





Saverio F. REGASTO

INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE  
E  
COMPARAZIONE

Principi, Valori, Metodo

Youcanprint

Titolo | Interpretazione costituzionale e comparazione. Principi, Valori, Metodo  
Autore | Saverio F. Regasto  
ISBN | 979-12-22752-65-5

© 2024 - Tutti i diritti riservati all'Autore

Questa opera è pubblicata direttamente dall'Autore tramite la piattaforma di selfpublishing Youcanprint e l'Autore detiene ogni diritto della stessa in maniera esclusiva. Nessuna parte di questo libro può essere pertanto riprodotta senza il preventivo assenso dell'Autore.

Youcanprint  
Via Marco Biagi 6 - 73100 Lecce  
[www.youcanprint.it](http://www.youcanprint.it)  
[info@youcanprint.it](mailto:info@youcanprint.it)  
*Made by human*

*A Diletta e  
A Ludovica  
Ragioni della mia esistenza*



## Introduzione

Il lavoro che segue, come il titolo già indica, si interessa di uno dei temi maggiormente dibattuti dalla dottrina negli ultimi anni, l'interpretazione della Costituzione, in un tempo in cui nel nostro Paese si fa fatica non solo ad attuare la Costituzione, ma persino a "leggerla" nei suoi molteplici significati.

Sembra opportuno, in sede introduttiva, chiarire, con una certa approssimazione, il cosa debba intendersi con la locuzione appena citata. Vi è chi, nel diritto comparato, ha sostenuto che possa correttamente parlarsi di interpretazione della Costituzione solo "quando deve darsi una risposta ad una domanda di diritto costituzionale che, alla luce del testo della norma fondamentale, non offre una soluzione chiara e soddisfacente".<sup>1</sup> In altre parole, quando la norma si applica, per la prima volta, ad un nuovo presupposto di fatto, quello che in realtà si produce non è una 'interpretazione', ma, invece, un'attualizzazione della norma stessa.<sup>2</sup>

Per altro verso, la 'semplice' sussunzione di un presupposto di fatto in un precetto costituzionale non implica, secondo l'orientamento più moderno della dottrina e della giurisprudenza, alcun lavoro di interpretazione in senso stretto. In tale ipotesi, ormai solo oggetto di ricerca storica, ma non per questo non affascinante e utile per la comprensione del dibattito odierno, risiede il limite dei metodi classici dell'interpretazione che come è noto, fa quasi esclusivamente riferimento alla comprensione 'statica' e 'asettica' della norma oggetto di analisi.

Al contrario, quando la norma da interpretare (nel senso dell'attualizzazione) è la Costituzione e tenuto conto della naturale indeterminatezza contenuti nei suoi precetti (quasi sempre qualificati

---

<sup>1</sup> Cfr. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1978, pp. 20-21.

<sup>2</sup> Quella particolare visione, cioè, che molti (e autorevoli) studiosi del nostro Paese indicano con il termine 'prassi'.

come concetti ‘politici’ e ‘ideologici’ e giammai ‘giuridici’) l’operazione di sussunzione richiede una particolare specificazione (non solo come motivazione dell’atto) alla quale finisce per darsi una ‘valenza’ non diversa dalla norma oggetto del processo interpretativo. Il fenomeno, designato dalla dottrina tedesca con il termine ‘concretizzazione’, giunge a presupporre un’autentica creazione di un sistema di ‘norme subcostituzionali’ che opererebbe come una nuova norma cornice per le successive funzioni di sussunzione. Ove, poi, secondo alcuni orientamenti dottrinari d’oltreoceano, al giudice (costituzionale) fosse esclusivamente riservata la funzione di ‘interprete autentico’ (naturalmente non nella accezione che alla locuzione si dà nel nostro linguaggio giuridico) le norme subcostituzionali finirebbero per porsi in condizione di concorrenza con la stessa Costituzione.

