

INTERPRETAZIONE E ARGOMENTAZIONE NEL DIRITTO COSTITUZIONALE*

1 – Dal «positivismo giuridico» al «costituzionalismo»: la specificità dell'interpretazione costituzionale

Nel corso degli ultimi vent'anni sono stati sempre più numerosi i saggi di giuristi italiani che hanno sottolineato il carattere del tutto speciale dell'interpretazione della costituzione. Dopo molti decenni, nei quali, anche a causa della educazione di tipo giuspositivista (assolutamente dominante nelle università italiane), l'interpretazione della costituzione è stata praticamente assimilata all'interpretazione della legge (ordinaria), si è iniziato a elaborare teorie ermeneutiche alternative, del tutto peculiari alla interpretazione costituzionale.

A dire il vero, la dottrina italiana, fra quelle dei Paesi a più alta civiltà giuridica, è giunta con notevole ritardo alla consapevolezza della specificità dell'interpretazione costituzionale. E vi è giunta, per di più, dopo che la Corte Costituzionale italiana da anni applicava modelli ermeneutici molto diversi da quelli usualmente applicati alla legge. La spiegazione di ciò sta probabilmente nel fatto che in Italia solo in tempi relativamente recenti s'è cominciato ad avere consapevolezza del declino storico del positivismo giuridico nel diritto costituzionale e della conseguente convinzione che interpretare una norma costituzionale equivalesse a individuare, attraverso un'accurata analisi grammaticale e sintattica delle proposizione e un corretto inserimento della stessa nel sistema giuridico, la «volontà del Costituente» (intesa ora in senso soggettivo, ora, alternativamente, in senso oggettivo).

Il positivismo giuridico, com'è noto, è strettamente legato a una concezione del *diritto come coazione*, in quanto espressione dell'*autorità politica* (= sovranità). Tale orientamento, perciò, muove dall'idea (pregiudiziale) dell'ordinamento normativo quale insieme delle «manifestazioni di volontà» del sovrano, un sovrano che, nella visione giuridica dell'Europa continentale, coincide con lo Stato-persona (= Stato-autorità) e, nella tradizione inglese, con la «rappresentanza popolare» (= parlamento). In ogni caso, in base a tale orientamento, le distinte disposizioni che costituiscono l'ordinamento normativo (*Rechtssätze*) – in armonia con il *dictum* hobbesiano «*auctoritas, non ratio, facit legem*» – sono i prodotti dell'onnipotente autorità (politica) sovrana, che si differenziano tipologicamente fra loro *unicamente* in base alla distinta *efficacia giuridica* (*Rechtskraft*) della relativa fonte di produzione (= *forma*).

Secondo questa concezione, storicamente giustificata (fino alla metà del secolo XX) dalla configurazione dello Stato come monopolista della coazione giuridica (= forza collettiva), ciascuna norma giuridica esprime un «comando» del sovrano e, perciò, è concepita come «regola di condotta», ossia come imposizione di un determinato comportamento, attivo od omissivo (= *concezione imperativistica del diritto*). Tutto ciò che non è espresso nella forma del precetto o dell'imposizione condizionale («se...allora», «quando...allora», etc.) viene considerato come «non-normativo» e, perciò, «non obbligatorio», quando non come giuridicamente irrilevante. Così, le definizioni legali, i programmi, le determinazioni di fini, le promesse, gli auspici e, soprattutto, i principi (scritti) non sono «norme» (= regole di condotta), ma valgono, al massimo, come indicazioni interpretative, sempreché risultino coincidenti o congruenti con la «dogmatica», ossia con il sistema degli istituti giuridici elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Poiché, per il positivismo giuridico, i contenuti normativi sono indifferenti ai fini della configurazione del sistema (= *formalismo*), alla «dogmatica» va riconosciuta una superiorità sostanziale sotto il profilo

* Testo rielaborato della relazione tenuta al Convegno organizzato dal S.I.S.Di.C. dal titolo: «I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale», Capri 19 marzo 2006

dell'interpretazione: essa, infatti, nel quadro indicato è l'unica via per conoscere «veramente» i «contenuti» (= significati) delle norme giuridiche. Solo in virtù di tale rapporto con la «dogmatica» ha, peraltro, un senso la questione se i «principi» siano «scritti» (nella legge) o «non-scritti» (= desumibili dalla dogmatica).

Sotto il profilo della razionalità complessiva dell'ordinamento giuridico, essendo incentrato sulla «azione pre-scritta», l'universo del positivismo giuridico è essenzialmente finalistico. Il fulcro concettuale intorno al quale esso è costruito è la nozione di «condotta» o di «azione». L'azione prescritta è il comando, il precetto, la norma, il «dover essere»; l'azione nel suo farsi e divenire concreto è lo svolgimento consapevole (e perciò finalistico) di una norma nell'ambito di un rapporto giuridico (ad esempio: pretendere qualcosa da altri, obbligarsi a fare qualcosa, etc.): è, cioè, il «fatto», l'«essere». E, come l'azione (condotta) è l'«oggetto» di ogni singola previsione normativa, così la norma, intesa come la «regola (di condotta)», è la «monade» di un universo meccanico regolato dal principio della «forza giuridica» e ordinato in base alla gerarchia delle «forme giuridiche».

Insomma, il diritto, secondo questa visione, è integralmente riassunto nel «dover essere», anzi nella norma (al singolare): conoscere una norma e la sua struttura significa conoscere l'ordinamento giuridico. Perciò, per i giuspositivisti, il mondo giuridico è, in ogni caso, un mondo di norme (= regole di condotta), mentre il «fatto» – inteso come procedimento di produzione delle norme e/o come applicazione o concretizzazione delle norme nei rapporti intersoggettivi – è sempre considerato in funzione della norma, vale a dire ora come insieme di atti o fatti attraverso il quale si «pone» la norma, ora come attività volta a realizzare la «fattispecie normativa» o, nelle versioni estreme, a produrre il «risultato» della norma. In altre parole, se pure espresso in teorie più o meno coerenti, più o meno pure, il giuspositivismo equivale, in sostanza, al *normativismo*, nel senso che l'ordinamento giuridico consiste, per esso, essenzialmente nelle norme e queste ultime nelle «regole (di condotta)». Pertanto, per questa corrente di pensiero, l'ordinamento normativo è, in ogni caso, *rule-oriented*, nel preciso significato che il complesso delle norme che lo compongono va compreso e interpretato in vista della formulazione di una «regola di condotta», di un comportamento da osservare. Vista da un'altra prospettiva, ciò è anche la conseguenza del fatto che, per il giurista positivista, la norma giuridica, cioè la «legge», ha sempre di fronte a sé un concreto «rapporto della vita» (*Lebensverhältnis*) e, perciò, l'interpretazione normativa è totalmente inscritta entro la dialettica «astratto-concreto» (= sussunzione).

Consistendo in ciò, il positivismo giuridico conosce soltanto la «logica della legalità». Che una norma o un principio giuridico siano totalmente privi di consenso sociale o non siano affatto giustificati in base a certi valori di giustizia materiale – nel che consiste l'opposto concetto di «legittimazione» – è del tutto irrilevante rispetto ai meccanismi della validità propri del positivismo giuridico: una norma è invalida soltanto se contrasta o è incompatibile con una norma formalmente superiore. La legittimità, secondo tale visione, coincide con la legalità e si esaurisce in questa. Le prestazioni di consenso o le aspettative di valore della società non appartengono al diritto, ma sono di spettanza esclusiva della politica o dell'etica. Per tali motivi, colui che interpreta/applica le leggi o la costituzione deve dare per presupposto che tutte le valutazioni rilevanti per la risoluzione del «caso» da decidere le abbia già fatte il legislatore (costituente) e che, pertanto, a lui non resti che «applicare» quanto è prescritto nella norma (= regola di condotta) giuridica. Da ciò consegue che il modello di decisione giudiziale non può che essere il «sillogismo sussuntivo», per il quale la premessa maggiore è data per intero da una norma (= regola di condotta), contenente la previsione delle «circostanze» (fattispecie) e, in relazione a queste, la pre-scrittura (= dover essere) delle «conseguenze giuridiche» da applicare o collegare (= imputazione) al caso previsto (se...allora; quando...allora).

La razionalità propria della legalità è in ogni caso – per rifarci ai noti schemi weberiani – una «razionalità finalistica», ossia una razionalità che attiene alla congruenza fra mezzi e fini. Perciò, secondo la concezione giuspositivista, che è stata dominante nel diritto europeo per circa due secoli, tutti i vizi di legittimità della legge (come quelli relativi al negozio giuridico) si inscrivono entro tale forma di razionalità (teleologica). A parte il caso di una norma che è prodotta

da un soggetto diverso da quello che avrebbe dovuto produrla (incompetenza) o il caso di una norma che nella sua forma o nel suo contenuto è in contrasto facciale con una norma superiore (violazione di legge o di costituzione), nella grande maggioranza dei casi il vizio di validità consiste in una incoerenza o in una contraddizione intercorrente nel rapporto mezzi-fini di cui consta una determinata disciplina giuridica. Le varie figure sintomatiche nelle quali è articolato il c. d. eccesso di potere non sono altro che variazioni relative all'incongruenza tra mezzi e fini (sviamento dal fine, mancanza di proporzionalità, etc.).

Questa visione complessiva del diritto è entrata in crisi nella seconda metà del XX secolo per effetto dello sviluppo di alcune tendenze storiche di grande rilievo pratico. Una di queste consiste nell'esplosione massiccia di un fenomeno che era già iniziato qualche decennio prima: la *cessione da parte dello Stato di importanti porzioni di autorità politica*, e quindi di coazione giuridica, ad enti diversi da se stesso e, soprattutto, a ordinamenti internazionali o «globali» (il fenomeno s'è ora accentuato con il più recente fenomeno chiamato «globalizzazione»). Un altro processo storico di grande rilievo è dato dallo sviluppo di un numero crescente di *norme non coattive*, il c. d. *soft law*, un processo che è emerso in conseguenza della fine della «separazione» tra potere politico e «società civile» (tipica dello Stato liberale ottocentesco) e per effetto della crescente esigenza, da parte dell'autorità pubblica, di creare le condizioni (incentivi, promozioni, etc.) per lo sviluppo dell'economia, della cultura, della ricerca scientifica e così via. Infine, un'ultima tendenza, peraltro strettamente legata alle precedenti, consiste nella «*costituzionalizzazione della vita sociale*» (H. Ehmke, E. Forsthoff, P. Perlingieri) vale a dire nella sottoposizione a *superiori* principi giustificativi sia degli ordinamenti normativi statali (diritto pubblico), sia delle «società civili» (diritto privato). Per effetto di tale sottoposizione, tanto il sistema normativo, quanto i rapporti della vita sono stati sottoposti a valori e a principi di giustizia (costituzionale), in relazione ai quali viene giudicata la legittimità di tutti gli atti giuridici, incluse le leggi (che, perciò, non sono più «sovrane»).

Fra gli studiosi italiani è stato merito soprattutto di Gustavo Zagrebelsky e di Luigi Mengoni l'aver mostrato che l'approvazione delle costituzioni democratiche, avvenuta nell'Europa continentale all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, ha scardinato i pilastri sui quali si fondava la concezione del diritto (costituzionale) di tipo giuspositivista, assolutamente dominante nell'epoca dello «Stato legale» (= Stato liberale o parlamentare classico). In particolare, Zagrebelsky ha convincentemente sottolineato che la maggior parte delle norme costituzionali – e, in special modo, quelle più importanti, le norme sui diritti fondamentali – sono, per lo più, riconducibili, non già al modello delle «regole (di condotta)», bensì a quello dei «principi» e, perciò, la loro interpretazione può logicamente svolgersi soltanto in forme e in modi (stili) simili a quelli che erano propri della «argomentazione» utilizzata nell'epoca del giusnaturalismo¹. Mengoni, poi, oltre a ribadire quanto mostrato da Zagrebelsky, ha osservato che, da un lato, l'incorporazione nelle costituzioni di principi dal contenuto sostanzialmente etico ha portato con sé l'esigenza di interpretare quei principi integrando la tradizionale ermeneutica giuridica con «argomentazioni» di carattere etico o pratico-discorsivo e, dall'altro lato, la natura «politica» delle costituzioni (democratico-pluraliste) ha reso molto meno stringente il vincolo della «dogmatica» nell'ermeneutica costituzionale e, per certi aspetti, ha portato a marginalizzare il ruolo da essa esercitato².

La centralità nelle costituzioni dei principi normativi (in luogo delle «regole di condotta») e il ruolo marginale svolto nell'interpretazione delle stesse dalla «dogmatica» rendono molto difficile all'interprete della costituzione di porsi come l'erede di Savigny e di modulare, quindi, il proprio armamentario ermeneutico soltanto sulla base di criteri linguistici, sistematici e teleologici (non essendo la «condotta» o l'«azione» l'oggetto delle norme-principio). Anzi, precisa Mengoni citando Böckenförde, se continuasse ad applicare le tradizionali tecniche ermeneutiche, egli resterebbe

¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mite*, Einaudi, Torino 1992, spec. pp. 147 ss.; ID. *Storia e Costituzione*, in G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther, a cura di, *Il Futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, pp. 35 ss., spec. pp. 76 ss.

² Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*, Giuffrè, Milano 1996, spec. pp. 115 ss.

vittima di una ingannevole «finzione».

Tuttavia, i due illustri Autori non si arrestano a un'analisi critica del vecchio giuspositivismo, ma indicano anche una prospettiva diversa. Se, essi dicono, all'interprete della costituzione si richiede di definire «il *giusto* rapporto tra il singolo e la società, da un lato, e lo Stato, dall'altro» ovvero di stabilire di volta in volta il «giusto rapporto tra libertà e autorità», ad esso si impone di argomentare su valori etici o politici – come la «giustizia», la libertà, la moralità pubblica – e di considerare, quindi, la «formazione metodica del consenso come criterio di legittimazione degli atti di applicazione del diritto»³. Secondo la loro visione, insomma, le «costituzioni di principi» approvate dalle democrazie occidentali fanno irrompere nel diritto ciò che i giuspositivisti, secondo la giusta critica di Carl Schmitt, tenevano accuratamente dietro la porta e, quindi, fuori dal loro campo d'indagine: la legittimazione.

Fin qui l'analisi dei due Autori citati appare difficilmente contestabile. Se pure su un piano prevalentemente astratto, l'insufficienza delle regole ermeneutiche istituite da Savigny e glorificate dal positivismo giuridico anche nei confronti dell'interpretazione della costituzione appare ben argomentata e giustificata. Tuttavia, proprio a causa di una carente analisi storico-comparatista e di qualche incertezza sul piano teorico, essi contrappongono alle metodiche giuspositiviste criteri ermeneutici astrattamente opposti o, per essere più precisi, propongono criteri che sono l'esatta negazione di quelli criticati. In particolare, essi sembrano convinti che la «legittimazione», intesa come giustificazione basata sul consenso sociale, abbia del tutto soppiantato la «legalità», intesa come conformità a parametri di giudizio pre-stabiliti, di modo che coloro che interpretano/applicano le norme costituzionali avrebbero come compito primario quello di dare risposte ai problemi ermeneutici seguendo soltanto la stella polare del consenso sociale.

Secondo il mio punto di vista, non v'è dubbio che applicare alla Costituzione – ossia a un atto normativo le cui disposizioni fondamentali contengono valori o principi – metodiche interpretative di tipo logico-formale, il cui modello principale è dato dal sillogismo deduttivo di sussunzione, non ha alcun senso. Un modello del genere, per poter essere correttamente applicato, deve presupporre l'esistenza di «premesse» (= norme) sufficientemente certe e determinate, cioè «vere» o «autoevidenti», come dicevano i vecchi giusnaturalisti (*more geometrico*), oppure «verosimili» o «probabili», come dicono i moderni eredi di quel pensiero. Ed invece le norme-principio, per loro natura, non possono garantire tale certezza e determinatezza, per il semplice fatto che il contenuto dei «principi» è in parte determinato dallo stesso interprete nel momento in cui li applica.

Oltre a ciò sta il fatto che, comunque li si voglia concepire, i principi o i valori costituzionali invocano una logica inassociabile al formalismo giuspositivista, fondato sulla pura «legalità» e sul criterio ordinativo della (sola) forma/efficacia giuridica (*formelle Rechtskraft*). Quella dei valori o dei principi costituzionali è una logica nella quale le connessioni e le relazioni sostanziali divengono importanti almeno quanto quelle formali. Si tratta di una logica che, oltretutto, mina alle fondamenta il metodo giuspositivista, in quanto comporta la diametrica inversione del *dictum* hobbesiano sul quale questo metodo è stato costruito. Per il «costituzionalismo» (democratico), infatti, «*ratio, non auctoritas, facit legem*»⁴.

Il problema, a questo punto, si sposta per convergere su una serie di interrogativi riguardanti la «ragione» che dovrebbe orientare l'interpretazione/applicazione della costituzione. Se il diritto costituzionale è, similmente al giusnaturalismo illuminista, un diritto nel quale chi lo interpreta o

³ Cfr. spec. L. MENGONI, *op. cit.*, pp. VII s., 122 ss., il quale riprende e amplia considerazioni già espresse da G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* a R. Smend, *Costituzione e Diritto Costituzionale*, tr. it. Giuffrè, Milano 1988, p. 2.

