

Riccardo Guastini

*Principi costituzionali:  
identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Identificazione – 3. Interpretazione – 4. Bilanciamento – 5. Concretizzazione.

1. *Introduzione*

I bei lavori di Guido Alpa<sup>1</sup> sui principi generali sono, comprensibilmente, orientati alla dottrina e alla giurisprudenza civilistica. Poco spazio vi trovano i principi costituzionali e i problemi di interpretazione e costruzione giuridica connessi, che sono alquanto diversi. Questo lavoro si propone di colmare la lacuna.

I principi generali del diritto civile sono, per lo più, principi inespressi (“impliciti”), costruiti dai giuristi ora congetturando la *ratio* – la ragion d’essere, lo scopo – che giustifica una o più disposizioni<sup>2</sup>, ora generalizzando la disciplina di talune fattispecie<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993; G. ALPA, *I principi generali*, in G. ALPA et al., *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti non scritte e l’interpretazione*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino 1999.

<sup>2</sup> Il principio così costruito è una norma a struttura teleologica – ossia una norma che prescrive un fine da raggiungere (o un valore da perseguire), del tipo: “Si deve tutelare chi agisce in buona fede nei rapporti contrattuali” – la quale costituisce giustificazione assiologica delle disposizioni da cui si sono prese le mosse. Cfr. G. CARCATERA, *Indizi di norme*, in *Sociologia del diritto*, 2002, pp. 134 ss.; G. TUZET, *L’abduzione dei principi*, in *Ragion Pratica*, 2009, pp. 517 ss.; G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza, e ragionamento*, Carocci, Roma, 2010, parte prima; G. CARCATERA, *Sulla logica della costruzione dei principi generali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, ESI, Napoli, 2011, vol. I, 499 ss.

<sup>3</sup> In questi casi, il principio è il risultato di un procedimento di astrazione, generalizzazione, o universalizzazione a partire da disposizioni particolari. Supponiamo di avere tre regole così strutturate: R1: Se A e B, allora Z; R2: Se A e C, allora Z; R3: Se A e D, allora Z. Le tre regole statuiscono una medesima conseguenza giuridica (Z) per tre fattispecie molecolari diverse ma con un elemento atomico in comune (la circostanza A). Se ne può inferire – induttivamente, congetturalmente – la regola più generale, ossia il principio, secondo cui tutte le fattispecie che

I principi costituzionali sono, per la maggior parte, principi espliciti, che sollevano (almeno) quattro tipi di problemi:

- (1) l'identificazione dei principi in quanto tali, ossia l'ascrizione dello status (del "valore") di principio a una determinata disposizione costituzionale;
- (2) l'interpretazione di – cioè l'ascrizione di significato a – una disposizione costituzionale (previamente o contestualmente identificata come) esprimente un principio;
- (3) il bilanciamento o ponderazione di tale principio con altri principi confliggenti così da selezionare il principio applicabile;
- (4) la specificazione o concretizzazione di tale principio così da costruire una regola idonea a risolvere il caso di cui si tratta<sup>4</sup>.

## 2. *Identificazione*

Talvolta, i redattori di testi costituzionali etichettano espressamente talune disposizioni come "principi" ("principi fondamentali", "principi generali", e simili)<sup>5</sup>. Ma, per ogni disposizione costituzionale che non sia espressamente qualificata come principio, gli interpreti possono domandarsi se essa esprima una regola o un principio.

---

condividono l'elemento A devono avere quella stessa conseguenza giuridica: P: Se A, allora Z. Il principio P, a sua volta, consente di inferire (deduttivamente, questa volta, per rinforzo dell'antecedente) un numero indeterminato di regole particolari, quali ad esempio: R4: Se A e F, allora Z; R5: Se A e G, allora Z; R6: Se A e H, allora Z; etc. Ad esempio: dagli artt. 1573 cod. civ. (la locazione non può stipularsi per un tempo eccedente i trent'anni), 2097 cod. civ. (il contratto di lavoro non può essere stipulato per una durata superiore a cinque o dieci anni), etc., la giurisprudenza ricava il principio secondo cui i rapporti obbligatori devono avere durata limitata. Dal quale segue, ovviamente, che non solo la locazione e il contratto di lavoro, ma ogni altro rapporto obbligatorio è soggetto alla stessa disciplina (salvo che la legge non disponga diversamente in modo espresso).

