a proposito dei termini per la prosecuzione o la riassunzione del processo civile in caso di morte o di perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti; la sent. 2/1964 (in «*Giur. cost.*» 1964, 16 ss.), che ritiene ingiustificata la norma che fa decorrere i termini per agire in materia

In molti casi, però, la Corte arricchisce i principi che enuncia con direttive più precise. Per lo più si tratta di applicazioni specifiche del principio di eguaglianza, che vengono ad integrare e a precisare il canone di giudizio. In tema di affissione di stampati ai fini della propaganda elettorale, per esempio, la Corte ha convalidato la disciplina legislativa vigente perché essa regolava l'esercizio del diritto «garantendone a tutti l'effettività e ponendo tutti in una *situazione di assoluta eguaglianza* di trattamento», assicurata dalla predisposizione di meccanismi automatici di assegnazione degli spazi, tali da annullare ogni margine di discrezionalità dell'organo amministrativo (279). Numerose sono le decisioni in tema di diritto di difesa che sottolineano la necessità che le regole fissate dal legislatore sottostiano «alla tassativa

di assegni familiari dalla spedizione, anziché dalla recezione della comunicazione ministeriale, perché non viene assicurata l'«effettività» del diritto di difesa, rendendone l'esercizio «estremamente difficile» (ivi, 20); la già citata sent. 255/1974 (in «*Giur. cost.*» 1974, 2865 ss.), sull'impugnazione delle sentenze di omologazione del concordato preventivo. In altri casi si tratta invece di adempimenti così gravosi da compromettere la stessa esperibilità dell'azione; sottinteso nella fondamentale sent. 21/1961 (in «*Giur. cost.*» 1961, 138 ss.), sulla regola del *solve et repete*, questo argomento è esplicito in numerose decisioni, quali, ad es.: sent. 100/1964 (in «*Giur. cost.*» 1964, 1046 ss.), sent. 93/1979 (in «*Giur. cost.*» 1979, I, 690 ss.), sent. 530/1989 (in «*Giur. cost.*» 1989, I, 2413 ss.), sent. 470/1990 (in «*Giur. cost.*» 1990, 2812 ss.), 67/1990 (in «*Giur. cost.*» 1990, 486 ss.), sent. 15/1991 (in «*Giur. cost.*» 1991, 98 ss.). Altro profilo è, infine, quello delle limitazioni dei mezzi di prova, perché «l'eccessiva difficoltà della prova» comporta violazione dell'art. 24 Cost.: sent. 568/1989 (in «*Giur. cost.*» 1989, I, 2613 ss.).

(278) Dove si pone il doppio problema di quando vi sia una compressione tale del diritto di proprietà da far scattare l'obbligo dell'indennizzo (quando «il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre a ciò che è connaturale al diritto domenicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico»: così si esprime la fondamentale sent. 55/1968, in «*Giur. cost.*» 1968, 838 ss., 875), e di quale sia l'indennizzo accettabile, fermo restando che esso non può essere fissato «in una misura irrisoria o meramente simbolica» (sent. 5/1980, in «*Giur. cost.*» 1980, I, 21 ss., ma l'affermazione è tra le più ricorrenti nella giurisprudenza della Corte).

(279) Sent. 49/1965 (in «*Giur. cost.*» 1965, 675 ss., 680), cui *adde*, sullo stesso tema e con lo stesso tenore, sent. 48/1964 (in «*Giur. cost.*» 1964, 605 ss., 608), e ord. 106/1974 (in «*Giur. cost.*» 1974, 759 ss.). È interessante notare come in questa sentenza la Corte proceda applicando elementi di giudizio (bilanciamento del valore del tipo di espressione con altri interessi sociali; equa distribuzione dell'accesso al mezzo di espressione; compatibilità con l'esercizio dei diritti politici) in tutto simili a quelli elaborati in seguito da T. SCANLON (*A Theory of Freedom of Expression*, in 1 «*Phil. & Public Aff.*» 1971, 204 ss., spec. 224.) per formulare una teoria della libertà di espressione.

condizione... che esso venga, nelle differenti situazioni processuali, effettivamente garantito a tutti su un piano di uguaglianza » (280). Ed anche in tema di canoni stabiliti dalla legge, la loro « congruità » è di regola valutata anche alla luce degli « equi rapporti sociali » che tale strumento deve perseguire (281).

A questa prima regola, la Corte spesso aggiunge un'ulteriore prescrizione, riguardante la configurazione dei poteri amministrativi: che il legislatore ordinario deve circoscrivere « sì da non lasciare un margine eccessivamente ampio alla discrezionalità » (282), imponendo

(280) Sent. 125/1979 (in « *Giur. cost.* » 1979, I, 852 ss., 861).

(281) Si vedano, a titolo di esempio, le sent. 153/1977 (in « *Giur. cost.* » 1977, I, 1469 ss.), 139/1984 (in « *Giur. cost.* » 1984, I, 933 ss., 947) e 437/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 1988 ss.), per i contratti agrari, e le sent. 3/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 18 ss., 22) e 300/1983 (in « *Giur. cost.* » 1983, I, 1858 ss., 1986 s.), per le locazioni urbane. Numerosissime sono ovviamente le occasioni in cui la Corte introduce l'eguaglianza come elemento fondamentale nel bilanciamento degli interessi: tuttavia sembra indispensabile distinguere (ricollegandoci con quanto già si è detto in termini generali sui diversi usi del principio di eguaglianza: v. *supra*, par. 10) i casi in cui l'eguaglianza di trattamento è uno dei « valori » da bilanciare (come, per es., quando si tratti di trovare il « ragionevole bilanciamento » tra l'interesse dei figli nati fuori dal matrimonio all'equiparazione con quelli legittimi, da un lato, e gli interessi dei membri della famiglia legittima, dall'altro: sent. 184/1990, in « *Giur. cost.* » 1990, 1090 ss., a proposito del riconoscimento a fratelli e sorelle naturali di un reciproco diritto di successione), ed i casi — come quelli qui considerati — in cui l'eguaglianza di trattamento è un canone esterno alla gamma degli interessi in gioco, costituendo invece uno degli elementi qualificanti la « regola » che la Corte elabora, ossia, in altre parole, una delle condizioni di legittimità di una certa composizione degli interessi in gioco: emblematica può essere l'importante sent. 241/1990, in « *Giur. cost.* » 1990, 1467 ss., in cui la Corte, pur giustificando la posizione monopolista della SIAE per gli interessi costituzionali che la motivano, ne trae però la conseguenza che l'ente è obbligato a contrarre con divieto di discriminazioni arbitrarie.

(282) Sent. 36/1958 (in « *Giur. cost.* » 1958, 486 ss., 495). Possono essere richiamate ad esempio ancora le sentenze sulle affissioni, citate alla precedente nota 279, nonché quelle (citare nel par. 16) che sostituiscono figure autorizzatorie a basso tenore di discrezionalità a misure considerate più restrittive dei diritti individuali (emblematiche le sent. 153/1987, in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1141 ss., e 1030/1988, in « *Giur. cost.* » 1988, I, 4982 ss.). La « eccessiva estensione di poteri discrezionali, non essendo in alcun modo delineata la sfera entro la quale debbano essere contenuti l'attività di polizia e l'uso dei poteri di questa », è stato per altro il motivo della prima dichiarazione di illegittimità pronunciata dalla Corte (sent. 1/1956, in « *Giur. cost.* » 1956, I, 1 ss., 8 s.). In senso analogo si veda anche la sent. 38/1961, « sentenza «condizionale» » (come l'ha definita E. CHELLI, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in « *Giur. cost.* » 1961,

che il provvedimento sia « congruamente motivato con specifico riferimento alle esigenze » che possono essere ammesse a bilanciare il diritto compresso (283). Ma poi prosegue in valutazioni più penetranti sul rapporto che sussiste tra l'impiego di un determinato mezzo e la strumentazione complessiva del diritto. Una ben nota decisione sulle questue, per esempio, affermava che il regime di autorizzazione cui esse sono sottoposte non viola alcun diritto fondamentale perché la questua rappresenta solo « uno dei mezzi utilizzabili pel conseguimento dei beni medesimi, non legato quindi a questo da un *carattere di necessità*. Infatti una lesione dei diritti fondamentali, ... si verifica solo quando determinati atti o attività siano collegati ai diritti con un *rapporto di strumentalità così stretto* che il loro divieto o le restrizioni poste alla loro esplicazione abbiano per effetto la preclusione o un grave pregiudizio alla loro soddisfazione » (284). Mentre in una più recente sentenza sull'uso della lingua materna da parte degli appartenenti ad una minoranza « riconosciuta » si legge che è illegittima

684 ss., 693), con cui si ammette la sottoposizione dell'esercizio dell'arte tipografica a regime di autorizzazione, in quanto espressione « di una discrezionalità limitata e controllata e per alcuni aspetti tecnica ». Proprio richiamando questo precedente, la sent. 7/1966 (in « *Giur. cost.* » 1966, 92 ss.), a proposito dell'iscrizione obbligatoria al registro dei portieri e custodi, afferma che, incidendo il provvedimento sul diritto al lavoro, il rispetto incondizionato delle libertà politiche, sindacali e religiose « costituisce in ogni caso il limite invalicabile della discrezionalità amministrativa ». Infatti, la constatazione che i poteri dell'autorità amministrativa sono caratterizzati da una discrezionalità « sufficientemente circoscritta » è un argomento che ricorre assai spesso nelle sentenze di rigetto, siano esse esplicitamente « interpretative » o meno (v., per un esempio delle seconde, sent. 24/1965, in « *Giur. cost.* » 1965, 234 ss., a proposito dell'apertura di scuole private).

(283) Sent. 153/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1141 ss., 1159): nello stesso senso anche le sent. 2/1956 (in « *Giur. cost.* » 1956, 561 ss., 565), sent. 36/1958 (in « *Giur. cost.* » 1958, 486 ss.), 38/1961 (in « *Giur. cost.* » 1961, I, 682 ss., 693), 12/1965 (in « *Giur. cost.* » 1965, 106 ss., 117), 7/1966 (in « *Giur. cost.* » 1966, 92 ss.), 12/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, I, 45 ss., 64 s.). Si veda anche la sent. 8/1956 (in « *Giur. cost.* » 1956, 602 ss.), in cui la Corte, con un dispositivo di rigetto « salva la opportuna revisione del testo della norma... », condiziona la legittimità delle ordinanze prefettizie, oltre che all'« adeguata motivazione », al rispetto di altri requisiti specifici (l'efficacia limitata nel tempo, l'efficace pubblicazione dei provvedimenti non individuali, la conformità ai principi dell'ordinamento): come è noto, la Corte si adeguò poi al « diritto vivente » (cioè alla prassi seguita dalle autorità amministrative), invalidando la disposizione (sent. 26/1961, in « *Giur. cost.* » 1961, 525 ss.).

(284) Sent. 12/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, 45 ss., 68).

qualsiasi sanzione che quell'uso colpisca, perché è questa « l'*operatività minima*, che, in tema di trattamento delle minoranze, deriva dal fatto ricognitivo di una singola minoranza » (285).

Volutamente si sono accostate queste due ultime sentenze, perché dal loro confronto si può trarre lo spunto per una ricostruzione delle modalità con cui la Corte tratta contenuti e strumentazione dei diritti garantiti dalla Costituzione.

19. *Risorse limitate e regolazione dei mezzi.*

Le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale nello stabilire se le garanzie dei diritti si estendano anche agli strumenti del loro esercizio sembrano percepibili più nelle affermazioni di principio (fortunatamente rare) che nel modo di risolvere i singoli casi.

Solo in astratto, d'altra parte, si possono separare con nettezza i mezzi dai contenuti, così come solo in astratto si possono dividere le libertà « negative » da quelle « positive », da un lato, e le libertà (tutte) dai diritti di prestazione, dall'altro. Non a caso si sono accostate queste tre coppie di concetti antitetici: vi è infatti almeno una prospettiva in cui appare possibile abbracciarli tutti in un discorso comune, unirli con un filo logico robusto, un itinerario che va percorso con ordine.

Quando la Corte afferma che la questua non è mezzo legato da un rapporto di strumentalità così stretto e necessario da poter condizionare il godimento di alcun diritto costituzionale; quando essa spiega che le limitazioni poste al diritto di affissione di manifesti elettorali sono valide se garantiscono l'assoluta parità di tutti i gruppi politici; quando, ancora, giudica una « grave compressione del fondamentale principio di libertà » il permanere del monopolio pubblico delle trasmissioni radiotelevisive su scala locale (286): in tutti questi casi la Corte sta ragionando attorno ad un unico punto, i rapporti tra diritti garantiti e risorse disponibili.

Nel primo caso, sta valutando quale strumentazione resti disponibile per l'esercizio dei diritti in questione, detratto il ricorso alle questue: e la stessa situazione si ripete quando deve considerare in che

(285) Sent. 28/1982 (in « *Giur. cost.* » 1982, I, 247 ss., 257 s.).

(286) Sent. 202/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1267 ss., 1283).

rapporto stia l'uso di alcune specifiche strade con la libertà di circolazione (287), o, su un versante del tutto diverso, quando cerca di individuare il punto oltre al quale le compressioni del diritto di proprietà assumano natura espropriativa (288). Si tratta ancora, insomma, di riempire uno dei fogli della mappa topografica del conflitto, nel quale va rappresentata tanto la zona di compressione del diritto, quanto la zona residua. Ed è ovvio che in questa prospettiva mezzi e contenuti del diritto stiano su piani che si intersecano: laddove l'area residua risulti troppo angusta, la limitazione dei mezzi s'identifica con la compressione dei contenuti. La soglia di tolleranza è segnata dall'« *operatività minima* » del diritto, come si esprime la Corte nella sentenza, appena ricordata, in tema di tutela delle minoranze; ed è chiaro che, oltrepassando quella soglia, il legislatore andrebbe a ledere il contenuto essenziale del diritto. C'è una soglia per ogni « tipo » di diritti, compresi le libertà « positive » (la tormentata giurisprudenza riguardo al sistema radiotelevisivo è alla continua ricerca della sua definizione) ed i diritti « di prestazione ».

Quello che diceva Crisafulli dei principi costituzionali — la compresenza di una funzione « negativa » dei principi programmatici e, simmetricamente, di un risvolto programmatico delle norme cogenti (289) — vale (per la stessa stretta connessione che li lega ai « principi ») anche per i diritti: vi è un aspetto « negativo » dei diritti positivi (e questo è pacifico), così come vi è un aspetto « positivo » dei diritti negativi (il che è meno scontato). Così come l'« *operatività minima* » rappresenta la soglia (« negativa ») oltre la quale per ogni diritto la limitazione dei mezzi coinciderebbe con la compressione dei contenuti, sull'altro versante, ogni diritto pone l'esigenza (« positiva ») di un intervento degli apparati pubblici diretto alla regolazione degli strumenti (ed in ciò trova fondamento la teoria dei « limiti naturali » e della riserva di legge « implicita »), essendo le risorse *sempre e tutte* limitate.

Le garanzie « prestazionali » possono avere natura diversa: di pura

(287) Sent. 12/1965 (in « *Giur. cost.* » 1965, 106 ss.).

(288) Si vedano, a puro titolo d'esempio, le sent. 6/1966 (in « *Giur. cost.* » 1966, 72 ss.), 55/1968 (in « *Giur. cost.* » 1968, 838 ss.), 56/1968 (in « *Giur. cost.* » 1968, 884 ss.), 260/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1920 ss.), 14/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 102 ss.), 648/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, 3020 ss.).

(289) Cfr. *La Costituzione*, cit., 17 s., 52 ss.

regolazione, al fine di preservare le condizioni necessarie ad un concorso paritario nell'uso delle risorse, come nel caso delle affissioni; di intervento organizzativo della mano pubblica, qualora (e sinché) di fatto non sussistano le condizioni necessarie ad un libero concorso, come nel caso dei monopoli radiotelevisivi; di prestazioni in danaro o in servizi, se si devono realizzare i presupposti « sostanziali » dell'egualianza, come avviene non solo per i diritti « sociali », ma, per esempio, per lo stesso diritto di difesa (290).

Quindi, in conclusione, vi è una zona in cui mezzi e contenuti si confondono, e una prospettiva in cui, invece, essi sono più facilmente distinguibili, al punto che si può anche individuare talvolta, come propone Pace (291) in riferimento a certi aspetti della libertà di manifestazione, un aggancio costituzionale della disciplina dei mezzi del tutto autonomo dal fondamento della garanzia del diritto. È inevitabile che il giudizio della Corte si svolga con modalità diverse, perché necessariamente diversi sono i termini del bilanciamento.

La giurisprudenza nordamericana ha elaborato uno schema di giudizio cui sottoporre gli interventi restrittivi della libertà di manifestazione del pensiero: si contrappongono interventi *indiretti*, « *neutrali* » rispetto ai contenuti del pensiero, agli interventi « *diretti* », che hanno come obiettivo proprio la limitazione dell'oggetto, delle idee che vengono manifestate (292). Le modalità di giudizio sono ovviamente diverse, perché nel caso di attacchi « *diretti* » è necessario uno *strict scrutiny*, che valuti con attenzione la serietà e la pertinenza dei motivi che portano a comprimere l'essenza stessa della libertà; mentre la regolazione indiretta, disciplinando condizioni strumentali e spazio-temporali dell'esercizio del diritto, chiama in gioco tutti i possibili interessi che si legano a ciascuna di quelle condizioni.

Questo schema ha molto in comune con la contrapposizione tra mezzi e contenuti, cominciando dal carattere approssimativo e mera-

(290) Si veda, per un esplicito collegamento del diritto al gratuito patrocinio con la garanzia dell'« almeno tendenziale, parità delle armi », che del contraddittorio medesimo è connotato essenziale », la sent. 149/1983 (in « *Giur. cost.* » 1983, I, 860 ss., 868), che cita la precedente sent. 46/1957.

(291) *Stampa giornalismo radiotelevisione*, cit., 3.

(292) Cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 584 ss.; G.R. STONE, *Content-Neutral Restrictions*, cit.; R. SINGH, *The Indirect Regulations*, cit.

mente tendenziale della distinzione su cui si regge. Non è difficile dimostrare che anche il giudice costituzionale italiano tende ad applicare una tecnica di giudizio su due livelli, non dissimile da quella della Corte americana (a parte lo scarso impiego che viene fatto — anche per la ragioni che si accenneranno nel paragrafo 22 — del *clear and present danger test*). Nei (non frequenti) casi di restrizioni « dirette », la Corte ha dato l'impressione (al di là della bontà delle singole soluzioni cui è poi approdata) di sottoporre ad uno *strict scrutiny* la necessità della misura restrittiva ed il « valore » dell'interesse concorrente « nei contenuti » (293); mentre quando si è trattato di discipline « indirette » dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, la Corte ha ammesso al bilanciamento interessi che solo in apparenza potrebbero sembrare eterogenei e incomparabili per « valore » con il diritto stesso. Essi non avrebbero alcun titolo per contrastare un diritto riconosciuto dalla Costituzione, se non fosse per la connessione specifica che li lega alla « risorsa » impegnata dall'esercizio del diritto stesso. Qui, a rigore, non si ha un interesse che contrasti un diritto costituzionale, ma vi è un concorso di più interessi, di cui uno casualmente corrisponde ad un diritto garantito dalla Costituzione, nell'utilizzazione di una determinata risorsa.

(293) Qualche esempio: sent. 18/1966 (in « *Giur. cost.* » 1966, 173 ss.), sent. 18/1981 (in « *Giur. cost.* » 1981, I, 92 ss.), sent. 1/1981 (in « *Giur. cost.* » 1981, I, 3 ss.), sul segreto istruttorio; sent. 120/1968 (in « *Giur. cost.* » 1968, 2142 ss.), sugli « avvisi amorosi »; sent. 122/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 1529 ss.), sul sequestro della stampa; sent. 199/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, 2218 ss.), su libertà di espressione, critica delle istituzioni e « sentimento nazionale »; sent. 65/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 955 ss.), sull'apologia di reato; sent. 49/1971 (in « *Giur. cost.* » 1971, 525 ss.), sull'incitamento a pratiche contro la procreazione; sent. 19/1962 (in « *Giur. cost.* » 1962, 189 ss.) e sent. 210/1976 (in « *Giur. cost.* » 1976, I, 1315 ss.), sulla diffusione di notizie false e tendenziose; sent. 826/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 3893 ss.), che rigetta ipotesi di esclusione di messaggi « low-value » (v. *supra*, par. 14) dalla libertà di espressione attraverso la televisione; sent. 438/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 1998 ss.), sull'istruzione professionale privata; sent. 114/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 1249 ss.), sullo scioglimento delle associazioni contrarie all'ordine nazionale dello stato; sent. 193/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 1509 ss.), sulle associazioni a carattere internazionale; sent. 19/1959 (in « *Giur. cost.* » 1959, 307 ss.), sul divieto di espatrio per motivi politici; sent. 470/1989 (in « *Giur. cost.* » 1989, I, 2161 ss.), in cui si sviluppa un argomento accessorio relativo alla libertà di fede e di pensiero in relazione alla discriminazione del servizio civile rispetto al servizio militare. Per esemplificazioni ulteriori, e per ulteriori considerazioni su (molte di) queste sentenze, si rinvia al par. 22.

Come variano le « risorse » da impiegare, variano anche gli interessi coinvolti. Gli spazi da adibirsi ad affissioni (e, quindi, destinati a soddisfare esigenze legate ad un diritto costituzionale) vanno determinati in considerazione di interessi — « come la sicurezza della viabilità, e la tutela dei monumenti, dell'estetica cittadina, del paesaggio » — che, di per sé, non avrebbero nessuna occasione di contrastare il diritto di manifestazione del pensiero (anche se la Corte, forse cascando nell'equivoco, li definisce « altri interessi pubblici... di primaria considerazione » (294)), ma rappresentano o richiedono usi diversi della stessa risorsa: e che nulla c'entri e debba entrarci la libertà di pensiero, nel suo profilo « contenutistico », lo sottolinea proprio la Corte giudicando irrinunciabile la condizione che nessuna discrezionalità sia concessa all'amministrazione nel decidere a quale tipo di manifestazione lo spazio debba essere concesso (295), perché è ovvio che non potrà mai considerarsi « indiretta » o « neutrale » una limitazione della libertà di espressione che provochi distorsioni nel « pubblico dibattito » (296).

Diverso è il caso dell'etere: se, e negli aspetti in cui questa risorsa fosse davvero limitata, essa andrebbe interamente riservata a soddisfare le esigenze dell'informazione — anche a danno, quindi, di altri interessi di rilievo costituzionale, come la libertà di impresa, o la libertà di comunicazione (297) — per il semplice fatto che in questo caso è più che evidente lo « stretto rapporto di strumentalità » del mezzo rispetto al diritto costituzionale, di cui parlava la già ricordata sentenza sulle questue (298); ma se, e negli aspetti in cui tale limitazione non sussistesse, monopoli e divieti andrebbero rimossi, salvo non si prospettassero altre ragioni, legate a risorse di tipo diverso (d'ordine economico, per esempio (299)), che portino a riconoscere nel regime di monopolio lo strumento più efficiente per assicurare il pluralismo dell'informazione.

(294) Questa citazione, come la precedente, è tratta dalla sent. 129/1970, (in « *Giur. cost.* » 1970, 1586 ss., 1592).

(295) V. la più volte citata Sent. 49/1965 (in « *Giur. cost.* » 1965, 675 ss.).

(296) Cfr., in questo senso, G.R. STONE, *Content-Neutral Restrictions*, cit., 72.

(297) Per quest'ultimo profilo si veda la recenta sent. 1030/1988.

(298) Sent. 12/1972, in « *Giur. cost.* » 1972, 45 ss.

(299) In questo senso si esprime la Corte nella sent. 148/1981 (in « *Giur. cost.* » 1981, I, 1379 ss.).

Diverso ancora è il caso dei diritti sociali « di prestazione », il cui soddisfacimento si scontra, spesso con clamore, con i limiti che angustiano le risorse finanziarie del bilancio pubblico. Su questo argomento la Corte ha sviluppato però una giurisprudenza dai connotati piuttosto marcati, in cui le regole di bilanciamento sembrano così chiare da costituire un punto di riferimento per tutte le decisioni in cui il problema delle risorse occupa la scena.

20. Diritti di prestazione: disponibilità finanziarie e « gradualità » nell'attuazione del diritto.

(R)ientra nella discrezionalità del legislatore ordinario la determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale temperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti da un lato e delle disponibilità finanziarie dall'altro lato... Discrezionalità che questa Corte, che è priva dei necessari poteri istruttori, non può sindacare se non quando emerga la manifesta irrazionalità dei risultati attinti nelle disposizioni impugnate (300).

La massima enunciata in questa sentenza racchiude tutti gli elementi che la giurisprudenza costituzionale ha fissato come criteri di giudizio cui sottoporre le norme di attuazione dei diritti « di prestazione ». La materia previdenziale, cui la decisione è specificamente riferita, rappresenta d'altra parte il « nucleo forte » dell'intero filone giurisprudenziale, ed i canoni fissati per essa, e costantemente ribaditi da una copiosa giurisprudenza, servono da punto di riferimento per tutte le altre questioni in cui entri in discussione l'attuazione dei c.d. diritti sociali. Gli elementi che la Corte enuclea sono (a) la *gradualità* come caratteristica « naturale » dell'attuazione dei diritti « di prestazione », (b) la considerazione dei *limiti finanziari* posti dal bilancio, (c) l'insindacabilità delle scelte legislative fuori dagli schemi del *giudizio di ragionevolezza*. Su ognuno di questi profili conviene soffermare l'attenzione.

a) La *gradualità* rappresenta per i diritti di prestazione il corrispettivo del bilanciamento per i diritti di libertà. La differenza è segnata

(300) Sent. 180/1982 (in « *Giur. cost.* » 1982, I, 2010 ss., 2015 s.).

principalmente dalla rilevanza, nei primi, del fattore temporale, ossia dal carattere di « processo » che è implicito nel concetto stesso di « attuazione » di un diritto di prestazione. Per i diritti di libertà, il « punto di equilibrio » raggiunto nel bilanciamento degli interessi è dotato di un certo grado di stabilità: può mutare (stando ai motivi che la Corte usualmente adduce) solo in conseguenza di avvenimenti, per così dire, « esterni » al mondo delle norme (301), come l'evoluzione intervenuta nel campo delle tecnologie o delle conoscenze tecnico-scientifiche (302) o dei mutamenti della « coscienza sociale » (303).