⁴ Si può vedere in tale «rovesciamento» la “vendetta” storica del giusnaturalismo, il cui più autorevole rappresentante del XVI-XVII secolo (E. Coke) è l'oggetto delle note critiche espresse nel *Dialogue* da Thomas Hobbes. Il pur abile tentativo, recentemente fatto da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.* 2006, di associare il fondatore teorico del positivismo giuridico (Hobbes) alla teoria del «costituzionalismo» (democratico), notoriamente risalente a J. Locke, è, a mio avviso, viziato da una serie impressionante di benevoli forzature dell'originario pensiero hobbesiano. Ciò non toglie che il senso profondo del saggio, pur se discutibile sotto il profilo della ricostruzione storica del pensiero costituzionale, appare apprezzabile e condivisibile nella sostanza.

chi lo applica concorre con il legislatore costituzionale nel determinarne i contenuti, nel senso che, come scrive Josef Esser, «riempie» le norme-principio con le sue valutazioni «ragionevoli» (o, secondo il linguaggio dell'ontologia metafisica, «verosimili»)⁵, in cosa consiste la «ratio» che deve guidare le valutazioni dell'interprete e deve presiedere, perciò, all'argomentazione giuridica di chi interpreta/applica la costituzione? Se, inoltre, l'indeterminatezza o (secondo alcuni) l'insignificanza dei principi costituzionali in sé considerati rendono il testo costituzionale non decisivo rispetto al significato attribuibile allo stesso, si può ipotizzare che debba ricadere sul giudice, posto di fronte agli ineludibili problemi del «caso» da decidere, il compito di stabilire gli effettivi parametri del giudizio seguendo una logica «aderente al caso» stesso e, perciò, di volta in volta diversa? E, in conseguenza di ciò, appare condivisibile l'opinione di coloro che sostengono che la natura «etica» e/o «politica» della costituzione faccia confluire l'argomentazione giuridica in quella del «discorso» generale, della «filosofia pratica» o, invece, appare più corretto sostenere che l'argomentazione giuridica, pur di fronte alla costituzione, conserva una sua specificità, essenzialmente irriducibile a quella della filosofia etica o della filosofia politica?

2 – L'interpretazione costituzionale come «casistica»? La presunta asistematicità del diritto costituzionale

Sulla comune e indiscutibile premessa di fatto che coloro che interpretano/applicano le norme costituzionali quasi mai seguono la via del sillogismo deduttivo, vari giuristi, pur attraverso itinerari argomentativi e tipi di pensiero diversi, giungono alla medesima conclusione, secondo la quale l'interpretazione della costituzione è fortemente condizionata, se non proprio determinata, dal «caso concreto»⁶.

La prima critica che si può fare a tale orientamento concerne, per così dire, le premesse storiche e la comparazione posta fra il moderno costituzionalismo e il giusnaturalismo illuminista, nel senso che alcuni degli Autori criticati (specie Zagrebelsky e Mengoni) prendono troppo sul serio tale similitudine, che pure esiste anche se solo parzialmente.

Nel giusnaturalismo dell'Europa continentale del XVII e XVIII secolo (che, tra l'altro, è molto diverso da quello anglo-americano dello stesso periodo), l'esigenza per la quale l'interprete dovesse partire nella sua argomentazione da «premesse certe e autoevidenti» (cioè «vere») poste e determinate da lui stesso, nasceva dal fatto che il «diritto naturale», inteso come «diritto di ragione» (*Vernunftrecht*), constava di un numero relativamente basso di «principi autoevidenti», principi che consistevano essenzialmente in alcuni «*diritti innati*». John Locke – il padre fondatore, con Grozio, del giusnaturalismo illuminista – li riduceva a tre – *life, liberty, estate* –, riconducendoli, peraltro, a un unico principio generale («general name»): quello di (*private*) *property*. E pressoché tutti gli altri giusnaturalisti del secolo successivo – come Samuel Pufendorf, Christian Wolff o Emmerich de Vattel – unificavano l'intero sistema di diritto naturale, in armonia con le concezioni metafisiche della loro epoca, sulla base di un solo principio, generalmente un diritto fondamentale dell'uomo (autoconservazione, socialità, pace, etc.), dal quale si facevano discendere assiomi e corollari attraverso un'argomentazione di pura «filosofia pratica». Eravamo, allora, agli albori della «legalità» e tutto ciò aveva un senso, per il fatto che i principi del diritto naturale erano «posti» dalla «filosofia pratica» (cui toccava identificare i contenuti del *consensus omnium*) e venivano «dedotti» secondo le modalità argomentative tipiche della stessa filosofia (*more geometrico*, secondo l'insegnamento cartesiano).

Le moderne costituzioni democratico-pluraliste sono, però, tutta un'altra cosa. Se, certo, non

⁵ Cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm* (1956), J. C. B. Mohr, Tübingen, IV ed. 1990, pp. 201 ss. 275 ss.

⁶ Cfr. così, pur se nell'ambito di una «teoria generale del diritto» che si riferisce a qualsiasi settore del diritto (rispetto alla quale non si ritiene di dover riconoscere una «specialità» al diritto costituzionale), R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), III ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1996, p. 83 s. Nello stesso senso, pur se con specifico riferimento al diritto costituzionale, cfr. R. BIN, *Diritti e Argomenti*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 35 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mite*, cit., pp. 170 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica*, cit., spec. p. 123.

sono costruzioni metafisiche riconducibili a un unico principio o a un solo diritto fondamentale, non sono neppure (come sembrano intendere i giuristi ora criticati) un insieme non-ordinato o conflittuale di principi o di valori o, addirittura, un complesso di principi privo di qualsiasi significato normativo o logico-linguistico⁷. Concezioni, come quelle ricordate da ultimo, per le quali la costituzione, ogni costituzione, non è in sé portatrice di un proprio senso o di un ordine pre-stabilito e, perciò, consistente in un 'a priori' per l'interprete, sono in realtà il frutto di filosofie o di «visioni del mondo» del tutto personali, che sgorgano dall'inesauribile fantasia di questo o quel pensatore o giurista, ma che tuttavia non hanno il minimo riscontro nelle attuali costituzioni positive. Queste ultime, se le si guarda senza pregiudizi, consistono in un complesso di norme che il costituente ha posto volendo egli stabilire un «tutto» dotato di senso e di coerenza (se pure minimale), in quanto volto a definire *la forma di Stato e la forma di governo* che egli ha deciso di tradurre in norme giuridiche positive.

Certo, può avvenire che le determinazioni del costituente siano poco chiare o poco perspicue e, talora, persino difficilmente conciliabili fra loro. Ciò può avvenire per il semplice fatto che le costituzioni sono fatte dagli uomini. Ed è pure certo che ai principi costituzionali l'interprete può conferire, e di fatto conferisce, significati distanti da quelli ad essi attribuiti da un diverso interprete: tutto ciò è insito nella natura stessa dell'ermeneutica giuridica e, prima ancora, della ragione umana. Ma è comunque indubitabile che, in quanto dirette a predisporre la forma politica e di governo di un ordinamento statale (o di altro ente politico), le costituzioni esprimono *intenzionalmente* un «sistema» di valori e di principi fondamentali, vale a dire, come scrive Peter Häberle, un «tutto» (*Ganze*) i cui singoli elementi sono collegati tra loro così da predeterminare, attraverso i valori e i principi posti, il modo in cui uno Stato (o altro ente politico) deve essere organizzato e deve essere messo in grado di funzionare. Stabilire, ad esempio, che uno Stato dev'essere ordinato secondo i principi della «democrazia pluralista» oppure secondo i principi della «dittatura» di un partito unico ovvero, per fare un altro esempio, affermare che debbono essere riconosciuti e garantiti i «diritti inviolabili» della persona umana oppure negare che ciò debba avvenire non sono, certo, alternative indifferenti o frasi insignificanti sotto il profilo della interpretazione della costituzione. Sono, viceversa, principi che assumono un senso nel sistema di valori, di principi e di regole nel quale consiste qualsiasi costituzione moderna. Ipotizzare il contrario – e cioè che i principi costituzionali sono, per loro stessa natura, problematici o, addirittura, portatori di un'infinità di significati e, perciò, insignificanti – è un articolo di fede che si può comprendere solo se si parte dalla presupposizione che le grandi alternative ideali sono già decise, che «la storia è finita» e che nell'irenico Occidente le «piccole decisioni» o «le valutazioni del quotidiano» (*Tageswertungen*), come le chiama E. W. Böckenförde, sono divenute ormai «fondamentali»⁸.

Non è così o, almeno, così a me non pare. Le moderne costituzioni democratiche dell'Europa continentale consistono in un complesso sistema di valori e di principi proprio perché muovono dalla presupposizione contraria, ossia che la libertà, la giustizia e la pace (per parlare dei massimi valori) hanno costantemente bisogno di saldi presidi giuridici, come le norme di un diritto positivo «superiore», affinché non siano silenziosamente o apertamente convertiti nel loro opposto da parte di coloro che occupano posizioni di potere. Questo è il motivo storico per il quale le attuali costituzioni democratiche non consistono semplicemente in «dichiarazioni dei diritti» (come le prime costituzioni dell'epoca giusnaturalista), né constano soltanto di solenni affermazioni di principio contenenti un rinvio in bianco a successive leggi ordinarie (= alle maggioranze politiche di volta in volta al potere) per la loro effettiva disciplina giuridica (come avveniva con le costituzioni «flessibili» dell'Europa continentale nel secolo XIX). Esse, al contrario, formulano un «sistema», vale a dire un complesso di valori e di principi, messi in relazione reciproca fra loro in modo che a certi «diritti» siano contrapposti determinati «interessi pubblici», a certe opzioni di

⁷ Cfr. L. MENGONI, *loco cit.* in nota 3; G. ZAGREBELSKY, *Storia, loco cit.*

⁸ Cfr. così E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), in ID. *Staat, Gesellschaft, Freiheit, Suhrkamp*, Frankfurt a. M. 1976, p. 249 (nota 54), in relazione alle teorie dei valori derivate da Smend, per le quali il contenuto dei «valori» va «immediatamente determinato soltanto attraverso la correlazione con la coscienza (dei valori) spirituale-culturale del tempo» (sott. ns.). Cfr. pure M. LUCIANI, *loco cit.*

valore (ad es. libertà individuali) corrispondano determinati principi istituzionali (ad es. divisione dei poteri, decentramento politico, parlamentarismo), a certe strutture organizzative (ad es. giudici) siano collegate funzioni dotate di caratteri del tutto peculiari (ad es. giurisdizione), e così via.

In questo senso, ogni costituzione tende a positivizzare un *sistema di valori e di principi normativi*, che può essere più o meno esteso, più o meno coerente, più o meno efficiente, ma che, comunque, è *intenzionalmente dotato di senso e di coerenza* (in quanto diretto a stabilire la forma politica e di governo). Reputare, al contrario, che in riferimento alla costituzione sia improprio parlare di «sistema (normativo)» significa presupporre, erroneamente, che tale concetto sia utilizzabile soltanto per denotare sistemi perfettamente integrati, privi di contraddizione e applicabili in concreto secondo le regole della deduzione logica: significa, cioè, non tenere conto che non mancano «sistemi logici» di carattere (almeno parzialmente) induttivo (come quello di J. S. Mill) o nozioni «deboli» di quel concetto, indicanti semplicemente un insieme le cui parti interagiscono reciprocamente secondo certe regole e rispetto al quale può essere pensata una comprensione in base a principi (= sistematica). Affermare che il «caso» da decidere è un «problema» per la cui risoluzione si interroga la costituzione è una cosa (pienamente accettabile); affermare, invece, che la costituzione è un «problema» è ben altra cosa, una cosa che distrugge ogni possibilità di certezza (giuridica) e di decisione in qualche modo definibile come razionale.

Quest'ultimo non è sicuramente il caso di un ordinamento giuridico e, in particolare, quello di un ordinamento costituzionale. In quanto volte a stabilire la forma politica di uno Stato, le norme costituzionali formano un unico contesto al cui interno ciascuna componente rileva in quanto fattore che concorre a determinare il senso di altre norme appartenenti allo stesso contesto e il senso complessivo del contesto medesimo. Pertanto, affermare che la costituzione non sia un «tutto» perfettamente integrato e ordinato secondo regole deduttive – cosa che non si fa fatica ad ammettere – non comporta affatto che debba valere l'opposto, vale a dire che la costituzione sia una raccolta di norme del tutto asistematica e dal senso complessivo assolutamente problematico, tale che l'unico fattore di ordine concepibile possa provenire dalle opzioni, o preferenze, di chi ha il dovere di applicarla nel «caso» concreto.

Il carattere sistematico della costituzione tende a essere negato anche sotto altri profili.

Non v'è dubbio che, come ha confermato anche la superba analisi di Hans Georg Gadamer sull'interpretazione giuridica, l'interprete gioca un ruolo fondamentale nella determinazione del significato del sistema costituzionale, nel senso che concorre in grande misura a stabilirne l'effettiva consistenza semantica integrando con le sue valutazioni il senso intenzionalmente conferito al testo (c. d. *perfektionismus*). Tuttavia, partendo dall'idea di «sistema» che Savigny ha elaborato all'inizio del XIX secolo essenzialmente rispetto al diritto civile, e restando sostanzialmente fedele ad essa pure in relazione all'interpretazione della costituzione, si perviene a negare a quest'ultima il carattere di «sistema» a causa del rilievo, pur esatto in sé, relativo al limitato impatto della «dogmatica» sull'interpretazione della costituzione. In parole povere, poiché si ritiene che un insieme di norme giuridiche può essere considerato «sistematicamente» soltanto attraverso il loro costitutivo inserimento nel corpo di istituti giuridici elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina (c. d. dogmatica) e poiché si constata che ciò può avvenire solo limitatamente allorché si procede all'interpretazione della costituzione, se ne trae la conseguenza che quest'ultima non può venire concepita come «sistema».

La notazione di Mengoni che nel diritto costituzionale la «dogmatica» ha un impatto limitato è sicuramente acuta e, per quel che mi sembra, pienamente condivisibile. Guardando ai giudizi di costituzionalità effettivamente svolti, sono veramente poche le questioni risolte in base a principi «dogmatici», come la violazione della gerarchia delle fonti, lo snaturamento di un certo istituto giuridico e così via. In tali giudizi, in realtà, le questioni che normalmente si pongono sono, innanzitutto, quelle relative alla *giusta misura* da riconoscere alla libertà individuale (o di gruppo) rispetto all'autorità e agli interessi pubblici e, poi, quelle riguardanti il *pari trattamento* tra situazioni (ritenute) eguali. Ciò non è casuale, ma è dovuto, come ben sottolinea Mengoni, al fatto che nella costituzione sono positivizzati principi (sostanzialmente) etici – come la libertà, l'eguaglianza e la giustizia – e, più in generale, al carattere «politico» della medesima costituzione:

l'uno e l'altro elemento, specie quando emergono con maggior forza (come nei giudizi sui diritti fondamentali e sull'eguaglianza), sono malamente conciliabili con la «dogmatica», vale a dire con una forma di sapere giuridico ideata per lo scopo opposto, ossia come strumento di neutralizzazione «tecnica» dell'etica e della politica.

Tuttavia, la critica che si può rivolgere a tale tipo di ragionamento è che esso tende a estendere al diritto costituzionale i paradigmi propri del diritto civile. Che in quest'ultimo, forgiato da una tradizione plurimillenaria risalente al diritto romano, il carattere di «sistema» emerga soprattutto in conseguenza della «dogmatica», è cosa difficilmente contestabile, anche in considerazione del fatto che l'insieme di istituti giuridici che danno corpo alla «dogmatica» è rimasto inalterato, nel suo nucleo essenziale, per secoli e secoli, nonostante il mutare incessante delle forme politiche e di governo. Al contrario, la costituzione, intesa come fondamento positivo di un ordinamento politico, oltre ad essere un fenomeno tipico della modernità conseguente alla «secolarizzazione» dello Stato e del diritto pubblico, può essere adeguatamente compresa come «sistema» soltanto in quanto sia riguardata come «decisione fondamentale» (C. Schmitt), vale a dire come scelta politica fondamentale, condivisa da un popolo, in ordine alla forma politica da conferire al proprio Stato e al proprio governo.

In altri termini, la funzione «sistematizzante», che nei settori giuridici particolari (diritto civile, diritto penale, etc.) è svolta dalla «dogmatica», viene esercitata, nel caso delle costituzioni, dal *sistema di valori e di principi diretto a stabilire la forma di Stato e la forma di governo*. Ciò è dovuto proprio al carattere «politico» delle costituzioni, carattere che, se, per un verso, emargina il ruolo della «dogmatica» dall'interpretazione costituzionale, per altro verso, invece, impone una considerazione «sistematica» appropriata alla natura sostanziale delle costituzioni o, più precisamente, alla forma politica stabilita dalla particolare costituzione oggetto di interpretazione.