<sup>4</sup> Per quanto posso vedere, queste diverse operazioni non possono essere nettamente distinte dal punto di vista psicologico. Probabilmente, nella mente degli interpreti esse sono del tutto confuse: diversi aspetti di un unico processo psicologico. Questo è particolarmente vero per ciò che concerne il bilanciamento e la concretizzazione. Nondimeno, dal punto di vista logico, ciascuna di queste operazioni merita un'analisi separata.

<sup>5</sup> È il caso, ad esempio, degli articoli 1-12 della Costituzione italiana ("Principi fondamentali"); degli articoli 1-11 (etichettati come "Principi fondamentali") e degli articoli 12-23 (etichettati come "Principi generali" nella sezione dedicata ai "Diritti e doveri fondamentali") della Costituzione portoghese; e così avanti.

Fatte salve le norme di organizzazione e le norme sulla produzione giuridica, alcuni – da Dworkin a Zagrebelsky<sup>6</sup> – ritengono che le norme “sostanziali” della costituzione siano essenzialmente principi. Altri – per esempio Pace e Ferrajoli<sup>7</sup> – pensano invece che le norme costituzionali, quelle in particolare che conferiscono diritti, siano regole, e considerano principi solo le norme programmatiche.

Come che sia, per quanto posso vedere, giudici e giuristi accademici non condividono un preciso concetto di principio. Voglio dire che, nella pratica giuridica, distinguere tra regole e principi non dipende da un qualche concetto di principio previamente accettato. Gli interpreti sembrano distinguere tra regole e principi intuitivamente e caso per caso.

E dunque quali sono – se vi sono – i criteri impiegati dai giuristi per asserire enunciati del tipo: “La disposizione costituzionale D esprime (non una regola, ma) un principio”?

Secondo il pensiero giuridico comune, i principi sembrano condividere (forse insieme ad altre) le seguenti caratteristiche.

- (i) I principi sono norme “fondamentali”, nel senso che (a) sono idonee a giustificare una pluralità di regole e (b) non hanno (non richiedono) a loro volta alcuna giustificazione. Inutile dire che il preteso carattere “fondamentale” di certe norme in seno all’ordinamento è una proprietà assiologica, non fattuale. L’attribuzione a una norma di questo carattere dipende da una valutazione, in particolare da un giudizio di valore intorno alla importanza (relativa) di quella norma entro l’ordinamento giuridico nel suo complesso e/o entro una qualche sua parte (il diritto penale, il diritto civile, il diritto dei contratti, etc.).
- (ii) I principi sono sovente formulati come norme categoriche, ossia non condizionali<sup>8</sup>. Mentre le regole possono (sempre, si suppone) essere ricostruite come enunciati condizionali che connettono una conseguenza

<sup>6</sup> R. DWORKIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in R. DWORKIN, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford U.P., Oxford, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

<sup>7</sup> A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, p. 35; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giur. cost.», 2010, 3, p. 2771; L. FERRAJOLI, *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, in *Doxa*, 2011, p. 34; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, p. 37.

<sup>8</sup> Ad esempio, “La libertà personale è inviolabile” (art. 3, Costituzione italiana); “La dignità umana è inviolabile”, “Tutti sono eguali di fronte alla legge” (art. 1 e 3, Legge fondamentale della Germania); “La sovranità nazionale appartiene al popolo” (art. 3, Costituzione francese); e così via. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, cap. 6; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Madrid, 1996.

giuridica a una determinata classe di fattispecie, i principi no: non si prestano a essere analizzati in termini di protasi e apodosi, o comunque, se mai hanno un antecedente, si tratta di un antecedente aperto. In questo senso le condizioni di applicazione dei principi sono largamente, per non dire totalmente, indeterminate<sup>9</sup>.