(301) Infatti, quando la Corte per motivare la sua decisione ricorre all'argomento dell'*evoluzione normativa*, i casi sono due: o vuole mostrare nell'evoluzione delle norme i segni più evidenti di un'evoluzione della coscienza sociale (si veda, per esempio, la sent. 134/1985, in « *Giur. cost.* » 1985, I, 963 ss., dove la Corte motiva l'« anacronismo » delle limitazioni temporali all'azione di disconoscimento di paternità — ed il proprio *revirement* giurisprudenziale sul punto — sul doppio fondamento del progresso scientifico nella sicurezza della prova negativa di paternità e dell'evoluzione normativa che porta ad accentuare il *favor veritatis*; oppure la sent. 153/1979, in « *Giur. cost.* » 1979, I, 1140 ss., sulla successione del binubo, dove l'« anacronismo » sociale è contemporaneamente superamento legislativo); o, invece, non sta giudicando con le tecniche del bilanciamento degli interessi, ma applica piuttosto il ragionamento trilaterale del giudizio di eguaglianza, allo scopo di restituire coerenza a quella parte dell'ordinamento che ha subito l'innovazione. La distinzione, come è ovvio, è puramente tendenziale, dato che nel discorso della Corte costituzionale è il più delle volte assai difficile ritagliare le singole figure di « anacronismo »: si veda ad esempio la sent. 286/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, 2233 ss.), in cui l'*overruling* in materia di pensione di reversibilità è motivato sul doppio fondamento dell'evoluzione normativa (e sociale) del concetto di pensione e dell'evoluzione sociale (e normativa) del concetto di « famiglia ».

(302) Si veda, per es., la sent. 179/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 639 ss.), in cui l'*overruling* della precedente giurisprudenza sul sistema tabellare delle malattie professionali (sent. 206/1974 e 140/1981) è motivato principalmente con riferimento al progresso delle tecnologie diagnostiche e delle tecnologie produttive, che portano a ritenere « alterato », nella comparazione tra vantaggi e svantaggi per il lavoratore, l'« equilibrio... fra interesse all'accertamento presuntivo dell'eziologia professionale... e interesse ad allargare, sia pure con i mezzi di prova ordinari, l'area delle medesime », « sicché la presunzione nascente dalle tabelle è divenuta insufficiente a compensare il divieto di indagine aperta sulla causa di lavoro »; oppure la sent. 132/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 934 ss., 947 s.), dove si considera inadeguate all'evoluzione tecnologica della navigazione aerea la vecchia norma di diritto internazionale che limitava la responsabilità del vettore, rendendosi perciò necessaria la ricerca di un più « equilibrato componimento degli interessi in giuoco: e dunque, per un verso la... necessità di non comprimere indebitamente la sfera di iniziativa economica del vettore, per l'altro (il) diritto fatto valere da chi subisce il danno ».

(303) Scegliendo, tra i molti esempi reperibili, alcune decisioni in cui chiaro

Il grado di attuazione dei diritti di prestazione è destinato invece a mutare di continuo nel tempo, e non sempre né necessariamente in ragione di un lineare progresso delle prestazioni stesse (304): l'interesse con cui si deve sempre fare i conti è collegato alla « risorsa » cui si attinge, le finanze pubbliche.

La gradualità, insomma, come ebbe a dire la Corte (in riferimento ancora al sistema previdenziale), « si presenta, proprio per le difficoltà finanziarie da superare, come un modo di essere necessario ed interamente coerente del fenomeno visto nel suo pratico atteggiarsi e appare come caratteristica, del pari necessaria e, comunque, compatibile del fenomeno stesso nella sua rilevanza costituzionale » (305). La formulazione alquanto involuta può lasciare intendere che la Corte concepisca la « gradualità » come un vero e proprio bilanciamento tra due interessi « paritari » (il diritto alle prestazioni sociali e l'« interesse » al bilancio), ed infatti lo stesso giudice redattore, ma in altra sentenza, li ha definiti « esigenze parimenti apprezzabili » (306): con la conse-

emerge il mutamento del « punto di bilanciamento » in connessione con l'evoluzione della coscienza sociale, si possono ricordare l'*overruling* in tema di incitamento a pratiche contro la procreazione (sent. 49/1971, in « *Giur. cost.* » 1971, 525 ss.); la sent. 143/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 1685 ss.), con cui si rimossero i limiti dell'opposizione della moglie convivente del debitore all'esecuzione; la sent. 134/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 963 ss.), in cui si dichiarò l'irrazionalità delle limitazioni del diritto del padre ad avvalersi della facoltà di provare l'incompatibilità genetica del figlio se scopre l'adulterio un anno dopo la nascita, « anticipando » il legislatore nel cogliere il segno dell'evoluzione della coscienza sociale.

(304) Interessanti sono, a questo proposito, i numerosi accenni che la Corte fa alla non intangibilità dei diritti quesiti: si vedano, ad esempio, le sent. 349/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 2408 ss., 2422), 132/1984 (in « *Giur. cost.* » 1984, I, 826 ss., 851), 57/1973 (in « *Giur. cost.* » 1973, 762 ss., 767), ecc. Il limite è sempre il rispetto dei canoni di « ragionevolezza » e, per le norme che agiscono retroattivamente, la tutela dell'affidamento (su cui insiste la prima delle decisioni elencate, ma anche le sent. 822/1988, in « *Giur. cost.* » 1988, 3872 ss., che riguarda il peggioramento del trattamento pensionistico, e 318/1989, in « *Giur. cost.* » 1989, 1438 ss., sulla non riformabilità *in pejus* del grado di invalidità del lavoratore).

(305) Sent. 374/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 1658 ss., 1663).

(306) Sent. 101/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 772 ss., 776): il redattore di entrambe è il giudice Greco, del quale si può leggere, nella stessa linea, anche la sent. 78/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 211 ss., 222), in cui si afferma che « (l)a determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse, sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti anche costituzionalmente garantiti da un

guenza che, per rendere più plausibile un bilanciamento tra valori così eterogeni, si tenta una loro « omogenizzazione » attraverso l'artificio, da un lato, di screditare la precettività del principio costituzionale in cui il diritto trova riconoscimento (307), e, dall'altro, di contrapporre ad esso il principio di copertura finanziaria delle leggi di spesa (308). Ma, se quanto si è sostenuto in precedenza è corretto, si tratta di un equivoco, perché qui non si ha a che fare con una concorrenza nel « contenuto » dei diritti, ma con la regolazione dei mezzi. Tant'è vero che in qualche occasione la Corte si è spinta ad affermare che la graduazione delle prestazioni sociali sia subordinata anche a valutazioni di indirizzo politico generale (309): il che è perfettamente legittimo se si tratta di graduare gli impegni finanziari dello Stato, quanto sarebbe assolutamente aberrante se si ammettesse che di un simile margine di discrezionalità politica il legislatore possa usufruire nel determinare i contenuti dei diritti costituzionali.

lato, e delle disponibilità finanziarie dall'altro, rientra nella discrezionalità legislativa ». Nella recente sent. 260/1990 (in « *Giur. cost.* » 1990, 1550 ss.) la Corte ha esplicitamente affermato che « il valore costituzionale dell'equilibrio finanziario... rappresenta(a)... un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali »: benché il contesto di quest'affermazione sia quello dei rapporti Stato-Regione, a dimostrazione del suo assunto la Corte adduce proprio « il riconoscimento del "principio di gradualità" in ordine all'attuazione di valori costituzionali » (ivi, 1556).

(307) Per un accenno, cfr. sent. 22/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 164 ss., 178), nonché le decisioni citate *supra*, alla nota 159; per un esplicito riferimento al carattere programmatico dell'art. 38, 2°, cfr. la sent. 300/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 2271 ss., 2278 s.), mentre per la distinzione tra aspetti precettivi (e perciò validi *erga omnes*) e aspetti programmatici (e perciò « graduabili » in ragione delle capacità di bilancio) del diritto alla salute v., da ultimo, la sent. 455/1990, in « *Giur. cost.* » 1990, 2732 ss. Naturalmente non meno frequenti sono le affermazioni di segno opposto, che alla stessa disposizione attribuiscono « valore di principio fondamentale... immediatamente operante nell'ordinamento giuridico e rilevante, in particolare, ai fini del sindacato di costituzionalità » (sent. 22/1969, in « *Giur. cost.* » 1969, 149 ss., 154), « norma giuridicamente imperante atta a creare veri e propri diritti di prestazione... il cui carattere precettivo non viene meno per il fatto che destinatario della norma sia lo Stato, il quale è vincolato ad operare... » (sent. 160/1974, in « *Giur. cost.* » 1974, 960 ss., 964): a riprova della scarsa attendibilità delle affermazioni di principio in cui talvolta la Corte si produce.

(308) Per l'affermazione del « principio secondo cui la tutela assicurativa non può prescindere da criteri che ne garantiscano la copertura finanziaria » si veda la sent. 65/1979 (in « *Giur. cost.* » 1979, I, 574 ss., 578).

(309) Sent. 7/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 56 ss., 69), a proposito dell'estensione dell'assistenza scolastica.

b) Nulla di preciso aggiunge la Corte su come vadano individuate ed apprezzate le *esigenze finanziarie*. Esse possono essere tanto « generali », riferite cioè al bilancio dello Stato, che « particolari », condizionate dalle dotazioni delle singole strutture amministrative (310). Qualche accenno alla regola della copertura finanziaria, oppure alla « giusta tendenza ad un equilibrio economico-finanziario » (311), sembra esaurire l'argomento. Il fatto è che la Corte appare del tutto passiva rispetto alle scelte del legislatore, al punto di accreditare una « presunzione » di legittimità basata sull'ipotesi che tali scelte « hanno presumibilmente tenuto conto delle effettive disponibilità finanziarie delle diverse gestioni e dell'esigenza d'un graduale sviluppo del sistema previdenziale che ne garantisca la copertura finanziaria » (312). È raro che la Corte contesti la plausibilità delle esigenze (esplicitate o presunte che siano) chiamate a giustificazione dei meccanismi legislativi in cui si esprime la « gradualità »: uno di questi rari casi si trova nella sent. 160/1974, in cui si ammette che la disposizione impugnata, se interpretata nel senso disatteso dalla Corte, provocherebbe una differenza di trattamento che « non presenterebbe valide ragioni giustificative, ma corrisponderebbe solo a un criterio di mera opportunità tecnico-finanziaria » (313). Ma qui siamo già al giudizio di ragionevolezza, come ora si vedrà.

21. Diritti di prestazione: test di ragionevolezza (e qualche considerazione sui profili operativi delle « additive di prestazione »).

c) « Gradualità » e « esigenze di bilancio » non sono dunque test di giudizio ma, tutto all'opposto, valgono da giustificazioni stereotipate delle scelte che il legislatore può compiere: il richiamarle serve di solito alla Corte per chiudere il giudizio, con una formula che fa salvo l'uso,

(310) Si veda, con riferimento ai Patronati scolastici, la sent. 7/1967 (in « *Giur. cost.* » 1967, 56 ss., 68), e, con riferimento agli Istituti previdenziali e alle Casse autonome, la sent. 92/1975 (in « *Giur. cost.* » 1975, 820 ss., 824).

(311) Sent. 101/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 772 ss., 776).

(312) Sent. 31/1986 (in « *Giur. cost.* » 1986, I, 164 ss., 182).

(313) In « *Giur. cost.* » 1974, 960 ss., 965: l'interpretazione adeguatrice della Corte riconosce al lavoratore che, per caratteristiche « oggettive » della lavorazione, è soggetto a disoccupazione stagionale, il diritto all'indennità se, nel periodo di sosta, chiede l'iscrizione alle liste di collocamento senza ottenere altra occupazione.

da parte del legislatore, di un margine di discrezionalità particolarmente ampio nel determinare le modalità dell'erogazione delle prestazioni pubbliche. Discrezionalità sulla quale la Corte sembra disposta ad intervenire con le sole tecniche del *giudizio di ragionevolezza*, servendosi quasi sempre del principio di eguaglianza.

Va da sé che qui assumono rilievo esclusivamente gli aspetti « positivi », « prestazionali » dei diritti in questione, perché, come già si è cercato di evidenziare (314), per gli altri profili non c'è ragione di distinguere questi diritti dagli altri. Così, per esempio, il controllo della Corte sulla congruità dei termini di decadenza o di prescrizione del diritto alle prestazioni si avvale delle stesse tecniche e linee argomentative impiegate per affrontare gli analoghi profili dei diritti di libertà: essi — dice la sent. 85/1968 (315) a proposito della norma che faceva decorrere dalla data della morte del lavoratore (anziché dalla conoscenza dell'evento) il termine (troppo breve) di decadenza per la domanda dei superstiti volte ad ottenere la rendita di inabilità permanente — non « possono condurre a conseguenze tali da rendere *del tutto inoperante* quella tutela dei superstiti, che la legge ha voluto tutelare »; così come il diritto del lavoratore viene « *vanificato* », privato di « tutela effettiva », se i termini per denunciare l'insorgere dell'invalidità non tengono conto che la malattia può manifestarsi anche in un secondo tempo (316); perché, come afferma sinteticamente un'altra decisione in materia previdenziale, la garanzia costituzionale riguarda le prestazioni, non le modalità per conseguirle, ma sempre che queste non siano tali da « comprometterne il conseguimento » (317): « devono essere compatibili con la funzione del diritto di cui si tratta e non devono comportare che ne resti sostanzialmente escluso o reso oltremodo difficoltoso l'esercizio » (318).

Sono tutti argomenti già ampiamente esaminati nei paragrafi precedenti: non può considerarsi un caso, quindi, che in queste occasioni non valgano più considerazioni legate alla gradualità delle presta-

(314) V. *supra*, par. 19.

(315) In « *Giur. cost.* » 1968, 1420 ss., 1430.

(316) Sent. 116/1969 (in « *Giur. cost.* » 1969, 1651 ss.); sent. 33/1974 (in « *Giur. cost.* » 1974, 123 ss., 126).

(317) Sent. 10/1970 (in « *Giur. cost.* » 1970, 89 ss., 97).

(318) Sent. 156/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 516 ss., 526).

zioni ed ai limiti finanziari. Così come le esigenze di bilancio non consentirebbero deroghe al principio di eguaglianza dei contribuenti (319), o limitazioni della responsabilità civile dello Stato nei confronti dei propri dipendenti infortunatisi per causa di servizio (320), o la « drastica limitazione della tutela di un diritto », conseguente alla prescrizione biennale di stipendi, pensioni ed altri emolumenti dovuti dallo Stato ai suoi dipendenti (321): analogamente non sono opponibili — quando si tratti delle *modalità* con cui deve essere fatto valere il diritto di prestazione, e non degli *strumenti* con cui è attuato — interessi ed esigenze economiche e funzionali. Il buon andamento dell'amministrazione (322) non può giustificare « modalità vessatorie » nell'erogazione delle prestazioni (323); né si possono tollerare, in nome della « gradualità », differenziazioni tra assicurati dei vari Istituti nel regime delle spese processuali (324); la tutela accordata alle esigenze degli enti gestori del sistema previdenziale non può giungere sino al punto di essere preferita, nell'assetto conflittuale degli interessi, al fondamentale diritto all'integrità personale dell'assistito (325); ecc.

Il fatto è che — per riprendere la distinzione tendenziale tra contenuto « negativo » del diritto e mezzi per esercitarlo — si possono classificare come *content-direct* anche quegli interventi legislativi che, in materia di prestazione sociali, passano la soglia dell'« operatività mini-

(319) Sent. 155/1963 (in « *Giur. cost.* » 1963, 1546 ss.).

(320) Sent. 1/1962 (in « *Giur. cost.* » 1962, 1 ss.).

(321) Sent. 50/1981 (in « *Giur. cost.* » 1981, I, 312 ss.).

(322) In nome del quale è pur da considerarsi legittimo limitare il periodo massimo di assenza per malattia dei docenti non di ruolo, dato che anche il diritto fondamentale alla salute « può, ove necessario, incontrare limiti oggettivi »: sent. 212/1983 (in « *Giur. cost.* » 1983, I, 1263 ss.).

(323) Sent. 1143/1988, sull'onere dell'invio del certificato medico per ottenere il trattamento di malattia.

(324) Perché, « se... si giustifica una disciplina differenziata del regime delle prestazioni (per quanto attiene ai presupposti, alla entità, ecc.) in correlazione alla varietà delle condizioni di bisogno, non eguale giustificazione può trovare la diversità di trattamento in ordine ad una situazione... la quale rimane identica nonostante le diverse connotazioni di bisogno »: sent. 23/1973 (in « *Giur. cost.* » 1973, 260 ss., 267).

(325) Sent. 319/1989 (in « *Giur. cost.* » 1989, I, 1442 ss.) in cui si dichiara illegittima la norma che consente all'INPS di surrogarsi al danneggiato nel credito nei confronti dell'assicurazione RC auto entro il limite del massimale, senza prevedere che ciò non possa avvenire con pregiudizio del diritto dell'assistito al risarcimento di danni alla persona non altrimenti risarciti.

ma» (326) del diritto. Resta invece da esaminare se ciò avvenga soltanto quando si tratti di modalità di esercizio particolarmente restrittive, come nei casi appena citati, o se la stessa ipotesi possa verificarsi anche a causa di provvedimenti che fissano livelli troppo bassi delle prestazioni: nei casi, cioè, in cui non si contesti l'intollerabile asprezza delle regole del gioco, ma l'eccessiva modestia della posta.

L'atteggiamento con cui di regola la Corte ha accostato questo tema è di notevole *self restraint*. I canoni di giudizio sono quelli propri del controllo di ragionevolezza ove, come sempre, il ragionamento è imperniato sul principio di eguaglianza formale (327). Quasi tutte le sentenze di accoglimento e di rigetto «interpretativo» sono conseguenti infatti all'accertamento di una ingiustificata disparità di trattamento che si è verificata tra soggetti ammessi e soggetti esclusi dal godimento di una determinata prestazione o nella determinazione dell'ammontare della prestazione stessa. Il che significa che, come è solito accadere nei giudizi di ragionevolezza, le considerazioni del diritto costituzionale «sostanziale» restano sullo sfondo, perché la scena è occupata da un procedimento fondamentalmente analogico, in cui si pongono a confronto diretto fattispecie legislative ordinarie (328).

Assunta questa prospettiva, non si presenta mai la necessità di affermare in termini assoluti se il diritto in questione è attuato in modo sufficiente o no, ma ci si può limitare a considerare se la *ratio distinguendi* (329) è plausibile o meno, se è sostenibile la congruità

(326) V. *supra*, par. 19.

(327) Ciò vale persino nei rari (e contestati) casi in cui la Corte pronuncia l'illegittimità della legge per mancanza di «proporzionalità» tra livello delle prestazioni previdenziali, da un lato, e qualità e durata del lavoro prestato, dall'altro, come sembra emergere per esempio dalla motivazione della sent. 501/1988 (in «*Giur. cost.*» 1988, I, 2361 ss.), sulla riliquidazione delle pensioni dei magistrati.

(328) V. *supra*, par. 10.

(329) Non son giustificate, per es., le distinzioni tra: soggetti che hanno maturato il diritto in epoche diverse, se ciò si riflette in un trattamento peggiore dei soggetti che hanno maturato il titolo successivamente (sent. 37/1977, in «*Giur. cost.*» 1977, I, 128 ss.; sent. 101/1981, in «*Giur. cost.*» 1981, I, 855 ss.; 349/1985, in «*Giur. cost.*» 1985, I, 2408 ss.); chi non percepisce reddito alcuno e chi invece vanta un reddito *nummò uno* (sent. 145/1987, in «*Giur. cost.*» 1987, I, 974 ss., a proposito del diritto del figlio inabile alla pensione di reversibilità); tra la madre ed il padre, quanto a godimento di alcuni diritti connessi alla maternità, in caso di morte della madre (sent. 1/1987, in «*Giur. cost.*» 1987, I, 3 ss.); capo famiglia e altri lavoratori della famiglia

dello strumento normativo prescelto rispetto alla *ratio legis* (330), se i presupposti di fatto su cui si reggono le scelte legislative appaiano rispondenti all'*id quod plerumque accidit* (331), ecc.

C'è da dire che solo operando con il principio d'eguaglianza la Corte sembra riuscire ad allargare le garanzie dei diritti di prestazione: e, per quanto lo strumento abbia tutti i limiti di un mero riaggiustamento delle classificazioni legislative, entro le cui linee solo può operare (332), i suoi effetti bastano a rendere evidenti le conseguenze distorsive che queste pronunce possano causare (333). Si spiega così

aziendale, ai fini della concessione ai superstiti della pensione di reversibilità (sent. 33/1975, in «*Giur. cost.*» 1975, 143 ss.); orfani maggiorenni che siano divenuti inabili prima o dopo aver raggiunto la maggiore età, ai fini della concessione della pensione indiretta di guerra (sent. 37/1975, in «*Giur. cost.*» 1975, 160 ss.); ecc. Sono viceversa giustificate di regola, se non sorgono altre ragioni di irragionevolezza, le differenziazioni basate sul *fattore temporale* (in nome della «gradualità»: cfr., tra le tante, la sent. 187/1976, in «*Giur. cost.*» 1976, I, 1167 ss.), e all'appartenenza all'uno o all'altro Istituto previdenziale, Cassa autonoma ecc. (in nome dell'*equilibrio finanziario* «specifico» di essi: cfr. sent. 92/1975, in «*Giur. cost.*» 1975, 820 ss.; sent. 31/1986, in «*Giur. cost.*» 1986, I, 164 ss.)

(330) Si veda, per es., la recente sent. 307/1989 (in «*Giur. cost.*» 1989, I, 1380 ss.), nella quale si denuncia il caso paradossale in cui la contribuzione volontaria comporta il decrescere della pensione rispetto alla sola contribuzione obbligatoria: «ciò che ridonda in irragionevolezza della norma impugnata, in quanto ha omesso di dare congrua regolazione a tale ipotesi», con palese «svuotamento della precipua finalità della contribuzione volontaria». Un caso davvero particolare di giudizio sulla congruità si ha in quelle (non frequentissime, per vero) sentenze in cui la Corte sembra cimentarsi in una sorta di analisi costi-benefici della norma impugnata, che ha come punti di riferimento il «danno» subito dal privato ed il vantaggio complessivo che ne trae la società nel suo complesso: si vedano per esempio le sent. 28/1984 (in «*Giur. cost.*» 1984, I, 94 ss., 99), dove si ritiene che una determinata regola sul computo del periodo di carenza dell'indennità di disoccupazione trovi spiegazione e giustificazione «nel costo per l'Istituto, e quindi per la collettività (sproporzionato rispetto al vantaggio del lavoratore)» della soluzione alternativa; oppure le sent. 349/1985 (in «*Giur. cost.*» 1985, I, 2408 ss.) e 173/1986 (in «*Giur. cost.*» 1986, I, 1329 ss.), nelle quali si giustifica il «contenuto» danno subito dai privati a causa delle decurtazioni applicate al loro trattamento previdenziale a seguito delle misure «di emergenza».

(331) Cfr., per tutte, la sent. 228/1987 in «*Giur. cost.*» 1987, I, 1717 ss.). Esiste ovviamente anche il profilo contrario, che dà luogo all'argomentazione speculare della «generalizzazione inaccettabile» (v. *supra*, par. 17): cfr. sent. 145/1987 (in «*Giur. cost.*» 1987, I, 974 ss.).

(332) Cfr. L. PALADIN, *Corte costituzionale*, cit., spec. 619 s.

(333) Cfr. D. SORACE, *Note in tema di sentenze della Corte costituzionale che importano nuove o maggiori spese e art. 81, in Stato ed economia. Scritti in ricordo di D.*

perché la Corte, quando non abbia potuto operare con le tecniche microchirurgiche del confronto tra fattispecie legislative delimitate, si sia (quasi) sempre rifiutata di valutare direttamente la sufficienza degli strumenti predisposti dal legislatore per attuare un diritto costituzionale di prestazione, di affrontare cioè il problema ragionando in base al parametro costituzionale « sostanziale », anziché al meccanismo metereazionale del principio di eguaglianza.

Emblematica di questa difficoltà è la giurisprudenza sul gratuito patrocinio. Sin dalle prime decisioni in materia, la Corte non ha affatto celato le proprie perplessità sul sistema disegnato dal legislatore, dando anche qualche suggerimento *de lege ferenda* (334). Benché questo suo « distacco » dalle scelte del legislatore sia divenuto sempre più marcato, sino ad assumere toni di una certa asprezza (335), la Corte ha sempre affermato di non poter dichiarare l'illegittimità dell'intero sistema perché troppo carente nel garantire il diritto alla difesa tecnica: da ciò, infatti, non può trarsi la induzione della incostituzionalità dei mezzi ora esistenti, che a quelle finalità sono ugualmente diretti. Considerare, in ipotesi, tali mezzi come insufficienti, o scarsamente efficienti, rispetto allo scopo voluto dalla Costituzione, non potrebbe mai voler dire riconoscerli contrari alla Costituzione stessa, col risultato di privare i non abbienti anche dell'attuale forma di assistenza (336).

Serrani, Milano 1984, 233 ss., e D. SORACE A. TORRICELLI, *La tutela degli interessi tra Corte costituzionale e Parlamento: le sentenze della Corte che comportano nuove o maggiori spese*, in *Le istituzioni della recessione*, a cura di M. Cammelli, Bologna 1984, 349 ss. Cfr. ora — in termini più « sdrammatizzanti » — anche A. PIZZORUSSO, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in *Giudizio « a quo » e promovimento del processo costituzionale*, cit., 271 ss.

(334) Cfr. sent. 114/1964 (in « *Giur. cost.* » 1964, 1163 ss., 1176), ove si prospetta l'opportunità di prevedere comunque un compenso per il difensore d'ufficio.

(335) Infatti, nella sent. 149/1983 (in « *Giur. cost.* » 1983, I, 860 ss., 869), richiamati i suoi precedenti, e le espressioni allora impiegate, la Corte afferma di non potersi esimere dal rilevare « che la constatazione del "poco attuato" assume ad anni di distanza un sapore ancora più amaro ».

(336) Sent. 114/1964 (in « *Giur. cost.* » 1964, 1163 ss., 1176); la stessa argomentazione è ripetuta in tutte le pronunce della Corte sul tema: si vedano le sent. 97/1970, 149/1972, 35/1973, 58/1973, 149/1983. Anche in tema di riparazione dell'errore giudiziario, la Corte ha impiegato lo stesso genere di argomento *ab absurdo*, evidenziando come una pronuncia di illegittimità, motivata « sulla sola parzialità della disciplina, rischierebbe di condurre ad un regresso della situazione normativa », perché provocherebbe un « vuoto » non colmabile in via di interpretazione (sent. 1/1969, in

Sicché anche in questa materia la Corte ha potuto soltanto correggere i contorni degli istituti predisposti dal legislatore ordinario, pur giungendo ad usare (337) l'arma più forte di quante può fornirle il giudizio di ragionevolezza, cioè la sentenza di tipo « additivo », che, data la qualità dei diritti di cui si tratta, si presenta come una « additiva di prestazione » (338).