La posizione ora sostenuta può essere illustrata con un esempio. Si consideri la formula della «funzione sociale» della proprietà privata posta dall'art. 42, c. 2°, Cost. Di fronte ad essa il civilista si domanda se tale formula sia conciliabile con l'istituto privatistico della proprietà, se in conseguenza della stessa si possa o si debba parlare di «funzionalizzazione» della proprietà medesima o se tale funzione sia riferibile all'«istituto» o al diritto soggettivo di ogni singolo proprietario. Per il costituzionalista, invece, tali questioni sono secondarie, perché, per lui, il problema sta piuttosto nel considerare tale formula in relazione ai valori fondanti della democrazia pluralista stabilita dalla Costituzione italiana, al fine di utilizzarlo quale paradigma sul quale basare il temperamento fra la libertà del proprietario privato e la (contestuale) tutela di interessi comunitari, quali la giustizia sociale e la complessiva utilità collettiva.

Per concludere su tale punto, mi pare che la presunta asistematicità della costituzione sotto il profilo indicato deriva da un'erronea rappresentazione del significato attribuibile all'indiscutibile carattere «politico» (o, nel caso delle democrazie pluraliste, «etico-politico») della costituzione. Tale caratterizzazione, infatti, non comporta affatto l'idea che il contenuto della costituzione sia determinabile solo in base alla pluralità delle opinioni politiche di ciascuno o sia, comunque, indeterminato o indeterminabile sulla base di parametri oggettivi. Infatti, dire che i principi delle costituzioni (democratiche), come la libertà o la solidarietà sociale, sono valori o principi in origine etici o politici, non significa per nulla, come invece sembrano ritenere gli Autori criticati, che essi, una volta contenuti nella costituzione, debbono essere ancora interpretati secondo la loro natura originaria e, perciò, debbono essere compresi in base alle convinzioni etiche o politiche di ciascuno. In quanto contenuti in un atto normativo, come la costituzione, quei principi vanno interpretati secondo le regole giuridiche, le quali, come si dirà successivamente, sono tenute al rispetto della «certezza» normativa e, quindi, della «coerenza» con le decisioni già prese in «casi» analoghi o, comunque, raffrontabili con quello presente.

In realtà, la costituzione ha un contenuto «politico» nel senso specifico che determina la forma politica dello Stato, la forma della *polis*. Ma in tale senso, poiché presuppone che una certa forma politica sia stabilita, la costituzione non può essere indeterminata o, addirittura, priva di significato (se pure di un significato intenzionale). Anzi, in quanto volta a tale scopo, si presume, al contrario, che la costituzione sia un insieme di norme sistematicamente correlate al fine di

significare la forma politica che intende realizzare e far funzionare.

3 – Ancora sulla «casistica»: a proposito di «gerarchia di valori», «peso» dei valori e «bilanciamento»

Oltre alla presunta asistematicità o alla ipotizzata conflittualità tra i principi costituzionali, un altro cavallo di battaglia di coloro che riducono l'interpretazione/applicazione delle norme costituzionali a «casistica» è dato dalla negazione che nella costituzione vi sia una «gerarchia di valori» o, ciò che è lo stesso, un ordine fra i principi costituzionali in base al quale alcuni di essi vanno considerati come «supremi» e altri no.

Per la verità, tale negazione – che, in realtà, è contraria alla posizione da tempo assunta dalle principali corti costituzionali dell'Occidente (e a quella più recentemente sostenuta anche da alcuni «tribunali» internazionali, come quello del WTO, ad esempio) – sarebbe comprensibile nell'ambito di un'impostazione giuspositivista, per il semplice fatto che quest'ultima comporta che tutti i contenuti normativi siano indifferenti o irrilevanti al fine della determinazione dell'ordine sistematico da attribuire alle norme costituzionali. La pur discutibile teoria di Robert Alexy – che espunge qualsiasi elemento assiologico (valori) dal campo del diritto, circoscrivendo questo nei ristretti limiti del comando e della prescrizione (deontologia) – è in ciò coerente. Tuttavia, la negazione della rilevanza dei contenuti normativi è presente anche nell'ambito di orientamenti critici verso il tradizionale giuspositivismo in virtù dell'accoglimento di due distinte premesse, usate talora congiuntamente, talaltra disgiuntamente: innanzitutto, la presunta natura consustanzialmente indeterminata o, addirittura, complessivamente priva di senso dei principi costituzionali; in secondo luogo, il carattere del giudizio costituzionale, che, facendosi consistere nel «bilanciamento» tra più valori (interessi o principi), può presuntivamente svolgersi soltanto in relazione a un «caso» concreto e in base a gerarchie di valore di volta in volta diverse.

Va subito detto che presupporre una essenziale indeterminatezza o una insuperabile insignificanza dei principi costituzionali in sé considerati significa, in ragione del fatto che la maggioranza delle norme di una costituzione è formata da norme-principio, negare la normatività della costituzione. Infatti, se fosse vera quella premessa si dovrebbe dire, in base alle considerazioni già svolte, che non v'è certezza che la nostra costituzione stabilisca la democrazia (pluralista) o che, comunque, quest'ultima abbia un significato così preciso da imporci il rispetto di certe regole piuttosto che di altre. In realtà, come ha mostrato da tempo Josef Esser, ogni principio normativo stabilisce un orientamento di massima, una guida, che l'interprete è chiamato a integrare con la sua attività interpretativa/applicativa. Ciò significa che una norma-principio, se pure in parte, esprime una determinazione, pur se, di per sé, non sufficiente a definire il comportamento da tenere. Un principio, infatti, è una norma bisognosa d'integrazione o di completamento, non una norma in bianco che può essere orientata in qualsiasi direzione. Se così non fosse, del resto, un principio sarebbe una non-norma, anzi non sarebbe neppure un principio, sarebbe semplicemente un nulla.

Certo, può accadere che una costituzione contenga principi talmente vaghi da rivelarsi inidonei a indicare qualsivoglia direzione. L'imperfezione o l'errore possono, infatti, avvenire sempre e ovunque. Ma ipotizzare che qualsiasi costituzione o qualsiasi norma costituzionale sia, in quanto tale, inidonea a produrre un qualche senso e che quest'ultimo può esserle attribuito soltanto dall'attività (illimitatamente) creativa dell'«interprete» (il quale, in realtà, a questo punto non sarebbe più interprete, ma legislatore o costituente), è sinceramente un pre-giudizio che non ha, né può avere, alcun riscontro nella realtà giuridica. Se, come s'è detto, la ragion d'essere delle costituzioni sta nel porre norme positive dirette a stabilire una determinata forma di Stato e un'altrettanta definita forma di governo, è veramente arduo, se non frutto di arroganza intellettuale, ritenere che il costituente, allorché le ha approvate, ha in realtà posto norme complessivamente prive qualsiasi senso.

Più complicata è, invece, l'analisi dell'argomento, secondo il quale è la natura del «bilanciamento» a esigere che questo avvenga sulla base di gerarchie di valore che sono variabili in

dipendenza delle concrete circostanze del «caso». A questa conclusione si perviene osservando che sono le circostanze del «caso» a determinare il «peso» di ciascun valore (o principio) coinvolto e, conseguentemente, a fissarne il punto di equilibrio nei loro rapporti reciproci⁹.

In realtà, il concetto di «bilanciamento», o altro simile, non è affatto una novità recente, ma accompagna il pensiero relativo alla deliberazione pratica sin dall'inizio della filosofia occidentale. Ne parlava già Platone quando considerava la «*symploké*», l'intreccio o il temperamento, come la via verso la virtù, verso il «giusto mezzo». Tuttavia, la prima vera teoria risale ad Aristotele, il quale nell'*Etica a Nicomaco* collega il discorso morale alle «virtù» applicando il concetto di «*mesótes*» quale modalità pratica della decisione morale fra «virtù» contendenti e collegando il medesimo alla virtù della «temperanza», della «moderazione» della «razionalità», intesa come dominio sulle passioni o «imparzialità» (*sophrosýne*). Nonostante la sua importanza, la teoria aristotelica ha subito un lungo sonno nei secoli successivi, poiché è stata ripresa soltanto di recente, poco meno di un secolo fa, da due filosofi post-husserliani, Max Scheler e Nicolai Hartmann. Costoro, però, l'hanno riferita ai «valori», concepiti come principi di carattere eidetico e, perciò, collocati, non già sul piano ontologico delle «preferenze» o, più precisamente, delle «disposizioni (soggettive)» (come aveva fatto Aristotele), bensì su quello «assiologico», vale a dire sul piano ideale del «dover essere», del normativo¹⁰.

Come ha chiarito soprattutto Hartmann, che resta tuttora colui che ha formulato la più completa teoria in materia, il «bilanciamento» riguarda essenze ideali, come i «valori» (che poi sono i «principi» ridotti alla loro essenza ideale), in base a un'esigenza logica imprescindibile, non essendo concepibile il «bilanciamento» laddove opera il principio di contraddizione (cioè sul piano ontologico dell'essere, del fatto e delle «regole di condotta» o dei precetti)¹¹. Il «bilanciamento», infatti, concerne, non già valori o principi fra loro in concorrenza ovvero in competizione, ma valori o principi che si oppongono, cioè configgenti¹²: mentre i valori o principi concorrenti si integrano, si armonizzano o si completano e quelli competitivi danno luogo a una scelta in cui l'uno soppianta l'altro, i valori o principi in opposizione si bilanciano, nel senso che il soggetto decidente ricerca un ragionevole temperamento fra l'uno e l'altro, secondo determinate regole di preferenza e di priorità, cercando di salvaguardare il «contenuto essenziale» di entrambi i valori.

Tuttavia – è ancora merito di Hartmann l'averlo sottolineato per primo – l'opposizione tra valori non emerge in astratto, ma si manifesta soltanto nella decisione effettiva, nel reale¹³. E se, nell'etica, il conflitto tra loro si rivela allorché il soggetto agente si decide all'azione, nel diritto esso si evidenzia allorché il legislatore decide di regolare in una certa maniera una determinata fattispecie (= nella produzione di una «regola di condotta») oppure quando un soggetto privato, usando della sua (legittima) autonomia, decide di agire in un modo o nell'altro o, ancora, quando un giudice è chiamato a decidere una controversia («caso») avente ad oggetto una legge (giudizio

⁹ Cfr. così R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 79 ss.; R. BIN, *op. cit.*, pp. 33 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mite*, cit., pp. 171 ss.; L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 132 ss.

¹⁰ Cfr. M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* (1916), III ed., Niemeyer Halle 1927, pp. 32 ss.; N. HARTMANN, *Ethik* (1926), III ed., De Gruyter, Berlin 1949, pp. 29 ss., 114 ss., 170 ss., per i quali i «valori» (*Werte*) sono un *seinsollen* 'a priori' e oggettivo. Essi si distinguono, perciò, dai «beni» (*Güter*) e dagli «scopi» (*Zwecke*), non dai «principi (normativi)», dei quali sono una specie. Al contrario, riconducono i «valori» al piano ontologico (aristotelico) tanto R. ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 126 (che li fa coincidere con i «beni»), quanto G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 171, e L. MENGONI, *op. cit.*, p. 116 s., che li definiscono come «preferenze» (soggettive), ora «assolute» (etica), ora «relative» (diritto). Perciò, tali AA., quando parlano di «valori», si riferiscono a cose molto diverse fra loro. Resta il fatto che le corti costituzionali occidentali sono tutte orientate verso la concezione dei «valori» come principi normativi (oggettivi) di carattere materiale (contenutistico), ossia verso la concezione inaugurata da Scheler e da Hartmann (cfr., in proposito, la corretta ricostruzione della «teoria dei valori» nel diritto di K. LARENZ, *La storia del metodo nella scienza* (1960), tr. it. Giuffrè, Milano 1966, pp. 163 ss., 179 ss.).

¹¹ Cfr. N. HARTMANN, *op. cit.*, pp. 295 ss.

¹² Cfr. N. HARTMANN, *op. cit.*, pp. 562 ss. Ritiene, invece, che il «bilanciamento» avvenga tra «principi concorrenti» R. BIN, *op. cit.*, pp. 31 s. e 40.

¹³ Cfr. N. HARTMANN, *op. cit.*, p. 575, il quale correttamente sottolinea che, se il conflitto tra valori emerge nel caso concreto («essere»), ciò non significa affatto che la «gerarchia dei valori» («dover essere») varia da caso a caso. Confondono, invece, i due distinti piani R. BIN, *op. cit.*, p. 33 s. e L. MENGONI, *op. cit.*, p. 132 s.

costituzionale) o un rapporto giuridico (giudizio civile, penale, etc.).

E' ovvio che, nell'ipotesi in cui un soggetto privato agisce entro un concreto rapporto giuridico e se ne deve valutare la legittimità della relativa condotta, quest'ultima quasi mai viene in considerazione in relazione al bilanciamento dei valori che vi sta a monte, poiché le norme di legge che ne stabiliscono i confini di liceità consistono, di solito, in vere e proprie «regole (di condotta)», ossia in norme contenenti la descrizione del comportamento vietato o di quello permesso. Di modo che la legittimità della condotta individuale viene, di solito, giudicata sulla base di un confronto fra la previsione legale della condotta e il comportamento effettivamente tenuto (= giudizio di sussunzione). Solo nei rari casi in cui un giudice si trovasse a decidere una controversia relativa a un rapporto giuridico (o a un atto amministrativo) sulla base di un principio normativo, allora egli potrebbe procedere, ove fosse chiamato a determinare il significato di un principio in opposizione ad altri principi, a un «bilanciamento» tra quei medesimi principi al solo fine, però, di concorrere a definire la «premessa maggiore» del sillogismo giudiziale, cioè al solo fine di integrare un parametro costituito da una «regola» non completa, e non già al fine di porre lo stesso bilanciamento come (unico) parametro di decisione.

Al contrario, quando oggetto del giudizio è una «regola di condotta» stabilita dal legislatore al fine di sindacarne la legittimità costituzionale, il discorso cambia totalmente, poiché solo in rare occasioni il giudice della costituzionalità si trova a giudicare sopra un (presunto) contrasto tra «regola» (legislativa) e «regola» (costituzionale), mentre nella grande maggioranza dei casi l'oggetto del giudizio è dato dal (presunto) contrasto tra una «regola» (legislativa) e un insieme di principi o valori (costituzionali). In quest'ultima ipotesi, poiché un corretto giudizio può avere corso soltanto se si rendono omogenei i termini posti a raffronto, la «regola» (legislativa) viene, per così dire, sciolta o convertita nei principi (interessi, valori) contenuti nel bilanciamento operato dal legislatore, in modo che sia posta così a raffronto con l'insieme dei principi (valori, interessi) costituzionali ritenuti rilevanti rispetto alla disciplina (legislativa) giudicata. In breve, nel giudizio di costituzionalità il «bilanciamento» è risolutivo e, perciò, assorbe l'intera decisione, per la semplice ragione, sottolineata da Hartmann, che esso è l'unico modo in cui possono essere contemporaneamente attuati principi configgenti¹⁴.

Tuttavia, che l'antagonismo tra valori (principi) emerga sempre in relazione a un «caso» non significa affatto che sia il «caso» a stabilire il criterio di risoluzione (bilanciamento) del suddetto antagonismo. Si tratta di due cose assolutamente diverse che solo un'analisi confusa può pervenire a identificare. Al fine di non cadere in errore è opportuno esplicitare con chiarezza alcune distinzioni concettuali di base, le quali sono molto importanti in relazione alla precisa comprensione del «bilanciamento» di valori (principi, interessi).

Innanzitutto, occorre risolvere l'ambiguità insita nel termine «caso». Quando nel giudizio di costituzionalità – non importa se su ricorso diretto o se in via incidentale – si fa riferimento al «caso» si allude, di norma, a un giudizio «astratto», nel particolare senso che si tratta di un giudizio intercorrente tra una proposizione giuridica contenente una «regola di condotta» e uno o più principi costituzionali. A parte i rarissimi casi in cui l'oggetto del giudizio è una legge-provvedimento regolante un rapporto giuridico concreto, quest'ultimo nel giudizio di costituzionalità sta sempre sullo sfondo, venendo, per lo più, in questione come «prova» del fatto che la «regola» sottoposta al giudizio possa condurre a certi risultati pratici (che pur sono rilevanti al fine di giudicare la «giustizia» delle norme oggetto di considerazione, sulla base del noto modello «conseguenzialista»). Insomma, quando si parla di «caso» riguardo al giudizio di costituzionalità nella maggioranza dei Paesi occidentali (le uniche eccezioni rilevanti sono date dal Regno Unito e dagli Stati Uniti d'America), non si intende, certo, un giudizio nel quale emergono tutte le circostanze concrete di un rapporto-della-vita e nel quale, comunque, queste sono al centro della decisione giudiziale.

¹⁴ Sta in ciò, a mio avviso, la ragione della corretta intuizione di L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 121 s., secondo la quale, mentre il giudizio di costituzionalità «si esaurisce» nella ponderazione tra valori (principi o interessi ideali), al contrario il giudizio civile, penale, etc. non si esaurisce mai nella stessa, ma, quando richiede il bilanciamento, assegna ad esso una funzione di integrazione del significato della norma da applicare.

Al di là di questa precisazione, il concetto di «bilanciamento» difficilmente può essere correttamente compreso se non si distinguono due concetti: quello di «elevatezza» o «rango» dei valori e quello di «peso» e di «importanza» degli stessi. Ancora una volta spetta a Nicolai Hartmann il merito di averli chiaramente distinti¹⁵.