- (iii) I principi sono “ragioni *prima facie*”<sup>10</sup>. In altre parole, essi sono defettibili o derogabili (*defeasible, derrotables*), cioè soggetti a una serie di eccezioni inesprese (“implicite”), che si manifestano solo in occasione della loro applicazione a un caso concreto<sup>11</sup>. Detto altrimenti: i principi «rappresentano ragioni che possono essere superate da altre ragioni»<sup>12</sup>, cioè sono soggetti a essere bilanciati con – ed eventualmente derogati (*defeated*) da – altri principi confliggenti, mentre ciò, almeno *prima facie*, non vale per le regole<sup>13</sup>.
- (iv) A differenza delle regole, i principi non sono adatti a risolvere controversie mediante ragionamenti in *modus ponens*. A causa della loro forma logica, della loro defettibilità, e del fatto che sono soggetti a bilanciamento, i principi non possono essere applicati direttamente a casi individuali “concreti” senza una previa specificazione o concretizzazione.

Orbene, quali di queste caratteristiche sono *argomenti* per asserire che una data disposizione costituzionale esprime un principio, e quali di esse sono invece *conseguenze* del considerare quella data disposizione un principio e non una regola?

Pare a me che nel pensiero giuridico comune la differenza essenziale tra regole e principi stia nel carattere (si suppone) fondamentale dei principi e, forse, nella loro forma (si suppone) categorica. Tuttavia, non è affatto chiaro se le altre caratteristiche menzionate siano ulteriori ragioni per assumere che una data disposizione esprima un principio o, al contrario, conseguenze di tale assunzione.

Si prenda, ad esempio, la defettibilità. Dobbiamo pensare che una norma sia un principio a causa della sua (presunta) defettibilità, o al contrario che essa sia defettibile perché si suppone che sia un principio? *Non liquet*: a mio modo di vedere, la pratica effettiva dei giuristi non offre una chiara risposta

<sup>9</sup> Per una critica puntuale della tesi che i principi siano norme categoriche vedi G. B. RATTI, *Norme, principi, e logica*, Aracne, Roma, 2009, cap. III.

<sup>10</sup> R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (1986), trad. J. Rivers, Oxford U.P., Oxford, 2002, p. 59.

<sup>11</sup> C. E. ALCHOURRON, *On Law and Logic*, in *Ratio Juris*, 9, 1996.

<sup>12</sup> R. ALEXY, *op. cit.*, p. 57.

<sup>13</sup> R. DWORKIN, *The Model of Rules I* (1967), in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously, New Impression with a Reply to Critics*, Duckworth, London, 1978.

a questa domanda.

Ad ogni modo, considerare una disposizione costituzionale come un principio (o no) è cosa gravida di importanti conseguenze pratiche nei giudizi di legittimità costituzionale. Si prendano, ad esempio, quelle disposizioni costituzionali che richiedono il pareggio di bilancio, come l'art. 81, comma 1, della costituzione italiana («Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio»). Trattare clausole siffatte come regole sembra implicare che esse non siano defettibili, cioè che non possano assolutamente essere derogate, neppure applicando altri principi costituzionali, per esempio quei principi (quelle direttive, o norme programmatiche) che raccomandano al legislatore di dare attuazione a certi diritti sociali. Tratarle come principi, per contro, consente ai giudici costituzionali di bilanciarle con altri principi e decidere che, dopo tutto, quella norma sul pareggio di bilancio non è strettamente vincolante e che il soddisfacimento di un dato diritto sociale deve prevalere.