Il fatto è che per i diritti di prestazione, al contrario di quanto accade per le libertà « negative », l'« operatività » implica un *facere* da parte degli organi dello Stato (339), senza del quale la garanzia del diritto resta meramente nominale. Sin quando il problema (come è prospettato nell'ordinanza *a quo* (340), per un verso, e come si profila nella realtà oggettiva dell'ordinamento vigente, per l'altro), può essere risolto con la mera inclusione di una classe di soggetti tra gli aventi diritto ad una prestazione già concretamente erogabile (come in tutte le pronunce « additive » in materia previdenziale), o con la semplice

« *Giur. cost.* » 1969, I ss., 15). Come è noto, il *Rechtsfolgenargument* (cioè l'argomento per cui la disapplicazione della norma incostituzionale provocherebbe « una situazione ancora più lontana dalla Costituzione di quanto non fosse la situazione preesistente »: A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in « *Quad. cost.* » 1989, 257 ss., 266) è uno dei motivi che il *Bundesverfassungsgericht* adduceva inizialmente (quando gli effetti di questo tipo di pronunce erano differenziati da quelli della pura e semplice *Nichtigkeit*) per motivare dichiarazioni di mera « incompatibilità » (*Unvereinbarkeit*); mentre ora se ne serve (avendo ormai parificato gli effetti dei due tipi di decisioni) per giustificare l'eventuale deroga al principio del « blocco di applicazione » (*Anwendungssperre*) della norma « incompatibile », soprattutto (ma non solo) in presenza di « prestazioni insufficienti » degli apparati pubblici: cfr. P.E. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden 1988, 85-90, 118-122.

(337) Nella sent. 149/1983 (in « *Giur. cost.* » 1983, I, 860 ss.), in cui si dichiara l'illegittimità dell'esclusione del consulente tecnico di parte dai mezzi di difesa rientranti nel gratuito patrocinio.

(338) Su questa sottoclasse delle sentenze di accoglimento additivo, cfr. L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., 299 ss., 314; cfr. anche F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in « *Giur. cost.* » 1988, II, 16 ss., 23.

(339) Cfr. L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., 299 ss., 313 s.

(340) Su questo aspetto, si vedano le osservazioni (critiche rispetto alle indicazioni della giurisprudenza più recente) di F. MODUGNO-P. CARNEVALE, *Sentenze additive, « soluzione costituzionalmente obbligata » e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del « verso » della richiesta addizione*, in « *Giur. cost.* » 1990, I, 519 ss., ora anche in *Giudizio « a quo » e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 327 ss.

estensione delle prestazioni garantite ed erogate ad attività non ancora contemplate (341), la costruzione della « norma » giurisprudenziale non incontra altri ostacoli, sulla strada di un'immediata applicabilità, che quelli (gravi sin che si vuole sotto il profilo teorico e politico, ma non sotto quello strettamente « operativo ») della « copertura finanziaria » (342). Ma quando queste condizioni non si realizzino, e l'ampliamento o il miglioramento del livello di attuazione del diritto garantito dalla Costituzione implichi regolazioni analitiche degli istituti, organizzazione di strutture amministrative, o anche semplicemente scelte di politica legislativa dotate di un tale margine di discrezionalità (anche tecnica, in certi casi) da non potersi prescindere dall'intervento del legislatore, l'impotenza della Corte è frustrante.

Interi filoni storici potrebbero essere citati ad esempio. Si pensi alla *vexata quaestio* dell'esclusione dal regime di assunzione obbligatoria degli invalidi civili affetti da infermità di natura psichica, su cui la Corte non ha mai potuto pronunciare un accoglimento « additivo » che parificasse la situazione di tutti gli invalidi. Perché, da un lato, la rigidità dell'effetto *erga omnes* impedisce di fare quello che i giudici di merito per molto tempo hanno fatto, cioè valutare *in concreto* le condizioni effettive del singolo invalido (343); né, dall'altro, può chiedersi alla Corte di compiere quegli « opportuni rilevamenti ed apprezzamenti tecnici » che devono necessariamente guidare il legislatore in una materia così difficile (344). Perciò la Corte ha dovuto

(341) Per qualche esempio recente, tra i numerosissimi, si vedano, oltre alla appena ricordata sent. 149/1983 (in merito all'inclusione della perizia di parte nel gratuito patrocinio), le sent. 369/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 2564 ss.) e 880/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 4142 ss.), sull'assistenza ai lavoratori italiani all'estero; la sent. 992/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, 4673 ss.), sulla eseguibilità — « con le stesse modalità ivi contemplate ai fini dell'assunzione della spesa a carico del Servizio sanitario nazionale — delle prestazioni di diagnostica specialistica ad alto costo anche presso strutture private non convenzionate, allorché queste ultime fossero le uniche detentrici delle relative apparecchiature e gli inerenti accertamenti risultassero indispensabili »; la sent. 307/1990 (in « *Giur. cost.* » 1990, 1874 ss.), sulla risarcibilità del danno derivante da contagio o da altra apprezzabile malattia riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipolio riportato dal bambino o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale.

(342) V. *supra*, nota 281.

(343) Su questo argomento si veda il paragrafo successivo.

(344) In questo senso la sent. 52/1985 (in « *Giur. cost.* » 1985, I, 254 ss., 265).

dichiarare l'innammissibilità di una questione (345) su cui la sua posizione giuridica (e morale) era ben evidente, al punto che, reinvestita del tema, ha finito con dettare un vero e proprio *ultimatum* al legislatore, minacciando di giungere ad una pronuncia additiva (346), che però rischierebbe di creare un diritto di prestazione privo di regolamentazione applicativa.

A questa soluzione estrema la Corte è giunta nella sent. 215/1987, in cui si dichiara l'illegittimità della norma che prevede solo « programmaticamente » la facilitazione dell'inserimento degli handicappati nelle scuole medie superiori. Si presenta formalmente come una sentenza « sostitutiva » (347), il cui obiettivo esplicito è però « conferire certezza » alla condizione giuridica dell'handicappato, « garantirla, cioè, come un diritto pieno » tutelato in modo « immediatamente precettivo e cogente ».

Va da sé che il problema sta tutto qui, nella sussistenza o meno delle condizioni necessarie a garantire l'effettività di un diritto che è « creato » da un'operazione linguistica (di manipolazione del linguaggio legislativo) compiuta dal giudice costituzionale. Si può trattare di condizioni di diversa natura (348), ma tutte per qualche verso legate al

(345) Con la sentenza citata alla nota precedente, cui sono seguite due ordinanze conferme del *self-restraint*.

(346) Sent. 1088/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 5312), in cui si legge che, nonostante le precedenti sollecitazioni, « a tutt'oggi nulla è stato fatto, mentre le rilevate esigenze si sono fatte più pressanti e più urgenti... per cui l'auspicata disciplina della materia è ormai indelazionabile. Pertanto, allo stato, la Corte conferma le sue precedenti decisioni, ma se sarà ancora una volta chiamata ad esaminare altri incidenti nella stessa materia, non potrà sottrarsi, superate ormai le esigenze contingenti del fenomeno, ad una decisione che applichi rigorosamente i precetti costituzionali innanzi richiamati ».

(347) « Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, 3°, l. 30 marzo 1971 n. 118... nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicaps, prevede che « Sarà facilitata », anziché disporre che « È assicurata » la frequenza alle scuole medie superiori »: è questo il dispositivo, che si può leggere in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1615 ss., 1628. Le citazioni che seguono si trovano, rispettivamente, alle pagg. 1623 e 1628.

(348) La sentenza che si è appena illustrata, per esempio, ne individua di veramente atipiche, in coerenza con l'atipicità della decisione stessa. Dice infatti la Corte che la disposizione modificata dalla Corte « acquista valore immediatamente precettivo e cogente, ed impone perciò ai competenti organi scolastici sia di non frapporre a tale frequenza impedimenti non consentiti alla stregua delle precisazioni sopra svolte, sia di dare attuazione alle misure che, in virtù dei poteri-doveri loro istituzionalmente attribuiti, ovvero all'esistente normazione regionale... possano già allo stato essere da essi concretizzate o promosse » (p. 1628). Assai più semplici sono invece, per esempio, le condizioni di applicabilità della sent. 61/1991 (in « *Giur. cost.* »

concetto di « sistema ». Si potrebbe dire che si intravede in questi casi il lato rovescio dell'argomento generale che si impiega per spiegare (e giustificare) il modo di procedere della Corte quando pronuncia una sentenza « additiva »: « la dichiarazione di incostituzionalità della omissione ha... l'effetto di introdurre indirettamente quella disciplina che faceva difetto: traendola ovviamente non dalla fantasia della Corte, ma, per analogia, da altre norme o principi costituzionali contenuti nel sistema » (349). Se è la capacità di inserirsi nel sistema, rafforzandone la coerenza, a legittimare la decisione della Corte, solo un adeguato inserimento nel sistema e la capacità di sfruttarne le potenzialità consente ad essa di essere « effettiva ». Si ritorna così ad uno dei temi iniziali di questo scritto (350), al complesso rapporto che sussiste tra il carattere « assoluto » delle enunciazioni costituzionali dei diritti e le condizioni sistematiche della loro « operatività »: rapporto che all'inizio si era considerato esclusivamente sotto il profilo dell'interpretazione-applicazione dei « principi » costituzionali, ma che ora emerge, in relazione ai diritti « sociali » (sia quando sono enunciati dalla Costituzione, sia quando vengano accreditati dalla giurisprudenza costituzionale), anche sul piano della strumentazione (organizzativa, finanziaria, ecc.) predisposta dal legislatore ordinario.

22. *Un passo indietro: topografia del conflitto, carattere « astratto » del giudizio di legittimità e « delega » di bilanciamento.*

Più volte, nel corso di queste pagine (351), si è accennato ad un meccanismo di « delega » che viene utilizzato con una certa frequenza dalla Corte costituzionale per trasferire il compito di bilanciare gli interessi in gioco dal giudizio sulla legittimità costituzionale della legge all'applicazione della legge nel caso di specie.

Riassumendo, sono due i contesti in cui il tema si ripropone con

1991, 444 ss.), che, per tutelare gli interessi alla salute psico-fisica della donna e del bambino con una « tutela effettiva », necessita soltanto di modificare in nullità radicale la temporanea inefficacia del licenziamento intimato alla lavoratrice nel periodo di gestazione e di puerperio.

(349) V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 404.

(350) V. *supra*, par. 3.

(351) V. *supra*, par. 14 e 17.

maggior frequenza: l'uno riguarda la regolazione « indiretta » dei diritti di libertà, l'altro il sistema delle presunzioni legali. Viene spontaneo chiedersi che cosa possano avere di comune due contesti così diversi: la risposta sta nella difficoltà, che la Corte avverte in entrambi (in modo più accentuato che nelle altre occasioni), di conciliare gli elementi di « astrattezza » del suo giudizio — il contenuto (per definizione) « generale e astratto » dell'oggetto e gli effetti *erga omnes* delle sue pronunce di accoglimento, per un verso; la presenza solo eventuale delle parti, per l'altro — con le esigenze di una tutela dei diritti che sia adeguata al caso singolo. Qui però le affinità si interrompono, perché per il resto il problema si prospetta in termini alquanto diversificati.

Qui si esaminerà solo il primo dei due contesti (la regolazione « indiretta » delle libertà): per il secondo — in cui si presentano problemi non separabili dal controllo sul « costo » dello strumento normativo — si rinvia a quanto già si è detto (ed esemplificato) nel par. 17.

La Corte, se si trova a valutare un caso di compressione « diretta » di un diritto di libertà, può trovare senz'altro nel suo arsenale strumenti sufficienti e adeguati al compito. Si pensi ad un caso tipico di incisione *content-based* della libertà di stampa, il divieto di cronaca giudiziaria: la Corte è perfettamente in grado di dire se la fattispecie dell'art. 164 c.p.p. sia il frutto di un compromesso accettabile tra le opposte esigenze della libertà di stampa e del « diritto » di informazione, da un lato, e della dignità dell'imputato, della serenità dei giudici, dei minori ecc., dall'altro (352). Si tratta, come si è detto, di dichiarare se il compromesso sia *accettabile* (o a quali condizioni lo possa divenire: in questo senso operano le sentenze « interpretative »), non se esso sia la soluzione *ottimale* (qualche miglioramento potrà essere indicato semmai come « esortazione » al legislatore). La legge indica in via generale e astratta quali oggetti siano sottratti al diritto di cronaca, e la Corte deve giudicare se l'obiettivo che ha mosso il legislatore sia sufficiente a giustificare quella restrizione dei contenuti del diritto in questione. Non che sia un giudizio semplice, ovviamente, ma è pur sempre affrontabile con le tecniche di bilanciamento: rilevazione degli interessi in gioco e

(352) Sull'argomento, cfr. sent. 25/1965 (in « *Giur. cost.* » 1965, 241 ss.), 18/1966 (in « *Giur. cost.* » 1966, 173 ss.), 16/1982 (in « *Giur. cost.* » 1982, I, 83 ss.), 18/1982 (in « *Giur. cost.* » 1982, I, 92 ss.).

« mappatura » del conflitto, con delimitazione precisa dell'area di sovrapposizione; valutazione della congruità dello strumento normativo (353) e del suo « costo », in relazione alle possibili soluzioni alternative e alla strumentazione residua dei diritti incisi. Ben diversi sono i problemi che pongono di solito le restrizioni « indirette » dei diritti; perché, nel loro caso, quasi mai gli interessi antagonisti (quello tutelato dalla norma impugnata e il diritto di cui si lamenta la lesione) risultano complanari e difficilmente presentano perciò una stabile area di sovrapposizione. L'interesse al riposo feriale che si scontra con il diritto di difesa; la riparazione delle strade che contrasta la libertà di circolazione; la protezione dei delicati rapporti internazionali dello Stato che comprime i sentimenti delle minoranze; la tutela dei cittadini da questuanti molesti, o la tutela dei monumenti da scritte e affissioni, o i controlli sulle attività tipografiche che contrappongono esigenze di pubblica sicurezza alla libertà di manifestazione e diffusione del pensiero: tutte queste sono situazioni occasionali, in cui la disciplina di un determinato interesse può toccare incidentalmente e solo in certe specifiche situazioni la sfera di un altro.

Come è stato osservato da chi ha recentemente studiato, alla luce della giurisprudenza statunitense, i meccanismi della sovrapposizione degli interessi nella regolazione « indiretta » della libertà di pensiero, « the problem for freedom of speech is not whether the rule itself is legitimate, but whether it may legitimately be applied in the overlap area » (354). Nei casi appena richiamati, infatti, il problema non è tanto la legittimità in astratto della norma di legge — purché si tratti, è ovvio, di norma congrua rispetto alla sua *ratio* e non affetta da altri vizi di legittimità — rispetto ad un determinato diritto, quanto le possibili sovrapposizioni tra la norma e il diritto che si dovessero registrare nell'applicazione « concreta » della prima. Ed è proprio qui che il sindacato della Corte costituzionale rivela i suoi limiti strutturali, tutti legati agli

(353) Con la sent. 25/1965 (citata alla nota precedente), per esempio, la Corte ha ritenuto incongruo limitare il diritto di cronaca quando il processo si sia svolto a porte chiuse (art. 164 n.3, c.p.p.) per ragioni di igiene o per evitare epidemie (art. 423, 3°, c.p.p.), oppure limitare la pubblicazione di notizie prima dello scadere dei termini per la pubblicità degli archivi di Stato quando il processo abbia avuto luogo senza pubblicità per non « eccitare riprovevole curiosità » (art. 423, 2°, c.p.p.).

(354) R. SINGH, *The Indirect Regulation*, cit., 215 (il corsivo è aggiunto).

elementi di « astrattezza » che ne segnano la fisionomia. Ed è forse ancora qui che vanno ricercati i motivi della scarsa fortuna che presso la Corte italiana hanno avuto argomenti centrali del sindacato di costituzionalità nei sistemi usualmente assunti a termine di comparazione.

Si prenda ad esempio il *clear and present danger test*, che rappresenta il perno dello *strict scrutiny* cui la Corte suprema americana sottopone i *content-based abridgments* della libertà di espressione (355): la Corte costituzionale italiana non ne ha mai fatto uso, ed è stata talvolta di ciò rimproverata (356). Ci si può chiedere però quale possa essere l'applicazione nel giudizio « astratto » di un test che è nato come una *factual question*, non valutabile se non in riferimento al singolo episodio, al fatto concreto (357); che si esaurisce, quindi, nella quali-

(355) Cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 582.

(356) Cfr., ad esempio, FOIS, *Manifestazioni sediziose e libertà costituzionale*, in « Giur. cost. » 1957, 1086 ss.; P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, 466 ss., a commento della sent. 120/1957; A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in « Giur. cost. » 1969, 1178 ss., a commento della sent. 84/1969 sul boicottaggio; G. LOMBARDI, *Lo Stato può difendersi, ma... non deve esagerare*, in « Giur. cost. » 1973, 90 ss., 93, che commenta la sent. 16/1973 sull'istigazione di militari a disobbedire alle leggi; G. BOGNETTI, *Il « pericolo » nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in « Giur. cost. » 1974, 1433 ss., spec. 1447, a commento della sent. 108/1974; nonché, per la riaffermazione in generale della validità del *clear and present danger test*, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Scritti Crisafulli*, cit., II, 517 ss., 547-551. È appena il caso di osservare che l'invito ad introdurre il *clear and present danger test* nella giurisprudenza costituzionale italiana è sempre stato ispirato dalla convinzione che esso abbia svolto in America una fondamentale funzione garantista (cfr., per es., A. CERRI, *Libertà di manifestazione*, cit., 1179 e 1184-1186), di difesa « liberale » della libertà di espressione: ma le più recenti indagini storiografiche hanno portato ad una rilettura « revisionista » dell'effettivo peso che il test ha esercitato nella giurisprudenza nordamericana, l'eccessiva « manipolazione » esercitata sui dati giurisprudenziali da Z. Chafee (Autore che ha costituito il principale tramite di conoscenza della giurisprudenza americana sulla *freedom of speech* anche in Italia), nonché (e questo è forse l'aspetto più interessante per noi) lo stretto, intimo legame di questa « dottrina » con la « filosofia » del *common law*: cfr. D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, in 50 « U.Chi.L.R. » 1983, 1205 ss.

(357) Cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., 608 ss. e T.I. EMERSON, *Toward a General Theory*, cit., 910 ss. Entrambi riportano il seguente passo di *Schenck v. United States*, con cui Holmes formulò la « dottrina » per la prima volta: « The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about

ficazione di fatti già accaduti (358), esattamente all'opposto della norma giuridica su cui la Corte italiana è chiamata a sindacare (359). Perciò, quando la Corte italiana ha dovuto esprimersi su *argomenti* simili a quelli per i quali la Corte suprema ha sviluppato la dottrina del *clear and present danger* — l'istigazione dei militari alla disobbedienza, i reati di vilipendio alle istituzioni, le manifestazioni sediziose, ecc. — non si è trovata mai nella stessa *situazione processuale* di quest'ultima, non potendo isolare il suo giudizio ad un'unica situazione di fatto (360). Non ha potuto affermare cioè se nel *singolo episodio* l'espressione usata avesse caratteristiche tali da rappresentare una minaccia seria ed attuale dei beni protetti dalla norma penale: ha dovuto invece limitarsi ad enunciazioni di principio, a canoni generali e astratti (361),

the substantive evils that Congress has a right to prevent». Cfr. inoltre, anche per il collegamento tra la meticolosa attenzione per i dati fattuali e l'uso «liberale» che del test ha fatto il giudice Brandeis nelle sue «opinioni», D.M. RABBAN, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, cit., spec. 1333-1336. Sull'evoluzione del test, sino alla confluenza nel *balancing test*, cfr. A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Roma 1974, spec. 192-210.

(358) Su questo aspetto del test, e sulla conseguente incertezza nella definizione dei limiti della libertà, cfr. T.I. EMERSON, *Toward a General Theory*, cit., 910 s.

(359) Per uno spunto in questo senso, cfr. anche A. CERRI, *Il «principio»*, cit., 1815.

(360) Diversa è ovviamente la situazione dei giudici ordinari, cui sempre è stata presente la necessità di valutare l'attualità e la gravità del pericolo: si veda per es., in relazione alla giurisprudenza di fine secolo in tema di repressione delle associazioni politiche, quanto riporta G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano 1991, 104 ss. (dove, tra l'altro, si mette in rilievo la diversità di atteggiamento dei giudici di merito e della Cassazione proprio in relazione alla possibilità di apprezzare il «fatto»).

(361) La «sedizione» è l'atteggiamento di «ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni...che risulti in concreto idoneo a produrre un evento pericoloso per l'ordine pubblico» (sent. 15/1973, in «*Giur. cost.*» 1973, 79 ss., 85); la libertà di domicilio trova il limite nella tutela della pubblica incolumità e copre misure volte ad evitare «grave pericolo» della «sicurezza» e dell'«ordine sociale» (sent. 173/1974, in «*Giur. cost.*» 1974, 1581 ss., 1585); la libertà di circolazione e di soggiorno può cedere di fronte a «manifestazioni esteriori di insofferenza o di ribellione ai precetti legislativi ed ai legittimi ordini della pubblica Autorità, manifestazioni che possono facilmente dar luogo a stati di allarme e a violenze, indubbiamente minacciose per la «sicurezza» della generalità dei cittadini, i quali finirebbero di vedere, essi, limitata la propria libertà di circolazione» (sent. 2/1956, in «*Giur. cost.*» 1956, 561 ss., 566); l'istigazione all'odio di classe può essere punita solo se «attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità» (sent. 108/1974, in «*Giur. cost.*» 1974, 773 ss., 776); la critica

a formule che sono spesso infelici *obiter dicta* (362), oppure, per il loro stesso tenore, tendono ad esprimere un limite generale, un elemento della definizione stessa del pensiero di cui si garantisce la libera manifestazione (363), trasformando ciò che nasce come una *factual question* in un esempio *definitional balancing* (364).

delle leggi è penalmente perseguibile solo quando costituisca «pubblica apologia diretta ed idonea a provocare la violazione delle leggi penali» (sent. 65/1970, in «*Giur. cost.*» 1970, 955 ss., 959), ovvero «rivesta carattere di effettiva pericolosità per l'esistenza di beni costituzionalmente protetti e integri comportamento concretamente idoneo a promuovere la commissione di delitti, essendo lasciata al giudice di merito «la specifica valutazione» dell'atto» (sent. 71/1978, in «*Giur. cost.*» 1978, I, 599 ss., 603 s.; in termini equivalenti sent. 126/1985, in «*Giur. cost.*» 1985, I, 894 ss., 906); «l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista... una istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta organizzazione e a tal fine idoneo ed efficiente» (sent. 1/1957, in «*Giur. cost.*» 1957, 1 ss., 5); la diffusione di notizie false o tendenziose è punibile «allorché, in considerazione del contenuto delle medesime o delle circostanze di tempo e di luogo della diffusione stessa, risultino idonee a determinare turbamento consistente nell'insorgenza di un completo ed effettivo stato di minaccia» dell'ordine pubblico (sent. 199/1972, in «*Giur. cost.*» 1972, 2218 ss., 2226); premesso che «per turbamento dell'ordine pubblico bisogna intendere l'insorgere di un concreto ed effettivo stato di minaccia per l'ordine legale mediante mezzi illegali idonei a scuoterlo», «la valutazione circa l'idoneità alla turbativa dell'ordine pubblico è rimessa al giudice, il quale... la esegue secondo criteri obiettivi e rigorosi, tenendo presente l'effettiva realtà del momento» (sent. 19/1962, in «*Giur. cost.*» 1962, 189 ss., 198, dove si esclude perciò l'incostituzionalità dell'art. 656 c.p. in quanto volta a prevenire «effettivamente, e in modo proporzionato» il turbamento causato da notizie false o tendenziose); così come è rimessa al giudice penale la valutazione delle «dimensioni» e del «grado di intensità e di efficacia», che deve risultare «veramente notevole» perché la propaganda possa configurarsi come incitamento al boicottaggio (sent. 84/1969, in «*Giur. cost.*» 1969, 1175 ss., 1194); mentre, all'opposto, ma su un terreno diverso da quello della libertà di espressione (lo sciopero), si è ritenuto che si possa affermare *a priori* «immanente», in considerazione «della natura stessa del mezzo» (la nave), il pericolo per gli impianti causato dallo sciopero dell'equipaggio (sent. 124/1962, in «*Giur. cost.*» 1962, 1519 ss.). Su questa giurisprudenza, cfr. ora R. NANIA, *La libertà individuale*, cit., 139-148. Sulle decisioni in cui entra nelle considerazioni della Corte il rapporto di adeguatezza e proporzionalità tra il bene da proteggere e l'intervento previsto dalla legge a carico di un diritto di libertà, con particolare attenzione per il «limite» dell'ordine pubblico, si vedano le preziose osservazioni di G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Encicl. dir.* XXX, 1057 ss., 1067-1069.

(362) Cfr. L. PALADIN, *Libertà di pensiero*, cit., 11.

(363) Per una critica in tal senso alla sent. 84/1969, sopra citata, cfr. A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 1179.

(364) V. *supra*, nota 160.

È ipotizzabile che spesso la Corte italiana, soprattutto quando utilizzava ancora la dottrina dei « limiti naturali », sia stata indotta dalle caratteristiche del suo sindacato a procedere per la strada opposta a quella che sembra preferita dalla *Supreme Court*: se è vero quanto osserva Tribe (365) a proposito della riluttanza della Corte statunitense, in presenza di interventi che incidono sulla libertà di espressione, a giudicare della liceità dei propositi della legge, guardando piuttosto all'applicazione amministrativa. Questa scelta almeno nell'opinione dell'autore citato — causerebbe lo scivolamento del giudizio dallo *strict scrutiny*, cui soggiace ogni legge che è diretta alla compressione deliberata del diritto di libertà, verso un *bilanciamento degli interessi* che hanno mosso nel caso concreto l'autorità amministrativa. La Corte italiana sembra procedere in direzione opposta perché, non avendo il potere di sindacare il singolo episodio di applicazione della legge, esaurisce di regola il suo giudizio nel confronto tra legge e Costituzione, interrogandosi perciò, non sulla liceità del comportamento amministrativo concreto, ma sulla legittimità del fine della norma di legge (applicata dall'autorità amministrativa) quale interesse antagonista rispetto al diritto inciso.