La nozione di «elevatezza» connota *il rango gerarchico che un valore occupa in relazione agli altri valori*, il posto che esso ha in un sistema positivo di valori e di principi normativi. Per comprendere ciò occorre considerare che i valori esistono soltanto al plurale e non stanno l'uno accanto all'altro in modo indifferenziato, ma formano relazioni volte a stabilire la priorità e la preferenza dell'uno verso l'altro, relazioni che ogni soggetto considera nel momento in cui decide.

E' ovvio che, quando a decidere è una persona individuale considerata come soggetto morale, il suo orientamento in una direzione o nell'altra è stabilito sulla base di un ordine di prevalenza da lui stesso fissato e di cui egli stesso si assume la responsabilità (morale). Ad esempio, se una persona antepone l'«onesto» all'«utile», deciderà sempre di restituire al suo legittimo proprietario il portafoglio trovato in strada, mentre, se condivide una gerarchia inversa, tratterà per sé il denaro trovato. Quando, invece, l'azione di un soggetto di decisione è collocata nell'ambito di un sistema normativo di carattere positivo – come uno giuridico o uno di etica pubblica – la scelta dell'agente, se vuole essere legittima, dovrà osservare la gerarchia di valori e l'ordine di preferenza (se fissato) dei principi come positivamente stabiliti. Così, ad esempio, se un sistema giuridico riconosce a ogni persona la libertà di espressione sottoponendo però tale principio al rispetto del valore del «buon costume», si avrà un esercizio illegittimo di quella libertà in tutti i casi in cui il soggetto agente, contrariamente a quanto stabilito nella Costituzione, farà prevalere la propria libertà (di espressione) sul valore del «buon costume».

In breve, in un sistema normativo di diritto positivo la gerarchia dei valori ovvero l'ordine di priorità dei principi (le due espressioni sono equivalenti) sono sempre i criteri ultimi sulla cui base si decide la liceità o l'illiceità (morale o giuridica) di una decisione e del comportamento oggetto della stessa. Più precisamente, mentre nei codici o nelle leggi particolari (= sistemi *rule-oriented*) i criteri di legittimità sono contenuti in «regole (di condotta)», il cui significato è integrato da «principi (generali)» e da definizioni funzionalmente volti a rendere più precise quelle «regole», al contrario nelle costituzioni (= sistemi *principle-oriented*) i parametri di legittimità sono dati, per lo più, da principi o valori forniti di una propria normatività e collegati fra loro in modo da formare un sistema normativo funzionante da fondamento dell'intero ordinamento giuridico. Per tale motivo, quando una decisione (legislativa) viene commisurata alla costituzione al fine di valutarne la legittimità, essa viene messa a raffronto con una pluralità di valori (o principi) ordinati secondo criteri di prevalenza e di preferenza, cioè secondo una «gerarchia di valori». E ciò avviene per la semplicissima ragione che ogni decisione può essere orientata in un senso o nell'altro in dipendenza del valore o del principio che, nell'ambito di un determinato sistema di valori o di un complesso ordinato di principi, viene ritenuto prioritario o preferito rispetto agli altri valori o principi (considerati rilevanti rispetto alla medesima azione).

Posto, dunque, che qualsiasi decisione o azione umana si colloca, in ogni caso, in un contesto reale dirigendosi verso un fine o verso l'altro in dipendenza della prevalenza o della preferenza accordata a un certo valore (principio) rispetto agli altri valori (principi), occorre affrontare due ulteriori questioni. Innanzitutto, occorre domandarsi, quali sono i soggetti o gli organi competenti a stabilire la gerarchia dei valori (o l'ordine di prevalenza assiologica dei principi) nel campo del diritto costituzionale? e, in collegamento con la precedente questione, si può ipotizzare che nel diritto costituzionale la gerarchia dei valori sia mutevole in relazione ai singoli «casi» esaminati?

Riguardo alla prima questione va ribadito preliminarmente che, poiché una gerarchia dei valori è implicata ogni volta che si procede a una decisione nel campo sociale (etico, giuridico,

¹⁵ Cfr. N. HARTMANN, *op. cit.*, pp. 597 ss., il quale distingue tra «elevatezza» o «rango», da un lato, e «peso» o «forza» dei valori, dall'altro. Considerano, invece, soltanto il «peso» dei valori nel bilanciamento: R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 79 ss.; R. BIN, *op. cit.*, pp. 31 s.; G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, pp. 171 s. Usa, invece, «rango» e «peso» come sinonimi: L. MENGONI, *op. cit.*, p. 110.

etc.), ciascun soggetto decidente ne stabilisce di volta in volta una. Così, l'individuo che gode di una libertà costituzionale, allorché decide di esercitarla, fissa in concreto la sua gerarchia di valori. Allo stesso modo, il legislatore (ordinario), quando legifera regolando discrezionalmente una certa fattispecie, pone una determinata disciplina orientandosi secondo una certa gerarchia di valori. Tuttavia, dal momento che nei moderni sistemi giuridici a costituzione rigida spetta a quest'ultima fissare *i criteri ultimi di legittimità* di qualsiasi atto giuridico posto in essere al di sotto della costituzione stessa, non vi può esser dubbio che qualsiasi gerarchia fissata da qualsiasi altro soggetto è valida ed efficace se, e soltanto se, è conforme alla superiore gerarchia di valori stabilita nella costituzione.

A questo punto, però, sorge una questione cruciale, che, se posta male, può dar luogo a gravi fraintendimenti. La questione è: in che modo la costituzione fissa la gerarchia di valori? La determina, forse, stabilendo una scala piramidale di principi astratti ovvero la predispone secondo un modello «reticolare» che si snoda in relazione a campi di attività, se pure genericamente indicati?

Generalmente la questione della «gerarchia dei valori» viene posta sulla base della drastica ed erronea alternativa se la costituzione fissa una «gerarchia assoluta e incondizionata dei valori» oppure una «gerarchia relativa e condizionata»¹⁶. Porre la questione in tal modo significa ricorrere a un artificio retorico degno del miglior Gorgia, un artificio che, in ogni caso, genera confusione e non risolve alcun problema reale. In effetti, la vera questione non verte sull'«assolutezza» o sulla «relatività» della gerarchia: quest'ultima, infatti, se considerata sul piano strettamente assiologico (= ideale) è sempre «assoluta», mentre, se analizzata rispetto al piano dell'attuazione dei principi (valori), è sempre «relativa» a un certo campo materiale. La vera questione riguarda, invece, il modello in base al quale viene stabilita una gerarchia astratta o generale di valori. Sotto questo profilo, si deve escludere che i singoli «valori» costituzionali siano fissati in un *ordine piramidale che abbraccia l'intera costituzione*, per il semplice fatto che tra molti principi – come, ad esempio, i diritti di libertà fondamentali e gli interessi pubblici supremi (ordine pubblico, buon costume, etc.) – non c'è alcuna gerarchia astratta o generale che deve, o può, esser fatta valere in ogni caso. A ben vedere, la costituzione, in sé considerata, fissa diverse gerarchie (= relazioni) di valori in riferimento a differenti campi d'azione, per poi annodarle tra loro in modo da far capo ad alcuni valori supremi dotati di assoluta e generale priorità. Insomma, la «gerarchia di valori o di principi» di cui consta la costituzione si basa, con tutta evidenza, su un *modello «reticolare»*, non già su uno «piramidale»¹⁷.

Per un verso, infatti, la costituzione, essendo diretta a istituire una determinata forma di Stato e di governo, stabilisce un complessivo «sistema di valori o di principi». Questo, in quanto tale, non può non far capo ad alcuni valori o principi supremi, che, essendo i più «elevati», godono di un'assolutezza e di una incondizionatezza difficilmente contestabili. In una democrazia liberale (pluralista), come quella italiana, valori, quali la vita e la pari dignità umana (art. 2 Cost.)¹⁸ o quello del libero sviluppo della personalità umana in un contesto di pari opportunità (art. 3, c. 2°, Cost.), sono valori assoluti e incondizionati, posti a fondamento di più particolari libertà, rispettivamente quelle «negative» e quelle «positive», disciplinate nelle norme successive dalla stessa Carta costituzionale. Tuttavia, la costituzione, pur se forma un sistema normativo ai cui vertici sono collocati taluni valori e principi supremi validi generalmente, non è strutturata nella sua totalità, sotto il profilo dei contenuti, come una rigida piramide, i cui principi sono dislocati in un generale ordine scalare che sale dal grado più basso a quello più elevato. Al di sotto dei principi supremi,

¹⁶ Cfr., ad esempio, nel senso criticato, R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 79 ss., seguito da R. BIN, *op. cit.*, pp. 32 ss.

¹⁷ L'idea di una «gerarchia di valori» stabilita secondo un ordine «piramidale» traspare, invece, da varie sentenze del *Bundesverfassungsgericht*. Per un esempio, cfr. BverfGE 39, 1.

¹⁸ Ciò è ammesso, non senza contraddizione, anche da G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Bibl. di *La Repubblica*, Roma 2005, Intr. (e in molti altri articoli pubblicati su *La Repubblica*), secondo il quale la democrazia (pluralista) si basa sul principio del riconoscimento a ogni essere umano della «dignità umana». Dire che questo è il «fondamento» della democrazia (pluralista) non ha altro significato che riconoscere quel principio come «superiore» rispetto ai (restanti) principi («fondati») e, dunque, ammettere una «gerarchia di valori» positivamente stabilita dall'atto istitutivo della democrazia stessa (costituzione).

esso è, piuttosto, un insieme normativo i cui sottoinsiemi sono costituiti da «reticoli» di valori e di principi ordinati in modo specifico in relazione a singoli campi d'azione. Ciò avviene a causa del fenomeno della «rilevanza» dei valori, il quale è la conseguenza del fatto che, per lo più, i valori costituzionali non hanno un ambito di referenza universale, ma ognuno di essi vale entro certi campi d'azione. Ad esempio, l'«ordine pubblico» insiste sicuramente in ogni relazione tra la «libertà individuale» e la «sicurezza pubblica», ma non ha alcuna rilevanza in riferimento ad altri ambiti, come quelli della famiglia o dell'assistenza sociale.

Questo spiega perché talora sono singoli articoli a stabilire precise gerarchie di valori. Quando, ad esempio, l'art. 41 Cost. dispone che la libertà d'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da mettere in pericolo l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, stabilisce una gerarchia di valori, per la quale, nel campo dell'attività economica, i valori della persona umana e quelli della collettività generale debbono essere considerati prevalenti su quelli riferibili alla libertà imprenditoriale. Altre volte, invece, la modulazione della gerarchia dei valori si spinge così avanti da pervenire a formulazioni più vicine alle «regole (di condotta)» che alla fissazione di astratti principi normativi (traducibili in «regole» soltanto attraverso l'opera dell'interprete volta a mediarli con singole fattispecie). Questo è, ad esempio, il caso della libertà di riunione (art. 17 Cost.), rispetto alla quale il costituente, dopo aver fissato nel primo comma i valori «rilevanti», perviene a distinguere i vari tipi di riunione, riferendo a ciascuno di essi una specifica disciplina giuridica (direttamente attuabile). Si tratta, più precisamente, di uno dei rari casi nei quali la Costituzione italiana stabilisce una certa gerarchia di valori e, poi, la sviluppa in paradigmi d'azione (o «quasi-regole») sufficientemente dettagliati¹⁹.

Insomma, in tutte le ipotesi da ultimo considerate la costituzione stabilisce, propriamente, «costellazioni di valori» (come le chiama Max Weber), vale a dire relazioni, anche gerarchiche, fra determinati valori, valide in riferimento a specifici campi d'azione, le quali, nei casi esaminati, sono espressamente poste da una o più norme (anche in combinato disposto). Vi sono, tuttavia, ipotesi nelle quali tali gerarchie sono poste solo implicitamente, sicché la loro esistenza va determinata in base a un'opera di interpretazione del complessivo sistema di valori costituzionale. Quest'ultima ipotesi merita un cenno leggermente più approfondito, a causa dei delicati problemi da essa implicati.

Si prenda ad esempio la «libertà personale» come disciplinata dalla Costituzione italiana. L'art. 13, dopo aver sancito con una dizione apparentemente assoluta che «la libertà personale è inviolabile», ammette tuttavia che essa possa essere tolta «nei soli casi e modi previsti dalla legge». E' evidente che con quest'ultima formula il costituente ha presente l'interesse pubblico primario, che ogni Stato ha, rivolto alla repressione (penale) dei reati. Tuttavia, come ha chiaramente mostrato Leopoldo Elia nel suo ormai classico studio sulla libertà personale, il legislatore non è libero di fissare le ipotesi di reato che vuole, ma la sua discrezionalità è vincolata dall'esigenza di dare una garanzia al valore della sicurezza, peraltro particolarmente severa come quella penale, in relazione alla lesione dei vari interessi o valori considerati positivamente come meritevoli di tutela costituzionale (vita, salute, proprietà privata, etc.). Se così non fosse, infatti, un valore costituzionale fondamentale, come la libertà personale, subirebbe, in pratica, un'inammissibile de-costituzionalizzazione.

Ma, una volta che sia precisato ciò e che risulti pertanto incontestabile che anche in casi del genere è la costituzione a stabilire un'obiettiva gerarchia fra più valori costituzionali, non vi è dubbio che si è di fronte a un'ipotesi nella quale colui che interpreta/applica la costituzione stessa ha un potere ermeneutico molto ampio, per il fatto che è chiamato a valutare volta per volta quando vi sia un «ragionevole legame» tra la configurazione di un reato e il generale interesse alla sicurezza legato alla violazione di altri interessi o valori costituzionalmente protetti. Tale ampiezza del potere ermeneutico, se fa comprendere perché ipotesi del genere sono quelle più utilizzate come esempi da chi sostiene che le gerarchie di valore dipendono dalle circostanze concrete, non deve però indurre

¹⁹ La presenza di disposizioni costituzionali del tipo illustrato fa correttamente dire a L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 129 ss., che non sempre i «principi» sono «norme senza fattispecie». Il problema, come si dirà poi, non è soltanto quello della presenza o assenza di fattispecie, ma anche quello della completezza, o meno, della fattispecie.

ad avallare l'illusione ottica secondo la quale colui che interpreta/applica la costituzione determina in sostanza la gerarchia fra i valori o, peggio ancora, che possa modularla variamente da caso a caso. Venendo, in tale ipotesi, in opposizione due valori generalissimi – come la libertà personale e la sicurezza (penale) – è chiaro che la modulazione del relativo contrasto dà luogo a ipotesi diverse, ma riconducibili in ogni caso alla preferenza, o meno, dell'un valore rispetto all'altro (libertà personale – repressione dei reati) in conseguenza della varia relazione che si stabilisce tra loro allorché si connettono con la tutela di ulteriori valori costituzionali (vita, dignità umana, salute, etc.).

Concludendo su tale punto particolare, va ribadito che la gerarchia tra i valori costituzionali può essere (legittimamente) stabilita soltanto dalla costituzione, poiché, essendo quella gerarchia l'ultimo criterio di decisione di tutte le ipotesi di opposizione tra valori (principi) costituzionali, la sua sede legittima può essere solo la costituzione. Tuttavia non è esatto dire, come pure è stato sostenuto²⁰, che le norme costituzionali fanno esse stesse il «bilanciamento». Infatti, l'esigenza di quest'ultimo sorge soltanto di fronte a un «caso», ossia di fronte a una decisione riguardante un'azione concreta (ad es. l'esercizio di un'autonomia) o una fattispecie normativa (ad es. una norma di legge che pone una «regola di condotta»), poiché soltanto in relazione a una determinata azione (svolta o comandata) emerge l'opposizione tra più valori. Perciò, un «bilanciamento» può essere *prefigurato*, e solo prefigurato, in una norma costituzionale soltanto nelle rarissime ipotesi in cui questa stabilisce una «regola» destinata ad essere attuata senza l'interposizione della legge o di qualsiasi altro atto normativo (ad es. un contratto collettivo)²¹.

Le norme costituzionali – considerate in se stesse o nella loro connessione sistematica – stabiliscono, dunque, uno degli ingredienti perché si possa fare il «bilanciamento»: la gerarchia dei valori e, di conseguenza, l'«elevatezza» e la «preferenza» spettanti a ciascun valore (principio). Il grado assiologico (e, dunque, l'«elevatezza» e la «preferenza») di un valore è, pertanto, pre-stabilito *in astratto*, se pure in correlazione con altri valori e, non di rado, anche con riferimento a determinati campi d'azione (ad es. l'associarsi, il riunirsi). Tuttavia, non è questo l'unico elemento del «bilanciamento», poiché questo non può essere svolto in mancanza di un altro fattore: quello che Nicolai Hartmann, per primo, ha chiamato il «peso», o la «forza», dei valori²².

Il «peso» è un elemento che varia da fattispecie a fattispecie (oppure da azione ad azione). Esso, infatti, connota il *grado di apprezzamento relativo di cui un valore gode di fronte ai valori ad esso contrapposti nella particolare disciplina normativa di una determinata fattispecie* (oppure in una particolare azione). Tuttavia, la sua misurazione è il frutto di una *proporzione negativa*, poiché il «peso» è determinato sia in relazione al(l'ipotesi di) sacrificio dello stesso valore (cioè in dipendenza della relativa mancanza), sia in relazione al dis-valore corrispondente (in quanto a ogni valore corrisponde un dis-valore: ad es. bene pubblico/male pubblico, buon costume/mal costume, ordine/disordine). Per questo motivo, il «peso» di un valore può essere definito soltanto una volta che il conflitto tra valori sia emerso nella particolare fattispecie considerata e può essere verificato soltanto in relazione al «caso» oggetto di decisione, cioè *«in concreto»*.