D'altro canto, poiché i principi non hanno un preciso campo di applicazione, quanto più le disposizioni costituzionali sono trattate come principi tanto più la costituzione appare come “completa”, priva di lacune, nel senso che la costituzione appare capace di disciplinare qualsiasi materia (qualunque possibile fattispecie), così da condizionare qualunque possibile decisione futura del legislatore<sup>14</sup>. L'ovvio risultato è una drastica riduzione del potere discrezionale dell'organo legislativo e, simmetricamente, una eguale estensione del potere discrezionale dei giudici costituzionali.

### 3. Interpretazione

Una volta stabilito che una data clausola costituzionale esprime non una regola, ma un principio, una parte significativa del lavoro “interpretativo”, latamente inteso, è ormai fatta<sup>15</sup>. Tuttavia, malgrado il comune modo di esprimersi dei giuristi, nel quale il vocabolo “interpretazione” si riferisce normalmente a tutte le operazioni intellettuali degli interpreti senza ulteriori distinzioni, conviene adottare un concetto ristretto di interpretazione:

<sup>14</sup> R. GUASTINI, *La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento*, in T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>15</sup> Per inciso: io intendo la tesi di Alexy, secondo cui i principi sono “precetti di ottimizzazione” (R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 47 ss.), non come uno speciale concetto di principio, ma come il risultato di una certa interpretazione di talune disposizioni costituzionali (previamente o contestualmente) identificate come espressioni principi.

diversamente, risulta impossibile distinguere l'attribuzione di significato ad un testo, per esempio, dalle costruzioni inferenziali di norme inesprese (che si pretendono "implicite"), dal bilanciamento di principi, e così via.

"Interpretare", strettamente inteso, vuol dire ascrivere significato – senso e riferimento – a un testo giuridico<sup>16</sup>. In particolare, l'interpretazione cognitiva (o "scientifica", nel linguaggio di Kelsen) è la neutra (libera da valori) esegesi di un testo, compiuta da giuristi accademici disinteressati, mentre l'interpretazione giudiziale ("autentica", nel linguaggio di Kelsen) consiste nel decidere un determinato significato, considerato come quello (l'unico) corretto<sup>17</sup>.

Orbene, secondo un modo di vedere diffuso, l'interpretazione costituzionale sarebbe un'impresa del tutto diversa dalla comune interpretazione delle leggi e di altri testi normativi<sup>18</sup>. Tuttavia, un'analisi, anche sommaria, delle tecniche interpretative impiegate da giuristi accademici e giudici costituzionali (o corti supreme) sembra mostrare che questa tesi è semplicemente falsa. Di fatto, l'interpretazione costituzionale condivide con l'interpretazione della legge gli stessi metodi e argomenti: il significato comune (secondo i casi "originario" o "attuale") delle parole, l'intenzione e/o lo scopo dell'autorità normativa, i lavori preparatori, la coerenza e l'armonia sistemica, gli argomenti *a simili* e *a contrariis*, e così via.

Nondimeno, le disposizioni costituzionali che (si suppone) esprimono principi sono spesso<sup>19</sup> formulate in linguaggio "morale" (così si usa dire), ossia per mezzo di espressioni valutative e/o che sottintendono dottrine (io direi) politiche (piuttosto che morali). Sicché ascrivere significato a tali disposizioni richiede – per dirlo con Dworkin – dei «fresh moral judgments» da parte degli interpreti, e in particolare da parte dei giudici costituzionali<sup>20</sup>. A dire il vero, lo stesso accade per molte disposizioni legislative. Ma, secondo un'opinione diffusa, quando si tratta di disposizioni costituzionali, il problema è pervasivo.

Ciò induce molti filosofi del diritto – cosiddetti positivisti "soft" o "inclusivi" – a sostenere che le clausole costituzionali in questione

<sup>16</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 13 ss.

<sup>17</sup> H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, Stevens & Sons, London, 1950, *Introduction*; H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1960), trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

<sup>18</sup> Di fatto esiste in Italia, Germania, Spagna, U.S.A., etc. una estesa letteratura specificamente dedicata all'interpretazione *costituzionale*. Critiche in R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., parte quarta.