Va da sé che il procedimento con il quale si riempiono di contenuto i principi giuridici indeterminati e, *a fortiori*, i principi costituzionali, non può esplicarsi come un mero fenomeno di meccanica applicazione della norma. Si deve ammettere, infatti, che il concetto di interpretazione costituzionale è decisamente più ampio. Lo si utilizza, normalmente, per designare non solo il processo di specificazione per l’organo (politico, giudiziario o quasi-giudiziario) che la propria Costituzione configura come ‘interprete autentico’, la Corte costituzionale, altro tribunale ordinario, ovvero sovranazionale, ma anche per designare la vitalità e l’applicazione della Costituzione per gli altri organi dello Stato, per i gruppi sociali, economici e politici, nonché per i cittadini, perché lo scopo di partecipare i precetti costituzionali a tutti e a ciascuno dei cittadini (e non solo ai giuristi e ai giudici) è ciò che determina “la vita reale della norma fondamentale”.<sup>3</sup> Ciò si impone poiché dobbiamo dare per scontata la necessità di una continua e incessante ‘attualizzazione’ della norma costituzionale, per rinnovare un patto che, diversamente, importerebbe insopportabili e inopportuni interventi di riforma e revisione. Il crescere e il ‘conformarsi’

---

<sup>3</sup> Così si esprime HÄBERLE, *Verfassung als Öffentlicher Prozess*, München, 1978.

di una società a una ‘cultura’ costituzionale omogenea (ancorché libera e pluralista) implica, paradossalmente, che gli interpreti (ma anche i critici) di una Costituzione mai possano essere ‘altri’ per il mero fatto di essere, a loro volta, figli e creature di questa società. Il problema generico, o globale, dell’interpretazione costituzionale diviene, così, utilizzando le emblematiche parole di Stern, “il problema cardine dell’interpretazione come fenomeno giuridico”, la questione, cioè, della sopravvivenza stessa delle regole di convivenza civile e delle correlate società.

Il nostro ambizioso scopo è, a un tempo, ampio e limitato. Nasce da una idea che unisce entrambi i concetti di interpretazione: per una parte della dottrina l’interpretazione della Costituzione rappresenterebbe un fenomeno del tutto peculiare. Esso, infatti, da un lato presuppone un continuo dialogo con l’interprete autentico in termini strettamente giuridici, utilizzando, perciò, i metodi classici dell’ermeneutica; dall’altro rende oltre modo necessario tenere nella massima considerazione il fenomeno dell’interpretazione come vitalità costituzionale proprio per *giustificare la vitalità del testo costituzionale*, operando, di conseguenza, una ‘arbitraria’ conversione nel linguaggio giuridico di forme culturali e storiche, di ‘valori’ e di idee che hanno permeato lo sviluppo della nostra come di altre società occidentali.

Sembra opportuno ricordare, peraltro, che nella teoria generale del diritto l’interpretazione della norma è qualcosa di concettualmente distinto dalla ricerca della norma applicabile, dalla attuazione della norma o, ancora, dalla integrazione della norma, nonostante tutto ciò finisca per realizzarsi, all’occhio del profano, in un medesimo atto volitivo.

Consideriamo, altresì, che in tutti i sistemi con una giurisdizione costituzionale l’interpretazione giudiziale crea e formula norme ‘derivate’ dalla Costituzione, tanto in maniera espressa, quanto implicitamente. In una parte del lavoro daremo il significato di interpretazione non tanto alla determinazione del significato giuridico della norma — ciò che realmente è interpretazione in un senso giuridico stretto — quanto allo studio delle origini di tali norme subcostituzionali. Volendo rimanere fedeli alla teoria generale del

diritto più che di interpretazione, allora, dovrebbe parlarsi, più correttamente, di “applicazione giudiziale della Costituzione”.

Non vi è chi non veda, oggi, l'impossibilità di rifiutare una tale convenzione terminologica, nel momento in cui si sente la necessità di mettere a confronto esperienze costituzionali tanto diverse come possono essere quella italiana, quella tedesca e quella statunitense.

Se, al contrario, non la accettassimo, allora dovremmo ammettere che abbracciando nell'esperienza anglosassone l'interpretazione anche l'insieme del fenomeno applicativo della norma fondamentale, nei Paesi di *Common Law* (ma a ben vedere anche in Italia e in Germania) ermeneutica e applicazione della Costituzione non rappresentano concetti ascrivibili al medesimo processo logico. Anzi, più precisamente, vi sarebbero Paesi che applicano la norma fondamentale senza interpretarla e, altri, che la interpretano senza applicarla!