²⁰ Cfr., nel senso criticato, A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino 2006, pp. 31 s., il quale usa il «bilanciamento» come sinonimo della «prevalenza» o della «preferenza» di un valore rispetto all'altro, ossia come sinonimo della «gerarchia o scala dei valori». In realtà, si tratta, come s'è tentato di spiegare nel testo, di concetti diversi.

²¹ Che la costituzione contenga una «regola», cioè la prescrizione di una condotta o di una omissione complete in ogni loro elemento (e perciò direttamente attuabili nei rapporti della vita), è evenienza molto rara. La teoria di L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 131 s., circa la presunta «doppia natura» – quali «principi» e quali «regole» – delle disposizioni costituzionali si basa, innanzitutto, su un uso ambiguo del concetto di «attuazione». Dire, ad esempio, che l'art. 36 Cost. è anche una «regola» perché è fonte di integrazione del contratto (ex art. 1374 c. c.) non è certo sufficiente a dimostrare l'assunto. Infatti, ogni principio costituzionale «integra» le disposizioni di legge nel momento della attuazione di queste ultime, essendo tenuto ogni giudice a dare delle leggi un'interpretazione «conforme» alla costituzione. Inoltre, poiché l'illustre A. distingue (sulla scia di Alexy) i «principi» dalle «regole» in dipendenza di un carattere estrinseco (attuabilità indiretta o diretta nei rapporti della vita), egli finisce per proiettare sulle norme i tratti propri dei distinti «giudizi» (costituzionali, civili, etc.) nei quali quelle sono (in vario modo) applicate.

²² Cfr. N. HARTMANN, *op. cit.*, pp. 600 ss.

Con riguardo al giudizio di costituzionalità, l'«elevatezza» e la «preferenza», da un lato, e il «peso», dall'altro, svolgono due funzioni ben distinte. Le prime svolgono una funzione, per così dire, *categoriale*, nel senso che determinano il tipo di «bilanciamento» appropriato al caso o, per essere più precisi, stabiliscono la *regola* del «bilanciamento» medesimo. Infatti, come si legge già in Aristotele, il «bilanciamento», essendo un'operazione *razionale*, non può effettuarsi senza regole, ma risponde sempre a una regola in osservanza della quale dev'essere svolto. Il «peso» presiede, invece, al proporzionamento, cioè alla definizione quantitativa, del bilanciamento medesimo.

Per fare alcuni esempi, il fatto che la «dignità umana» ha sempre una posizione privilegiata nel «bilanciamento» – o, come dicono alcuni esagerando (e dunque sbagliando), non è bilanciabile – è dovuto alla «elevatezza» del relativo valore, non certo al suo «peso»: è, cioè, dovuto al rango che la «dignità umana» occupa, nel sistema di valori costituzionali, il livello più elevato. Allo stesso modo, il fatto che, quando viene in questione una *preferred freedom* (in USA) o un «diritto inviolabile» o «fondamentale» (in Italia e in Germania) di fronte a un interesse pubblico primario (come l'ordine pubblico, la sicurezza, il buon costume), le corti applicano lo «scrutinio stretto» o il «test della necessità» (che è, in Germania, un sub-principio della regola della «proporzionalità» praticamente identico allo *strict scrutiny*), è determinato dalla «elevatezza» e dalla «importanza»²³ dei valori in ballo, non certo dal loro «peso». Infine, è ancora la differente «elevatezza» (e «importanza») che giustifica il fatto che il «bilanciamento» riguardante i «diritti di libertà civile» segue regole diverse da quelle applicate nelle ipotesi in cui sono coinvolti i «diritti sociali» e (in Italia) i «diritti economici»²⁴.

Il «peso», invece, è un presupposto necessario per la misurazione della «proporzionalità» del sacrificio relativo che, in una determinata fattispecie, si impone a un certo valore al fine di salvaguardare il «contenuto essenziale» del valore antagonista. E, se la «proporzionalità» del sacrificio imposto al valore privilegiato (diritto inviolabile) dovesse apparire, con riguardo ai valori contrapposti nella particolare fattispecie esaminata, «non irragionevole», cioè rispettoso del «contenuto essenziale» del «diritto» medesimo, allora il giudice della costituzionalità sarebbe indotto a concludere che il rapporto di proporzionalità che il legislatore ha stabilito tra gli interessi da lui regolati è compatibile con la costellazione dei valori costituzionali rilevante nel «caso» giudicato²⁵.

Per riassumere, mentre la gerarchia tra i valori è pre-stabilita dalla costituzione, il «peso» dei valori coinvolti nel giudizio è diverso da fattispecie a fattispecie. Quest'ultimo elemento, perciò, può emergere soltanto nel «caso», così come dal «caso» deriva la *mappa degli interessi* in ballo, in relazione alla quale si determina il *complesso dei valori costituzionali rilevanti* per il giudizio, nonché le specifiche *modalità di opposizione* tra i valori stessi.

Se non si ha ben chiaro tutto ciò, si diventa facile preda di illusioni ottiche che portano ad alterare la vera natura del «bilanciamento». Se, ad esempio, si nega pregiudizialmente che la

²³ Il termine «importanza», qui usato come sinonimo di «preferenza», si riferisce alle ipotesi nelle quali tra valori dello stesso livello (o «elevatezza»), e dunque attuabili soltanto attraverso il «bilanciamento», la costituzione, in considerazione della «forma politica» (di Stato e di governo) prescelta, stabilisce un *favor* o un «privilegio» a vantaggio di uno dei valori in questione (ad es. per i «diritti inviolabili» di fronte all'ordine pubblico).

²⁴ Nei «diritti sociali» e in quelli «economici» non si applica la regola dello «scrutinio stretto» (come nelle *preferred freedoms*, nei diritti inviolabili, etc.), ma si segue un modello di «coerenza» fra «mezzi» (scelti) e «fine» (posto), poiché in tali casi, anziché ruotare intorno a un «valore preferito», la legislazione è incentrata su un «fine» che il legislatore sceglie discrezionalmente allo scopo di garantire «sotto la riserva del possibile», il relativo diritto sociale o economico (perciò la Corte Suprema americana definisce l'analogo «bilanciamento» come *legitimate interest test* oppure come *deferential review*).

²⁵ Come ha precisamente sottolineato N. Mc CORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica* (1984), in N. Mc Cormick e O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, tr. it. Giuffrè, Milano 1990, pp. 275 ss. ogni determinazione normativa, considerata nelle sue conseguenze fattuali, può essere giudicata come una «ponderazione legittima» solo se commisurata rispetto ai «valori», ossia solo se analizzata nella sua «razionalità rispetto ai valori». Sotto questo profilo, il giuspubblicista scozzese più saggiamente si contrappone all'idea di L. MENGONI, *op. cit.*, p. 125 (che pure, sul punto, sembra seguire il pensiero di Mc Cormick) in quanto non considera sufficiente la verifica della sola «universalizzabilità» della decisione adottata (essendo, quest'ultimo, un criterio formale, e non assiologico).

costituzione contenga una gerarchia di valori e/o varie costellazioni di valori formate da un congiunto ordinato di principi, si perviene inevitabilmente a cancellare l'«elevatezza» dei valori e a disconoscerne, quindi, la funzione, finendo, così, per considerare nel «bilanciamento» soltanto il «peso» dei valori e la conseguente misurazione concernente la proporzionalità del sacrificio imposto. In tal modo, privando il «bilanciamento» del suo elemento categoriale, si trasforma quest'ultimo in un'operazione non-razionale, giungendo così a “giustificare” nel giudice della costituzionalità un comportamento senza «regole» e, perciò, altamente arbitrario²⁶. Nello stesso tempo, per i medesimi motivi, anche la misurazione del «peso» diventa affatto arbitraria, poiché, una volta che si è misurato il sacrificio imposto per la salvaguardia del valore in conflitto, la gravità del sacrificio va verificata, al fine di giustificarne costituzionalmente la «proporzionalità», con la gerarchia dei valori costituzionali rilevanti, nel senso che, se il sacrificio imposto nella particolare fattispecie considerata è tale da colpire eccessivamente il valore «preferito», la disciplina normativa oggetto del giudizio va dichiarata incostituzionale²⁷. Ma tale verifica diviene impossibile se si rifiuta qualsiasi gerarchia tra i valori costituzionali oppure se, supponendone pre-giudizialmente l'insignificanza e rigettandone dunque l'apriorità, si nega qualsiasi normatività ai valori medesimi.

Si può comprendere, però, che, nel momento in cui si rifiuta la gerarchia dei valori e si elimina con ciò qualsiasi elemento categoriale (= razionale) proprio del «bilanciamento», quest'ultimo sia configurato come variabile da caso a caso. E' paradossale, peraltro, che, rifiutata come elemento categoriale, la gerarchia tra valori riappaia, secondo le analisi ora criticate, nel singolo «caso», tale che essa si presenterebbe come di volta in volta diversa. Ma, a parte che, se così fosse, quel concetto sarebbe del tutto inutile, un sovrappiù senza senso e senza funzione (se non quella di coprire l'arbitrio del giudice), resta il fatto che in tali raffigurazioni la costituzione e, conseguentemente, il diritto costituzionale vengono ridotti a una «casistica» a geometria variabile, totalmente priva di un filo logico capace di conferirle unità e continuità (anche storica): la costituzione, insomma, sarebbe, in sé considerata, la negazione vivente di qualsivoglia razionalità.

In realtà, la possibilità che la gerarchia fra determinati valori costituzionali possa essere articolata in modo diverso nella disciplina di singole fattispecie e perciò possa apparire differente da caso a caso, si ha nella sola ipotesi in cui nel giudizio siano coinvolti valori costituzionali che appartengono allo stesso «genere» di valori e sono, quindi, dotati dello stesso livello assiologico e dello stesso potenziale di «preferenza». In tale ipotesi, poiché la funzione categoriale della gerarchia dei valori diviene nulla, e viene perciò meno ogni ordine di priorità e di preferenza fra i valori stessi, nel giudizio di costituzionalità diventa determinante il «peso», che, come s'è ripetutamente detto, varia da fattispecie a fattispecie. Tuttavia, ciò non comporta affatto che si debba negare l'esistenza di una gerarchia costituzionale di valori, ma significa semplicemente riconoscere che, nei casi in cui le differenze di livello assiologico e di posizione preferenziale si annullano, la misurazione del «peso» diventa decisiva ai fini del giudizio di costituzionalità²⁸.

In generale, però, la riduzione del diritto costituzionale a «casistica», oltre a essere

²⁶ A questo risultato pervengono tutte le teorie sopra criticate – quelle di Alexy, Bin, Zagrebelsky e Mengoni – che, non a caso, ritengono che il «caso» si decide «in aderenza al caso» stesso (l'espressione è di Mengoni).

²⁷ Per due recenti esempi relativi alla misurazione del sacrificio imposto, e quindi alla ponderazione del «peso» dei valori, e alla necessità di una (successiva) verifica della sua conformità rispetto alla gerarchia dei valori costituzionali, cfr. Corte Cost. sentt. nn. 372/2006, 77/2007. Per la chiara distinzione tra «rango dei valori» e «peso», cfr. anche, fra le più recenti, sent. n. 5/2007.

²⁸ Questo è ciò che è effettivamente successo nel «caso» deciso dalla sent. n. 149/1992 della Corte Costituzionale, erroneamente citato da L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 132 s. e nota 44, come esempio concreto della variabilità, da caso a caso, della gerarchia dei valori costituzionali. In quel caso, infatti, si trattava di un «bilanciamento» fra la libertà d'iniziativa economica privata (art. 41) e la proprietà privata (art. 42), che, come è noto, sono, secondo la giurisprudenza costituzionale (italiana), due «valori» appartenenti allo stesso livello assiologico (subordinato a quello delle libertà fondamentali e degli altri interessi primari) e immuni da qualsiasi relazione «preferenziale» fra di loro. E' chiaro, quindi, che il «bilanciamento» tra essi è determinato dal diverso «peso» che *nelle singole fattispecie* può essere ragionevolmente ascrivito all'uno e all'altro valore, secondo la «regola» del giudizio di ragionevolezza semplice (*legitimate interest test* o *deferential review*). Un caso ancor più significativo della vicenda illustrata è dato dalla sent. n. 4/2007, nella quale la Corte Costituzionale s'è trovata a «bilanciare» due distinte manifestazioni, in capo a soggetti diversi, dell'universale valore della «dignità umana».

incompatibile con una corretta configurazione del «bilanciamento» nel giudizio costituzionale, comporta anche una discutibilissima concezione della costituzione. Infatti, secondo gli Autori criticati, la costituzione non sarebbe di per sé un atto contenente norme valide *a priori*, ma risulterebbe soltanto *a posteriori* come prodotto delle decisioni prestate di volta in volta dai giudici competenti. La costituzione, insomma, verrebbe frantumata in una molteplicità di «regole», enunciate nei singoli giudizi e volte a stabilire quel che è costituzionalmente legittimo «qui ed ora». Emerge così con tutta evidenza la contraddizione di coloro che, essendo partiti da una «costituzione di principi», si ritrovano, *ex post*, una «costituzione di regole», poiché nel «qui ed ora» c'è posto solo per le «regole». In questo senso ha ragione Böckenförde a dire che si è di fronte a una nuova (e inconsapevole) forma di positivismo giuridico, a un positivismo di tipo giudiziale.

Ma, se così fosse veramente, vorrebbe dire che l'idea che della costituzione si erano fatti i *Founding Fathers* americani (i quali l'hanno diffusa in tutto l'Occidente) e i successivi Costituenti europei risulterebbe non più rispondente all'attualità. L'idea di una costituzione diretta a fissare stabilmente («per l'eternità», diceva retoricamente il *Chief Justice* John Marshall) i valori e i principi condivisi sulla cui base occorre valutare la legittimità degli altri atti giuridici (incluse le leggi) sarebbe oggi sostituita con l'«idea», estremamente fluida, se non liquida, di un permanente scorrere di «casi» nei quali le gerarchie dei valori e dei principi variano con il variare, non solo dei luoghi e dei tempi, ma, persino, delle vicende trattate. Una «costituzione» siffatta sarebbe un inno alla irrazionalità e al nulla, non certo quel «baluardo della Ragione» che immaginavano i suoi ideatori, antichi e moderni.

Tuttavia – occorre domandarsi – una tale «idea» di costituzione ha un senso e può servire a qualcosa? anzi, è essa stessa una idea di costituzione o non è, piuttosto, la dissoluzione della stessa a favore di miti, come quelli relativi alla «forza normativa del fatto», che, come ha giustamente osservato Jürgen Habermas²⁹, non sono altro che espressioni di uno «scetticismo» negatore di qualsiasi fondamento e di una ribellione irrazionale ed estrema al normativismo assoluto (= senza «fatto») e al razionalismo astratto (= formalismo) del positivismo giuridico?

4 – L'argomentazione costituzionale come caso del generale discorso pratico? Legittimazione contro legalità costituzionale

Le posizioni che nelle pagine precedenti sono state esaminate criticamente si inseriscono in un più ampio filone di pensiero, i cui studi pionieristici sono stati identificati nei saggi sulla «retorica» di Chaïm Perelman o in quelli sulla «topica» di Theodor Viehweg. Secondo il punto di vista comune a tale filone, l'introduzione negli ordinamenti positivi di atti normativi fondamentali, quali le costituzioni (rigide), avrebbe comportato, non soltanto il passaggio dalle forme tradizionali di «interpretazione» (testuale/contestuale) a un più complesso procedimento «argomentativo» (della qual cosa è difficile dubitare), ma soprattutto la perdita di specificità della «argomentazione giuridica» in conseguenza della confluenza di quest'ultima nel generale discorso pratico-filosofico. Insomma, il giurista (come nell'epoca classica o ai tempi del giusnaturalismo) sarebbe tornato ad essere filosofo o viceversa, come scrive Habermas sotto altri profili, vero giurista è oggi il filosofo.

Il principale argomento giuridico a favore di tale opinione è dato dal rilievo secondo il quale le costituzioni (democratico-pluraliste), comportando l'esigenza di «giustificare» le leggi e gli atti giuridici sulla base di valori o di principi di giustizia (sostanzialmente etici e/o politici), avrebbe messo fuori causa i noti modelli della «legalità» (= giudizio in base a parametri normativi prestabiliti) e avrebbe collocato al loro posto nuovi paradigmi, rinviati a varie forme di

²⁹ Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e Norme* (1992), tr. it. Guerini, Milano 1996, pp. 10 ss., 14 ss.

«legittimazione» (= giudizio in base a ciò che la comunità considera «giusto» o «accettabile» ovvero in base ai valori così come condivisi di tempo in tempo dalla società pluralista).

Dietro tale comune convinzione sussistono, tuttavia, differenze di orientamento, non certo insignificanti, che si possono sintetizzare sulla base di due distinte linee interpretative: la prima tende ad assimilare l'argomentazione giuridica a logiche di acquisizione del consenso non dissimili, nella sostanza, da quelle politiche; la seconda, invece, tende a individuare la base concernente la legittimazione dell'interpretazione/applicazione delle norme giuridiche in canoni o procedure ritenuti «razionali».