Ne è uscita una giurisprudenza talvolta assai timida nella difesa dei diritti, ma soprattutto costantemente minacciata dall'equivoco di giustificare attraverso categorie generali — si pensi gli innumerevoli *obiter dicta* sul limite dell'ordine pubblico (366) — le singole compressioni che le libertà subivano a causa di comportamenti discrezionali della pubblica amministrazione, in zone magari periferiche dell'ambito di tutela del diritto, nella regolamentazione di specifici strumenti di esercizio di esso, in circostanze particolari che non potevano essere generalizzate, ecc. Vi è sempre (o quasi) almeno un caso in cui deve accettarsi l'intervento discrezionale dell'autorità amministrativa che incide sul diritto di libertà, quale essa sia, in nome di un valido interesse contrastante: ne consegue la legittimità delle ampie formule discrezionali con cui le leggi legittimano l'intervento degli organi amministrativi anche nelle materie più gelosamente presidiate dalla Costituzione,

(365) *American Constitutional Law*, cit., 592 s.

(366) Per un'analisi di questa giurisprudenza, attenta ad isolare le effettive *rationes decidendi*, cfr. G. CORSO, *Ordine pubblico*, cit., 1064-1071.

« perché — come si esprime la Corte in due storiche decisioni (367) — le leggi, e tanto meno la Costituzione, non possono prevedere e disciplinare *tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti* ». « La non raggiungibile varietà del concreto », come l'ha definita kunderiana-mente la Corte (368), è un limite intrinseco alla condizione esistenziale del legislatore, che non può non riflettersi sul modo di operare del giudizio di legittimità, almeno sino a quando questo sia dotato delle caratteristiche e delle potenzialità di effetti che l'ordinamento italiano gli assegna.

Va detto che in materia di diritti di libertà la Corte ha potuto ricorrere poco al più efficace degli strumenti da essa escogitati per ridurre l'« astrattezza » del sindacato di legittimità delle leggi: almeno finché si verte della legittimità di discipline per definizione generalissime, come quelle dei codici penali, delle leggi sulla stampa, del T.U. di pubblica sicurezza, e di altri atti consimili, sono rare le occasioni in cui è possibile isolare fattispecie ristrette con l'*ars distinguendi* così ben collaudata dal giudizio di eguaglianza (369).

Tuttavia molto frequente è stato il ricorso a sentenze « interpretative »: e soprattutto tramite queste si sono operate quelle « deleghe » di bilanciamento degli interessi a cui si è accennato all'inizio, e di cui si può esaminare ora il meccanismo.

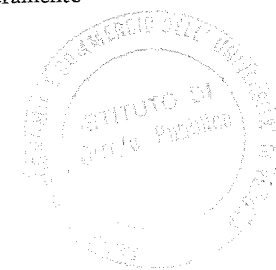
La « delega » di bilanciamento degli interessi in materia di libertà costituzionali ha come destinatario fisso l'autorità amministrativa (370)

(367) Sono le sentenze 2/1956 (in « *Giur. cost.* » 1956, 561 ss., 564 s.) e 121/1957 (in « *Giur. cost.* » 1957, 1092 ss., 1099 s.).

(368) Sent. 644/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 2998 ss., 3003).

(369) Si rinvia alle ipotesi avanzate *supra*, al par. 12.

(370) Regola che non si smentisce, in fondo, neppure nella sent. 100/1981 (in « *Giur. cost.* » 1981, I, 843 ss.), in cui la Corte « delega » alla sezione disciplinare del C.S.M. — come espressione della « potestà amministrativa dello Stato, e non (della) funzione di giustizia » (*ivi*, 849) — il compito di bilanciare i valori costituzionali della libera manifestazione del pensiero di ogni individuo con quelli dell'imparzialità e dell'indipendenza dei magistrati, non essendo predeterminabili i casi di abuso di quella libertà da parte di quest'ultimi. Eccezione fanno ovviamente le situazioni in cui è riconosciuta una tassativa riserva di giurisdizione per ogni atto di compressione della libertà, come nel caso delle intercettazioni telefoniche, in cui il « contemperamento degli interessi del privato e di quelli della prevenzione dei reati » è interamente riservato al giudice (sent. 34/1973, in « *Giur. cost.* » 1973, 316 ss.).



(così come, al contrario, è sempre al giudice che si rivolgono le « deleghe » quando si demoliscono le presunzioni legali, come già si è detto): la Corte costituzionale si trova a giudicare di leggi che attribuiscono all'amministrazione poteri discrezionali di incisione nella sfera dei diritti costituzionali di libertà, al fine di tutelare altri interessi pubblici. Le formule legislative di definizione di questi interessi sono quasi sempre amplissime, il che rende estremamente precarie le protezioni dei diritti stessi. In questa situazione, la Corte — non disponendo di strumenti per sindacare il « fatto », la singola applicazione della legge — non ha altre strade, per ristabilire le garanzie costituzionali, che incidere sulla disposizione di legge. È tuttavia piuttosto raro che ciò si possa fare con una netta eliminazione dei poteri amministrativi dalla sfera dei diritti di libertà (371), poiché si dovrebbe poter escludere *a priori* qualsiasi possibile concorrenza di un interesse pubblico in qualsiasi zona della (e con qualsiasi grado di incidenza sulla) sfera tutelata dalla Costituzione: il che, per tutte le ragioni che si è cercato di esporre sin qui, è quasi mai possibile.

Quello che la Corte ha cercato pertanto di fare è di ridurre i margini di indeterminatezza delle formule facoltizzanti contenute nelle leggi impugnate, specificando quali interessi, e in quali occasioni, possano o meno giustificare il provvedimento amministrativo. Ma lo ha dovuto fare senza poter contare su un metodo di tipo casistico, che avrebbe consentito di procedere induttivamente dalla soluzione di casi singoli al principio generale: le statuizioni della Corte sono formulate invece in termini normativi, appaiono quali direttive volte a circoscrivere l'uso dei poteri discrezionali attribuiti dalla legge agli organi amministrativi, tramite l'impiego di espressioni necessariamente « generali e astratte ».

Alcuni esempi. Si legge a proposito del diritto di istituire scuole private (372) che sono ammessi poteri dell'autorità amministrativa, purché (a) siano vincolati « a interessi generali », (b) « che questi non

(371) Il che avviene soprattutto in tema di libertà personale, giacché (come afferma la sent. 11/1956, in « *Giur. cost.* » 1956, 612 ss., 618) l'art. 13 Cost., « quanto meno nel punto in cui sottrae all'autorità amministrativa la competenza a provvedere nelle materie ivi indicate, esprime un precetto che, nella volizione che contiene, è compiuto, concreto, categorico ».

(372) Sent. 36/1958 (in « *Giur. cost.* » 1958, 486 ss., 495).

soltanto non siano incompatibili con il diritto garantito, ma attengano alla medesima sfera (p.es., istruzione), o quanto meno a sfere (quali la sicurezza, la sanità, la moralità, la fede pubblica), che, per la loro pertinenza, sia necessario, nell'ordine del sistema, tener presenti, al fine di evitare un esercizio socialmente dannoso o pericoloso del diritto garantito », e (c) « che la potestà medesima sia puntualizzata, sì da non lasciare un margine eccessivamente ampio alla discrezionalità ». Nella sentenza sulle questue (373), più e più volte ricordata, la Corte precisa che il provvedimento del questore di rifiuto della licenza può essere motivato solo da interessi ricollegabili all'ordine pubblico o dall'esigenza di evitare ai cittadini molestie e coercizioni, compresa quella di dover rivelare le proprie convinzioni.

In una famosa decisione sui vincoli amministrativi cui soggiace l'esercizio delle « arti » tipografiche (374) si afferma invece che la discrezionalità amministrativa è circoscritta alla tutela della quiete pubblica ed alla prevenzione dei reati, sicché può ritenersi « limitata e controllata e per alcuni aspetti tecnica ». A proposito dell'obbligo per portieri e custodi di iscriversi ad apposito registro (375), si dice (a) che il rispetto incondizionato delle libertà politiche, sindacali e religiose « costituisce in ogni caso il limite invalicabile della discrezionalità amministrativa » (citando il precedente della sent. 38/1961), (b) che, « trattandosi di autorizzazione, e potendo questa incidere sul diritto al lavoro garantito dalla Costituzione, le condizioni stabilite dalla legge non sono suscettibili di interpretazione estensiva » rispetto al requisito della buona condotta, e (c) che, naturalmente, « l'atto di diniego deve essere motivato » (citando il precedente della sent. 12/1965 (376)). Già nella sent. 2/1956 si diceva peraltro, a proposito del provvedimento di rimpatrio, che il provvedimento deve essere motivato con riferimento « a fatti concreti » e che i motivi non possono essere di carattere

(373) Sent. 12/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, 45 ss., 64 s.).

(374) Sent. 38/1961 (in « *Giur. cost.* » 1961, 682 ss., 693).

(375) Sent. 7/1966 (in « *Giur. cost.* » 1966, 92 ss., 97).

(376) In « *Giur. cost.* » 1965, 106 ss., in cui, tra l'altro, si riconosce all'autorità amministrativa il potere di limitare l'uso delle strade, come degli altri beni pubblici, « sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengono al buon regime della cosa pubblica ».

politico (377). A proposito dell'accompagnamento coattivo, con una discussa decisione, si circoscrivono in via interpretativa le ipotesi in cui è ammesso un provvedimento « del tutto temporaneo » senza l'obbligo di convalida (378). Nella recente 88/1987 si nega che tra gli interessi in vista dei quali l'organo amministrativo è autorizzato a deliberare l'immissione nel domicilio del privato possa rientrare anche la tutela dell'ambiente (379). In una nota sentenza in tema di libertà di stampa contenente « corrispondenze o avvisi amorosi » (380), il potere repressivo dell'autorità viene limitato, con una pronuncia di accoglimento parziale, ai soli messaggi contrari al buon costume. Infine, anche nella giurisprudenza in materia di trasmissioni radiotelevisive — più volte ricordata, e così interessante per la frequente ricerca di soluzioni normative che assicurino il bilanciamento degli interessi concorrenti al minor « costo » di ciascuno di essi — non mancano riferimenti all'obbligo che i poteri discrezionali dell'autorità amministrativa hanno di bilanciare la libertà d'espressione con interessi pubblici specificamente individuati in relazione alla singola fattispecie (381).

Riprendendo cose già dette nella prima sezione di questo scritto (382), si potrebbe sostenere che, in questi casi, la « regola » che la Corte crea, a conclusione del procedimento di bilanciamento, non è già una regola di disciplina diretta degli interessi in gioco con riferimento a determinate circostanze fattuali, ma piuttosto una « norma sulla competenza », conformativa dei poteri assegnati agli organi dell'applicazione della legge. La *ratio* di questa norma è, per lo più, legata all'esigenza di porre al riparo dall'intervento discrezionale dell'autorità amministrativa il nucleo essenziale dei diritti in questione. Il problema è che la Corte non definisce mai in positivo, e una volta per tutte, il *Wesensgehalt* dei diritti, né lo potrebbe (383): tutta la problematica del

(377) Sent. 2/1956 (in « *Giur. cost.* » 1956, 561 ss. 565).

(378) Sent. 13/1972 (in « *Giur. cost.* » 1972, 70 ss., 79).

(379) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 682 ss., 685).

(380) Sent. 120/1968 (in « *Giur. cost.* » 1968, 2142 ss.).

(381) Per es., le esigenze di ordine internazionale, nella sent. 153/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, 1141 ss.);

(382) V. *supra*, par. 9.

(383) Ragionando all'interno delle classificazioni tracciate da A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 32 s., si può certo escludere che la Corte costituzionale italiana accolga e pratichi una « concezione assolutistica » del « contenuto essenziale » dei

bilanciamento degli interessi (e questo stesso libro, perciò) non avrebbe più senso, se fosse possibile individuare sfere sempre e comunque impenetrabili da altri interessi. La Corte procede invece « in negativo », ritagliando gli interessi che possono e quelli che non possono, rispetto alla singola situazione tipizzata dalla fattispecie normativa in discussione, legittimamente motivare il provvedimento amministrativo. Lo scontro tra diritti dell'individuo ed interessi della collettività (veri o presunti che siano) ha mille facce: ed è attraverso la « mappatura » del conflitto che la Corte, di volta in volta, « accerta » quale sia la faccia che ha davanti.

diritti, come nucleo identificabile a priori, operante quale limite assoluto e invalicabile; ma — come sin qua si è cercato di sostenere — neppure si può affermare che essa sia orientata ad accettare solo limitazioni dei diritti fondamentali strettamente necessarie alla salvaguardia di altri diritti di pari dignità costituzionale (principio della « coesistenza del limite », cui Baldassarre sembra viceversa aderire: *ibidem*, 37 s.): per cui il riferimento, abbastanza frequente, al « contenuto essenziale » o alla « operatività minima » (o ad altri concetti a questi equiparabili: cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 37 s., 63) non sembra qualificare un test di controllo della legittimità delle leggi che sia autonomo e più restrittivo del normale controllo di ragionevolezza. Risulta perciò corretta l'osservazione di G. LOMBARDI, « *Fedeltà qualificata* » e *limiti modalitici alla libertà di manifestazione del pensiero (Problemi e prospettive)*, in « *Giur. cost.* » 1966, 1220 ss., secondo il quale la teoria del *Wesensgehalt* introdurrebbe un elemento di elasticità nella tutela dei diritti, rimandando a nozioni (quale, appunto, quella di « essenzialità ») che sono eminentemente relativistiche: se ne può condividere la critica alla pretesa di definire nominalisticamente, e perciò una volta per tutte, i contenuti essenziali di un diritto, ma è ovvio che, se si accetta l'impostazione che qui si è sviluppata, non si può imputare ad un'unica teoria o ad un unico concetto un risultato che è ineliminabile conseguenza del modo in cui operano i principi costituzionali nel sistema normativo e nella giurisprudenza costituzionale.

CAPITOLO III

TESI CONCLUSIVE

23. *Diritti costituzionali: oltre i confini dell'interpretazione giuridica.*

To classify human rights discourse as a form of rethoric is not disparaging in itself. Rhetoric may be regarded as the art of expressing, in linguistic form, thoughts and feelings in ways which most efficaciously communicate them to others. Its object is persuasion, and its method is argumentation rather than deliberate manipulation. It seeks to convince, but not to deceive.

Il passo di Tom Campbell (1) rispecchia le tesi di fondo di questo libro. Il quale ha preso le mosse da un preciso obiettivo critico: la pretesa di ricondurre l'intero « trattamento » dei diritti fondamentali, riconosciuti e tutelati dalla Costituzione, nell'ambito dell'interpretazione giuridica. Tale pretesa muove da una premessa pienamente condivisibile, ma giunge a due conseguenze non accettabili.

La premessa è l'esigenza che i diritti costituzionali entrino a pieno titolo nel discorso giuridico, per garantire un'effettiva protezione di essi attingendo al ricco arsenale di raffinati strumenti che la scienza giuridica ha costruito. Ha costruito e utilizza per la difesa di diritti che, però, possiedono già un buon grado di « concretezza »: non dell'interesse in sé (cosa c'è di più « concretamente » percepibile, per esempio, dell'interesse all' *habeas corpus*?), ma della sua disciplina normativa, del suo inserimento nel « sistema » giuridico. È una qualità, quella della « concretezza », che manca — per definizione, si potrebbe dire — alla gran parte dei diritti costituzionali, per il modo in cui sono fraseggiati, per la stessa « fundamentalità » degli interessi che essi assumono a contenuto.

(1) *Introduction: Realizing Human Rights*, in *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, a cura di T. Campbell, D. Goldberg, S. McLean, T. Mullen, Oxford-New York 1986, 1 s.

Si è fin troppo insistito, nella prima sezione, su questo aspetto: sul fatto che i diritti costituzionali si comportano come « principi », anziché come « regole », non solo e non tanto per la genericità della formula che li esprime, ma per essere enunciati « assoluti » dal resto della disciplina giuridica, da tutta la fitta regolazione degli interessi che l'ordinamento ha recepito e coordinato. Sicché l'effetto principale del sottoporre i diritti costituzionali al normale procedimento di interpretazione è stato conferire ad essi « effettività » al prezzo della loro « assolutezza ». Vi è qualcosa di paradossale: perché, se « trattare » i diritti costituzionali con il procedimento dell'interpretazione persegue l'obiettivo di accrescerne l'effettività, e se l'effettività si può misurare anche secondo l'incidenza che la Costituzione ha rispetto alla legislazione ordinaria (segnatamente, quella d'epoca anteriore), il risultato raggiunto è stato spesso l'opposto del voluto. Essendo l'interpretazione un procedimento di attribuzione di significato, si è creato un tipico esempio di processo osmotico, per cui i « significati » si sono trasferiti da dove erano più « densamente » organizzati, il sistema giuridico subcostituzionale, al nuovo oggetto di interpretazione, la Costituzione.

Con ciò non si vuole lasciar intendere che i diritti nulla abbiano a che fare con l'interpretazione. Anzi, si è visto (nella seconda sezione) quale sia l'importanza di quell'operazione squisitamente interpretativa che si è chiamata « topografia del conflitto ». Ma il « bilanciamento degli interessi » non appartiene all'interpretazione (2).

Non riconoscerlo conduce alle conseguenze inaccettabili che si sono preannunciate, e che possono essere espresse in forma di paradosso.

Primo paradosso. Ascrivere all'interpretazione giuridica una determinata operazione significa attribuire ad essa quei valori di razionalità, coerenza e relativa stabilità che vengono riconosciuti alle proprie operazioni dalla comunità degli interpreti. Quale sia il fondamento di

(2) Come già osservava E. CHELI, *In tema di « libertà negativa » di associazione*, in « *Foro it.* » 1962, 19 (dell'estratto), movendo « dalla considerazione dell'intenso lavoro interpretativo compiuto dalla Corte e di come questo lavoro abbia condotto a delineare una serie di valutazioni che sembrano scaturire attraverso procedimenti logici non propriamente conformi alla tecnica naturale e tradizionale della interpretazione giuridica » (corsivo aggiunto).

questa pretesa non è argomento che possa essere discusso qui (3): si dà per accolta, e personalmente la si condivide. Ma camuffare da interpretazione giuridica operazioni che non ne hanno la natura (nulla hanno a che fare con il procedimento di assegnazione del significato, sia pur così latamente inteso da ricomprendervi anche la « produzione » di significati « nuovi » (4)), significa minare proprio quei valori. Non c'è nulla di più controproducente, rispetto alla comprensibile e onesta ansia di oggettività che accredita l'interpretazione giuridica, come procedimento « controllato », che mentirne le forme per giustificare scelte e decisioni che non sono frutto di quel procedimento.

Secondo paradosso. Utilizzare le forme ed il linguaggio dell'interpretazione giuridica, per svolgere operazioni che non ne possiedono la natura, se ha (come si spera) l'obiettivo di renderle « controllabili » da parte della comunità degli interpreti, raggiunge esattamente il risultato opposto: devia l'attenzione, confonde il protocollo del discorso, riduce, anziché estendere, l'area del « controllabile » (5). Nella sent. 404/1988 (6), per esempio, la Corte « scopre », con un tipico ragionamento « dai principi generali » (che nel caso sono rappresentati addirittura dai « requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione »), che il

(3) Il profilo che appare oggi più interessante della problematica della *certezza* la collega alle regole del discorso razionale ed alla teoria del ragionamento giuridico: si vedano in particolare le opere di A. Aarnio (*On Truth and the Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics*, in « *Rechtstheorie* » Beiheft 2, 1981, 33 ss.; *Argumentation Theory-And Beyond*, in « *Rechtstheorie* » 1983, 385 ss., spec. 393-397; ed ora *The Rational as Reasonable - A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht 1987); ma per molti autori a cui si farà riferimento nelle pagine successive questo è lo sfondo dominante: cfr. ad es., L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino 1986, 155 ss. 165-167; ID., *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di McCormick*, in « *Mat. st. cult. giur.* » 1988, 459 ss.

(4) Sugli argomenti « produttivi » si veda *supra*, le note 106 e 107 del cap. II.

(5) È quanto osserva K.L. KARST, *Legislative Facts in Constitutional Litigation*, in P.B. Kurland (ed.), *The Supreme Court and the Constitution*, Chicago 1960, 1 ss., 6, criticando l'« approccio assolutista » del trattamento giudiziale dei diritti, che spinge il giudice a non rivelare i motivi della sua decisione e a non permetterne perciò il controllo pubblico.

(6) In « *Giur. cost.* » 1988, I, 1789 ss. Per gli altri, numerosi esempi di diritti classificati come « inviolabili » dalla Corte costituzionale, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 27.

« diritto alla casa » rientra tra i diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. Giustamente commenta Pace (7) che questo modo di procedere, tramite l'inserzione in via interpretativa di « nuovi » diritti nel catalogo dell'art. 2, provoca un abbassamento della tutela garantistica e della « certezza » dei « vecchi » diritti a favore di diritti creati *ex novo*. Ma la critica dovrebbe andare oltre, sino ad attaccare la stessa problematica del carattere « aperto » o « chiuso » del catalogo dei diritti « fondamentali », trattandosi di un modo « interpretativo » di accostare l'argomento che è (visibilmente, nel caso specifico (8)) improduttivo.

È lecito chiedersi, infatti, per quale profilo possa appartenere al procedimento interpretativo l'operazione con cui la Corte « riconosce » che un determinato interesse va iscritto nel catalogo dei diritti tutelati dalla Costituzione. « Leggila, e poi leggila di nuovo, perché in essa si trova di tutto », può essere un canone metodologico che guida il talmudista nel trattare la *Torah* (9), non un criterio guida della giurisprudenza costituzionale. Il fatto che venga riconosciuta, per esempio, l'appartenenza ai « valori costituzionali primari » della tutela dell'ambiente, cosicché il danno ambientale « costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente », trattandosi « di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32) » (10), non è il frutto di interpretazione costituzionale, né dell'interpretazione svolge la funzione. Infatti la Corte non indugia nell'esegesi dei due articoli citati (che, d'altra parte, non pongono grossi problemi di attribuzione di significato), ma va piuttosto ad esaminare la normativa di fonte subcostituzionale; e se, dunque, nelle operazioni svolte dalla Corte si inserisce anche un procedimento di interpretazione, esso si manifesta piuttosto nel processo (cui più volte si è accennato) di trasferimento del « significato » dalle leggi ordinarie alle norme costituzionali: « (v)a riconosciuto lo sforzo in atto

(7) *Il convivente more uxorio, il « separato in casa » e il c.d. diritto « fondamentale » all'abitazione*, in « *Giur. cost.* » 1988, I, 1801 ss.

(8) Si vedano le giuste osservazioni di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova 1985, 3-8, cui *adde* A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 18-21.

(9) Esempio e citazione sono di L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna 1978, 394.

(10) Sent. 210/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 1577 ss., 1592).

di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende cioè ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali ».

È chiaro che non si tratta di attività di interpretazione della Costituzione, ma di riconoscimento di interessi e della loro « mappatura »: opera fatta di processi interpretativi (della legislazione vigente e della sua evoluzione, per esempio), ma che non riguarda l'attribuzione di significato ad una disposizione della Costituzione. Nessuno si aspetterebbe — passando alla « funzione » dell'operazione — che queste affermazioni di principio sul « diritto all'ambiente » esprimano la vera *ratio decidendi*, e che essa, rappresentando l'« accertamento » della consistenza — per così dire — del diritto riconosciuto dalla Costituzione, possa *funzionare* da precedente nelle decisioni future. È probabile che la Corte non mancherà di richiamare questa sentenza *come se* fosse un vero precedente. Si tratta, è vero, di una decisione che riguarda la ripartizione delle competenze tra Stato e regioni nella delicata disciplina della valutazione d'impatto ambientale, ma potrà essere richiamata ogni qualvolta la Corte, quale sia la natura della questione che le si presenti, scelga di includere l'interesse ambientale nel bilanciamento. Ma non per questo l'interesse alla tutela dell'ambiente avrà acquistato uno *status* costituzionale più stabile.

La sentenza 88/1987 (11) — quasi contemporanea, dunque — non ha nessuna remora, per esempio, a « staccare » quanto il « combinato disposto » degli art. 9 e 32 invece unisce nell'altra sentenza, l'ambiente e la salute: la vigilanza sul rispetto delle leggi di tutela ambientale non può giustificare la violazione del domicilio (nel caso identificato con il bagagliaio dell'automobile), perché tra gli interessi che legittimano l'immissione dell'autorità amministrativa ci sono i « motivi di sanità », non la tutela dell'ambiente. E l'importante sent. 127/1990 (12), a proposito delle emissioni inquinanti degli stabilimenti industriali, non esita a « bilanciare » il « diritti soggettivo assoluto alla salubrità ambientale » con la libertà (funzionalizzata?) di iniziativa economica,

(11) In « *Giur. cost.* » 1987, I, 682 ss., 686.

(12) In « *Giur. cost.* » 1990, 718 ss.

cercando un'interpretazione della clausola della « migliore tecnologia disponibile » che contemperi la salute con il mercato. Il che è perfettamente comprensibile ed accettabile, purché non si continui (colpa da cui l'ultima decisione citata va per altro esente) a fingere di operare con gli strumenti dell'interpretazione, piegati un giorno al servizio dell'inclusione di un certo interesse nel catalogo costituzionale, e ripiegati il giorno dopo alla riduzione della portata degli effetti dell'operazione precedente.

24. *Motivazione della sentenza e giustificazione « esterna » del bilanciamento degli interessi.*

Se l'opera che si può svolgere con gli strumenti e le garanzie dell'interpretazione cessa con il tracciato topografico del conflitto, quali sono gli strumenti e, soprattutto, quali le garanzie per il compito successivo, cioè per il bilanciamento degli interessi? Il problema è serio, e non a caso ha segnato la storia recente delle principali esperienze di giustizia costituzionale. Ma è un problema non evitabile: come ebbe a dire un giurista americano, a conclusione di un noto scambio polemico sull'applicazione delle tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza della Corte suprema — dibattito che amplificava i contrasti, interni a quest'organo, tra i giudici Black e Frankfurter — « the choice is simply this: shall the ballancing be done 'intuitively' or rationally; covertly or out in the open? »: la seconda alternativa offre almeno un vantaggio, concedere ai critici « an opportunity for *reasoned* criticism of the profered weighing process » (13).