<sup>19</sup> Spesso, ma, di fatto, non così frequentemente come ritengono molti filosofi del diritto.

<sup>20</sup> R. DWORKIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, cit.

“incorporano” la morale<sup>21</sup>. Quale morale, tuttavia? La morale sociale o la morale critica degli interpreti? *Tertium non datur*<sup>22</sup>.

*Prima facie*, la morale sociale sembra un buon candidato. Ma l'accertamento delle idee morali socialmente diffuse è questione di indagine empirica (sociologica), mentre giudici e giuristi accademici non sono scienziati sociali: non sono intellettualmente attrezzati per compiere indagini di questo tipo, e comunque il processo non è il luogo adeguato per compierle. Inoltre, di fatto, in società pluralistiche, su molte questioni morali seriamente controverse non esiste consenso sociale. I giudici costituzionali a volte fanno riferimento alla morale sociale, ma si tratta della morale sociale come essi la immaginano, o come essi la percepiscono attraverso il filtro della loro morale critica.

*De facto*, per quanto posso vedere, l'interpretazione dei principi costituzionali dipende largamente dalla morale critica degli interpreti: dai loro “fresh moral judgments”. E, se ciò è vero in punto di fatto, allora le clausole costituzionali<sup>23</sup> in questione sono ovviamente soggette a un alto grado di discrezionalità interpretativa.

Come scrisse Kelsen (nel 1928), «Les conceptions de la justice, de l'égalité, de la moralité, etc., diffèrent tellement selon le point de vue des intéressés, que, si le droit positif ne consacre pas l'une d'entre elles, toute règle de droit peut être justifiée par l'une de ces conceptions possibles [...]. Mais, précisément dans le domaine de la justice constitutionnelle, elles [le formule costituzionali che si riferiscono all'eguaglianza, etc.] peuvent jouer un rôle extrêmement dangereux», a causa del «déplacement de pouvoir», dal parlamento alla corte costituzionale, che esse implicano. L'opinione di Kelsen era che «la Constitution doit, surtout si elle crée un tribunal constitutionnel, s'abstenir de ce genre de phraséologie, et, si elle veut poser des principes relatifs au contenu de lois, les formuler d'une façon aussi précise que possible»<sup>24</sup>. Tuttavia, se sia possibile una formulazione più precisa dei principi costituzionali appare questione altamente discutibile<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed. by P. BULLOCH and J. RAZ, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 204. Vedi ad esempio J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 2001; W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

<sup>22</sup> R. GUASTINI, *On the Relations between Non-Cognitivism and Liberalism*, in corso di pubblicazione in un *Festschrift* per Mikael M. Karlsson, 2015.

<sup>23</sup> Non diversamente dalle clausole generali. Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>24</sup> H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, XXXV, 1928, pp. 240 ss.

<sup>25</sup> B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti? (2002)*, in B. CELANO,

#### 4. *Bilanciamento*

La tecnica del bilanciamento è analizzata in modo magistrale da Alexy nel libro sui diritti costituzionali<sup>26</sup>. Vi è qualcosa da aggiungere al riguardo? Io non credo. Benché io sia solito esprimermi in un linguaggio diverso (forse più approssimativo), l'analisi di Alexy mi pare perfetta<sup>27</sup>.

Nella prassi effettiva delle corti costituzionali (e/o supreme)<sup>28</sup>, i conflitti tra principi costituzionali sono comunemente risolti per mezzo di un "enunciato di preferenza", come lo chiama Alexy, la cui forma logica è: "Il principio P1 ha più peso (ossia più valore) del principio P2 nel contesto X".

Il "contesto", cui l'enunciato si riferisce, è un "caso", ma naturalmente i casi sono diversi nelle diverse giurisdizioni costituzionali.