Nella prima tendenza possono essere inclusi coloro i quali sostengono che le disposizioni costituzionali sono semplici «punti di partenza» ovvero «punti di vista» (come nella «topica»), che il pluralismo culturale delle moderne società democratiche, attraverso la dinamica sociale di produzione dei valori civici, può convalidare o può smentire, facendo così valere una propria autonoma e decisiva normatività³⁰.

Sul versante di coloro che declinano la legittimazione nei termini della «razionalità» del discorso giuridico vi sono, invece, alcuni studiosi che, nell'attuale deserto teorico, godono di una discreta fama: Neil Mc Cormick e Robert Alexy³¹. Si tratta di due Autori, che potrebbero essere definiti «post-giuspositivisti», poiché, pur andando (ben) oltre il sistema puramente «legalitario» tipico del positivismo giuridico, di quest'ultimo mantengono, però, taluni fondamentali aspetti teorici, quali la concezione dell'ordinamento giuridico (costituzione inclusa) come sistema *rule-oriented*, oltretutto la definizione della «norma» come «regola per la sfera dell'azione» (= regola di condotta), ossia come proposizione imperativa di tipo condizionale (quando...allora; se...allora), con la conseguente derubricazione della normatività delle disposizioni contenenti principi o valori, cioè delle (più importanti) norme costituzionali.

Tuttavia, sebbene abbiano in comune la supposizione che la «razionalità pratica» sia il principale (anche se non l'unico) fattore di legittimazione, i due Autori ora considerati differiscono fra loro in modo rilevante nel definirla. Per il giurista scozzese la «razionalità pratica» consiste nella «universalizzabilità» dell'interpretazione/applicazione adottata e, in particolare, del «fine» con essa perseguito, nonché nella «coherence» della medesima, intesa come «accettabilità (della regola di decisione) in quanto diretta a delineare una forma soddisfacente di vita». Per il filosofo tedesco, invece, il principale criterio di legittimazione dell'argomentazione giuridica consiste nell'applicazione di una procedura discorsiva, la quale, sulla scorta delle note teorie sull'agire comunicativo di Jürgen Habermas, sia tale da garantire la partecipazione di tutti alla discussione e lo svolgimento di quest'ultima senza significativi ostacoli alla libertà dei partecipanti³².

In una posizione intermedia (nel senso che accoglie sincreticamente aspetti dell'una e dell'altra tendenza) si collocano, poi, teorie secondo le quali le moderne costituzioni democratico-pluraliste positivizzano valori e principi etico-politici, che, nel loro operare all'interno dell'ordinamento giuridico, conservano il loro statuto originario e, perciò, si assoggettano a un tipo di argomentazione simile a quella utilizzata dai giusnaturalisti dei secoli passati («soggettivo»), anche se nel discorso giuridico attuale l'efficienza delle conseguenze sociali e l'«universalizzabilità» dei risultati pratici giocano un ruolo centrale³³.

Non è questa la sede per esaminare analiticamente le singole teorie sopra indicate, che pur lasciano perplessi sotto svariati punti di vista. Qui, infatti, si discute il loro tratto comune,

³⁰ Su questa linea, risalente alla teoria formulata negli anni '20 del secolo passato da Rudolf Smend, possono essere collocati, se pure con posizioni tra loro diverse: P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker u. Humblot, Berlin 1982; G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mite*, cit.

³¹ Cfr. i vari saggi di Mc Cormick raccolti in N. Mc CORMICK e O. WEINBERGER, *op. cit.*; nonché R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 498 ss. e ID. *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), II ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1991, pp. 32 ss., 263 ss., 349 ss.

³² Cfr., rispettivamente, N. Mc CORMICK, *La congruenza*, cit., pp. 355 ss. e R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., spec. pp. 234 e ss., dove l'A. formula ventotto regole, l'osservanza delle quali garantirebbe la «correttezza razionale» del discorso giuridico. In realtà si tratta di un ingenuo tentativo accademico volto a perseguire il mito (habermasiano) della «comunicazione emancipata dal dominio».

³³ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica*, cit., spec. pp. 91 ss., 115 ss.

consistente nel sostituire, nell'argomentazione giuridico-costituzionale, i ragionamenti di tipo «legaltario» con paradigmi forniti da esigenze di pura legittimazione (= giustificazione sociale).

Un primo elemento argomentativo condiviso da tutte le teorie ora esaminate sta nella premessa – talora esplicitata, talaltra semplicemente presupposta – consistente in *una profonda svalutazione dei «principi (costituzionali)» come norme giuridiche*.

Le vie seguite per raggiungere tale risultato sono di vario genere e, per certi fondamentali aspetti, appaiono persino incompatibili fra loro. Alcuni, infatti, suppongono che i «principi» costituzionali siano, per lo più, privi di un significato logico-linguistico o rappresentino semplicemente dei «punti di partenza» o, addirittura, degli spunti per l'interprete, con la conseguenza che risultano «riempibili» dalla «società presente» in uno dei tanti modi da essa ritenuti «corretti». Per altri, invece, si tratta di «principi sostanzialmente etici», che, restando tali pur se immessi nei testi costituzionali, sono interpretabili soltanto sulla base di criteri ampiamente soggettivi e, comunque, irriducibili a una misura comune (= normativa o «legale»). Per altri, ancora, i «principi» o sono «regole» più generali (e, dunque, non dissimili da esse) oppure coincidono con i fini perseguiti nell'applicazione delle «regole» stesse, sempreché questi siano «universalizzabili» e, perciò, riconducibili a un (superiore) ordine coerente e di applicazione generale. Per altri, infine, i vari «principi» che le costituzioni (o altre norme) pongono non sono portatori di una loro specifica normatività, destinata ad aver applicazione nei rispettivi campi materiali (ad es. sfera privata, comunicazione, associazione), ma sarebbero semplicemente le sembianze fantasmagoriche di un unico e medesimo vincolo di carattere metodico, consistente in un «comando di ottimizzazione», vale a dire in un imperativo di efficientamento, in una sorta di regola deontologica rivolta a ogni operatore giuridico nella quale sfumano del tutto i (pur parziali) contenuti normativi³⁴.

E' chiaro che, se in un modo o nell'altro (taluno veramente implausibile e fantasioso) i «principi» non sono minimamente portatori di norme giuridiche, pressoché tutte le costituzioni, essendo per gran parte enunciazioni di valori e di principi, non possono godere, di per sé, di alcuna normatività. In realtà, le costituzioni (rigide) delle democrazie pluraliste sono state istituite come forme di «neutralizzazione» della politica attraverso una «limitazione» del potere statale (o della maggioranza politica) fatta valere per via «giurisdizionale» (= giudizio di costituzionalità). Se i valori e i principi «neutralizzanti» (in quanto condivisi e «posti» al di sopra del conflitto politico) sono, a loro volta, neutralizzati in base a pre-giudizi teorici (= il diritto come norma coattiva o prescrittiva), che inducono a svalutarli o, addirittura, a espungerli dal sistema giuridico in odio a ogni forma di «razionalità rispetto ai valori», si può, allora, comprendere perché l'«argomentazione giuridica», riferita alla costituzione, sia configurata come priva di qualsiasi specificità rispetto al generale «discorso pratico».

A parte ogni altra considerazione su tali teorie (come, ad esempio, la implicita de-costituzionalizzazione dell'ordinamento o il pratico svuotamento dello «Stato costituzionale») che ci porterebbe lontano, è sufficiente osservare che la svalutazione normativa dei «principi (costituzionali)» – che, peraltro, è anche la conseguenza di una carente concettualizzazione della relativa nozione (i «principi», infatti, sono definiti nelle teorie criticate soltanto in modo negativo, ossia come tutto ciò che non è «regola») – conduce a configurare l'ordinamento (costituzionale)

³⁴ Sulla definizione dei «principi» come *Optimierungsgebote*, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 75 s. I costituzionalisti che seguono tale nozione spesso dimenticano che una definizione del genere, presupponendo l'esistenza di un universo finalistico e la concezione della norma giuridica come «prescrizione» (= comando di una azione o di una omissione), è logicamente compatibile soltanto con un ordinamento normativo *rule-oriented* e con una concezione del «diritto» limitata alla *coazione* (= *hard law*).

³⁵ Questa definizione dei «principi», rinverdata da R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard Un. Press, Cambridge Ma. 1977, pp. 24 ss., 71 ss., 82 ss., è seguita pure da R. BIN, *op. cit.*, pp. 9 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mite*, cit., pp. 147 s.; L. MENGONI, *Ermeneutica*, cit., pp. 126 ss. Un ulteriore elemento distintivo tra «principi» e «regole», originariamente individuato da Zagrebelsky (seguito da Mengoni) – per il quale alle regole «si ubbidisce» e ai principi «si aderisce» – appare, in realtà, inappropriato, essendo esso pertinente alla distinzione tra i «principi giuridici (= normativi)» e i «principi della morale (individuale)»: un «principio» contenuto in una norma giuridica «si osserva» né più, né meno di quanto «si osserva» una «regola», mentre l'«adesione» è un requisito della sfera morale.

come un mondo piatto (simile a quello ipotizzato dal positivismo giuridico) nel quale la normatività si esprime soltanto attraverso le «regole»: un principio che, sul piano normativo, non esprime nulla non è una «norma», né un frammento normativo di un mosaico formato da tessere di vario tipo, ma è semplicemente un nulla.

Tuttavia, che in realtà un «principio» non sia normativamente un nulla è facilmente dimostrabile. Si prendano, ad esempio, alcune formulazioni classiche di norme-principio, come l'art. 13, c. 1, Cost. it. («la libertà personale è inviolabile») o l'art. 2, c. 1, GG («la dignità della persona è intoccabile»). Ognuna di queste formule normative, ciascuna delle quali contiene un «principio» generalissimo o, meglio, un «valore», è in realtà trasformabile linguisticamente (= logicamente) in modo da assumere la forma di una «regola». Più precisamente, quei principi (valori) sono trasformabili in due distinte «regole» di carattere assoluto e universale: «in tutte le circostanze, nessuno deve violare la libertà della persona umana» o «in tutte le circostanze, nessuno deve intaccare la dignità umana». Questo fatto, mentre sembra convalidare l'intuizione di Josef Esser, per il quale le forme degli enunciati (tanto care ai neo-positivisti) sono irrilevanti ai fini delle concezioni della norma giuridica, nello stesso tempo porta a confutare in radice l'affermazione, in verità pre-giudiziale, che dai «principi» non può trarsi alcuna «regola» (= «imperativo»). Né si può dire, peraltro, che quelle formulazioni («regole») appaiono insignificanti o ambigue, poiché, onestamente, sarebbe arduo negare che sono più o meno precise, oppure più o meno indeterminate, delle disposizioni del codice civile che, ad esempio, definiscono e regolano l'impresa privata (art. 2082 c.c. e segg.).

In realtà, riguardo alle «regole» che sono frutto della trasformazione dei principi (valori) si pone, non soltanto un problema di (più o meno) determinatezza/indeterminatezza (rispetto alle «regole»), ma soprattutto un problema relativo alla loro «applicazione». Si tratta, esattamente, proprio del problema che Aristotele e, nei tempi moderni, Hartmann hanno chiaramente messo a fuoco. Le norme-principio o quelle contenenti puri «valori» (come le disposizioni sopra indicate), essendo traducibili soltanto in «regole» incondizionate e assolute, si rivelano, se prese isolatamente, «inapplicabili». Infatti, se una persona commette un crimine, essa non può pretendere che la polizia e la magistratura non la arrestino perché la sua «libertà personale» è inviolabile. Allo stesso modo, un condannato all'ergastolo non può rifiutarsi di sottoporsi al carcere a vita perché la sua «dignità umana è intoccabile». Insomma, come avevano ben visto quei due grandi filosofi, i «valori» e i «principi (fondamentali)» sono attuabili in una determinata fattispecie soltanto se posti in rapporto oppure in «bilanciamento» con i «valori» e i «principi» (anch'essi assoluti) a loro opposti.

Per riassumere, un «principio», se è tale e nella misura in cui è veramente tale, contiene sempre una qualche determinazione normativa (Esser), che talora è riferita a un ampio ambito materiale, talaltra (come nel caso dei valori) è priva di qualsiasi riferimento a qualsivoglia campo d'azione (= è senza fattispecie)³⁶. Nelle sue espressioni più elevate (= valore), il «principio» è, sotto il profilo normativo, un «assoluto», il quale, proprio perché tale, è applicabile soltanto se stemperato o contemperato (attraverso il «bilanciamento») con il principio-valore che nel «caso» gli si oppone³⁷.

Un secondo ordine di obiezioni alle teorie in esame si focalizza nella loro comune convinzione che la «giustizia», così come definita attraverso i «principi» e i «valori» costituzionali, tende a mutare il suo significato in dipendenza di *ciò che di tempo in tempo la società o l'opinione pubblica reputa che sia «giusto»* oppure di *ciò che di volta in volta si ritiene «socialmente accettabile»*. In realtà, questa critica, se intesa in un certo modo, contiene un'affermazione quasi banale, in quanto l'interpretazione dei principi costituzionali varia necessariamente nel tempo. Essa,

³⁶ Cfr. in tal senso l'osservazione critica formulata, nei confronti delle definizioni di Bin e di Zagrebelsky (i principi sono «norme senza fattispecie») da L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 129 ss., secondo il quale anche i «principi» possono avere una (se pur incompleta) fattispecie. Si prenda, ad esempio, il «principio del bicameralismo paritario»: esso comporta una direttiva (costituzionale) volta a organizzare e far funzionare il parlamento (= oggetto del principio o elemento della fattispecie) sulla base di due Camere aventi i medesimi poteri (= direttiva normativa).

³⁷ Cfr. N. HARTMANN, *Ethik, cit.*, pp. 578 ss.: ogni valore, preso a sé, è «tirannico», cioè tende all'assolutezza, ma «ogni singolo valore realizza appieno il suo contenuto di valore soltanto attraverso il suo contrappeso assiologico, nella 'symploké' con esso» (p. 579 s.).

però, non è più sostenibile come teoria giuridica quando vuol significare (come nelle teorie esaminate) che la variabilità dei significati è totalmente indipendente dalle disposizioni contenute nella costituzione e dalla «storia» delle medesime, ma è semplicemente il risultato dei mutevoli umori di ciò che gli Autori criticati chiamano «società», senza mai ben definire che cosa essi intendano specificamente con tale termine.

In effetti, tutte le teorie considerate, tranne una, lasciano totalmente nel vago quello che dovrebbe essere il punto centrale di teorie del genere, poiché non dicono mai come si debba verificare ciò che «pensa realmente» la «società» ovvero come si debba misurare il grado di accettabilità sociale di una certa proposta interpretativa. Coloro che si spingono più avanti in questa direzione parlano di «società aperta degli interpreti» o di «valori generazionali»³⁸. Ma il passo avanti che si fa con tali formule è solo apparente, tanto che viene il sospetto che nessuno degli Autori citati sappia o voglia dare una risposta a ciò. In effetti, idee del genere sono belle e affascinanti agli occhi di molti soltanto finché rimangono nel vago e nel generico.

Quel che si può dire con relativa certezza è che nessuno degli Autori criticati pensa a sondaggi quotidiani o a pratiche di espressione elettronica, come quelle ipotizzate da Jimmy Fishkin³⁹. Si tratta, infatti, di metodiche più appropriate a decisioni politiche che a «interpretazioni» del significato dei principi costituzionali. Perciò, è lecito ammettere che sul punto c'è un vuoto (tutt'altro che secondario) non colmato e, forse, incolmabile. Del resto, l'unica fra le teorie esaminate che accetta la sfida dettando ben ventotto regole da osservare affinché si abbia una «decisione razionale» – quella di Robert Alexy⁴⁰ – non è verosimilmente applicata in nessuna parte del mondo, neppure nel Paese reputato più democratico (immaginate voi quello che vi sembra tale). Probabilmente non è affatto applicabile in pratica. Tuttavia, al di là dei problemi attinenti alla misurazione del grado di «accettabilità sociale» di una proposta interpretativa, ciò che lascia più perplessi è il principio che sta a monte di quella problematica: l'equiparazione della «giustizia» alla «accettabilità sociale» o a una «soddisfacente forma di vita»⁴¹.

In realtà, non bisogna essere impenitenti «assolutisti» per ammettere che c'è sempre uno scarto incolmabile fra l'«accettabilità sociale» di una regola o di una decisione e la sua «giustizia»⁴². Persino i benthamiti, per i quali la «giustizia» equivaleva alla «utilità collettiva», non sono mai giunti ad ammettere che la misura di ciò che è «giusto» o «ingiusto» fosse data dalla reazione sociale alla misura adottata o in via di adozione. Se così fosse, infatti, in una ipotetica società formata in gran parte da ladroni, il furto o il saccheggio sarebbe probabilmente una forma di «giustizia». In effetti, l'equiparazione tra «giustizia» e «accettabilità sociale» presuppone che tutti gli uomini o la grande maggioranza degli uomini concretamente esistenti in una qualsiasi società siano perfettamente «razionali» e decidano in ogni circostanza in modo perfettamente «razionale». Sarebbe, questa, una visione del mondo talmente paradisiaca o angelica da non perdere nemmeno un secondo della propria vita per considerarla seriamente. E, se si replicasse che occorre sempre partire da una situazione ideale per risolvere i problemi pratici, sarebbe anche da tener presente

³⁸ Per l'una espressione cfr. P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (1975) e *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (1977), ora in ID. *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Duncker u. Humblot, Berlin 1978, rispettivamente pp. 155 ss. e 17 ss.; per l'altra espressione cfr. G. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, cit., p. 78 s., per il quale l'interpretazione va coniugata, evidentemente, soltanto al «presente»: ciò di cui si può dubitare, poiché l'«attualizzazione» comportata dal processo ermeneutico non può logicamente prescindere né da una considerazione del «passato», né da un giudizio probabilistico sul «futuro».