Sono affermazioni pienamente condivisibili — o almeno tale è la tesi di questo libro — ma non risolvono ancora il problema delle garanzie. Il fatto poi che il dibattito nella letteratura statunitense sembri esauritosi in un'accettazione generale (salvi, naturalmente, i rivolgi-

(13) W. MENDELSON, *The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz*, in 17 « Vand. L. Rev. » (1964), 479 ss., 482 s. Altrove, sempre in polemica con Frantz, lo stesso A. spiega che « (o)pen balancing compels a judge to take full responsibility for his decisions, and promises a particularized, rational account of how he arrives at them » (*On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance*, in 50 « Calif. L. Rev. » 1962, 821 ss., 825). Stralci significativi della polemica tra Mendelson e L.B. Frantz sono riportati nel « cases and materials » di W.B. LOCKHART, Y. KAMISAR, J.H. CHOPER, *Constitutional Rights and Liberties*, St. Paul, Minn. 1967, 517 ss.

menti che si stanno profilando, con il recente mutamento di indirizzo della Corte suprema) del bilanciamento degli interessi, perché « la familiarità comporta « accettazione » (14), non è affatto rassicurante, perché certo non sono sopite le polemiche sulla funzione della giurisprudenza costituzionale, sul ruolo della Corte, sul metodo dell'interpretazione costituzionale, ecc. Sono cambiate le etichette e le insegne, ma il dibattito continua sullo stesso problema: le velleità dello *strict interpretivism* di esaurire i compiti che il giudice costituzionale deve assolvere, ma anche le sue ragioni contro la « creatività » più disinvolta che pretende di giustificare ogni invenzione affermando che essa rappresenta il « vero significato » della Costituzione; e, d'altra parte, la difficoltà di ancorare qualsiasi operazione che fuoriesca dall'interpretazione ad un fondamento altrettanto rassicurante in termini di (relativa) certezza, stabilità, « oggettività ».

I diritti fondamentali sono comunque il terreno ideale per questi scontri metodologici, per il modo in cui sono fraseggiati in Costituzione (*vagueness and generality* è una qualificazione che certo non si addice soltanto alla Costituzione americana) e, si vorrebbe aggiungere, per quel carattere di « assolutezza », nel senso etimologico del termine, che ne rappresenta uno dei tratti più caratteristici. Per cui la ricerca di un fondamento di « oggettività », al quale ancorare le operazioni richieste al giudice costituzionale dall'applicazione giudiziale dei diritti, è imprescindibile. I giuristi nordamericani hanno battuto quasi tutte le strade possibili (15), ma altre si delineano nel dibattito europeo sull'interpretazione e la teoria dell'argomentazione (16): il problema

(14) Cfr. T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., 944.

(15) Un quadro di sintesi, che ha il vantaggio del distacco dell'europeo dalla polemica, è tracciato da T. MULLEN, *Constitutional Protection of Human Rights*, in *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, cit., 15 ss., 18-24.

(16) Il riferimento è a quel movimento di rivalutazione dell'argomentazione giuridica che si nutre di apporti provenienti da origini assai diverse: dal pensiero topico di Viehweg e dall'ermeneutica di Gadamer, che hanno germogliato, con abbondanza e varietà, nel pensiero giuridico tedesco di Esser, Larenz, Fr. Müller, Kriele e molti altri ancora (cfr. R. DREIER, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in R. DREIER, F. SCHWEGMANN (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden 1976, 13 ss., e ripubblicato con aggiunte in R. DREIER, *Recht-Moral-Ideologie*, Frankfurt a.M. 1981, 106 ss., spec. 116-123; cfr. inoltre G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza - Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano 1984, 7-33), che hanno trovato applicazione allo specifico dell'interpretazione costituzionale (cfr. per es., P.

metodologico è enorme e troppo intricato per essere qui anche solo sfiorato. Ci si limiterà, in conclusione della ricerca, ad affrontare due interrogativi: la giurisprudenza costituzionale italiana mostra consapevolezza dell'esigenza di fornire un minimo di oggettività e di controllabilità alle sue operazioni di bilanciamento degli interessi? E quali sono gli strumenti per soddisfare quell'esigenza, o quali gli artifici per rimuoverla? Alla prima domanda si deve dare una risposta né interamente positiva né interamente negativa: di conseguenza, della seconda domanda si devono esaminare entrambe le alternative.

Degli elementi negativi in parte si è già detto. Ogniqualevolta la Corte « mascheri » il bilanciamento degli interessi con le forme del procedimento interpretativo, evade il problema. Ne escono — sin troppe — pronunce motivate in modo ben poco soddisfacente, che spesso danno proprio l'idea di un giudice che ritiene superfluo render conto delle proprie decisioni, che si occupa del dispositivo e non bada a giustificarlo seriamente. La Corte, in questi casi, approfitta della non impugnabilità delle proprie decisioni, svilendo la funzione di organo di garanzia che, proprio per essere sottratto al circuito rappresentanza-responsabilità, dovrebbe rendere intelligibili al « pubblico » le ragioni delle proprie scelte (17). È indubbio che su ciò pesano anche alcune

SCHNEIDER, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in *VVDStRL* 20, 1961, 1ss.) e che incominciano a prendere piede anche nel diritto costituzionale italiano, soprattutto con G. Zagrebelsky (cfr. *La giustizia costituzionale*, cit., cap. 2); dalla nuova retorica di Perelman e dalla teoria del *legal reasoning* cui sono approdati alcuni filosofi del diritto di derivazione diversa, come Aarnio, Alexy, Peczenik (dei quali una selezione significativa di saggi, comprensiva del « manifesto » citato alla successiva nota 26, è tradotta e raccolta da P. Comanducci e R. Guastini in *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1987), o come McCormick e Weinberger (di cui è uscito di recente in Italia *Il diritto come istituzione*, cit.).

(17) Sulla stretta connessione che unisce motivazione, ragionamento giuridico e legittimazione delle decisioni prese dal giudice, cfr. L.M. FRIEDMANN, *Il sistema giuridico*, cit., 389-393. Sul rafforzamento dell'obbligo di motivazione in relazione al bilanciamento degli interessi, quando vengano interessati i diritti fondamentali, cfr. B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, cit., 195-199. Sull'esigenza che le argomentazioni con cui si svolge il giudizio di legittimità costituzionale (con specifico riferimento al controllo di ragionevolezza) siano adeguatamente motivate proprio per consentire la critica e, come estrema ipotesi, l'intervento degli organi politici, si vedano le considerazioni di LAVAGNA (*Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova 1973, 1573 ss., 1587 s.). Sul controllo esercitato dalla comunità degli interpreti sull'operato della Corte, cfr. L. PALADIN, *La giustizia*

regole procedurali, come una certa divisione dei compiti tra il collegio ed il redattore (18), o il divieto di un esplicito *dissent* (19). Ma sembra

costituzionale nel 1985, in « *Giur. cost.* » 1986, 280 ss. (299). Resta ovviamente indeterminato cosa si debba intendere per « comunità degli interpreti », e da chi essa sia composta: se si tratti di una comunità « aperta » e pluralista (cfr. P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in « *JZ* » 1975, 297 ss., ed anche in *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts. 1980, 79 ss., cui adde W. HÖFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation*, cit., 15-17), o di una comunità — per dirla con linguaggio da dépliant — « esclusiva », preoccupata di ridurre e trasformare i problemi sociali in decisioni coerenti con il sistema giuridico (cfr. E. BLANKENBURG-H. TREIBER, *Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in « *JZ* » 1982, 543 ss.); se sia così ampia da assicurare sia una critica « interna » delle decisioni giudiziali, in base alle convinzioni che accomunano tutte le scuole di diritto, che una critica « esterna » — non solo giuridica ma anche etica, politica, religiosa ecc. — proveniente dalle diverse sfere dell'attività umana (cfr. O.M. FISS, *Objectivity and Interpretation*, in 34 « *Stan. L.R.* » 1982, 739 ss., 745-756) o non abbia piuttosto la monoliticità di una semplice sezione della « *ruling elite* » (cfr. P. BREST, *Interpretation and Interest*, *ivi*, 765 ss., 771). È probabile che, finché si ragiona con categorie sociologiche qual'è quella di « comunità », difficile sia superare questo tipo di (ovvie) contrapposizioni. Più promettente — mi sembra — sia spostare la prospettiva della ricerca del « consenso » — che appare ormai un compito non prescindibile, come poi si vedrà — dalla spiegazione « sociologica » di chi funga da uditorio dei giudici, all'analisi delle (pre)condizioni del discorso razionale, in termini cioè di accettabilità, di universalizzabilità, di ragionevolezza, di giustificazione e di comprensione dell'azione razionale. È questa la visuale verso cui si rivolgono le considerazioni che seguono.

(18) La non coincidenza « tra giudice che decide e giudice che motiva » non è certo, nel sistema italiano, caratteristica della sola Corte costituzionale: G. CASELLI, *Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono*, in « *Contratto e impresa* » 1987, 675 ss., 679, fa derivare da tale caratteristica certi tratti « stilistici », percepibili nella motivazione di sentenze emanate dai giudici ordinari a struttura collegiale, che emergono talvolta anche nelle motivazioni della Corte costituzionale: l'estensore (come il « redattore ») si trova « in una posizione che non è molto dissimile da quella degli avvocati delle parti », dovendo difendere le tesi e compiere i passaggi logici « che sono, o gli appaiono, necessari per sostenere la decisione presa. Per l'uno, come per gli altri, la facoltà di scelta è già consumata ». Si spiega così perché (e ciò vale ancora per le decisioni della Corte) « lo stile di molte sentenze arieggia quello degli scritti difensivi » (e dell'Avvocatura, in particolare): « al pari di questi ultimi, la motivazione deve rispondere; e, a differenza di questi ultimi, deve farlo in una molteplicità di direzioni ». Come per i giudici ordinari, anche per la Corte costituzionale il risultato è la sovrabbondanza di argomenti e l'offuscamento della *ratio decidendi*.

(19) Cfr. i saggi raccolti da C. MORTATI in *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano 1964, e soprattutto gli scritti di G. Amato e V. Denti (che molto opportunamente associa l'auspicata introduzione del *dissent* alla « apertura di più ricche prospettive metodologiche » che dimostrino « l'erroneità, anche in sede speculativa » delle teorie che declassano i giudizi di valore dei giudici a

davvero singolare che agli apetti sostanziali e procedurali della motivazione delle sentenze costituzionali, che toccano i meccanismi fondamentali del rapporto democratico, si conceda forse minore attenzione che a fenomeni, quali la tipologia dei dispositivi di accoglimento, che incidono sui congegni, in fondo, meno delicati della ripartizione dei compiti tra organi dello Stato apparato.

Bisogna però riconoscere che in un numero significativo di decisioni la Corte mostra di affrontare con consapevolezza i compiti del bilanciamento: il fatto stesso che le motivazioni delle sentenze rendano possibile abbozzare — come si è cercato qui di fare — un catalogo di argomentazioni « stabili », che segnano la traccia del ragionamento seguito, sembra la testimonianza migliore, quantomeno, della corretta percezione del problema. Difficile è però valutare quanto gli strumenti argomentativi escogitati servano alla soluzione di esso. A quale parametro si può fare riferimento? Presa sul serio — il che dovrebbe essere inteso come un preciso obbligo costituzionale — la motivazione rappresenta la giustificazione razionale (20) della decisione. È ormai usuale distinguere, nelle argomentazioni che sorreggono le decisioni, tra la giustificazione « interna » e giustificazione « esterna »: la prima riguarda la validità delle inferenze da premesse date alle conclusioni, la seconda riguarda il fondamento delle premesse stesse (21).

fatti meramente irrazionali ed emozionali, « e la necessità di porre in luce e «razionalizzare», nell'attività valutativa del giudice, anche quei giudizi che, per non appartenere al regno dei concetti normativi, sono stati sinora considerati non verificabili, e come tali respinti dalla *sedes logica* della motivazione »: pag. 19; su questo tema si ritornerà nel par. 26); cfr. inoltre C. MORTATI, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del «dissent» nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in *La Giustizia costituzionale*, Firenze 1966, 155 ss.; più di recente, l'introduzione del *dissent* è stata sostenuta, proprio in considerazione dell'esigenza di garantire una maggior controllabilità delle argomentazioni della Corte, da A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit., 125 ss., 152 s.

(20) Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Motivation de la decision judiciaire*, in *La motivation des décisions de justice*, a cura di Ch. Perelman e P. Foiriers, Bruxelles 1978, 111 ss.; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, 207 ss.; ID., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. » 1986, 435 ss., 441.

(21) Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Legal Decision and Its Justification*, in *Le raisonnement juridique*, Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles 1971, 409 ss.; R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M. 1978, 273 ss.

Il bilanciamento degli interessi si pone in questa seconda prospettiva (22). Il suo scopo, infatti, è fissare la « regola » che, precisando quale sia il punto di equilibrio tra gli interessi contrastanti in determinate circostanze (23), serve da « premessa » da cui « dedurre » le conclusioni. Il bilanciamento, dunque, come procedimento argomentativo diretto a giustificare l'assunzione delle premesse della decisione, è un'operazione complanare all'interpretazione e con essa coincidente negli obiettivi (24). La differenza sta in ciò: che l'interpretazione ha a che fare con un *testo*, il bilanciamento (in larga parte) no. Così come un'operazione non può svolgersi con gli stessi strumenti argomentativi dell'altra (che è quanto sostenuto nel paragrafo precedente), non valgono per entrambe gli stessi metri di valutazione.

La filosofia del diritto non ci dà ancora un'indicazione chiara di quali metri si applichino al bilanciamento degli interessi. Alexy, a conclusione della sua ricerca, segnala la « lacuna di razionalità » delle argomentazioni

(22) Cfr. R. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in « ARSP » Beiheft NF 14, 1980, 181 ss., 203-212, dove si può trovare un tentativo di analisi logica del procedimento di bilanciamento svolto dal BVerfG nel c.d. *Lebach-Urteil*. Cfr. anche N. MACCORMICK, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, Oxford 1987, 155 ss., spec. 162 s., dove si colloca il bilanciamento tra i principi o valori all'interno di quel concetto di *coherence* che è elemento centrale nella giustificazione di secondo livello della sentenza.

(23) Su questo punto si veda *supra*, par. 9.

(24) È appena il caso di notare che tanto 'bilanciamento' quanto 'interpretazione' possono essere impiegati per designare due fenomeni che, tutto sommato, sono alquanto diversi: l'*operazione psicologica* che il giudice svolge per giungere alla decisione, oppure la *giustificazione* che di tale decisione offre nella motivazione (per un accenno in questo senso, cfr. R. ALEXY, *Die logische Analyse*, cit., 203). L'osservazione, benché banale, non va sottovalutata, perché è dalla confusione tra il procedimento seguito dal giudice per raggiungere la decisione ed il procedimento seguito per giustificarla che nascono certi equivoci, come l'atteggiamento « realista » (a cui, purtroppo, sembra talvolta aderire anche qualche membro della Corte costituzionale, quando, da « redattore », dimentica l'*obbligo* di « giustificare » la decisione assunta) di chi ritiene inutile e fuorviante l'analisi formale del ragionamento giudiziario (cfr., contro questo atteggiamento, M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., 440; ID., *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, in « Mat. st. cult. giur. » 1989, 151 ss., particolarmente interessante perché le decisioni basate su *standards* presentano più di un punto di connessione con quelle basate su tecniche di bilanciamento) e destituiti di fondamento quei presupposti « ideologici » di certezza e razionalità che delle sue teorie sono alla base (cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto, coerenza e consenso*, cit., 460).

sui diritti fondamentali, che si può affrontare con gli strumenti generali del « discorso pratico », senza mai colmarla: e riconosce anzi proprio in questo limite la migliore giustificazione dell'istituzione di un controllo di costituzionalità che coniughi in modo razionale argomentazione e decisione (25). Tutto ciò ci rimanda a quella teoria generale del *legal reasoning* che ha la pretesa di proporsi come il terreno di riunificazione delle diverse teorie del diritto, una volta dissolte le « vecchie frontiere » che dividevano il campo (26): ma che, a sua volta, pone con forza l'esigenza del *consenso* (27). In altre parole, laddove le operazioni richieste al giudice non sono giustificabili con argomenti basati sulla « derivabilità » delle premesse dal « testo » normativo, l'esigenza di certezza e controllabilità porta ad accreditare la razionalità dell'argomentazione come condizione per conquistare l'« uditorio ». E così il cerchio si è chiuso.

25. Bilanciamento degli interessi e teoria della giustizia.

Ma, come insegna Perelman (28), l'uditorio si determina in base alle intenzioni del parlante. A chi intende « parlare » la Corte costituzionale nella motivazione delle sue sentenze? Sicuramente agli apparati politico-legislativi (29), come mostrano le frequenti critiche rivolte alla

(25) *Theorie der Grundrechte*, cit., 520 s.

(26) Cfr. il « manifesto » nelle pagine iniziali di A. AARNIO-R. ALEXU-A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning*, in « *Rechtstheorie* » 1981, 133 ss., ora tradotto nella raccolta curata da Comanducci e Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 121 ss. Ma si veda anche — che a suo modo è anch'esso un « manifesto », per il suo porsi « al di là del positivismo giuridico e del giusnaturalismo », proprio in nome dell'analisi dell'argomentazione giuridica — O. WEINBERGER, *Jenseits von Positivismus und Naturrecht*, tr. it. in N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, cit., 137 ss.: tutta quest'opera, in fondo, dev'essere letta come ricerca e proposizione di una teoria del diritto che vada oltre le vecchie contrapposizioni metodologiche e che muova dal presupposto della razionalità dell'argomentazione pratica.

(27) In questo senso si vedano le osservazioni, stimulate dal concetto di *coherence* di MacCormick (per il quale si veda poi alla nota 45), di L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto, coerenza e consenso*, cit., spec. 471 s. e 486 s. Più in generale, si vedano le considerazioni di A. AARNIO, *The Rational as Reasonable*, cit., spec. 188 ss. (sul concetto di « accettabilità razionale », inteso come corrispondenza del risultato dell'interpretazione con il sistema di conoscenze e di valori della « *legal community* »).

(28) Cfr. Ch. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Torino 1966, 21 ss.

(29) Il distorto funzionamento delle nostre istituzioni ci ha fatto dimenticare che

tecnica legislativa (30), le « raccomandazioni », i « moniti » e le altre « esortazioni » rivolte al legislatore, talvolta con il corredo di direttive

il legislatore ordinario occupa le prime file di questo « uditorio »: non solo e non tanto come soggetto passivo dei messaggi e delle sollecitazioni della Corte (ruolo le cui principali manifestazioni sono ricordate poi nel testo), ma anzitutto come principale interlocutore attivo, capace di rispondere alle sentenze della Corte attraverso nuovi atti legislativi che, pur senza restaurare le norme dichiarate illegittime (come invece talvolta il legislatore italiano ha sfacciatamente fatto: si vedano, per es., le sent. 73/1963, 223/1983, 545/1990, 62/1991, e si leggano, a tale proposito, le dure parole che la Corte ha impiegato nella recente sent. 922/1988, in « *Giur. cost.* » 1988, I, 4276 ss., a proposito del tentativo di ripristinare l'esclusione del diritto di appellare la sentenza pretorile di proscioglimento per estinzione del reato per amnistia — e consequenzialmente — per prescrizione, già dichiarata illegittima con sent. 224/1983; sull'argomento si veda, anche per una sintesi delle posizioni teoriche della dottrina, A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano 1988, 37-74), riescano però ad influenzare le pronunce future della Corte, modificando il quadro normativo di riferimento; si pensi, del resto, a quante volte invece è la stessa Corte a fondare la propria pronuncia sull'argomento dell'« evoluzione legislativa » (si vedano, a puro titolo di esempio, le sent. 133/1970, 8/1976, 85/1979, 142/1982, 222/1983, 1/1987, 286/1987, 332/1988), magari dovendo addirittura « inventarsi » i sintomi di un'innovazione legislativa, sulla sola base della approvazione di una proposta di legge da parte di un unico ramo del Parlamento: si vedano le sent. 174/1981 (in « *Giur. cost.* » 1981, I, 1527 ss., dove il sintomo è la semplice presentazione di proposte di legge da parte dei « gruppi parlamentari più numerosi »!), 163/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 907 ss.), 971/1988 (in « *Giur. cost.* » 1988, I, 4571 ss.), 50/1989 (in « *Giur. cost.* » 1989, I, 252 ss.). Di recente è stata condotta negli Stati Uniti un'indagine sulle occasioni che il legislatore ha di rimettere in discussione i risultati della giurisprudenza della Corte Suprema, indagine utilizzata per avanzare la tesi che, in una democrazia, la *judicial review* possa avere solo una funzione « provvisoria », innescando e garantendo la regolarità di un « dialogo nazionale » sul significato della Costituzione: cfr. P.R. DIAMOND, *The Supreme Court and Judicial Choice*, Ann Arbor 1989, che vede in questa tesi la possibile conciliazione tra il ruolo indipendente della Corte Suprema ed i principi della democrazia rappresentativa. Certo è difficile però adattare questa prospettiva al nostro sistema, in cui alla struttura collaborativa del « dialogo » si sostituiscono, alternandosi, inerzia e disinteresse del legislatore (per un'analisi sistematica del « seguito » legislativo dei « moniti » della Corte costituzionale cfr. L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, Padova 1987, Parte seconda), e l'instaurazione di conflitti politico-istituzionali tra Parlamento e Corte (cfr. F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in « *Giur. cost.* » 1978, I, 1233 ss., 1243-1248, che di questi difficili rapporti ricostruisce le fasi più significative).

(30) Per tutti, due esempi recenti: la sent. 292/1984 (in « *Giur. cost.* » 1984, I, 2156 ss., 2172), in cui si critica il « metodo di legislazione » che si esprime attraverso il « generico richiamo ad imprecisate « successive modificazioni » », e la sent. 281/1987 (in « *Giur. cost.* » 1987, I, 2187 ss., 2193), in cui si attacca il « non commendevole uso

e « decaloghi » (31), la sempre più frequente minaccia di *revirement* o addirittura la c.d. dichiarazione di « costituzionalità provvisoria » della legge impugnata (32), ecc. E sicuramente anche alla « comunità » dei giuristi (33), che è però una comunità molto frammentata, composta com'è dai giudici, dagli avvocati, dai teorici ecc.

Quand'anche si avesse in mente la sola dottrina, attento « uditorio » critico della giurisprudenza costituzionale, si dovrebbe comunque distinguere tra la dottrina specializzata nel segmento « verticale » della « materia » specifica di cui la sentenza tratta, e la dottrina che si occupa « orizzontalmente », come propria materia, della giurisprudenza costituzionale. Su questa linea si può azzardare anche una suddivisione degli argomenti prodotti dalla Corte: sul primo versante « comunicativo » stanno le accurate ricostruzioni storiche degli istituti, i riferimenti comparativistici, i richiami alla giurisprudenza di merito, l'uso di termini, concetti e paradigmi tipici della materia specifica, sino (ma già si sta sconfinando) al trasferimento di significati dalla « materia » alla norma costituzionale; sul versante opposto, profili processuali a parte,

invalso » per cui la legge di conversione modifica sostanzialmente un'altra legge, successiva al decreto legge convertito.

(31) L'argomento è da tempo oggetto di attenzione in sede scientifica: si vedano, tra gli scritti più recenti, N. ASSINI, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in *Scritti Crisafulli*, cit., I, 21 ss., 38-42; F. MODUGNO, *La Corte costituzionale oggi*, ivi, 527 ss., 574-576; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative*, cit., 789 ss.; L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, cit., Parte prima; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Encicl. dir.* XXXVI, 521 ss., 667-671.

(32) Cfr. F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti*, cit., 24 s.; A. PISANESCHI, *Le sentenze di « costituzionalità provvisoria »*, cit., 601 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere*, Milano 1989, 195 ss.; R. PINARDI, *La Corte e il legislatore: Spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento*, in « *Giur. cost.* » 1991, 788 ss.; si veda inoltre, con riferimento alle sentenze che motivano la legittimità « provvisoria » della legge con riguardo alle « condizioni eccezionali e contingenti » che essa è diretta ad affrontare, A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni*, cit., 142-150.

(33) Qui si dà per scontato che la « comunità degli interpreti » sia una comunità chiusa: pur non ignorando che il tema è discusso (soprattutto nella dottrina tedesca: v. *supra*, nota 17), mi sembra poco verosimile (e scarsamente auspicabile, per giunta, se ciò dovesse comportare l'adeguamento dello stile retorico della giurisprudenza costituzionale ad un uditorio « di massa ») che la motivazione delle sentenze della Corte si rivolga ad un pubblico più vasto.

stanno i canoni e le dottrine generali, dallo schema triangolare del giudizio di eguaglianza alla dottrina del « diritto vivente », dalla teoria dei « limiti naturali » dei diritti agli argomenti del bilanciamento.

Ma ecco di nuovo subito il confine. Vi sono due modi di leggere e valutare gli argomenti attraverso i quali si svolge il bilanciamento (34): l'uno volto a cogliere le modificazioni della regolamentazione degli interessi provocate dalla decisione e a apprezzarne la corrispondenza con — diciamo così — le aspettative della materia; l'altro attento piuttosto ai profili istituzionali del ruolo della Corte e alla valutazione della corrispondenza ad esso delle operazioni argomentative compiute.

La prima « lettura » si presta poco ad una considerazione generale delle tecniche di bilanciamento, poiché l'attenzione è attratta soprattutto dal risultato del bilanciamento, dalla « regola » che la Corte pone per definire il punto di equilibrio degli interessi in gioco, stanti determinate condizioni normative e di fatto. L'« uditorio I » è perciò interessato a capire quali esigenze la Corte abbia ammesso al bilanciamento, quale « regola » ne abbia tratto, quali condizioni comportino il suo permanere e quali il suo mutamento.

La Corte tende a stabilizzare le risposte: la costante ripetizione di certe argomentazioni nelle materie più frequentate (35) va quindi vista anzitutto come risposta ad un'esigenza di certezza e stabilità, *rebus sic stantibus*, della « regola di prevalenza » nel bilanciamento degli interessi tipicizzati. La Corte ha elaborato forme proprie per rivestire (e adattare alle particolarità della giustizia costituzionale (36)) le prassi consolidate di gestione del precedente giudiziario: le ordinanze di

(34) Cui corrispondono — mi sembra — i diversi modi di « leggere » la giurisprudenza in generale di cui parla R. GUASTINI, *Due modelli di analisi della sentenza*, in « *Riv. trim. dir. proc. civ.* » 1988, 991 ss.