- (a) In un modello di giustizia costituzionale a controllo "accentrato", nel quale solo la corte costituzionale esercita il controllo di legittimità costituzionale sulle leggi, ogni caso ha ad oggetto una norma legislativa, la cui legittimità costituzionale è apprezzata *in abstracto*: la corte non risolve direttamente alcuna specifica controversia. Il contesto è dunque un caso "astratto", ossia una classe di casi.
- (b) In un modello di giustizia costituzionale a controllo "diffuso", nel quale per contro qualunque giudice può esercitare il controllo di legittimità costituzionale, ogni caso è una specifica controversia tra due parti processuali, di tal che la legittimità costituzionale di una norma di legge è apprezzata *in concreto*, alla luce dei suoi effetti sui diritti e gli obblighi delle parti. Il contesto è dunque un caso individuale "concreto", e il giudice risolve quella particolare controversia.

Ciò detto, è opportuno fare quattro osservazioni.

- (i) L'enunciato di preferenza, di cui sopra, è un giudizio di valore comparativo, la cui (per lo più tacita) giustificazione va ricercata in un altro giudizio di valore comparativo relativo alla giustizia delle opposte soluzioni del caso offerte rispettivamente dai due principi coinvolti. Il principio P1 condurrebbe alla decisione D1, mentre il principio P2 condurrebbe alla

---

*I diritti nello stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013. Non rientra nell'oggetto di questo saggio l'analisi del modo in cui i principi costituzionali influenzano, a loro volta, la legislazione ordinaria.

<sup>26</sup> R. ALEXY, *op. cit.*, cap. 3.

<sup>27</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare, cit.*, pp. 197 ss. Diverse concezioni della tecnica del bilanciamento sono analizzate da D. MARTINEZ ZORILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación, e indeterminación, normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

<sup>28</sup> Lascio qui da parte l'analisi del test di proporzionalità.



decisione D2, e D1 è più giusta o corretta di D2 (o viceversa).

Così facendo, i giudici costituzionali o supremi creano una relazione gerarchica tra i principi confliggenti coinvolti. Siffatta gerarchia ha natura *assiologica*: non ha nulla a che fare con la gerarchia delle fonti, giacché, nel sistema delle fonti, i principi in questione sono di pari rango. Mentre la gerarchia delle fonti, ad esempio tra costituzione e legislazione ordinaria, è stabilita dal diritto stesso<sup>29</sup>, questo diverso tipo di gerarchia è frutto di “libera” creazione degli interpreti<sup>30</sup>.

- (ii) Per questa ragione, bilanciare due principi – contrariamente ad un modo di vedere diffuso – non è “riconciliarli” o trovare, tra di essi, un “equilibrio” o una “via mediana”<sup>31</sup>. Il risultato del bilanciamento, nel contesto di cui si tratta, è che un principio è applicato, mentre l’altro è messo da parte. Beninteso, il principio scartato non è annullato né abrogato: è semplicemente non-applicato in quel dato contesto.
- (iii) La “preferenza” stabilita dall’enunciato di preferenza si riferisce ad un determinato caso (una specifica norma legislativa o una controversia concreta, secondo le diverse giurisdizioni). Ciò significa che la prevalenza del principio P1 sul principio P2 (o viceversa) vale solo in quel caso – quella particolare norma legislativa o quella particolare controversia, secondo la giurisdizione – mentre in contesti diversi il principio ora disapplicato ben potrebbe prevalere sull’altro (come di fatto accade).

In altre parole, la gerarchia assiologica stabilita dalla corte non è assoluta, non vale ora e per sempre. Al contrario, essa è flessibile, mobile, instabile: dipende dal caso in discussione<sup>32</sup>. Come ben dice Alexy, l’enunciato di preferenza stabilisce una «relazione di precedenza *condizionale*»<sup>33</sup>: se si danno le condizioni C1, P1 prevale su P2; se si danno le condizioni C2, P2 prevale su P1.