³⁹ Cfr. J. FISHKIN, *Democracy and Deliberation*, Yale Un. Press, New Haven 1991.

⁴⁰ Cfr. cit. *supra* nota 32.

⁴¹ Quelle citate sono le definizioni di «coherence» (in senso normativo) date da N. Mc CORMICK, *La congruenza*, cit., pp. 331 ss.

⁴² Cfr. in tal senso le precise osservazioni di O. WEINBERGER, *Politica del diritto e istituzioni* (1988), in N. Mc Cormick e O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, cit., p. 297 (come critica rivolta ad Alexy), nonché ID. *Norm und Institution*, Manz Ver., Wien 1988, ove si sottolinea giustamente che «le regole del discorso assecondano il pensiero, ma non offrono alcuna garanzia di conoscere la verità o la correttezza: nessuna via guida i partecipanti al discorso verso la verità o la correttezza, posto che non v'è alcuna fondazione, anche se generale o accettata dalla maggioranza, che possa provare la verità (o la correttezza) del risultato raggiunto».

l'avvertimento che non c'è nulla di peggio che scambiare l'ideale per il reale (a meno di non sentirsi un Hegel redivivo).

A ben vedere, però, l'idea che colui che interpreta/applica le norme (costituzionali) debba ricorrere alla «accettabilità sociale» della relativa proposta interpretativa come *unico metro* della «correttezza» della stessa spinge inesorabilmente a configurare il «giudice (della costituzionalità)» in modo non diverso da come è configurato il legislatore (costituzionale). Se così fosse, infatti, ambedue agirebbero per risolvere problemi sociali (conflitti) utilizzando come metro della «giustizia» delle loro decisioni il grado di accettabilità sociale, il consenso. L'unica differenza tra le due figure riguarderebbe la «responsabilità» delle rispettive decisioni, poiché il legislatore delegittimato perde il suo posto alle susseguenti elezioni, mentre il giudice delegittimato, pur se sbaglia, resta dov'è. Ma, al di là di questa «piccola» differenza, l'analogia che le teorie considerate tracciano tra le due figure (giudice-legislatore) mi pare difficilmente contestabile.

Verso tale conclusione convergono, infatti, tutte le premesse dalle quali muovono le teorie in questione: la riduzione del diritto a «casistica» per effetto della asistematicità dell'ordinamento (costituzionale); la perdita di «categoricità» o di «apriorità» delle norme (costituzionali); l'«insignificanza» dei principi (costituzionali) o l'irriducibile «soggettività» nell'interpretazione degli stessi; l'assenza nelle norme (costituzionali) di una «gerarchia di valori» o di un ordine di priorità tra i principi (costituzionali), con il consequenziale addossamento sul giudice dell'«onere» di stabilire una gerarchia fra gli stessi all'atto di decidere il «caso» (soppesando gli interessi coinvolti); la concezione del «bilanciamento» come operazione a geometria variabile, priva di regole precostituite e condizionata pressoché totalmente dalle «circostanze» del caso concreto; e, infine, a coronamento di tutte le premesse ora enunciate, l'identificazione del parametro della «giustizia» della decisione del «caso» con il grado di «accettabilità sociale» o di «consenso sociale» riscosso, anzi riscuotibile, dalla decisione stessa.

Se tutto ciò corrispondesse alla realtà, si avrebbe una situazione in cui la costituzione non comporterebbe, praticamente, alcun vincolo normativo verso il giudice della costituzionalità (e verso il legislatore), mentre il giudice, a sua volta, determinerebbe in piena libertà le regole costituzionali in base alle quali annullare le decisioni legislative (= della maggioranza parlamentare eletta dal popolo). Per quella che è stata la mia esperienza alla Corte Costituzionale, posso dire che questo quadro è lontanissimo dalla effettiva realtà del giudizio di costituzionalità. Tuttavia, se, per ipotesi, fosse questa la realtà, ci sarebbe abbastanza di che preoccuparsi riguardo alle sorti dello «Stato costituzionale», del principio di legalità e di quello della responsabilità dei giudici: tutte questioni non certo secondarie rispetto al buon funzionamento della democrazia (pluralista).

In linea di fatto, un tipo di argomentazione giudiziale come quella auspicata dalle teorie indicate non s'è mai data nella storia giuridica dell'Occidente, neppure durante l'epoca del «diritto naturale». Sono istruttive a tal proposito le pagine che Edward Coke, nei suoi *Institutes* (1642), dedica al rapporto tra la norma e il giudice di *common law*. L'argomentazione di questi, infatti, doveva avere come base un principio di diritto naturale oppure una «legge» o una «consuetudine»: in una di queste norme consisteva, dunque, la *premessa maggiore* di qualsivoglia argomentazione giuridica. Certo, non si trattava di una premessa minimamente paragonabile a quella propria del sillogismo di sussunzione dell'epoca giuspositivista, la quale era costituita da una «regola» (legislativa) contenente *in nuce* tutti gli elementi (valutativi) dell'interpretazione/ applicazione necessaria alla decisione del «caso». Si trattava, piuttosto, di una norma-principio, che colui che interpretava/applicava il diritto (oggettivo) doveva sviluppare introducendo nell'argomentazione propri elementi valutativi, dotati di una sostanziale coerenza («*substantial relation*») con le premesse normative di partenza.

Tuttavia, proprio in questo tipo di argomentazione giuridica illustrata da Coke, per il quale ogni decisione limitativa della libertà della persona umana doveva essere basata su una ragione ricollegabile a una norma giuridica e, perciò, conforme al «*(due) proces of law*», prendeva allora forma uno dei pilastri fondamentali di tutto il diritto moderno: il principio di legalità. Ed è oltremodo significativo che in un ordinamento, come quello americano, nel quale il diritto costituzionale s'è sviluppato direttamente dal giusnaturalismo (nel senso che si è passati dal

giusnaturalismo al «costituzionalismo» senza l'intermediazione del positivismo giuridico), il fondamento costituzionale del moderno «bilanciamento» tra le *preferred freedoms* e un primario (*compelling*) interesse pubblico viene tuttora individuato nella medesima «clausola» identificata da Coke: il «*(substantive) due process of law*» (XIV Emend.).

Coloro che contrappongono la «legalità» alla «legittimità» come due principi antagonisti che si escludono reciprocamente, di modo che se domina l'uno l'altro è costretto a cedere del tutto, ignorano o dimenticano che la «legalità» è anch'essa una forma di «legittimità». E' noto che, prevedendo per la moderna società industriale la prospettiva di uno «Stato amministrativo» legittimato dalla legge (parlamentare), Max Weber ha affermato che nello Stato moderno «l'unica forma di legittimazione è la legalità». Oggi si può dire con relativa certezza che la previsione di Weber s'è rivelata errata, sia sul piano sociale, sia su quello giuridico. Per un verso, infatti, alla società industriale è succeduta, dapprima, quella post-industriale (basata sui servizi) e, poi, allo «Stato sociale» è subentrato un modello politico-sociale nel quale la regolazione e la distribuzione delle risorse (private e pubbliche) è principalmente opera del mercato (globale); per altro verso, sul piano giuridico, allo «Stato legale», immaginato da Weber, è subentrato lo «Stato costituzionale», ossia lo Stato legittimato, non dalla legge, ma dalla costituzione. Tuttavia, con altrettanta certezza si deve negare che si sia realizzata la situazione opposta, immaginata invece dalle teorie criticate, per la quale «l'unica forma di legalità è la legittimazione (= accettabilità sociale)».

Un grandissimo costituzionalista del secolo appena finito, non certo tenero verso il positivismo giuridico, come Carl Schmitt, nel momento cruciale della crisi della costituzione di Weimar, affermava che in ogni Stato «legalità» e «legittimità» convivono, se pure in forme e in modi diversi, e si unificano nella figura del «sovrano», il quale è, a un tempo, «ultima fonte di legalità e ultimo fondamento di legittimità»⁴³.

In una democrazia pluralista la «sovranità» si esprime, innanzitutto, nella «costituzione»⁴⁴, i cui valori e principi portanti sono, perciò, la base ultima della legalità e il fondamento stesso della legittimità. E, in tanto la costituzione è sovrana e si conserva tale, in quanto l'interpretazione/applicazione della stessa sia rispettosa delle gerarchie di valore stabilite dalle norme costituzionali e, perciò, sia configurata come un'operazione che presuppone come propria base la *legalità costituzionale*⁴⁵. Che, poi, la ricerca delle soluzioni interpretative sulla base di un metodo fondato sulla legalità debba conciliarsi il più possibile con le esigenze della *legittimità* (= accettabilità sociale) è, più semplicemente, la conseguenza del fatto che le costituzioni non sono doni divini, ma atti degli uomini destinati agli uomini, vale a dire dipende dal fatto che le costituzioni (moderne) sono il frutto della «secolarizzazione» del fondamento del potere politico e, perciò, vivono nella società e traggono da questa la loro linfa vitale. Tuttavia, la giurisdizione costituzionale, quale peculiarissima forma di giurisdizionalizzazione dello Stato («Stato giurisdizionale»), resta compatibile con la democrazia pluralista o, almeno, si rivela «razionale» – è ancora Schmitt a ricordarcelo – «finché *diritto* e *giustizia* mantengono un contenuto univoco», vale a dire nella misura in cui legalità e legittimità non sono poste in conflitto fra loro⁴⁶.

Un giudice che non sia sottoposto (soltanto) alla legge non è un giudice: è, nella migliore delle ipotesi, un «arbitro» (*merum arbitrium*), un organo che compone in piena discrezionalità le controversie, in modo accettabile («equitativo») per tutte le parti in causa. In realtà, fuori della legalità il giudice, ogni giudice, non ha alcuna legittimazione, poiché il giudice (incluso quello della costituzionalità) è legittimato soltanto nella misura in cui «applica» il diritto stabilito dal «sovrano» (che, in una democrazia, è sempre il popolo), e non se stabilisce egli stesso il diritto in luogo del

⁴³ Cfr. C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (1932), in ID. *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (1924-1954), Duncker u. Humblot, Berlin 1958, p. 265, tr. it. parziale in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 1972, p. 214.

⁴⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità* (1996), in ID. *Lo Stato senza principe*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 61 ss.

⁴⁵ Su tale concetto e sulla sua importanza cfr. M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino 2005, vol. II, pp. 501 ss.

⁴⁶ Cfr. C. SCHMITT, *Legalität, cit.*, p. 268 (tr. it. p. 216), nonché già nella sua opera giovanile, *Gesetz und Urteil*, Liebmann, Berlin 1912, pp. 46 ss., 71 ss.

«sovrano».

Per la verità (e per nostra fortuna) non è quest'ultimo il modo nel quale opera il giudice della costituzionalità, la cui soggezione (soltanto) alla costituzione lo vincola ad *argomentare partendo dai principi stabiliti nel testo costituzionale e restando all'interno dei significati plausibilmente attribuibili ai principi medesimi*. Certo, tra la pluralità dei possibili significati conferibili a quei principi il giudice della costituzionalità tende a privilegiare quelli che, prevedibilmente, non saranno rifiutati dalla società in cui opera. Per avere la prova di ciò basta osservare le diverse posizioni assunte dalle corti costituzionali occidentali su questioni analoghe, pur in presenza di principi costituzionali non troppo dissimili fra loro (ad es. in materia di aborto). Che ciò avvenga non dimostra, però, che la legalità viene accantonata per fare posto alla pura legittimità (= accettabilità sociale), ma significa, più semplicemente, che la legalità non deve essere messa in conflitto con la legittimità, ossia che l'interpretazione/applicazione dei principi costituzionali non deve fare a pugni con il consenso sociale.

Persino quando usa l'«argomento consequenzialista» e, perciò, valuta il risultato prodotto o producibile dall'applicazione di una certa norma legislativa nella concreta realtà sociale, il giudice della costituzionalità non procede a un giudizio di valore sulla base dei propri criteri di giustizia o di quelli che ritiene siano (maggiormente) condivisi nella società, ma, come ha osservato in via di principio Neil Mc Cormick, mette a confronto il risultato atteso o effettivo con il complesso dei «valori ultimi» (= costituzionali), al fine di verificare la possibilità reale, nella particolare situazione sociale esaminata, della realizzazione di quei valori⁴⁷. Tutto ciò non è certo una grande novità se già Cicerone affermava che un giudice deve esercitare la giurisdizione, non già in base a un ideale astratto di giustizia, ma avendo di mira la realizzazione della giustizia nelle concrete circostanze di fatto proprie della situazione sottoposta al suo giudizio. Un'affermazione del genere fa «scandalo», oggi, semplicemente perché contraddice i postulati formalisti del positivismo giuridico, fino a poco fa dominanti. Ma, se si prescinde dal positivismo giuridico (anche come puro oggetto di polemica) quella di Cicerone appare un'affermazione connaturale all'essenza stessa del diritto.

In conclusione, il passaggio storico da un metodo interpretativo puramente testuale e regolato dalla «dogmatica» – à la Savigny, per intenderci – a un più complesso processo ermeneutico di tipo «argomentativo», reso necessario dai contenuti normativi (principi e valori) delle costituzioni moderne e dal ruolo marginale che rispetto ad essi gioca la «dogmatica», non può portare a dire, secondo il mio punto di vista, che sia venuta meno la specificità dell'«argomentazione giuridica» in relazione alla «interpretazione» della costituzione. L'ipotesi che l'interprete o il giudice siano chiamati a individuare significati i quali risultino totalmente smarcati da qualsiasi discorso di tipo legalitario e completamente assorbiti nella ricerca di soluzioni socialmente accettabili – l'ipotesi che, cioè, si passi da un (impossibile) positivismo legislativo (= della costituzione) a un (immaginario) «positivismo giudiziale» (come lo definisce Böckenförde) – si pone in contraddizione con il principio stesso che legittima la giurisdizione costituzionale. Questa, infatti, sin dalla sua prima prospettazione quale *judicial review of the legislation* è stata ritenuta compatibile con il sistema democratico soltanto in quanto consiste in una funzione esercitata in forma giudiziale, vale a dire quale garanzia imparziale della legalità costituzionale.

Certo, la giurisdizione costituzionale, in misura incomparabilmente maggiore rispetto alle altre giurisdizioni (civili, penali, etc.), deve fare i conti con la «legittimazione», intesa come accettabilità sociale del proprio ruolo e delle proprie pronunzie. La natura eminentemente «politica» del contenuto normativo della costituzione e, in particolare, la funzione della giustizia costituzionale quale «guardiano» dei principi fondamentali sui quali si regge la forma di Stato e di governo decisa

⁴⁷ Cfr. così, esattamente, N. Mc CORMICK, *I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico* (1985), in N. Mc Cormick e O. Weinberger, *op. cit.*, pp. 277 s., per il quale le implicazioni sociali delle decisioni giudiziali vanno valutate, in sede di deliberazione, «fuori dell'ambito degli scopi particolari e dentro quello di quei valori generalizzati che si suppone che siano sostenuti dal rispetto generale delle norme e dei principi del diritto»: esse, cioè, sono legittime solo se «razionali rispetto ai valori (costituzionali)», non già se «razionali rispetto ai fini» perseguiti. Cfr., invece, nel senso qui criticato (e quindi diverso dalla posizione di Mc Cormick), L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 133 ss., spec. nota 51.

dal costituente impongono al giudice della costituzionalità una cura particolare riguardo alle probabili reazioni alle proprie pronunzie da parte dell'ambiente sociale cui queste sono dirette. Ma tale peculiarità non può spingerlo oltre i confini fissati alla sua posizione e alla sua funzione, in base ai quali egli è chiamato a operare come «garante giudiziale» del patto costituzionale stipulato dal popolo sovrano, e non già come titolare di un potere che sarebbe talmente superiore a quello del costituente da permettergli di modificare giorno per giorno le gerarchie dei valori stabilite in quel patto⁴⁸.

5 – Il diritto costituzionale come «diritto giurisprudenziale»

Tirando le conclusioni, occorre dare atto alle teorie qui criticate di aver compreso e chiarito che l'interpretazione della costituzione ha una specificità tale da non poter essere in alcun modo assimilata all'interpretazione della legge (ordinaria). Anzi, la loro importanza va anche oltre. Infatti, è un indubbio loro merito l'aver sottolineato che l'interpretazione non è semplicemente un'operazione logico-linguistica (come hanno sempre pensato i giuristi positivisti), ma consiste, piuttosto, in un procedimento «argomentativo», nel senso che consiste in un complesso «addurre ragioni», caratterizzato da una profonda *contaminatio* con l'esperienza sociale e, in particolar modo, con la produzione di valori e di significati propria del divenire sociale. Tuttavia, la critica che si può rivolgere loro è che, nel rovesciare la visione tradizionale, esse sono andate troppo in là, poiché, nella misura in cui risolvono l'«argomentazione giuridica» nel generale «discorso pratico» e, consequenzialmente, dissolvono qualsiasi profilo di «legalità costituzionale», conferiscono all'interprete/giudice un potere di conformazione della norma costituzionale pressoché libero da ogni vincolo normativo (= apriorico).