(35) Si pensi alla « regola » della gradualità delle prestazioni o al temperamento del principio mutualistico e di quello solidaristico nel sistema previdenziale (su quest'ultimo profili cfr. A. CERRI, *Profili costituzionali del sistema pensionistico*, in « *Dir. soc.* » 1983, 275 ss.; Id., *Solidarietà sociale e pluralismo di fronte al principio di eguaglianza: ovvero della distinzione fra tributo e contributo*, in « *Giur. cost.* » 1984, I, 858 ss.); al bilanciamento tra automatismi garantistici ed esigenze funzionali di elasticità nella determinazione del « giudice naturale »; all'equilibrio tra *favor veritatis* e *favor legitimitatis* nel riconoscimento dei figli; ecc.

(36) Al riguardo, cfr. A. ANZON, *Autorità di precedente ed efficacia di «giudicato» delle sentenze di accoglimento nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche*, cit., 271 ss.

« manifesta infondatezza », come strumento celere ed efficace per riaffermare la *ratio decidendi* in questioni analoghe (o anche per questioni nuove, se il principio è consolidato) (37); il mutamento dei « motivi » o del « profilo » della questione (38) come presupposto del *distinguishing*; l'« anacronismo » come principale giustificazione del *revirement*, motivato da cambiamenti avvenuti nel « testo » (evoluzione legislativa e — forse — mutamenti del « diritto vivente »), o nel « mondo » (evoluzione della coscienza sociale, mutamenti delle conoscenze scientifico-tecnologiche, cessazione degli stati di emergenza, ecc.) (39).

Tutto ciò riguarda la « gestione » della « regola » di bilanciamento, non però la giustificazione del particolare assetto che essa ha dato agli interessi in gioco. La quale contiene una componente incompressibile di scelta, di « decisione » appunto (40), che riposa necessariamente su valutazioni di opportunità o di giustizia sostanziale (e su questo piano vengono prevalentemente discusse dall'« uditorio I »).

In questo punto si registrano però notevoli convergenze con le aspettative dell'« uditorio II », che è ovviamente interessato a comprendere come questa decisione si formi e si legittimi. È probabile, per esempio, che i tentativi di Zagrebelsky di teorizzare un « terzo livello » del sindacato della Corte costituzionale sulla « arbitrarietà » delle leggi — dove non « si allude più al controllo (di razionalità o ragionevolezza totalmente o parzialmente) interno all'ordinamento, ma al controllo

(37) Cfr. L. CARLISSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Strumenti e tecniche*, cit., 27 ss., 58 ss.

(38) Cfr. A. CERRI, *Il profilo tra argomento e termine* cit.; A. ANZON, *Autorità di precedente*, cit., 276 s.

(39) Si veda *supra*, nota 64 (per riferimenti bibliografici) e note 301-303 (per qualche esempio di uso di questa figura nella giurisprudenza costituzionale in tema di diritti di libertà) del cap. II.

(40) « Die Ergebnisunsicherheit des grundrechtlichen Diskurses führt zur Notwendigkeit autoritativen grundrechtlichen Entscheidens... Dass ein Verfassungsgericht nicht nur argumentiert, sondern auch entscheidet, hat nichts Unvernünftiges. Es gilt ganz allgemein, dass praktische Vernunft erst im Rahmen eines Rechtssystems, das Argumentation und Entscheidung auf rationale Weise verbindet, zur Realisierung gelangen kann. Im Lichte dieser Einsicht ist die Institutionalisierung eines Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Entscheidungen der Begründung und Kritik im rationalen grundrechtlichen Diskurs fähig und bedürftig sind, vernünftig »: sono le parole finali del libro di R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, cit., 521.

interamente esterno ad esso, in base a criteri di giustizia *a priori* rispetto ai contenuti dell'ordinamento giuridico » (41) — colgano almeno in parte fenomeni connessi con il bilanciamento degli interessi, quelli, appunto, che non sono riducibili agli schemi consueti del giudizio di ragionevolezza. Naturalmente si può non condividere — per le ragioni già lungamente esposte — la precisazione per cui si tratterebbe di « un caso ipotetico, piuttosto difficile da realizzarsi allo stato puro, stante l'esistenza di numerosi principi di giustizia sanciti positivamente nella costituzione » (42) come se l'iscrizione di un interesse nei « valori » costituzionali potesse di per sé chiudere la questione della selezione degli interessi in gioco e della giustificazione della decisione. Questa premessa è così fuorviante che costringe Zagrebelsky a basarsi su esempi davvero marginali nella giurisprudenza costituzionale; mentre il suo insistito riferimento al problema dell'*adequatezza* della legge alle esigenze regolative del caso (al di là delle opzioni teoriche e metodologiche da cui trae ispirazione (43)) sembra evocare con una certa forza le condizioni effettive del giudizio di bilanciamento.

Il vero problema è, dunque, come si formi il « criterio di giustizia » impiegato per risolvere il caso. Perché non si può ignorare quanto c'è di fondato in ciò che osservano i critici americani del *balancing test*: ogni caso è singolo, e perciò non esiste un *definitional balancing* capace di generare « regole » applicabili ai casi futuri, fattore quindi di certezza; il bilanciamento è sempre *ad hoc*; « (a)ny gain in certainty it provides comes at the price of reduced coherence » (44), dove 'cohe-

(41) Cfr. da ultimo *Processo costituzionale*, cit., 560-563; Id., *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988 (2.a ed.), 154-158. Va osservato che proprio « l'esistenza di numerosi principi di giustizia sanciti positivamente » favorisce una giustificazione razionale delle decisioni giuridiche, poiché, come osserva MACCORMICK (*Why Cases Have Rationes and What These Are*, cit., 166 s.), sia le parti che hanno da rappresentare il fatto, che il giudice che deve trovare la « regola del caso », « have only quite restricted freedom of manoeuvre as they try to work through to a reasonably justifiable conclusion justified as a conclusion of law in the case seen as a legal case »: ciò consente « some optimism as to reasonable possibility of settling disputes in reasonably determinate and final terms ».

(42) I passi citati si possono ritrovare in *Processo*, cit., 561; *La giustizia*, cit., 155.

(43) E sulle quali si veda, in particolare, *La giustizia*, cit., 41-61.

(44) T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law*, cit., 979: sul *definitional balancing*, sulla contrapposizione di esso all'*ad hoc approach*, e sulle cautele che bisogna impiegare

rence' potrebbe probabilmente essere reso, nel linguaggio di Zagrebelsky, proprio con 'adeguatezza, ragionevolezza rispetto al caso' (45). Si è visto però che la Corte tenta di « oggettivizzare » i propri criteri, fissando canoni generali (per esempio, il « costo » dello strumento regolativo) e specifici (per esempio, la prevalenza del principio solidaristico su quello mutualistico nel settore previdenziale) (46). Non sembra perciò interamente condivisibile quanto afferma un inciso di Paladini (47), in cui si giudica inevitabile « che il *balancing test* finisca per essere effettuato caso per caso, mediante valutazioni di ciò che in effetti ha disposto sul punto il Legislatore ordinario, non sulla base di giudizi pronunciati *ex ante*, nella veste d'una sorta di editto perpetuo ». È del tutto corretto, se intende sconfessare l'idea che vi siano precdenze e gerarchie scritte una volta per tutte sulla base di una scala di valori assegnabili in assoluto agli interessi, ma va precisato laddove potrebbe lasciar intendere che la Corte non possa (e non abbia l'obbligo di) attenersi in futuro alla « regola » che essa stessa ha fissato; del tutto corretto laddove rimarca la centralità del « disposto » legislativo, perché in relazione ad esso si svolge quella opera di « mappatura » del conflitto che è apparsa come il presupposto necessario e condizionante del bilanciamento degli interessi, ma da problematizzare se si dovesse ritenere che gli interessi da bilanciare siano già tutti « dati », oggetto di mero « accertamento » da parte della Corte.

nell'importare le categorie elaborate dalla dottrina statunitense per applicarle alle esperienze della Corte costituzionale italiana, v. *supra*, par. 14, note 160 e 161.

(45) Come è noto, sul concetto di 'coherence' (che Comanducci, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, I, cit., 243 ss., traduce con 'congruenza') si impenna la teoria di N. MacCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, cit. (la traduzione appena citata, dal titolo *La congruenza nella giustificazione giuridica*, ha ad oggetto una versione precedente del saggio, che ha lo stesso titolo originale): il quale contrappone la coerenza (*consistency*) interna della giustificazione, come assenza di auto-contraddizione, alla congruenza (*coherence*), intesa come giustificabilità in base a principi e valori (sull'equivalenza estensionale dei due termini v. la nota 2 del cap. I), « in a way which exhibits acceptable balance or fit with other relevant principles or values » (quest'ultima precisazione si trova nel saggio *Why Cases Have Rationes*, cit., 162, ove il criterio della 'congruenza' viene applicato alla giustificazione della *ratio decidendi* ed alla spiegazione della funzione del precedente giurisprudenziale).

(46) Che sembrano corrispondere ai *topoi* di cui si parla nell'indirizzo metodologico seguito da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 47, 53-61.

(47) *Libertà di pensiero*, cit., 12.

È perfettamente vero che la Corte tende ad assumere un atteggiamento passivo rispetto alla ricognizione degli interessi da bilanciare (48). Talvolta ciò può essere giustificato dal tenore della legge di cui si occupa, come in tutti i casi (e non sono pochi) in cui ricorrano due condizioni: che il legislatore, consapevole del potenziale contrasto tra interessi, miri a trovare un regolamento bilanciato di essi, e che gli interessi in concorso non abbiano un rilievo (direttamente) costituzionale (49). Il contrasto tra la responsabilità del vettore ed il diritto al risarcimento del passeggero, tra il *favor veritatis* e il *favor legitimitatis*, tra l'interesse del creditore del fallito e quello della moglie di quest'ultimo; e così le regole sulla ripartizione della responsabilità nel concorso di colpa, sulla manifestazione di volontà dei diversi soggetti interessati nell'adozione, ecc. Sono tutti casi (già esaminati in precedenza) in cui il giudizio di bilanciamento ha molti elementi del giudizio di ragionevolezza, tant'è che molto spesso il parametro costituzionale è il principio di eguaglianza.

Ma negli altri casi si tratta di un atteggiamento difensivo: la Corte finge di « trovare » gli interessi da bilanciare perché ciò le consente di diminuire il tasso di soggettività « visibile » delle operazioni che compie. L'accurata e spesso abbondante indagine storico dommatica dell'istituto, l'analisi degli atti preparatori volta a ricostruire l'intenzione del legislatore, la stessa esegesi della disposizione costituzionale sono attività che possono alimentare strategie argomentative cui il giudice redattore ricorre per predisporre gli elementi del bilanciamento. Sono operazioni che mostrano (anche) un risvolto retorico: così come hanno nei confronti di un « uditorio » la funzione di collocare la sentenza nella elaborazione sistematica della materia, svolgono nei confronti dell'altro la funzione di persuadere del carattere « oggettivo » del giudizio della Corte. L'immagine della Corte che si vuole accreditare è quella di un giudice che parte da dati oggettivi (la « topografia » del conflitto), individuati con gli strumenti dell'interpretazione, e giunge a conclusioni univoche attraverso un procedimento argomentativo (il

(48) È sarà tanto più vero in quei sistemi, come quello statunitense, in cui il controllo di costituzionalità non ha il carattere astratto che concorre a caratterizzare il sistema italiano, per cui la Corte resta spesso « appiattita » su quanto producono le parti: cfr. infatti T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law*, cit., 978.

(49) V. anche *supra*, nota 161.

bilanciamento degli interessi) fondato su valori di razionalità e ragionevolezza, reso « certo » dalla stabilità dei canoni impiegati.

Molto si è discusso (anche in questa sede) sulla natura di quel segmento di ragionamento — anzi, probabilmente, di quel vero e proprio « salto » (50) — che inizia dove cessa l'interpretazione e si conclude con la determinazione della « regola » da applicare. Un'ultima osservazione si vorrebbe invece dedicare proprio alla fase preliminare di interpretazione. Perché il processo di bilanciamento, così eterogeneo rispetto alle operazioni consuete dei giudici da apparire sospetto, si rivela invece piuttosto solido nei suoi percorsi argomentativi, e forse anche coerente con un certo numero di massime di giustizia sostanziale attualmente accreditate. Sarebbe interessante, per esempio, confrontare gli argomenti che la Corte impiega con i « principi di giustizia » e le « regole di priorità » formulati da John Rawls (51): si avrebbero sorprendenti conferme, a fronte di pochi scarti significativi (52).

Lo scarto più significativo non tocca però le tecniche di bilanciamento, ma la selezione degli interessi da considerare: non pone in dubbio, dunque, la parte che ci si aspetterebbe più « debole » della

(50) Cfr. A. AARNIO-R. ALEXU-A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning*, cit., 138 ss.

(51) *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971, 302 s.

(52) Forse lo scostamento più vistoso potrebbe registrarsi *prima facie* nella « prima regola di priorità » (mi avvalgo della tr. it. di U. SANTINI, *Una teoria della giustizia*, Milano 1989 (III ed.), 255. Il corsivo è aggiunto): « I principi di giustizia devono essere ordinati lessicalmente, e quindi la libertà può venire limitata solo in nome della libertà stessa ». Difficile è però allineare un canone espresso in termini così generali con le massime che racchiudono le *rationes decidendi* delle singole sentenze. Va diffidato perciò chiunque volesse prendere troppo alla lettera l'ordinamento lessicale proposto da Rawls, per poi usarlo come parametro di valutazione dell'operato del giudice costituzionale: perché è probabile, per es., che i limiti delle libertà motivati dalle esigenze dell'ordine pubblico ricadano nell'ipotesi ammessa, per cui « una libertà meno estesa deve rinforzare il sistema totale di libertà condiviso da tutti » (*ivi*); è altrettanto potrebbe forse affermarsi anche delle limitazioni derivanti dall'esigenza di funzionalità degli apparati pubblici (come talvolta è esplicitamente ricordato dalla stessa Corte costituzionale, specie in riferimento all'ordinamento della giustizia) — comprendendovi perfino le Forze armate (in fondo « (l)a coscrizione è permessa solo se richiesta dalla difesa stessa della libertà »: *ivi*, 315), che sono l'istituzione per il cui funzionamento sono state giustificate — soprattutto in passato — le compressioni più gravi delle libertà fondamentali.

strategia argomentativa della Corte, ma — ennesimo paradosso — proprio quella apparentemente più « forte »: l'interpretazione. Il problema dell'introduzione e della rappresentanza degli interessi (ad ino-inciare da quelli delle parti nel processo *a quo*) nel giudizio di legittimità è un problema di vastissime proporzioni. Ma lo spunto che si trae da Rawls non rimanda ai profili processuali del tema, ma ad un elemento dei criteri di ragionevolezza e di giustizia sostanziale che forse è già parte dei fattori che creano il « consenso » di cui si diceva. Perché l'unico criterio, tra quanti Rawls compone a sistema, che appare del tutto assente nella giurisprudenza costituzionale è quel « principio di giusto risparmio » che viene introdotto per allargare la teoria della giustizia ai rapporti tra generazioni, per inserire quindi gli interessi delle generazioni future nei calcoli della giustizia distributiva: « (c)iascuna generazione deve non soltanto conservare le acquisizioni di cultura e civiltà, e mantenere intatte le istituzioni giuste già esistenti, ma deve anche accantonare, in ciascun periodo, un ammontare opportuno di capitale reale » (53). Che senso può avere il « principio di giusto risparmio » per la giurisprudenza costituzionale? Nessuna applicazione immediata, probabilmente, ma l'apertura di una prospettiva che non va trascurata.

Si tratta, in fondo, di rovesciare il prisma attraverso il quale la Corte guarda oggi alle norme che regolano (e regolando, limitano) i diritti di prestazione: l'argomento della « gradualità » (par. 20) motiva un atteggiamento di *self restraint*, che consegna al legislatore il potere di stabilire l'ammontare delle prestazioni in relazione alle risorse disponibili. Chi controlla che l'uso di questo potere non sia a danno delle generazioni future? Che la distribuzione di ricchezza di oggi non accolli ad esse un debito (in forma di debito pubblico o di esurimento delle risorse naturali) ingiustificato?

(P)ersone di generazioni diverse hanno obblighi e doveri reciproci allo stesso modo dei contemporanei. La generazione attuale non può agire a suo piacimento (...) (54).

Ovviamente non è pensabile che la Corte costituzionale affronti di petto problemi di questa vastità e difficoltà, che portano direttamente

(53) *Ibidem*, 242.

(54) J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 248.

al cuore di temi cruciali quali il significato ed i limiti della rappresentanza politica (55); tanto più che essa può giudicare solo dei temi che vengono proposti dai giudici di merito. Ma non è affatto difficile immaginare l'introduzione di questi interessi in procedimenti di bilanciamento, sotto forma di argomenti (56): per esempio (ma è solo l'esempio più immediato), per decidere quale norma annullare nel caso in cui si lamenti la mancata estensione di una qualche prestazione.

26. *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione.*

Balancing is undermining our usual understanding of constitutional law as an interpretive enterprise. In so doing, it is transforming constitutional discourse into a general discussion of the reasonableness of governmental conduct...

Constitutional law provides a set of peremptory norms — a checking power — that is basic to the American notion of a government of limited powers... Balancing undermines the checking and validating functions of constitutional law (57).

È difficile sottrarsi all'impressione che il bilanciamento degli interessi, applicato ad una problematica così intimamente legata — sostanziale, verrebbe da dire — al diritto costituzionale, come le libertà e i diritti fondamentali, comprometta ogni significato della Costituzione: in termini di prevalenza gerarchica nel sistema delle fonti, in termini di decisione o accordo fondamentale politico-istituzionale, in termini di garanzia stabile degli individui, e sotto ogni altro profilo in cui venga in considerazione la circostanza per cui un ordinamento sociale si è dotato di una legge fondamentale scritta. Perché, se i « diritti » costituzionali altro non sono che ciò che deriva dall'argo-

(55) Sebbene sia proprio nei casi in cui si registra un « malfunzionamento » nel sistema del governo rappresentativo che il giudice costituzionale dovrebbe intervenire: cfr. J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass. 1980, 88-104. È una tesi che si condivide pienamente, e che già si è cercato di utilizzare a proposito della valorizzazione giudiziale degli enunciati legislativi programmatici: cfr. *Atti normativi*, cit., 359 s.

(56) Come osserva Karst (*Legislative Facts*, cit., 7), « there are not interests worthy of constitutional protection which are at the same time beyond description ».

(57) T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law*, cit., 987, 991.

mentazione della Corte costituzionale, il frutto di una strategia retorica rivolta al componimento di interessi diversi, non necessariamente « fissati » in costituzione, allora a cosa serve la Costituzione scritta? La domanda è seria e difficile, perché qualsiasi risposta dovrebbe muovere da una teoria che spieghi il significato e la funzione della costituzione scritta. Sono in gioco i temi centrali del diritto costituzionale (58), e non è poco.

La risposta che vorrei proporre cerca di sfrondare le difficoltà del tema. È una risposta parziale e limitata nei fini, trattandosi esclusivamente di precisare alcuni punti delle tesi che si sono formulate. Certo non c'è la pretesa di delineare una teoria globale della costituzione scritta, pretesa che — detto per inciso — forse non sarebbe neppure del tutto lecita. La costituzione scritta è molte cose insieme, cose abbastanza diverse: è un documento storico, un accordo politico, un testo letterario, un catalogo di principi e valori dell'etica politica, il consolidato di una tradizione di pensiero politico e giuridico, un insieme di norme e di principi utilizzabili, comunque, in contesti che possono essere essi stessi significativamente diversi (è la stessa costituzione quella che applica il funzionario parlamentare nel risolvere qualche questione di rapporti istituzionali, quella che conosce il giudice ordinario che rimette alla Corte l'eccezione di illegittimità di una legge, od ancora quella che ha presente il consulente della regione alle prese con la ricostruzione dell'argine delle potestà regionali?).

Questo non significa certo che nessuno spazio vi sia per una teoria « globale » della costituzione (scritta), benché forte sia il sospetto che anche in questo caso bisognerebbe diffidare dalle fallacie dell'olismo. Quante volte infatti la teoria « globale » non è altro che l'assolutizzazione di una sola delle diverse « cose » che la costituzione è, con il consueto esito ideologico di scivolare dal piano descrittivo degli eventi storici a quello prescrittivo dei canoni ermeneutici (59)? Ma non

(58) Per un inquadramento teorico del tema e delle sue implicazioni, cfr. S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali)*, cit.

(59) Sui rischi dell'« olismo » che si annidano nelle teorie globali della costituzione, come per esempio in certi usi della nozione di costituzione « materiale », cfr. S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in « *Dir. soc.* » 1982, 605 ss., spec. 623. Sugli equivoci insiti nelle teorie « moniste » che popolano la letteratura nordamericana, cfr. F. SCHAUER, *An Essay on Constitutional Language*, cit., 808-821.

bisogna neppure rischiare di fare una metateoria « forte » di una teoria « debole » della costituzione, quale senza dubbio è quella che viene abbozzata.

La teoria è « debole » per due diversi profili. Anzitutto perché guarda alla costituzione scritta esclusivamente nel suo aspetto di testo normativo, di insieme di norme giuridiche dotate di caratteristiche particolari. Lo scopo è circoscritto: si vuole avanzare un'ipotesi che spieghi quale significato le disposizioni della Costituzione abbiano come *constraint* nei giudizi della Corte costituzionale, in presenza di un'evidente (e qui difesa) attività di bilanciamento degli interessi; la quale si svolge senza un riferimento necessario al testo costituzionale, pur sfiorando o incidendo di continuo valori, principi, « diritti » che la Costituzione riconosce e garantisce. Si guarda alla Costituzione, perciò, senza l'ambizione di comprendere e soddisfare tutti i significati e le aspettative che si riconnettono alla costituzione scritta.

Tuttavia, lo si è accennato prima, la costituzione scritta, almeno quella italiana (60), è composta di parti diverse (i diritti, l'organizzazione dei poteri, la produzione delle leggi ecc.), ed è persino diffuso il dubbio che queste parti non presentino tratti comuni rilevanti (61), e possano essere trattate allo stesso modo dall'interprete (62): almeno rispetto a questa idea, si assumerà una posizione « forte », nel tentativo di formulare un'ipotesi unificante sull'operatività delle disposizioni costituzionali, quale ne sia la materia e quale il contenuto (63), come

(60) Ma non solo: cfr. le recenti osservazioni di L. FAVOREU, *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, in « *Rev. franç. dr. const.* » 1990, 71 ss.

(61) Si condividono appieno, per altro, le critiche che a questo atteggiamento muove M. LUCIANI, *La « Costituzione dei diritti » e la « Costituzione dei poteri »*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti Crisafulli*, cit., II, 497 ss.

(62) TARELLO (*L'interpretazione della legge*, cit., 338-339) e GUASTINI (*Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., 121-123) hanno mostrato come privilegiare l'una o l'altra « parte » della Costituzione possa condurre ad opzioni nettamente divergenti nelle strategie interpretative e nell'uso degli argomenti. Non v'è dubbio, d'altra parte, che privilegiare l'una o l'altra parte della Costituzione sia conseguenza, a sua volta, di un'interpretazione della sua funzione, di una concezione della Costituzione: in questo senso cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., 65-68.

(63) Anche le distinzioni classiche tra norme precettive e norme programmatiche, oppure tra norme complete e norme incomplete, non sembra assumere, nella

standard normativo capace di condizionare la propria applicazione. L'ambizione non è dunque di fissare, sia pure nei punti di massima, i tratti di una teoria generale della costituzione: al più potrebbero essere i prolegomeni di una teoria della Costituzione italiana, che serva a distinguere i casi in cui nei criteri impiegati dal giudice costituzionale (e forse, più in generale, da tutti i possibili soggetti dell'applicazione) debba necessariamente prevalere la Costituzione scritta, dai casi in cui altri possono essere gli standard di giudizio.

La teoria è poi « debole » in un senso diverso, perché debole, o meglio, minimale è, o può apparire (64), la funzione che viene assegnata al testo costituzionale (a tutte le sue parti: questo, quindi, è già un

prospettiva di questa ipotesi, un rilievo determinante: sia per quanto già si è detto (*supra*, par. 2) a proposito delle (solo apparenti) « regole » costituzionali, sia perché l'operatività degli enunciati programmatici o delle norme incomplete quali standard di giudizio è stata già a suo tempo mostrata con chiarezza da Crisafulli (per un'ulteriore passo in favore della loro valorizzazione nel giudizio di costituzionalità si rinvia a R. BIN, *Atti normativi*, cit., spec. 351 ss.).

(64) Perché indubbiamente, assumendo le categorie di M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982, 27 s. e 95 ss., rischierebbe di essere classificata tra le teorie « svalutative » della Costituzione (sia pure « relativamente svalutative », perché limita e non nega la precettività di essa: *Ibidem*, 95), in quanto manifesta, proprio in relazione ai diritti di libertà, una certa (ma certo non assoluta) « indifferenza verso l'uso argomentativo delle previsioni costituzionali » (*Ibidem*, 27). V. però le ulteriori precisazioni della successiva nota 67.

Questa conclusione potrebbe sembrare in contrasto con quanto affermato da L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., 93, che (proprio con riferimento alle categorie di Dogliani) indica la teoria del bilanciamento (che l'Autrice assume nella versione di Alexy, più volte richiamata in questo studio) come « quella meglio in grado di vincolare l'interprete-applicatore al dettato costituzionale », in applicazione del criterio del *magis ut valeat*. Questa apparente contraddizione si può però spiegare notando che vi sono almeno due punti di dissenso con le tesi di Gianformaggio (alle cui opinioni, per altro, si è fatto spesso riferimento in questo lavoro): a) che il bilanciamento debba avvenire tra principi « situati allo stesso livello dello Stufenbau giuridico » (*Ibidem*, 95 e, in termini equivalenti, 91); b) che « la formulazione della disposizione costituzionale indica già se essa va intesa come regola o come principio » (*Ibidem*, 98: *contra*, v. *supra*, par. 2-6). Non sono differenze da poco, quanto a « valorizzazione » del testo costituzionale. In merito ad esse, va solo osservato che entrambe le tesi dell'Autrice sembrano presupporre una relazione tra disposizione e norma assai più stretta di quanto lascerebbe prevedere le sue premesse iniziali, che sembrano reggersi su una distinzione netta (che si condivide appieno) tra l'universo degli enunciati (a cui appartengono le disposizioni e la graduazione gerarchica degli atti che le contengono) e quello dei significati (nel cui ambito si colloca la distinzione tra regole e principi).

primo tratto comune). Il testo scritto si pone — questa è la tesi — come linea ultima di difesa della regolarità del gioco, linea della cui presenza ci si deve accorgere solo nel momento in cui viene varcata. Un sistema istituzionale perfetto — sotto il profilo costituzionale — dovrebbe essere quello in cui non viene mai posto in questione il rispetto della costituzione scritta, semplicemente perché non ce n'è bisogno: le regole costituzionali sono in uno stato di semiquiescenza, perché il gioco politico si svolge nel loro sostanziale ed implicito rispetto. Non è un fenomeno del tutto sconosciuto neppure in un sistema costituzionale tutt'altro che perfetto come quello italiano. Per lunghe fasi della nostra storia istituzionale certe norme sono rimaste scritte sulla carta senza che vi fosse occasione di applicarle o, meglio, senza che l'applicazione quotidiana fosse avvertita come un *problema costituzionale*. Lo è divenuto invece improvvisamente, quando il gioco politico ha varcato quella linea e, d'un tratto, il caso di scuola si è trasformato in caso reale. È quanto accaduto — per ricordare esempi recenti (ma non solo) — alle norme sulla responsabilità del Governo per gli atti del Presidente della Repubblica, alle norme sull'organizzazione del Consiglio superiore della magistratura, alle norme sulla designazione dei ministri da parte del Presidente del Consiglio incaricato, alle norme sulle modalità di voto in Parlamento, alle norme sulla « parlamentarizzazione » delle crisi: e così via, sempre elencando parti del testo costituzionale portate più o meno improvvisamente alla ribalta da vicende istituzionali specifiche, legate vuoi ad atteggiamenti discutibili del Presidente della Repubblica, vuoi a fasi particolarmente acute nella prassi di infiltrazione dei partiti nelle istituzioni, vuoi a improvvisi e violenti strappi nei rapporti tra maggioranza e opposizione o tra le varie forze che compongono la maggioranza, o ad altri eventi ancora.