Non v'è dubbio che lo studio delle norme subcostituzionali giudiziali presenta una dinamica distinta rispetto alla teoria classica dell'interpretazione. Infatti le norme stesse solo in casi particolari sono enunciabili a partire dall'attuazione della norma primaria. Ciò implica, a ben vedere, la possibilità, tutt'altro che remota, della creazione *ex novo* di una norma e, ancora, la possibilità di un rapporto di relativa indipendenza fra norma interpretata e norma 'creata', senza alcun nesso di causa-effetto e senza la necessità di una puntuale argomentazione.

In un sistema in relativo equilibrio, quale quello statunitense, tutta la normazione subcostituzionale chiarisce il senso della norma fondamentale e l'interprete-giudice che ha l'obbligo di applicare quest'ultima al caso concreto opera creando la legittimità e la validità della norma subcostituzionale in guisa che essa sia funzionale alla norma primaria, senza nutrire particolare attrazione per il suo significato e senza la necessità di esaminarla-bilanciarla alla luce delle altre reali norme del testo costituzionale, ovvero delle virtuali norme subcostituzionali che meglio darebbero attuazione alla norma primaria.

Nell'ottica molto sommariamente qui descritta, si può ragionevolmente affermare che, nel più vasto ambito della teoria generale del diritto e dello Stato, vi è almeno una idea di interpretazione che meglio si adatta agli scopi che ci siamo prefissi: l'idea della elaborazione delle norme subcostituzionali in tre Paesi diversi ma vicini come l'Italia, la Germania e gli Stati Uniti d'America.

In questo senso un ruolo fondamentale è giocato dagli organi deputati all'interpretazione della Costituzione — nella accezione di cui si è detto — e dalle regole che essi seguono mentre svolgono la loro sempre più complessa attività. Sarebbe, d'altra parte, ingenuo pensare e pretendere che l'interpretazione della Costituzione non debba incidere anche sulla 'naturalzza' politica e giuridica dell'organo che è incaricato del controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Ne costituisce, al contrario, il suo nucleo forte. A sommosso avviso di chi scrive, nel moderno diritto costituzionale un rilievo particolare deve essere dato alla metodologia di elaborazione delle norme subcostituzionali, piuttosto che allo studio della posizione della Corte rispetto agli altri organi o, se si vuole, all'analisi delle tipologie di decisione.

È di tutta evidenza, infatti, che il problema del carattere politico o meno della giurisdizione costituzionale rappresenta, in definitiva, il problema dell'interpretazione costituzionale.

A tal proposito abbiamo voluto privilegiare l'approccio comparato, sottolineando, laddove fosse stato necessario, le reciproche influenze e tenendo sempre ben presente uno dei capisaldi di chi pone in evidenza diversità e similarità fra esperienze costituzionali, quello secondo cui nessun modello oggetto di indagine può rappresentare un ideale da imitare, un insieme da esportare, in una parola, la perfezione.

Riflettere sull'interpretazione della Costituzione significa, oggi, prendere in considerazione non tanto (e non solo) le regole dell'ermeneutica di ciascun Paese, ché ciò fornirebbe una visione 'statica' e irrealista della complessità dei rapporti fra le norme, quanto, piuttosto, le modalità e le 'tecniche' utilizzate dagli organi deputati al controllo di legittimità costituzionale delle leggi, per 'riempire' di

significato quelle proposizioni giuridiche a volte così tanto indeterminate che, nell'insieme, costituiscono la norma fondamentale. Ed è oltremodo difficoltoso proporre un tentativo di comparazione che metta insieme realtà invero tutt'altro che simili come possono essere quelle oggetto della presente ricerca. Ma si prova a dare una risposta, certo non esaustiva, a una duplicità di quesiti che nella dottrina più sensibile aleggiano da più tempo. In primo luogo, quello di un progressivo, per alcuni, anzi, inesorabile, avvicinamento fra il sistema di *Common Law* e quello di *Civil Law* e, in secondo luogo, quello legato, in modo più o meno forte, alla circostanza della influenza delle decisioni giurisprudenziali (costituzionali) di alcuni Paesi (e, nel nostro caso, degli Stati Uniti d'America), sulle decisioni di altri (per noi, almeno, Italia e Germania). In questo intricato contesto ha assunto particolare rilievo la questione della c.d. teoria dei valori e quella della consequenziale giurisprudenza dei valori.