In questo modo, bilanciare due principi si risolve – come ora diremo – nel concretizzare o specificare uno di essi (o entrambi): in

<sup>29</sup> In particolare, da quelle disposizioni costituzionali che rendono “rigida” la costituzione, impedendo qualunque mutamento costituzionale per via di legislazione ordinaria, e/o da quelle disposizioni costituzionali che assoggettano la legge ordinaria al controllo di legittimità costituzionale.

<sup>30</sup> R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVII, 1997.

<sup>31</sup> G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 182 ss.

<sup>32</sup> F. MODUGNO, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, ESI, Napoli, 2008, p. 25.

<sup>33</sup> R. ALEXY, *op. cit.*, p. 52.

un determinato caso, un certo principio è concretizzato derivandone la regola R1 (il cui antecedente, o fattispecie, è C1); in un diverso caso, lo stesso principio è concretizzato derivandone la regola R2 (il cui antecedente è C2)<sup>34</sup>.

- (iv) È precisamente questo carattere condizionale, e pertanto instabile, della gerarchia assiologica che produce l'apparenza (o l'illusione) di una "via mediana" tra i principi confliggenti. Occorre distinguere tra l'effetto sincronico del bilanciamento tra due dati principi in una singola decisione e l'effetto diacronico del bilanciamento tra quegli stessi principi in una serie di decisioni della medesima corte. In ciascuna decisione, un principio è sacrificato, mentre l'altro è applicato: sarebbe fuori luogo dire che i principi coinvolti siano in qualche modo "riconciliati". Se invece si guarda allo sviluppo delle decisioni giudiziali in quella materia, si trova che in una serie di casi P1 è stato preferito e P2 è stato accantonato, mentre in altri casi P2 è stato preferito e P1 accantonato. Per esempio, in certi casi la libertà di stampa prevale sui diritti della personalità (intimità della vita privata, identità personale, etc.), mentre in altri casi accade l'opposto. In altre parole, sul lungo periodo entrambi i principi sono "parzialmente" applicati ed entrambi "parzialmente" disapplicati. Ma "parzialmente" non nel senso che in ciascun caso un principio sia in parte applicato e in parte sacrificato (non so neppure che cosa mai ciò possa significare), bensì nel senso banale che ciascun principio talvolta è applicato e talvolta no.

## 5. Concretizzazione

Il bilanciamento e la concretizzazione dei principi in conflitto sono spesso considerati come un'unica operazione intellettuale. Dal punto di vista psicologico ciò può essere vero. Ma, dal punto di vista logico, direi piuttosto che bilanciare consiste nello scegliere il principio applicabile, mentre concretizzare consiste nella (susseguente) applicazione, strettamente intesa, del principio prescelto.

Come ho detto in precedenza, i principi costituzionali, non avendo

<sup>34</sup> «Le circostanze in cui un principio prevale su di un altro costituiscono l'antecedente di una regola che ha le medesime conseguenze giuridiche del principio prevalente»; «il risultato di ogni corretto bilanciamento [...] può essere formulato come una norma [...] derivata, che ha la forma di una regola sotto la quale può essere sussunto il caso» (R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 54-56).

precise condizioni di applicazione ed essendo quindi altamente indeterminati, non possono essere direttamente applicati a specifiche controversie. Anzi, è frequente che, nei giudizi costituzionali, i principi debbano essere confrontati con regole, ossia con norme dotate di una diversa struttura logica, il che rende difficile (se non impossibile) il confronto.

Per esempio, il principio «la salute [è] un diritto fondamentale dell'individuo» (art. 32, comma 1, cost.), per sé, non dice nulla intorno al risarcimento dei danni alla salute. Il principio «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24, comma 2, cost.) nulla stabilisce intorno alla presenza di un avvocato all'interrogatorio dell'accusato. Il principio dell'eguaglianza tra i sessi (art. 3, comma 1, cost.) non disciplina in alcun modo il lavoro notturno delle donne. Il principio «La souveraineté nationale appartient au peuple» (art. 3, cost. francese) non risponde alla domanda se una legge possa, o no, attribuire agli immigrati il diritto di voto nelle elezioni dei consigli comunali. E così via esemplificando.