In questi momenti ha senso riscoprire il testo costituzionale, perché vi si ricerca (e non è detto che lo si faccia sempre a proposito) il limite invalicabile, la regola del gioco che non può essere derogata dai concorrenti nel corso della competizione; e la Costituzione mostra allora la sua trama essenziale ma più resistente, sicuramente efficiente come standard regolativo dei comportamenti di chi è chiamato ad applicarla. Si tratta — è bene chiarirlo — delle aspettative di chi si trova a dover risolvere il problema prospettato, non già delle informazioni che il testo costituzionale sia in grado di dare *eo ipso*: « (1) e

proposizioni generali non risolvono i casi concreti » (65). Quelle aspettative possono essere soddisfatte solo in forza di un'adeguata opera di interpretazione del testo, il cui successo non dipende mai esclusivamente dalla qualità (di contenuto o di fraseggio) di determinate disposizioni, ma semmai dalla capacità dell'interprete di proporre una teoria istituzionale nel cui ambito quelle disposizioni acquistino pieno significato.

In altri termini, non si sta affermando affatto che esistano *disposizioni* capaci di per sé di atteggiarsi ad efficiente standard di regolazione degli atteggiamenti dei protagonisti istituzionali: tutto all'opposto, si sostiene che possono presentarsi *circostanze* che impongono (anche in assenza di disposizioni specifiche cui riferirsi) di ricercare nella Costituzione la soluzione del problema prospettato, cioè la *regola* del caso, e che questo è il compito specifico della teoria costituzionale. Il testo ha una funzione fondamentale ma non totalizzante: esso è l'indispensabile punto di partenza per la costruzione della teoria, e ne è il limite, la « base empirica », con cui la teoria deve essere coerente e a cui possono rifarsi ipotesi falsificanti della teoria. Le espressioni linguistiche usate nelle disposizioni costituzionali, insomma, ci possono dire solo quel che il testo non può esprimere, ma non ciò che esprime in positivo, non ci guidano nella costruzione della teoria se non negativamente (66).

Gli esempi ed i riferimenti usati sinora sono tutti attinenti a quella parte della costituzione che si occupa dell'organizzazione dei poteri dello Stato. È il contesto più facile, più direttamente percepibile nei termini della metafora del gioco. Qui risulta più evidente la separazione tra ciò che i costituenti hanno disciplinato, che (per fortuna) è poco, e ciò che hanno lasciato all'invenzione della prassi politica, che è molto, ma in certi casi insufficiente: e, in questa contrapposizione, risalta anche la funzione di limite all'invenzione che il testo può (e deve) svolgere (67).

(65) È la celebre massima di Holmes, impiegata nella *dissenting opinion* in *Lochner v. New York*, che si può leggere, tradotta da C. Geraci, in O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano 1975, 48 ss., 51.

(66) Per questa visione del linguaggio costituzionale come « *constraint* » dell'interpretazione cfr. F. SCHAUER, *An Essay on Constitutional Language*, cit., 797 ss., 828.

(67) Non a caso è proprio in riferimento alla parte organizzativa della Costituzione italiana che si è sviluppata la tesi della « norma costituzionale come norma a

Ma il significato «debole» della costituzione — come la stessa metafora del gioco, in fondo — ha senso anche in riferimento alle altre parti del testo costituzionale. Oggi persino le regole della revisione costituzionale dovranno forse essere «riscoperte» come limite alla riforma delle istituzioni, per individuare percorsi che non conoscono vie alternative, soluzioni abbreviate o imperniate su strumenti che non appartengono a quelle «forme» e a quei «limiti» che la Costituzione assegna all'esercizio della sovranità popolare. Ogni «riscoperta» delle norme costituzionali segue un segnale di crisi nei rapporti istituzionali e si traduce, in fondo, in un appello al «ritorno allo Statuto». E lo stesso può valere anche laddove si parli dei *diritti costituzionali*: anzi, in questo ambito, la maggior accentuazione dell'aspetto giudiziale dell'ap-

fattispecie aperta» (così la definisce M. DOGLIANI, *Interpretazioni*, cit., 80 ss., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti), tesi che tende a configurare «la disciplina costituzionale non come un sistema chiuso, ma, al contrario, suscettibile ed anzi bisognoso — di essere integrato», funzionando essa solo da limite negativo (che Dogliani definisce come «capacità di vietare il proprio contrario», come vincolo di «non incompatibilità», o come «efficacia normativa solo «di confine») nei confronti delle norme legislative, consuetudinarie o convenzionali che si «pongono accanto» alle disposizioni costituzionali. Rispetto a queste dottrine, la teoria interpretativa che si sta delineando qui è forse meno (o, comunque, diversamente) «svalutativa» del testo costituzionale (v. *supra*, nota 64), perché in essa non si cerca di discriminare a livello di disposizioni costituzionali tra quelle che hanno senso compiuto ed efficacia vincolante, e quelle che esigono (perché ritenute insufficienti o superate) di essere integrate, ma piuttosto di distinguere a livello di eventi reali le situazioni in cui è necessaria la individuazione interpretativa o la costruzione teorica di una *regola costituzionale*, da quelle che possono essere frontaggiate dai soggetti dell'applicazione con strumenti diversi (prassi, convenzioni, giudizio di ragionevolezza, ecc.), non direttamente condizionati dal testo costituzionale. Proprio questo mi sembra il dato fondamentale: scarsamente produttivo appare il procedere sul piano dell'analisi delle *metodologie dell'interpretazione* costituzionale sul presupposto che l'interpretazione della Costituzione sia attività sostanzialmente riducibile alla deduzione di norme da disposizioni, e quindi facendo dipendere in larga parte il risultato dell'interpretazione (la possibilità di accreditare una regola, la sua capacità di disciplinare le fattispecie, l'esigenza di una sua «integrazione», ecc.) dal modo in cui è fraseggiata la disposizione costituzionale. Non sono le disposizioni che consentono di «dedurre» le regole, ma sono le situazioni che esigono che le regole vengano costruite: e ciò, ovviamente, non si può sempre fare per mezzo della deduzione dalle disposizioni, ma è il principale compito delle teorie costituzionali, la «forza» delle quali è valutabile proprio in ragione della loro capacità di produrre la regola del caso (questo profilo è stato approfondito in Carlo Esposito e le teorie costituzionali per le «situazioni di crisi», di prossima pubblicazione negli Atti del Convegno dedicato dall'Università di Macerata a Carlo Esposito).

plicazione della Costituzione (68) rende più immediata la traduzione della teoria «debole» della Costituzione in strategie argomentative.

Anche nella «gestione» dei diritti costituzionali si alternano fasi «ordinarie» e «straordinarie»: nelle prime, la difesa dei diritti non richiede forti prese di posizione in merito al significato del testo costituzionale; nelle seconde, che sono fasi di crisi, il ricorso è necessario, perché il testo segna il «limite invalicabile».

Nelle prime gli strumenti che dominano la giurisprudenza del giudice costituzionale sono quelli del giudizio di eguaglianza e del bilanciamento degli interessi: in una parola, della ragionevolezza. Si tratta di amministrare — come direbbe la Corte — «lo sviluppo armonico» della legislazione, di completare le «rime obbligate», di opporre al legislatore, più che la linea estrema di difesa dei diritti di libertà, quella ben più flessibile e spezzata della considerazione equilibrata di tutti gli interessi in gioco, per evitare, più che la lesione eccezionale dei valori fondamentali, lo strisciante sopruso degli interessi privilegiati su quelli più deboli, delle maggioranze sulle minoranze (69), della morale corrente sulle devianze o sulle innovazioni (70). In queste fasi, la funzione del testo costituzionale è assorbita nello strumento retorico della Corte costituzionale: richiamarne le disposizioni è uno degli argomenti producibili, rappresenta più spesso una chiusura «di stile», una soluzione deresponsabilizzante, che un uso pregnante, capace di giustificare le premesse della decisione.

Nelle seconde fasi, quelle «straordinarie», il testo costituzionale entra invece nella diretta considerazione del giudice costituzionale, perché egli è chiamato ad indicare il limite invalicabile della «discre-

(68) Aspetto giudiziale che, ovviamente, è presente anche nell'applicazione delle disposizioni «organizzative» della Costituzione: ma anche in questo caso, cioè nei conflitti di attribuzione, non manca di profilarsi la distinzione tra fasi «ordinarie» e fasi «straordinarie» dell'applicazione costituzionale. Esempio delle prime possono essere — mi sembra — quei casi in cui si avverte, nonostante il tentativo della Corte di mascherarlo, l'abbassamento del «tono costituzionale» del conflitto (v. *supra*, nota 137 del cap. II).

(69) Sono i casi di «malf funzionamento» nel sistema del governo rappresentativo cui si riferisce J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit. (v. *supra*, nota 55).

(70) È questo il senso della «institutionalization of prophecy», che giustificerebbe la *noninterpretive review* della Corte suprema secondo M.J. PERRY, *The Constitution, the Court and Human Rights*, New Haven, London 1982.

zionalità legislativa». Questa locuzione cos'altro sta ad indicare se non lo spazio lasciato al libero «gioco» delle forze politiche, che entrano nel diritto con la «maschera» del legislatore? Un gioco «libero» (nel senso che non è vincolato da alcun fine, come talvolta si è supposto in passato) sin dove — per usare la formula della Corte costituzionale — «non trasmodi in palese arbitrarietà», rilevabile attraverso quelle tipiche «figure sintomatiche» riassunte nei test di ragionevolezza di cui si compongono i giudizi di eguaglianza e di bilanciamento degli interessi.

Ma se questo è il limite, per così dire, «interno» alla discrezionalità (il limite dei momenti «ordinari»), vi è poi anche il limite «esterno», legato al principio di legalità e di gerarchia delle fonti, cioè il limite della costituzione scritta (il limite dei momenti di crisi). Di entrambi il custode è la Corte costituzionale, *perché giudice delle leggi*. Ma il limite esterno è fatto valere soltanto quando non sia più in discussione l'uso del potere «discrezionale» del legislatore, cioè il modo in cui si svolge il gioco, ma la legittimità stessa del potere, cioè le regole costitutive del gioco (71).

(71) Questa contrapposizione presenta un evidente isomorfismo con un'altra distinzione, tracciata dalla Corte costituzionale in riferimento ad una problematica del tutto diversa: quella dei rapporti tra norme comunitarie dotate di efficacia diretta e norme interne (sent. 170/1984). Con questa famosa decisione la Corte ha distinto una procedura di soluzione dei casi «ordinari» di conflitto delle norme interne con quelle comunitarie, e una procedura per i casi «straordinari», in cui il conflitto vada ad incidere o sui principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano o sugli stessi limiti della sovranità statale posti dalla legge di esecuzione dei Trattati, impedendo in via generale l'osservanza di questi. Qui la scissione delle due ipotesi è così netta da comportare anche un riparto di giurisdizione, potendo i casi «ordinari» essere amministrati dal giudice ordinario, mentre quelli «straordinari» rimanendo riservati al giudice costituzionale. Ma la *ratio* di questo riparto, al di là delle brillanti soluzioni dommatiche che ha escogitato la Corte, sta nel diverso grado di immediatezza e di rilevanza con cui entra nel giudizio il parametro costituzionale: che nei casi «ordinari» ha una presenza quasi solo metafisica (l'art. 11 come norma di garanzia degli adempimenti assunti dallo Stato italiano, accettando le limitazioni di sovranità derivanti dalla partecipazione ad un certo tipo di ordinamento internazionale e a certe condizioni), mentre nei casi «straordinari» assume diretta pregnanza. Ciò vale anche nella distinzione che si è tracciata tra i casi in cui la Corte procede con gli strumenti del giudizio di ragionevolezza, così poco impegnativi dei «valori» costituzionali da essere sostanzialmente comuni a tutti i giudici (si pensi alla dichiarata fungibilità del giudizio di eguaglianza con l'«interpretazione» analogica: si vedano per es. la sent. 136/1985, in «*Giur. cost.*» 1985, I, 979 ss., 984, in cui si dichiara l'infondatezza della questione

Non è un caso che le pagine più impegnative in materia di libertà — impegnative sul piano dell'attribuzione di significati al testo costituzionale — siano state scritte dalla Corte costituzionale con riferimento alla legislazione pre-repubblicana. Non si può credere che allora, come pure taluno ha supposto, la Corte fosse più motivata o politicamente impegnata sul terreno delle garanzie costituzionali: anzi, come si è visto (72), è proprio in quegli anni che si è sviluppata la teoria dei limiti «naturali» dei diritti costituzionali, fonte di una consistente riduzione del significato letterale del testo (perché essa stessa avrebbe dovuto produrre, in fondo, un criterio per distinguere i casi «ordinari», risolvibili con il bilanciamento degli interessi, da quelli «straordinari», che pretendevano l'applicazione di una «regola costituzionale»). Il fatto è che nel giudizio sulla legislazione fascista era spesso indispensabile far valere il limite del testo, il limite «esterno» che il legislatore (presente o passato che fosse) non poteva valicare. E se oggi quelle pagine di giurisprudenza sembrano così lontane, non bisogna certo rammaricarsene, perché vuol dire semplicemente che i diritti fondamentali sono meno direttamente minacciati. Oggi, più che a «fasi» di crisi, si assiste a singoli episodi isolati di lesione «diretta» dei diritti costituzionali, in cui la Corte è chiamata a riaffermare la linea invalicabile della garanzia costituzionale. Forse con una semplificazione, si potrebbe dire che tali sono i non frequenti casi di *content-based abridgments* delle libertà, che non a caso sembrano sottoposti anche dalla Corte costituzionale italiana ad uno *strict scrutiny* (par. 19).

Se si accettano queste tesi, si deve allora riconoscere come normale (in tutti i sensi di cui è capace la parola) che la Corte operi per ampi tratti senza occuparsi di quanto è scritto in Costituzione.

La Corte ha due marce (73): l'una per i tragitti ordinari, per

perché l'estensione della classificazione legislativa è stata già compiuta dalla Cassazione in via di interpretazione: e, per altro verso, la sent. 5/1986, in «*Giur. cost.*» 1986, I, 41 ss., 45, in cui la Corte dichiara l'illegittimità «nella parte in cui...», esplicitamente riconoscendo che lo stesso risultato era stato raggiunto in via di interpretazione dalla Corte dei conti; oppure si pensi alle «figure sintomatiche» elaborate dalla nota sent. 14/1964 per il giudizio sulle leggi (provvedimento), ed i casi in cui invece a venire discusso è proprio l'«attacco» al limite fissato dal testo costituzionale.

(72) *Supra*, par. 13.

(73) Che probabilmente corrispondono ai due ruoli che C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*,

affrontare i quali basta la meccanica del giudizio di ragionevolezza, con le diverse sembianze che esso assume nei vari contesti (lo schema trilaterale del giudizio d'eguaglianza; il bilanciamento degli interessi; la discrezionale commisurazione delle pene ai delitti; la congruità rispetto alle « clausole finalistiche » della Costituzione; la « leale cooperazione » tra Stato e Regione; ecc.) (74); l'altra per i percorsi più impervi, in cui bisogna ricorrere alle ruote dentate del riferimento « forte » al testo costituzionale, proprio perché serve qualcosa che ancori il giudizio sulle leggi ad una guida esterna alla legge stessa, ad essa quasi contrapposta, qual'è la regola costituzionale.

In questa prospettiva, non può che apparire un po' paradossale che l'attenzione preoccupata dei commentatori sia attratta più dal modo ordinario che da quello straordinario di procedere nel giudizio.

Certo il peso della tradizione si fa sentire, perché una giurisprudenza costituzionale che si faccia costantemente forte del Testo è più conforme alla struttura a cremagliera rappresentata dall'applicazione sillogistica del diritto; mentre, al contrario, un giudizio svolto tutto in termini di ragionevolezza sembra minare quelle condizioni minime di certezza e oggettività relativa che si è soliti attribuire all'interpretazione giuridica, e riapre con maggior intensità il problema della legittimazione della Corte e delle interferenze di essa con i fondamenti del sistema rappresentativo.

È a tutti noto che il problema della « legittimazione » del giudice costituzionale è congenito alla stessa teoria kelseniana della *Verfassungsgerichtsbarkeit*: come conciliare l'esigenza di introdurre un'istanza di razionalità, che si contrapponga e riduca il dominio della volontà politica, affiancando al parlamento un « legislatore negativo » che opera nelle forme e nei modi del giudice, con la fondamentale affer-

Bari 1979, 149 ss., 171, delinea quando scrive, con specifico riferimento alla giurisprudenza della « ragionevolezza », che « la stessa Corte non ha saputo restare alle sollecitazioni di un sistema che la vuole moderatore di conflitti prima ancora che custode di valori costituzionali ».

(74) La diffusione del giudizio di ragionevolezza, e dello stesso bilanciamento degli interessi, dalla giurisprudenza in materia di diritti fondamentali a tutti i settori di applicazione della Costituzione, inclusi i rapporti interorganici tra i poteri dello Stato e le relazioni intersoggettive tra autorità territoriali, è un fenomeno ben noto anche negli Stati Uniti: cfr. L. HENKIN, *Infallibility Under Law: Constitutional Balancing*, in 78 « Columbia L.R. » 1978, 1022 ss.

mazione della « creatività » della sentenza, della differenza solo quantitativa e non qualitativa tra giudice e legislatore nella creazione del diritto? Come è stato osservato di recente (75), secondo il « vero » Kelsen (prima, cioè, che la polemica con Schmitt lo costringesse a qualche « ripiegamento tattico », gravido però di conseguenze per la coerenza del modello), la *Verfassungsgerichtsbarkeit* avrebbe come presupposto inderogabile una costituzione « tecnica », strettamente precettiva e necessariamente priva di « valori », insuscettibili di discorso razionale per il relativismo etico che Kelsen professava. Solo a quelle condizioni sembrerebbe consentito — in un sistema parlamentare in cui non esistono altre funzioni « neutre », e in cui solo il corretto svolgersi della procedura parlamentare permette di tradurre in decisioni accettabili l'irriducibile soggettività della volontà — di opporre alla volontà del legislatore un giudice che svolge solo compiti « conoscitivi », che rappresenta appunto l'« opposizione » della razionalità e dell'oggettività. Ma questo modello oggi non sarebbe più sostenibile, per l'aperta opzione delle costituzioni del '900 (l'italiana inclusa) per una testo lungo, in cui vengono proclamati valori inconciliabili, essendo assegnato poi proprio alla Corte costituzionale il compito di conciliarli.

Ora non c'è dubbio che le grosse incrinature che la critica ha evidenziato nel modello di Kelsen non potrebbe che travolgere tutti i modelli e tutte le ipotesi che tendono a collegarsi in qualche modo ad una funzione « neutra » del sindacato di legittimità costituzionale. Né, d'altra parte, sembra possibile rinunciare ad un certo grado di « neutralità », ad un ancoramento a supporti oggettivi, quando si intenda come qui si è inteso — giustificare una prassi giurisprudenziale che si mostra ampiamente svincolata dall'applicazione delle disposizioni costituzionali, e, per giunta, chiaramente compromessa nella valutazione comparativa degli interessi in lizza.

Ma, senza entrare nella ricostruzione del pensiero di Kelsen, una domanda mi sembra pregiudiziale: è proprio necessario accettare tutti i presupposti indicati come fondamento della teoria kelseniana per continuare ad avvalersene (76)? E più in particolare, è proprio indi-

(75) C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma 1984, spec. 40-46, 70-83.

(76) Non c'è dubbio che il radicale relativismo etico rientri nelle premesse

spensabile restare tutt'ora ancorati ad una versione così arcaica del relativismo etico, per mantenere attuale quel modello di *Verfassungsgerichtsbarkeit*? Perché è pacifico che oggi è molto difficile ritrovare, proprio nelle fila del non-cognitivism etico, posizioni di così rigida intransigenza in merito alla possibilità di un discorso razionale sui valori (77). Da un lato, le filosofie ermeneutiche (ed ora i seguaci del « pensiero debole » (78)) hanno offuscato l'orizzonte ontologico della « verità », l'emisfero da cui i « valori » erano esclusi, e smascherata « la ingenuità del concetto di oggettività delle scienze storiche » (79); dall'altro — ed è questo un dato ancora più interessante — è dalla stessa sponda del relativismo etico che oggi si gettano solidi ponti al mondo dei valori, moltiplicando i punti di passaggio tra i due emisferi, del discorso razionale e delle valutazioni, soprattutto nelle zone attigue al campo del diritto (80).

Se, dunque, l'opposizione dei due emisferi ha perso oggi molto

caratterizzanti l'opera di Kelsen: ma forse si tratta di premesse, per così dire, « esterne » alle sue tesi, che ne giustificano le scelte di fondo, e non di premesse « interne », senza le quali verrebbe meno la coerenza stessa di esse, sicché si possa dire che premesse e tesi vadano insieme accettate o insieme ripudiate. Infatti, come è stato notato a proposito dell'opposizione di Kelsen ad accettare i principi come oggetto degno d'indagine giuridica (L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., 72-75), la prospettiva di Kelsen riguarda il risultato (il diritto posto) e non le modalità (diverse dalla regolamentazione positiva) della produzione normativa, e questo spiega il suo assoluto disinteresse per l'analisi di argomentazione, giustificazioni, ragionamenti attraverso cui le norme giuridiche si producono. Le premesse « esterne » spiegano forse questo suo disinteresse, ma ad esso noi non siamo vincolati, ne condizionati qualora intendessimo avvalerci degli strumenti che la sua teoria ci mette a disposizione.

(77) Cfr., ad es., O. WEINBERGER, *Analytisch-dialektische Gerechtigkeitslehre. Skizze einer handlungstheoretischen und noncognitivistischen Gerechtigkeitslehre*, tr. it. in N. MacCORMICK-O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, cit., 181 ss. (a pag. 195 un'esplicita presa di distanze da Kelsen sul problema dell'applicazione di inferenze logico-normative).

(78) Cfr. G. VATTIMO, *Dialettica, differenza, pensiero debole*, in *Il pensiero debole*, Milano 1990 (VII ed.), 25 s.

(79) H.G. GADAMER, *Prefazione all'edizione italiana di Wahrheit und Methode*, tr. di G. Vattimo, Milano 1990 (VII ed.) XLIV.

(80) Si vedano in particolare i due recenti volumi di A. AARNIO, *The Rational as Reasonable*, cit., e A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989 (sul *value relativism* di quest'ultimo si leggano in particolare le considerazioni di Aarnio nell'introduzione al volume citato, pag. 12). Ma ulteriori indicazioni si trovano *supra*, alle note 16, 26, 27, 77 di questa parte.

della sua nettezza e delle gravi conseguenze, sarebbero due (e non più uno solo) i presupposti della teoria della *Verfassungsgerichtsbarkeit* a risultare irrimediabilmente incrinati: un certo relativismo etico (estremo) e una certa concezione della costituzione scritta (breve e « tecnica »). Ma, paradossalmente, la crisi dell'uno compensa e riequilibra la crisi dell'altro: perché se oggi si ammette che il discorso razionale proceda almeno sino ad un certo punto in questioni che attengono ai « valori », se si può parlare di una « oggettività relativa nelle giustificazioni pratiche » (81), allora l'affermarsi della costituzione « lunga », con il conseguente affiancarsi e sovrapporsi di una componente etico-politica alla componente tecnico-giuridica, non sembra più, ai *nostri* occhi, compromettere la « neutralità » del giudice costituzionale, e frustrare « l'esigenza o tendenza all'obiettività nell'applicazione o "esecuzione" ai casi della vita di una normativa presupposta e predeterminata » che noi siamo portati ad associare al concetto stesso di giurisdizione (82).

Il vero problema è intendere con quali strumenti e quali procedure la Corte costituzionale possa affrontare questo compito, ed è qui che tornano d'attualità gli interrogativi sul significato della costituzione scritta. Il testo costituzionale elenca valori e interessi che si presumono prioritari, ed altri li sottintende. Da un lato, questo fatto estende in qualche misura l'« oggettività » delle operazioni compiute dal giudice costituzionale, che, per giustificare quelle premesse che certo (almeno nella prospettiva di un relativismo etico, pur moderato) non sono riducibili a sole mosse logico-analitiche, può sempre farsi forte di un dato « positivo ».

Da ciò nascono però anche molti equivoci, perché il ricorso ai valori costituzionali avrà pure una certa forza persuasiva nel giustificare la decisione, ma nasconde e offusca le operazioni che la Corte compie, più che rappresentarle e chiarirle. Quante volte si è ripetuto che la Costituzione, frutto di un compromesso tra forze e ideologie inconciliabili, elenca « valori », programmi e principi privi di un ordine di

(81) L'espressione è di O. WEINBERGER, *Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning*, in *Theory of Legal Science*, tr. it. di P. Comanducci in *L'analisi del ragionamento giuridico*, I, cit., 106.

(82) F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., 528.

precedenza e il cui coordinamento è tutto da inventare caso per caso? Il punto di forza dell'argomentazione della sentenza non può quindi risiedere nel richiamo di un « valore » costituzionale, ma in tutte quelle operazioni che vengono indicate — con una nozione di famiglia, non suscettibile di definizione esaustiva — « giudizio di ragionevolezza ».