Ma mentre oltreoceano, forse anche a causa della particolare struttura dell'ordinamento giuridico, tale questione ha incontrato, in particolar modo da un punto di vista filosofico molta fortuna (non senza feroci critiche), in Germania (se si esclude il non lungo periodo del c.d. metodo interpretativo scientifico-spirituale) e in Italia si è registrato un andamento altalenante che mentre scriviamo fa pendere il piatto della bilancia, per usare una metafora forse non del tutto appropriata, più dalla parte dei critici che non da quella dei difensori della teoria dei valori. Tuttavia, e senza voler sembrare presuntuosi, registriamo, a tal riguardo, anche rispetto ad altri Paesi, anche una sorta di difficoltà etimologica quando, dal nostro punto di vista, cerchiamo di collocare i valori rispetto al significato che in Italia si deve dare ai principi, alle disposizioni e alle norme. In questo molto particolare senso una chiarificazione si imporrebbe come necessaria. Se, in buona sostanza, come sembra del tutto usuale, possano ritenersi, nel nostro ordinamento, principi e valori (o, se si vuole, valori e norme) come sinonimi e, di conseguenza, se possano invocarsi questi in luogo di quelli quando si tratta di interpretare la Costituzione. O se, per concludere, più

correttamente, debba specificarsi il ‘valore’ del valore rispetto al ‘valore’ del principio.

Appare opportuno se non addirittura necessario un *excursus*, sintetico e breve, dedicato ai caratteri del controllo di costituzionalità nei Paesi oggetto di indagine e alle peculiarità proprie (se si vuole anche di ordine storico-politico) che quegli ordinamenti giuridici sono andati sviluppando almeno nel corso dell’ultimo cinquantennio.

“Con l’espressione ‘giustizia costituzionale’ si suole indicare quel complesso di attività giuridiche — spesso attribuite alla competenza di un apposito organo dello Stato denominato ‘Corte costituzionale’ — le quali presentano la comune caratteristica di realizzare forme di garanzia dell’attuazione della costituzione vigente e di costituire lo sviluppo ed il completamento della garanzia che nei confronti degli atti della pubblica amministrazione furono introdotte in attuazione del principio dello ‘stato di diritto’, così da estenderne almeno tendenzialmente la portata anche all’operato degli organi politici e legislativi”.<sup>4</sup>

Premesso che quanto autorevolmente affermato rappresenta la definizione, sia pure sintetica, ma molto esaustiva, del concetto di ‘giustizia costituzionale’,<sup>5</sup> occorre, *in primis*, ribadire che fra gli intendimenti del presente lavoro vi è anche quello di mettere a confronto più sistemi di giustizia costituzionale con il preciso scopo di delinearne i caratteri nella loro similarità, ovvero all’occorrenza, nella loro diversità.

Due dei Paesi in questione (Italia e Germania) — non v’è dubbio — presentano, dal punto di vista della storia costituzionale, molti punti in comune, non foss’altro che per le drammatiche vicende

---

<sup>4</sup> Così PIZZORUSSO, *Art. 134*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1983, pag. 1.

<sup>5</sup> Numerosissimi sono gli studi sul concetto di giustizia costituzionale. In questa sede ci limitiamo a citare, per tutti, CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1979; LOMBARDI (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.

politiche che hanno colpito entrambi nella prima metà del secolo scorso. Se, come è vero, in questa sede la finalità è quella di fornire un quadro abbastanza chiaro delle strutture e del funzionamento che attengono all'esercizio della tutela della Costituzione, è altrettanto vero che doveroso sembra essere un accenno al più generale discorso comparato fra la Costituzione italiana del 1948 e la *Grundgesetz* (d'ora innanzi GG) — Legge Fondamentale — di Bonn dell'anno successivo.

In effetti, come è stato più volte ricordato dagli storici del diritto costituzionale, la GG di Bonn e la nostra Costituzione hanno, innanzi tutto, un elemento comune: il particolare rilievo attribuito alle libertà e ai diritti fondamentali come precisa esigenza politico-istituzionale di contrapposizione ai regimi fascista e nazista che della negazione delle libertà, sia borghesi che socialiste,<sup>6</sup> facevano — almeno in linea teorica — un principio cardine.

Eppure, nei due elenchi di diritti fondamentali si rispecchiano due procedimenti di elaborazione notevolmente diversi; in secondo luogo due livelli e percorsi considerevolmente dissimili per ciò che attiene la riacquisizione della sovranità nazionale; in terzo luogo, due culture politico-istituzionali e due tecniche di organizzazione amministrativa nettamente differenziate.