Il quadro a tinte forti che da quelle teorie si deduce mette implicitamente in questione, insieme alla «legalità costituzionale», postulati fondamentali della democrazia (pluralista) e del «costituzionalismo», che di quella forma politica è la principale teorizzazione giuridica.

Se, come scrive Peter Häberle, il «potere costituente», ai nostri tempi, si è «quotidianizzato» e si confonde, pertanto, con l'interpretazione/applicazione delle norme costituzionali che i giudici, interrogando la società, forniscono di giorno in giorno, che cosa resta di quel «popolo sovrano» che, stipulando solennemente l'originario «patto costituzionale», ha fissato per sé un «destino» e un «orizzonte» indistruttibili e inviolabili? Se, come scrive Gustavo Zagrebelsky, i principi fondamentali della costituzione, come, ad esempio, il riconoscimento e la garanzia dei «diritti inviolabili», sono semanticamente privi di qualsiasi orientamento di senso e, perciò, non forniscono, di per sé, alcun confine estremo o alcuna cornice di razionalità all'interprete/giudice, come è possibile ricondurre l'interpretazione/applicazione della costituzione a un (qualsiasi) concetto di «giurisdizione» e, perciò, renderla compatibile con i fondamenti stessi della democrazia (pluralista)? Se, come scrivono Alexy e Mengoni, la gerarchia dei valori costituzionali varia di volta in volta ad opera del giudice (della costituzionalità) in dipendenza delle circostanze specifiche del «caso» esaminato, come si può conciliare ciò con il concetto di costituzione, tipico delle democrazie (pluraliste), quale atto normativo (= a priori), «certo» e «controllabile» da tutti? E infine se, come afferma Mc Cormick, i valori fondamentali (= costituzionali) emergono induttivamente per effetto dell'«universalizzabilità» dei fini (leciti) di volta in volta perseguiti dagli attori giuridici e se, quindi, essi sembrano riacquistare la dimensione ontologica delle «virtù» aristoteliche in luogo di quella assiologica propria dei «valori obiettivi» o «materiali» di cui parla il *Bundesverfassungsgericht*, come è possibile non vedere in ciò, ove tali concezioni siano riferite a un sistema a costituzione scritta, la negazione della possibilità stessa della loro relativizzazione e del loro «bilanciamento» e, dunque, dell'unico modo per realizzare la normatività della

⁴⁸ Cfr. così W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat*, Duncker u. Humblot, Berlin 1997, spec. pp. 17 ss.; e, analogamente, in relazione alla teoria di Alexy, K. H. LADEUR, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, pp. 12 ss., il quale riprende critiche simili a quelle rivolte da Böckenförde alla teoria dei valori nella versione smendiana.

costituzione?

Le evidenti aporie insite nelle domande retoriche appena poste sono tutte dipendenti, secondo il mio punto di vista, da una cattiva comprensione e, quindi, da una distorta rappresentazione di un fenomeno reale, ma sostanzialmente diverso: il fatto che il diritto costituzionale, in misura molto maggiore degli altri settori giuridici, viene forgiato nel suo divenire da una mediazione continuativa e, talora, autocorrettiva intercorrente tra i «principi» enunciati nella costituzione e la «pratica» applicativa degli stessi. A causa della «circolarità» che si instaura tra gli uni e l'altra, si produce un processo di tensione dialettica per effetto del quale *il diritto costituzionale si caratterizza, essenzialmente, come «diritto giurisprudenziale»*. Tuttavia – e questo è il punto fondamentale – tale peculiare carattere, che è ormai presente anche nei sistemi costituzionali europei, non dipende, come affermano le teorie criticate, dalla presupposta insignificanza o indeterminatezza normativa dei «principi», né, tantomeno, da una presunta «eccedenza» del «fatto» (consenso o accettabilità sociale) oppure da una asserita «dominanza» delle circostanze concrete (sociali) rispetto alle norme (astratte), ma è la conseguenza proprio del carattere di «principio» delle stesse norme costituzionali e del modo di operare tipico dei «principi» stessi.

Nei suoi preziosi appunti sui «principi», pubblicati postumi solo poco tempo addietro, Martin Heidegger ha chiarito lo statuto logico degli stessi «principi» sottolineando, con il suo magico linguaggio, due loro caratteri fondamentali. Il «principio», egli annota, è, nella sua essenza (*Wesensanfang*), un «lúcere ultravelato dal velo del nulla»: esso, cioè, è portatore di un senso che si intravede fiocamente perché nascosto da un velo di insignificanza, un senso che, però, si lascia cogliere se si penetra ciò che lo ricopre offuscandolo. E' chiaro, perciò, che chi si arresta al di qua della velatura, predicandone l'insignificanza o l'indeterminatezza essenziale, nel «principio» non vede che il nulla. E invece, continua Heidegger, la sua comprensione può avvenire realmente soltanto se si considera che, in quanto «potenza» (in senso aristotelico) o «progetto dell'essere», il «principio è diaferenza»: esso, cioè, è tale in quanto porta, conduce, all'altro da sé, all'«evento», o, nel campo normativo, al «fatto», al «risultato». In questa sua tensione dialettica sta, anzi, il senso dell'essere e del divenire del «principio» stesso⁴⁹.

La penetrante analisi teorica di Heidegger trova una sicura conferma pratica in un'attenta disamina del modo di operare dei sistemi di «diritto giurisprudenziale», primo fra tutti quello del *common law* affermatosi negli Stati Uniti d'America (il quale, a differenza di quello inglese, non ha subito affatto l'influenza del positivismo giuridico europeo del XX secolo). Come si legge in numerose sentenze, il *common law* è stato sempre concepito come un sistema *principle-oriented*, tanto che proprio in tale carattere viene vista la differenza fondamentale con i sistemi (europei) di *civil law*. Infatti, diversamente da questi ultimi, che sono basati sulle «regole» (*rule-oriented*), il *common law* è concepito, sotto il profilo normativo, come un sistema «che deriva da principi» e, in quanto tale, è considerato particolarmente «flessibile» e più facilmente adattabile ai «bisogni sociali della comunità (...) e (ai) cambiamenti di tali bisogni»⁵⁰.

La particolare correlazione che lega i «principi» alla «situazione (sociale)» ha la sua spiegazione logica nel fatto che le norme-principio richiedono a colui che le interpreta/applica qualcosa di più dell'ordinario «perfezionamento» che qualsiasi operazione ermeneutica comporta in relazione alle «regole (di condotta)». L'interpretazione dei «principi», infatti, esige dall'interprete, non solo un «completamento semantico», derivante dalla «fusione o sovrapposizione degli orizzonti» di gadameriana memoria, ma anche un «completamento sintattico», vale a dire un completamento normativo capace di incidere sull'orientamento di senso (*Leitsatz*) racchiuso nella stessa norma-principio. Essa, cioè, comporta una integrazione formale della relativa norma-principio, un'aggiunta di elementi empirici capace di saldarsi con l'astratto schema principale, in modo da ampliarne o, in genere, modificarne stabilmente le potenzialità normative in conseguenza del rapporto dialettico («diaferenza») che il «principio» esige che si instauri, in sede ermeneutica, con la «situazione (sociale)» e, in particolare, con il «risultato». Ed è chiaro che ciò può essere

⁴⁹ Cfr. M. HEIDEGGER, *Über den Anfang* (inedito del 1941), Klostermann, Frankfurt a. M. 2005, pp. 10 s.

⁵⁰ La citazione è tratta da una decisione pubblicata nel vol. 37 *North Western Reporter*, 2nd ser., pp. 543 ss., 547.

adeguatamente effettuato in tutte le circostanze nelle quali il «principio» viene a contatto con una determinata fattispecie (normativa), vale a dire tanto allorché viene calato nella disciplina legislativa di un certo comportamento (= allorché il legislatore disciplina una certa fattispecie), quanto allorché viene assunto come parametro di decisione in un «caso» giudiziale (= in sede di giudizio di costituzionalità).

Il passaggio di tali paradigmi giuridici dal *common law* di ispirazione giusnaturalista al «costituzionalismo» moderno, che nel Nord America è avvenuto senza significative discontinuità fra il XVIII secolo e quello successivo, ha fatto del diritto costituzionale americano il primo esempio di «diritto giurisprudenziale». Questa peculiarità storica, dovuta anche al dominante pragmatismo della cultura filosofica e giuridica di quel Paese, spiega perché nel diritto costituzionale americano siano emersi in modo assolutamente precoce taluni metodi e modelli di decisione giudiziale – come l'uso della «ragionevolezza», l'applicazione del «bilanciamento» o l'utilizzazione dell'«argomento consequenziale» – che sono apparsi nelle giurisprudenze costituzionali dei principali Paesi europei soltanto vari decenni dopo.

Tuttavia, proprio un'approfondita analisi del primo esempio storico del diritto costituzionale come «diritto giurisprudenziale» porta a escludere recisamente che questo consista in una serialità, più o meno ordinata, di «casi» dai quali (miracolosamente) emergono linee giurisprudenziali dotate di una relativa coerenza e certezza.

Si lascino pure perdere le opinioni più estreme, secondo le quali la giurisprudenza costituzionale sarebbe prodotta da giudici “guidati” nella loro decisione dalle particolari circostanze del «caso», le quali costituirebbero la premessa del sillogismo giudiziale. Queste posizioni, infatti, riproducono l'infantile immagine di un mondo nel quale, come «le cose si amministrano da sole», così «i casi si decidono da soli». Oltre a dare espressione a un'illusoria utopia, tali opinioni si pongono in contrasto con qualsiasi possibile concezione logica delle modalità deontiche, le quali non si sottraggono alla c. d. legge di Hume (= fallacia naturalistica), vale a dire al principio secondo il quale una norma può derivare soltanto da un imperativo o da una scala di valori, giammai da un puro fatto o da mere circostanze empiriche. E anche quando a determinate circostanze di fatto si fanno conseguire determinate conseguenze giuridiche, se ciò non dipende da una preconstituita norma giuridica, vuol dire che è il risultato di un (libero) giudizio di valore del giudice, il quale in tal caso si porrebbe piuttosto come legislatore che come colui che applica una norma prestabilita.

In effetti, in un sistema di «diritto giurisprudenziale» il «caso» riveste un'importanza centrale per il semplice fatto che rappresenta il «luogo» nel quale, realizzandosi la *contaminatio* fra i (precostituiti) «principi normativi» e le mutevoli esperienze della vita, si produce quel «completamento» necessario per conferire a un qualsiasi «principio» un senso normativo e un significato adeguato al corso effettivo delle cose. Ma affermare ciò non significa negare che un sistema di «diritto giurisprudenziale» sia *principle-oriented*. Alla conclusione ora negata si potrebbe pervenire, per la verità, soltanto se si muovesse dall'erronea convinzione che, per comprendere sistemi del genere, occorra isolare il «caso» dal sistema in cui è inserito e dalle regole sistemiche in base alle quali viene giudicato.

In realtà, un ordinamento di «diritto giurisprudenziale», non diversamente da un ordinamento *rule-oriented*, è un sistema che ha le sue proprie regole di funzionamento. Poiché ogni sistema normativo basato sul principio di legalità deve assicurare al massimo grado la «coerenza» e la «certezza» del complesso delle norme che lo formano, esso non può fare a meno di regole sistemiche volte a massimizzare quei caratteri. E, se in un sistema *rule-oriented* (come il diritto civile o quello penale) i più importanti principi sistemici sono codificati in norme prestabilite (come, ad es., l'art. 12 delle Preleggi) o nei «dogmi» elaborati dalla dottrina giuridica, al contrario in un sistema *principle-oriented* essi sono prevalentemente posti dalla giurisprudenza, se pure in armonia con l'ordine dei valori e dei principi supremi dell'ordinamento (= tavola dei valori costituzionali).

Nei sistemi di «diritto giurisprudenziale» la principale regola volta ad assicurare «coerenza» e «certezza» è, indubbiamente, la regola del *precedente*, vale a dire il principio dello *stare decisis*. Questa regola presuppone che nella decisione di un «caso» si debbano seguire i «precedenti», a

meno che le trasformazioni del contesto sociale e/o l'evoluzione dei principi giurisprudenziali non suggeriscano che, per motivi di coerenza complessiva e di adattamento ai problemi sociali, ci si debba motivatamente discostare da essi e si debba innovare sul punto il corso della giurisprudenza. E' importante, tuttavia, sottolineare che nella regola del «precedente» si esalta il carattere di sistema *principle-oriented* proprio del «diritto giurisprudenziale», poiché «ciò che fa precedente» è il c. d. *rationale*, vale a dire è il «principio» che ha portato a decidere in una certa maniera un caso precedente ritenuto «simile» o «adiacente» (per usare l'espressione di John Stuart Mill) a quello giudicato. In breve, la regola del «precedente» opera secondo la logica dell'«analogia» e, perciò, richiede che nel sistema giurisprudenziale preesista un «principio» risolutore.

Agli stessi fini della «coerenza» e della «certezza» concorrono anche le regole sistemiche riguardanti l'«argomentazione giuridica» proprie di un sistema giurisprudenziale. L'argomentazione, infatti, si articola per *tests*, nel senso che si svolge secondo regole procedurali volte a sottoporre a una certa griglia di valutazioni le ragioni sottese alla compatibilità di determinate fattispecie rispetto ai «principi normativi». Per fare un esempio, il «bilanciamento» degli interessi o dei valori, in ordine alla «necessarietà» di una certa disciplina legislativa posta a tutela di interessi pubblici primari (*compelling*), è uno dei *tests* applicati nel campo dei «diritti fondamentali» e in quello della eguaglianza, un *test* che è stato adottato, non perché suggerito dalle circostanze del «caso», bensì dal fine di salvaguardare al massimo grado l'«elevatezza» (costituzionale) del valore insito in quei diritti, il loro «rango» supremo nella gerarchia dei valori costituzionali.

D'altra parte, è errato pensare che il giudicare per *tests*, che è tipico di qualsiasi sistema di «diritto giurisprudenziale», non sia soggetto alle «autocorrezioni» proprie di un sistema del genere. Che, ad esempio, il *balancing test* sia succeduto nella giurisprudenza americana al *clear and present danger test* è esattamente la conseguenza di un'«autocorrezione» ritenuta opportuna per effetto della valutazione della Corte Suprema circa l'insufficienza del più antico *test* in relazione a certe situazioni sottoposte al suo giudizio. Per queste ragioni è tutt'altro da escludere che le modalità con le quali avviene oggi il «bilanciamento» nel campo dei «diritti fondamentali» oppure quelle che lo caratterizzano nel diverso campo delle «politiche sociali» restino esenti, in futuro, da correzioni o modifiche sostanziali.

La circolarità che caratterizza il rapporto fra i «principi» enunciati dalla costituzione e il «risultato» pratico raggiunto nell'applicazione degli stessi «principi» in determinate «situazioni (sociali)» fa sì che ogni sistema costituzionale, in quanto *principle-oriented*, dia luogo con il tempo a un «diritto giurisprudenziale». L'esperienza americana, per quanto sia stata storicamente favorita nel suo nascere dalla preesistenza di un «diritto giurisprudenziale» quale il *common law*, è in realtà la prima esemplificazione storica di un carattere comune a tutti i sistemi di diritto costituzionale. Ed è in ragione di tale carattere che si è realizzato il già ricordato fenomeno, che risulterebbe altrimenti inspiegabile, consistente nel massiccio trapasso, dalla giurisprudenza costituzionale americana a quelle europee, delle modalità di giudizio e delle tecniche argomentative proprie del primo.

Se, infatti, si riflette sul fatto che, ai nostri giorni, circa $\frac{3}{4}$ dei «casi» esaminati dalla Corte Costituzionale italiana sono risolti esclusivamente sulla base di un «precedente» e che nel restante quarto il richiamo a un «precedente» è spesso il principale criterio di orientamento per la decisione, diventa molto difficile affermare, se pure in omaggio a una astratta fedeltà a dottrine tradizionali, che tale regola sistemica sia sconosciuta nel diritto costituzionale italiano o non abbia in esso alcuna efficacia o validità. Se, poi, si aggiunge che tutte le principali corti che svolgono in Occidente il giudizio sulla costituzionalità delle leggi utilizzano modelli di giudizio simili alla nostra «ragionevolezza» e al «bilanciamento» dei valori (o degli interessi) come principale «tecnica» di valutazione giudiziale e che, addirittura, applicano modalità decisionali (o *tests*) che, a parte i diversi nomi con i quali sono contrassegnate, presentano connotazioni del tutto analoghe fra loro, diventa del pari molto difficile negare che ciò sia la conseguenza del fatto che il diritto costituzionale di tutti quei Paesi sia ormai un «diritto giurisprudenziale».