Questo non significa affatto che la Corte possa o debba ricorrere a criteri di giustizia esterni al diritto (positivo), perché le regole e le procedure del discorso razionale sono tanto poco esterne al diritto quanto lo sono il linguaggio e le sue regole. Ma, soprattutto, significa che la Corte non può raggiungere la decisione attraverso la semplice interpretazione del testo costituzionale, cercando nelle infinite combinazioni delle disposizioni costituzionali la soluzione del problema che di volta in volta si prospetta, il fondamento della propria decisione.

Il metodo della permutazione delle lettere del Testo è ben noto al mistico che vi ricerca i nomi di dio, ben sapendo che non è la verità oggettiva, ma l'ascesi e la saggezza che sta perseguendo, perché « le nostre interpretazioni si possono prolungare all'infinito, senza cessare d'essere giuste » (83). Anche le « interpretazioni » della Costituzione si possono prolungare all'infinito, senza cessare di essere giuste, ma prive di un reale significato per la giustificazione delle decisioni che in suo nome vengono pronunciate. Ed ecco che allora, per introdurre e giustificare un criterio che consenta di privilegiare un'interpretazione del testo tra le tante possibili, si fa ricorso alle teorie « olistiche » della costituzione, fondate su elementi che al testo non appartengono, come la costituzione « materiale », i principi di civiltà giuridica, i diritti fondamentali caratterizzanti la forma di stato, le infinite implicazioni della dignità dell'uomo, ecc. Ma in questo modo — è appena il caso di sottolinearlo — non è certo più il « testo » costituzionale ad essere applicato (84): non è esso a fondare la decisione, ma qualcuno di quegli elementi extratestuali, di quelle teorie, destinate perlopiù a non sopravvivere alla propria stagione, ad essere dimenticate o smentite non appena mutino le sfumature del caso da decidere (o le condizioni extragiuridiche).

(83) A. SAFRAN, *Sagesse de la Kabbale*, tr. it. di C. Lamparelli, Milano 1990, 63.

(84) Come nota M. LUCIANI, *La «Costituzione dei diritti»*, cit., 499.

Il testo costituzionale può essere un fattore di certezza se usato per quello che è e che può dare: poche linee rigide, qualche marcatura caratterizzante (questo è il suggerimento non trascurabile che ci deriva dalle correnti *strict constructivist* della giurisprudenza americana). Ma non se ne deve affatto ricavare che alla Corte costituzionale sia precluso un giudizio che non sia strettamente ancorato a questi parametri « certi »: purché esso si svolga con le procedure e le garanzie del discorso razionale, e non con le pratiche esoteriche del « combinato disposto ».

INDICE DELLE SENTENZE
DELLA CORTE COSTITUZIONALE

(I numeri in carattere corsivo sono riferiti alle sentenze, quelle in tondo alle pagine)

1956

1: 56, 59, 84, 95, 100
2: 101, 124, 127, 130

8: 101
11: 11, 128

1957

1: 125
2: 56
21: 61
34: 25

46: 104
120: 56, 67, 123
121: 17, 27, 56, 58, 59, 127

1958

29: 14
36: 57, 96, 97, 100, 101, 128

56: 44

1959

19: 105

49: 67

1960

1: 96
6: 21, 98

12: 68, 80
33: 44

1961

21: 44, 99
26: 101
38: 21, 95, 100, 101, 129

43: 45
64: 44
70: 92

12. R. BIN

1962

1: 113	88: 14
5: 79	90: 61
19: 59, 105, 125	93: 98
30: 67	123: 57
54: 79	124: 57, 125
69: 25, 37, 57, 71	

1963

45: 78	92: 44
50: 15	109: 15
72: 67, 68	130: 15
73: 145	155: 44, 113
88: 44	

1964

2: 98	48: 95, 97, 99
14: 163	68: 26, 45
44: 59	100: 99
47: 96	114: 21, 116

1965

12: 57, 96, 101, 102, 129	45: 64
24: 69, 96, 101, 103	49: 99, 106
25: 57, 70, 78, 121, 122	61: 57, 97
32: 67	68: 67
41: 64	101: 44

1966

6: 21, 45, 50, 103	71: 44
7: 100, 101, 129	82: 72
18: 57, 70, 78, 105, 121	87: 67, 76
46: 44	95: 21
49: 44	100: 67
63: 57, 96	

1967

7: 110, 111	102: 44
20: 45	103: 90, 92
22: 110	114: 105
50: 64	143: 84, 109
52: 67	144: 21, 44
58: 98	150: 97

1968

53: 22	96: 45
55: 99, 103	98: 79
56: 103	102: 79
74: 11	114: 78
85: 98, 112	120: 105, 130

1969

1: 116	84: 123, 125, 126
2: 110	116: 98, 112
24: 67	125: 63, 73
46: 45	146: 15
54: 44	155: 44
79: 20	159: 98
81: 64	

1970

10: 64, 98, 112	122: 105
34: 98	129: 57, 80, 97, 106
65: 57, 67, 105, 125	133: 145
78: 97	142: 15
89: 12, 20	144: 68
97: 116	159: 68
111: 78, 96	173: 15 188: 64, 87

1971

10: 67	139: 14, 15
11: 92	159: 98
49: 105, 109	168: 57

1972

12: 95, 101, 106, 129
 13: 67, 130
 93: 68
 117: 14, 15
 120: 44
 149: 116
 155: 97

170: 15
 172: 64
 186: 96
 199: 105, 125
 201: 44
 205: 90

1973

9: 64
 15: 124
 16: 59, 67, 123
 23: 113
 34: 127
 35: 116

38: 68
 57: 109
 58: 116
 128: 64
 131: 97
 133: 57

1974

20: 57, 67, 71
 33: 98, 112
 106: 97, 99
 107: 45
 108: 123, 124
 130: 38, 70
 160: 110, 111

173: 124
 206: 90, 108
 225: 83
 226: 83
 255: 85, 98
 274: 14, 45

1975

20: 79
 33: 115
 37: 115

92: 111, 115
 106: 21, 68
 188: 67

1976

3: 100
 8: 145
 48: 78
 49: 44
 56: 98

57: 57
 94: 80
 123: 79
 167: 90
 168: 15

171: 44, 64, 90
 179: 90
 187: 115
 200: 90
 202: 47, 102

210: 105
 225: 91
 260: 103
 263: 45

1977

4: 57
 37: 114
 77: 15

127: 21
 153: 100

1978

16: 58
 20: 81

71: 125

1979

56: 98
 65: 64, 110
 85: 145
 89: 57, 97
 93: 85, 99

98: 64
 114: 30
 125: 96, 99
 126: 44
 153: 108

1980

1: 78
 5: 47, 99
 10: 45
 36: 97

42: 91
 54: 44
 56: 92
 135: 14

1981

1: 78, 105
 18: 78, 105
 50: 113
 62: 64
 100: 78, 127
 101: 114

140: 108
 148: 106
 174: 145
 181: 45
 190: 11

1982

15: 97	64: 92
16: 121	139: 90
18: 27, 121	142: 145
28: 44, 102	180: 107
40: 25	204: 44

1983

15: 64	212: 113
73: 79	222: 145
108: 7	223: 145
128: 64	224: 35, 145
149: 45, 104, 116, 117, 118	277: 45
164: 15	300: 100

1984

28: 115	141: 81
100: 14	170: 162
132: 109	180: 4
137: 92	238: 79
138: 21	239: 25
139: 45, 100	292: 145

1985

37: 80	158: 44, 64
52: 118	161: 64
68: 37	193: 105
86: 7	203: 94
105: 64	231: 83
126: 97, 125	300: 64, 110
132: 81, 92, 108	340: 14
134: 92, 108, 109	349: 45, 109, 114, 115
136: 162	369: 118

1986

5: 163	31: 111, 115
19: 44	137: 45

173: 115
176: 45, 64

184: 24
260: 14

1987

1: 27, 45, 114, 145	189: 87, 88
6: 27	191: 4
7: 34	196: 35
14: 64, 103	197: 78
17: 74	206: 15
63: 51	210: 4, 19, 136
72: 48, 51	215: 31, 43, 119
88: 20, 130, 137	217: 45
100: 38, 45	228: 115
101: 109, 111	255: 37, 38, 70, 97
128: 20	278: 34, 38
145: 114, 115	281: 145
153: 83, 84, 100, 101, 130	283: 64
163: 145	286: 4, 20, 27, 108, 145
173: 64	290: 30, 45
180: 48	345: 78, 98

1988

78: 86, 89, 109	644: 127
156: 98, 112	648: 103
177: 62	822: 109
179: 90, 108	823: 18
182: 86	826: 105
211: 22	880: 118
217: 43	922: 145
289: 7	971: 92, 145
331: 45	992: 118
332: 145	1028: 85
364: 88	1030: 64, 84, 100, 106
369: 22	1063: 22, 68
374: 109	1088: 119
404: 74, 135	1104: 85
437: 100	1128: 73
438: 105	1130: 45
501: 114	1143: 64, 74, 87, 113
557: 86	

1989

21: 45	400: 44
24: 79	409: 88
50: 145	470: 105
181: 85	487: 88
184: 19	530: 99
307: 115	542: 91
310: 64	543: 78, 96
318: 109	568: 99
319: 113	

1990

40: 92	241: 100
44: 92	260: 110
63: 23	282: 88
67: 98, 99	295: 45
123: 91	298: 18
127: 137	307: 118
158: 92	369: 45
161: 45	455: 110
184: 100	470: 98, 99
187: 45	545: 145

1991

15: 85, 99	61: 119
16: 92	62: 145

INDICE ANALITICO

(I numeri in corsivo indicano la pagina in cui l'opera è citata per la prima volta)

- AARNIO, A., 135, 140, 144, 152, 166
 « absolute test »: v. « bilanciamento degli interessi »
 « ad hoc-balancing »: v. « bilanciamento degli interessi »
 AGRO, A.S., 49
 ALEINIKOFF, T.A., 65, 66, 139, 149, 151, 154
 ALEX, R., 2, 9, 11, 32, 39, 40, 41, 54, 61, 92, 140, 142, 144, 148, 152, 157
 AMATO, G., 2, 8, 25, 76, 89, 141
 AMIRANTE, C., 33
 analogia: v. « eguaglianza »
 anacronismo legislativo: v. « interpretazione »
 ANZON, 147, 148
 ASSINI, N., 146
 BAKER, C.E., 69, 76
 BALDASSARRE, A., 2, 47, 76, 124, 130, 135, 136
 BARENDT, E., 65
 BARILE, P., 8, 20, 22, 76, 123
 BARTOLE, S., 9, 26, 27, 34, 37, 61, 62, 73, 155, 155
 BETTERMANN, K.A., 19
 BETTI, E., 2
 bilanciamento degli interessi
 — « absolute test », 60
 — « ad hoc-balancing », 65, 66, 93, 149
 — anacronismo legislativo: v. « interpretazione »
 — « clear and present danger », 66, 69, 76, 105, 123-127
 — compressione eccessiva di un diritto, 96-102
 — « costo » dello strumento normativo, 81-88
 — « definitional balancing », 65-70, 126, 149
 — delega di bilanciamento, 70, 90-93, 121, 127-131
 — e analisi costi-benefici, 82, 115
 — e argomento ab absurdo, 72
 — e circostanze di fatto, 40, 41
 — e common law, 65, 66
 — e consenso, 144 (v. anche « Corte costituzionale »)
 — e criteri di giustizia, 149
 — e discrezionalità amministrativa, 100, 101
 — e eguaglianza, 93, 99, 100, 115, 116 (v. anche « diritti costituzionali » e « eguaglianza »)
 — e « giustificazione esterna », 142
 — e interpretazione giuridica, 60, 61, 63, 68, 133-138
 — e legittimazione della Corte, 164
 — e motivazione della sentenza, 138-144
 — e ordine pubblico: v. « diritti costituzionali »
 — e presunzioni legali, 66, 90, 92
 — e problemi « non-euclidei », 61, 65
 — e ragionevolezza, 46, 63, 66, 114 (v. anche « eguaglianza » e « ragionevolezza »)
 — e risorse, 102-107, 161 (v. anche « diritti costituzionali — e finanza pubblica »)
 — e teoria dei limiti « naturali », 34, 56-62, 58, 104, 126 (v. anche « diritti costituzionali »)
 — e teoria dell'argomentazione, 139, 140, 144
 — e teoria della Costituzione, 154-169 (v. anche « teoria della Costituzione »)

- diritti di prestazione, 107-120 (v. anche « diritti costituzionali — di prestazione »)
- divieto penale come « extrema ratio », 88
- generazioni future, 153
- « less restrictive means », 82, 83, 88
- « operatività minima » dei diritti: v. « diritti costituzionali »
- nei rapporti stato-regione, 61
- « regola di prevalenza », 39, 40, 61, 96, 130, 143
- selezione degli interessi, 151, 152
- « time, place, and manner », 65
- topografia del conflitto, 36, 62-64, 70-71, 103, 131, 151
- valutazione « prima facie » degli interessi, 72, 80
- BIN, R., 7, 28, 31, 36, 46, 73, 85, 92, 98, 154, 157
- BINDER, Ch., 22
- BLACK, H., 138
- BLANKENBURG, E., 141
- BOGNETTI, G., 123
- BRANDEIS, L.D., 124
- BREST, P., 141
- BRUNELLI, G., 124

- CAMPBELL, T., 133
- CAPPELLETTI, M., 66
- CARAVITA, B., 43
- CARBONE, C., 26
- CARLASSARE, L., 148
- CARNEVALE, P., 117
- CASELLI, G., 141
- CERRI, A., 13, 23, 28, 32, 34, 35, 36, 43, 47, 51, 123, 124, 125, 147, 148
- CERVATI, A., 32, 117, 142, 146
- CHAFEE, Z., 87, 123
- CHELI, E., 100, 134
- CHIARELLI, G., 12
- CHOPER, J.H., 65, 138
- CHRISTENSEN, R., 79
- « clear and present danger »: v. « bilanciamento degli interessi »
- COGNETTI, S., 13
- COING, H., 2
- COMANDUCCI, P., 140, 150

- comunità degli interpreti: v. « Corte costituzionale »
- congruità: v. « eguaglianza »
- CORASANITI, A., 33, 77
- CORSO, G., 125, 126
- Corte costituzionale
 - « astrattezza » vs. « concretezza », 121, 127, 151 (v. anche « eguaglianza — e « concretezza » del giudizio »)
 - « copertura finanziaria » delle sentenze, 116
 - « costituzionalità provvisoria », 146
 - dissent, 141
 - e « precedente », 148
 - e « uditorio », 144-149
 - e « comunità degli interpreti », 141, 145, 146
 - ed evoluzione legislativa, 145 (v. anche « anacronismo legislativo »)
 - e parlamento, 145
 - motivazione della sentenza, 140-144 (v. anche « motivazione »)
 - sentenze additive, 117
- CRISAFULLI, V., 16, 19, 28, 89, 96, 103, 120, 157

- D'ATENA, A., 22, 26 »
 - definitional balancing »: v. « bilanciamento degli interessi »
- DENNIS v. U.S., 65
- DENTI, V., 141
- DIAMOND, P.R., 145
- diritti costituzionali
 - abitazione, 43, 135
 - ambiente, 136, 137
 - catalogo chiuso o aperto?, 136-138
 - compressione « diretta », 70, 104, 106
 - compressione « indiretta », 70, 104, 106, 122
 - « content-based abridgments », 70, 104, 106, 121, 123, 163
 - « content-neutral abridgments », 70, 104, 106, 122
 - contenuti vs. mezzi, 94-102, 104, 106, 110, 113
 - definizione stipulativa, 8
 - di prestazione, 7 (v. anche « bilanciamento degli interessi »)

- di prestazione: tutela dell'affidamento, 109
- di prestazione: diritti quesiti, 109
- di prestazione: Drittwirkung, 74
- di prestazione: gradualità, 74, 107-111
- difesa, 38, 73, 98, 99, 116
- e finanza pubblica, 74, 111 (v. anche « bilanciamento degli interessi — e risorse »)
- e « limiti naturali », 34, 56-60, 76, 95, 104 (v. anche « bilanciamento degli interessi »)
- e « rights-skepticism », 42
- e « sistema », 119 (v. anche « disposizioni costituzionali — interpretazione sistematica »)
- ed esigenze funzionali, 7, 58, 78-80
- eguaglianza formale: v. « eguaglianza »
- eguaglianza formale: « nucleo forte », 44, 45
- eguaglianza sostanziale, 43
- eguaglianza tra coniugi, 27
- espatrio, 25
- gerarchie: inesistenza, 32, 34, 35, 73, 74
- giudice naturale, 14, 15
- « individuali » vs. « funzionali », 65, 75-78
- inserimento scolastico, 43
- libertà di associazione, 25
- libertà di circolazione, 68
- libertà di domicilio, 68
- libertà di espressione, 65, 67, 68, 69, 94, 95
- libertà personale, 15, 26, 67
- limite dell'ordine pubblico, 59 (v. anche « bilanciamento degli interessi »)
- « marketplace of ideas », 76
- « nuovi » vs. « vecchi » diritti, 136
- operatività minima, 101, 103, 112-120
- prescrittibilità, 96
- salute, 24
- teoria del « carattere privilegiato », 69, 73
- teoria del « low value », 65, 67, 76, 105

- teoria della riserva di legge « implicita », 76, 95, 96, 104
- Wesensgehalt, 131
- disposizione e norma, 16, 41, 157, 160
- disposizioni costituzionali
 - clausole discrezionali e concetti indeterminati, 13, 14
 - interpretazione « conforme alle leggi »: v. « interpretazione »
 - interpretazione sistematica, 17-28, 30, 31, 34, 58
 - interpretazione: « originalism », 23
 - interpretazione: regole delle « preleggi », 26
 - interpretazione: « Versteinerungstheorie », 22, 23, 26
 - norme programmatiche, 29, 103, 110
 - nozioni di settore, 20, 22, 29, 29
 - « principi supremi », 27, 30, 33
 - regole e principi, 9-11, 13-18, 26-33, 41, 42 (v. anche « principi »)
 - riserve rinforzate, 13
- « dissent »: v. Corte costituzionale
- DOGLIANI, M., 157, 160
- DREIER, R., 139
- DWORKIN, R., 9, 10, 12, 54

- eguaglianza
 - come « argomento retorico », 47
 - come meccanismo metarelazionale, 45
 - come regola e come principio, 44, 45 (v. anche « disposizioni costituzionali — regole e principi »)
 - e « concretezza » del giudizio, 48-52 (v. anche « Corte costituzionale — « astrattezza » vs. « concretezza » »)
 - e « specialità » della disciplina, 51
 - e « tono costituzionale » della questione, 52
 - e analogia, 46, 162
 - e congruità, 46
 - e legislazione speciale, 53
 - e parametri « sostanziali », 49
 - e ragionevolezza, 44, 46, 93 (v. anche « ragionevolezza »)
 - e ratio legis, 46
 - e regolazione degli effetti delle sen-

- tenze, 50 (v. anche « Corte costituzionale »)
- giudizio « trilaterale », 45
- *ratio distinguendi*, 44
- EHMKE, H., 13
- ELIA, L., 19, 69, 117
- ELY, J.H., 82, 154, 161
- EMERSON, T.I., 60, 65, 68, 123
- ENGISCH, K., 13
- ERMACORA, F., 22
- ESPOSITO, C., 59, 75, 76, 95
- ESSER, J., 139
- FALLON, R.H., 23
- FASSÒ, G., 2
- FAVOREU, L., 156
- FISS, O.M., 141
- FOIS, S., 69, 76, 94, 123
- FRANK, J., 42
- FRANKFURTER, F., 65, 138
- FRANTZ, L.B., 65, 68, 138
- FRIEDMAN, L.M., 136, 140
- funzionalizzazione dei diritti: v. « diritti costituzionali »
- GABRIELE, F., 47
- GADAMER, H.G., 139, 166
- GALLI, G., 72
- GARBAGNATI, E., 2
- generazioni future (v. « bilanciamento degli interessi »)
- « *Gesetzeskonforme Auslegung* »: v. « interpretazione — conforme alle leggi »
- GIANFORMAGGIO, L., 16, 32, 135, 143, 144, 156, 157, 166
- GOLDSTEIN, L., 143
- GRASSI, E., 22
- GROSSI, P., 2, 57
- GROTTANELLI DÈ SANTI, G., 33
- GUASTINI, R., 3, 9, 16, 26, 27, 41, 140, 147, 156
- HÄBERLE, P., 2, 141
- HEIN, P.E., 117
- HENKIN, L., 164
- HOLMES, O.W., 124, 159
- HÖFLING, W., 60, 141
- interpretazione
- « anacronismo legislativo », 28, 108, 148
- argomenti « logici » vs. argomenti « retorici », 47
- argomenti « produttivi », 41, 58, 135
- argomento naturalistico, 58, 61
- « conforme a Costituzione », 18, 19, 20, 23, 26, 27, 29
- « conforme alle leggi », 18, 19, 23, 29
- definizioni legislative, 29
- e « ragionevolezza »: v. « ragionevolezza »
- e teoria della Costituzione, 157-169 (v. anche « teoria della Costituzione »)
- *id quod plerumque accidit*, 91, 115 (v. anche « bilanciamento degli interessi — e presunzioni legali »)
- originalism: v. « disposizioni costituzionali »
- *Rechtsfolgenargument*, 117
- sistematica: v. « disposizioni costituzionali »
- KAMISAR, Y., 65, 138
- KARST, K.L., 135, 154
- KELSEN, H., 164, 165
- KRIELE, M., 139
- KROMER, M., 79
- LARENZ, K., 139
- LAVAGNA, C., 8, 140
- Lebach-Urteil, 143
- LEISNER, W., 19, 26
- « *less restrictive means* »: v. « bilanciamento degli interessi »
- LEVI, F., 13
- LLEWELLYN, K., 55
- LOCKHART, W.B., 65, 138
- Lochner vs. New York, 159
- LOMBARDI, G., 123, 131
- LUCIANI, M., 13, 21, 47, 51, 66, 76, 77, 131, 156, 168
- Lüth-Urteil, 33
- LYONS, D., 35

- MacCORMICK, N., 1, 33, 140, 143, 144, 149, 150
- MAJEWSKI, O., 20
- MANGIAMELI, S., 22, 26
- « marketplace of ideas »: v. « diritti costituzionali »
- MAZZIOTTI, M., 22, 123
- MENDELSON, W., 138
- MEZZANOTTE, C., 52, 62, 163, 164, 165
- MILL, J. S., 76
- MODUGNO, F., 32, 34, 50, 117, 145, 146, 167
- MONATERI, P.G., 24
- MOR, G., 44
- MORELLI, G., 2
- MORTATI, C., 76, 141, 142
- motivazione
- come giustificazione razionale, 141 (v. anche « bilanciamento degli interessi — e motivazione della sentenza » e « Corte costituzionale — motivazione della sentenza »)
- MULLEN, T., 139
- MÜLLER, Fr., 139
- NANIA, R., 15, 34, 67, 125
- NIMMER, M.B., 65, 66
- NOBILI, M., 14
- norme programmatiche: v. « disposizioni costituzionali »
- OLBRECHTS-TYTECA, L., 144 3
- PACE, A., 32, 52, 75, 76, 77, 84, 95, 104, 136
- PALADIN, L., 23, 45, 49, 58, 89, 95, 115, 125, 141, 150
- PECZENIK, A., 33, 140, 144, 152, 166
- PEGORARO, L., 145, 146
- PERELMAN, Ch., 140, 144
- PERRY, M.J., 161
- PIERANDREI, F., 24, 26, 27, 95
- PINARDI, R., 146
- PISANESCHI, A., 85, 146
- PIZZORUSSO, A., 14, 116
- POUND, R., 66
- precedente: v. « Corte costituzionale »
- presunzioni legali: v. « bilanciamento degli interessi »
- principi (v. anche « disposizioni costituzionali »)
- abrogazione per incompatibilità, 32
- conflitto tra p., 32, 33, 35
- e giusnaturalismo, 2
- e regole, 9-11
- e valori, 2
- RABBAN, D.M., 123, 124
- RAWLS, J., 152, 153
- ragionevolezza (v. anche « bilanciamento degli interessi » e « eguaglianza »)
- e « ad hoc balancing », 66, 93
- e eguaglianza, 44, 46
- e parametri diversi dall'art. 3 Cost., 44, 93
- e rapporti Stato-Regione, 164
- « *Rechtsfolgenargument* »: v. « interpretazione »
- regola di prevalenza: v. « bilanciamento degli interessi »
- regole vs. principi: v. « disposizioni costituzionali »
- ROLLA, G., 23
- ROMBOLI, R., 14
- ROSS, A., 29
- RUGGERI, A., 145
- SAFRAN, A., 168
- SCANLON, T., 99
- SCARPELLI, U., 29
- SCHAUER, F., 23, 155, 159
- SCHÄFFER, H., 22
- SCHLINK, B., 33, 34, 140
- SCHMITT, C., 165
- SCHNEIDER, P., 140
- SCHWEGMANN, F., 139
- Schenck v. United States, 123
- SILVESTRI, G., 19, 50, 146
- SINGH, R., 70, 104, 122
- SORACE, D., 115, 116
- SPANGHER, G., 14
- STONE, G.R., 67, 71, 82, 104, 106
- Stromberg v. California, 87

- TARELLO, G., 1, 7, 9, 29, 58, 156
TARUFFO, M., 47, 142, 143
teoria della Costituzione
— e « eventi reali », 160
— e ragionevolezza, 161 (v. anche « ragionevolezza »)
— e situazioni di crisi, 158-163
— e situazioni ordinarie, 158-163
— e teoria dei valori, 165, 166
— teoria « debole », 156, 157, 161
— teorie « olistiche », 155, 168
— teorie « svalutative », 157
topografia del conflitto: v. « bilanciamento degli interessi »
TORRICELLI, A., 116
TREIBER, H., 141
TRIBE, L.H., 65, 68, 70, 71, 76, 104, 123, 124, 126
uditio retorico: v. « Corte costituzionale »
VATTIMO, G., 166
« *Verfassungskonforme Auslegung* »: v. « interpretazione — conforme a Costituzione »
« *Versteinerungstheorie* »: v. « disposizioni costituzionali »
VIEHWEG, T., 139
VILLONE, M., 28
WEINBERGER, O., 1, 140, 144, 166, 167
« *Wesensgehalt* »: v. « diritti costituzionali »
WRÓBLEWSKY, J., 142
ZACCARIA, G., 139
ZAGREBELSKY, G., 3, 19, 20, 26, 51, 52, 63, 140, 146, 148, 149, 150

18 MAR. 1993