Dal primo punto di vista, è qui opportuno ricordare che nella Costituzione repubblicana si riflettono le esperienze di una ricca elaborazione politica maturata nell'esilio, al confino e nella breve ma 'reattiva' fase di preparazione della Costituzione stessa; mentre nell'esperienza tedesca è facile cogliere — a partire dall'analisi delle Costituzioni dei *Länder* — quell'influenza radicale di un movimento di autentica opposizione al regime nazista e di rifondazione democratica delle istituzioni statali che successivamente andrà in parte perduta. Infatti "dall'esame poi dei rispettivi *Grundrechtskataloge* [delle Costituzioni dei *Länder*] risulta evidente il loro carattere

---

<sup>6</sup> Sul punto cfr. AMIRANTE, *La Rivoluzione del 1917 e la sua influenza sulle costituzioni contemporanee*, in *Atti del Convegno su "Oriente ed Occidente: due esperienze a confronto"*, celebrativo del Settantesimo Anniversario della Rivoluzione d'Ottobre, Palermo, 1987, *brochure*.

di reazione alla dittatura sia nelle garanzie della più ampia libertà di azione della persona umana, sia nel rifiuto perentorio di ogni arbitrario intervento dei poteri pubblici e di ogni arbitraria discriminazione tra individuo ed individuo, sia nella rafforzata tutela della libertà personale mediante un sistema di garanzie giurisdizionali particolarmente rinforzato”.<sup>7</sup>

Dal secondo punto di vista, non si può ignorare che mentre la Costituzione repubblicana è frutto di un compromesso e di un incontro politico fra partiti tutti formalmente legittimati a dare il loro contributo, così non è certo un caso che i diritti fondamentali riproducono, coscientemente, il compromesso di Weimar, la GG risente in modo evidente dello ‘statuto d’occupazione’ imposto dalle potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale.<sup>8</sup> L’atteggiamento quasi antitetico, sia rispetto alla Costituzione di Weimar che all’elenco dei diritti fondamentali delle Costituzioni dei *Länder* — della GG — per un verso risente delle culture istituzionali delle potenze occupanti e per un altro del particolare regime del territorio tedesco.<sup>9</sup>

Infine, i costituzionalisti tedeschi che collaborarono prima nel progetto di *Herrenchiessee*, poi nella stesura finale, da una parte furono costretti ad accettare le raccomandazioni delle potenze occupanti, che si traducevano in un preciso modello costituzionale e dall’altra riprodussero il clima politico e ideologico della zona di occupazione occidentale. In questo contesto, infatti, l’esigenza di

---

<sup>7</sup> Cfr. AMIRANTE, *La dignità dell’uomo nella Costituzione di Bonn e nella Costituzione italiana*, Napoli, 1966, pag. 45. L’Autore “rivisiterà” il problema successivamente arricchendolo — se così può dirsi — della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (BVG) che parzialmente “correggerà” gli orientamenti “politici” dei costituenti di Bonn, in *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale Tedesca*, Roma-Cosenza, 1980.

<sup>8</sup> Sul significato dell’esperienza weimariana nella storia del diritto costituzionale cfr., almeno, LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, Milano, 1985, ed *ivi* la bibliografia particolarmente ricca e minuziosa. In lingua tedesca si segnalano BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Villingen Schwarzwald, 1960; FROMME, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, Tübingen, 1960.

<sup>9</sup> Il problema è analizzato, anche alla luce degli ulteriori sviluppi di politica internazionale, in KAISER, *La Germania tra Est e Ovest*, Bologna, 1969 dotato di una solida bibliografia di riferimento.

un inevitabile riferimento a principi, istituzioni e ‘valori’ — dei quali ci interesseremo più compiutamente successivamente — del costituzionalismo occidentale di stampo liberale, se escludevano, per esempio, la chiara ed inequivocabile espropriazione delle imprese coinvolte nel nazismo (come invece era previsto da alcune Costituzioni dei *Länder*), implicavano principi costituzionali e diritti fondamentali nei quali il richiamo all’etica e a motivi ecumenici e religiosi prevalesse nettamente su una esplicita ripulsa politica e sociale del regime e della cultura nationalsocialista.<sup>10</sup>