Applicare una regola consiste nel dedurre da essa, per *modus ponens*, una prescrizione individuale (la soluzione di una controversia). Per contro, l'applicazione dei principi esige concretizzazione o specificazione: anzi, in un senso consiste proprio in questo.

Nel ragionamento del giudice si possono distinguere due livelli di discorso, che si usa chiamare rispettivamente “giustificazione interna” (o di primo livello) e “giustificazione esterna” (o di secondo livello). Grosso modo: una decisione è “internamente” giustificata quando *segue deduttivamente* dalle premesse (“Gli assassini devono essere puniti. Tizio è un assassino. Pertanto Tizio deve essere punito”); è “esternamente” giustificata quando le stesse premesse, a loro volta, *sono fondate*<sup>35</sup>.

Ebbene, le regole sono le premesse normative della giustificazione “interna” delle decisioni giurisdizionali; l'applicazione di principi appartiene piuttosto alla giustificazione “esterna” delle decisioni. Mentre le regole si applicano per via di sussunzione<sup>36</sup>, i principi si applicano – non mediante bilanciamento, come alcuni dicono, ma – ricavando da essi regole: precisamente regole *inespresse* (dette “implicite”, ma niente affatto implicite in senso stretto, cioè logico)<sup>37</sup>. Concretizzare un principio consiste

<sup>35</sup> J. WROBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986.

<sup>36</sup> Tecnicamente: ragionando in *modus ponens*.

<sup>37</sup> È sciocco pensare (come molti pensano) che i principi non ammettano e non richiedano sussunzione. Data, per esempio, una disposizione costituzionale che proibisce qualunque «trattamento sanitario» obbligatorio (art. 32 cost.), la sussunzione è ovviamente necessaria per decidere, ad esempio, se il concetto si riferisca, o no, alla nutrizione forzata dei pazienti.

precisamente nel ricavare da esso una *regola*.

Queste regole inesprese sono regole *costituzionali* giacché sono derivate da principi costituzionali: si tratta dunque di regole che, negli ordinamenti a costituzione rigida, non possono essere derogate o abrogate dalla legislazione ordinaria. Pertanto, la derivazione giudiziale di regole, a partire da principi costituzionali, sviluppa ed espande il diritto costituzionale.

Il ragionamento mediante il quale una regola è derivata (costruita) da un principio ha il principio come premessa (una delle premesse) e la regola come conclusione. Nella maggior parte dei casi, si tratta di un ragionamento non deduttivo. In tutti i casi, esso richiede alcune premesse “arbitrarie”: arbitrarie nel senso che sono non norme giuridiche positive, ma assunzioni degli interpreti, come asserti fattuali, definizioni, e costruzioni dogmatiche.

Per esempio: “La salute è un diritto fondamentale dell’individuo” (art. 32, comma 1, cost.: principio); qualunque violazione di un diritto fondamentale è un danno ingiusto; qualunque danno ingiusto deve essere risarcito (art. 2043, cod. civ.); pertanto i danni alla salute devono essere risarciti (prima conclusione: regola); pertanto Tizio deve pagare a Caio 1.000 euro (ulteriore conclusione: soluzione giudiziale della controversia).

Altro esempio: “La sovranità nazionale appartiene al popolo” (art. 3, cost. francese); il popolo è l’insieme dei cittadini; gli immigrati non sono cittadini secondo la legge in materia di cittadinanza; la sovranità si esprime mediante il voto; pertanto la legge ordinaria non può validamente attribuire agli immigrati il diritto di voto (prima conclusione: regola); pertanto la legge che attribuisce agli immigrati il diritto di voto nelle elezioni comunali è incostituzionale (ulteriore conclusione: decisione costituzionale).

Questi semplici esempi sono intesi a mostrare che la concretizzazione di principi è un’operazione genuinamente creativa di diritto: in particolare, creativa di *regole*. In un senso, «the Constitution is what the judges say it is».