Tradotto in termini di ‘architettura costituzionale’, ciò significava una innegabile opzione per clausole generali quali la dignità dell’uomo, il libero sviluppo della persona umana e il principio dello stato democratico e sociale destinato a sostituire, polemicamente, il complesso dei diritti sociali della Costituzione del 1919.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Cfr. MERKL, *Die Entstehung der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, 1957; NAWIASKY, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes Für die Bundesrepublik Deutschland*, München, 1950; HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, 1956. In lingua italiana e con particolare riferimento alle diverse reazioni “politiche” contro il nazismo, anche con riferimento al rigurgito della fine degli anni ‘80, cfr. STERN, *Ulbricht*, Milano, 1971, spec. p. 127 ss; SPINELLI, *Presente e imperfetto della Germania Orientale*, Roma-Bologna, 1972, p. 11 ss; POZZOLI (a cura di), *Germania: verso una società autoritaria*, Bari, 1968; BRÜGGE, *La patria a destra*, Bari, 1968; <sup>11</sup> Avremo modo di tornare sulla c.d. tecnica delle ‘clausole generali’ e sulla interpretazione che di esse dà il *Bundesverfassungsgericht*. Cfr., al riguardo, ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, Berlin 1962, p. 20-22; MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, *Die unantastbare Menschenwürde als Grundlage eines Wertsystems*, in *GG Kommentar*, Berlin, 1966. In lingua italiana v. AMIRANTE, *Diritti fondamentali*, cit.; SCHNEIDER, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*, in *Dir. Soc.*, 1979, n. 2, p. 197 ss; ORTINO, *L’esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano, 1966; FRIESENHAHN, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica federale Tedesca*, Milano, 1973; e, da ultimo, BALDASSARRE, *Diritti sociali*, voce dell’*Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989; BISCARETTI DI RUFFIA, *Le scelte costituzionali fondamentali dell’Italia e della Germania nel 1947-49 considerate dopo un quarantennio di attuazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, I, 3. L’Autore citato da ultimo fa notare che “La prima impressione che nasce dal raffronto così fugacemente condotto sulle procedure di formazione delle due Costituzioni conduce istintivamente a rilevare che, mentre il testo italiano derivò da una meditata e libera scelta di tutti i cittadini che, per la prima volta nella storia costituzionale dell’Italia moderna, venivano chiamati a partecipare, attraverso i propri diretti rappresentanti, alla sua formulazione (giacché lo Statuto del Re Carlo Alberto, che pur aveva retto il Regno d’Italia per circa un secolo, era stato

Questa scelta, integrata — comunque — da un complesso e articolato meccanismo di garanzie costituzionali, delle quali basti qui ricordare, anticipando in parte argomenti che saranno oggetto di più approfondita analisi nelle parti successive del presente lavoro, gli amplissimi poteri della Corte costituzionale federale (se paragonati a quelli dell'esperienza italiana) e il ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*) davanti a essa riconosciuto a ogni cittadino per qualsiasi caso di violazione di un diritto fondamentale, si tradurrà in un'arma sottile e allo stesso tempo pervasiva nelle mani della dottrina, dei giudici costituzionali e degli altri giudici di superiore giurisdizione.<sup>12</sup>

La Corte costituzionale italiana e il *Bundesverfassungsgericht* esercitano il controllo di costituzionalità delle leggi, utilizzando, per tale attività, un sistema di regole che fondono insieme elementi tipici del c.d. *judicial review of legislation* americano con il c.d. *Verfassungsgerichtsbarkeit* di origine austriaca. Per anticipare analisi di cui più compiutamente si dirà, è necessario premettere però che alla nostra Corte non è riconosciuto il potere di controllo sulla regolarità delle elezioni per il Parlamento nonostante le proposte avanzate in sede di formazione della carta fondamentale.<sup>13</sup> L'attribuzione di

---

concesso unilateralmente dal Sovrano al suo piccolo Stato Sardo nel 1848, di 'certa scienza e regia autorità'), la *Grundgesetz* germanica si pose, bensì, come il risultato di una elaborazione popolare (la terza per lo Stato federale tedesco dopo quelle della 'Paulskirche' di Francoforte del 1848 e della Costituente di Weimar del 1919), ma in condizioni assai particolari e non del tutto favorevoli".

<sup>12</sup> Soccorre qui l'acuta analisi di AMIRANTE nel Suo *Diritti fondamentali*, cit. e, in special modo, in *La Costituzione come 'sistema di valori' e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale*, in *Pol. dir.*, 1, 1981.

Più in generale cfr. LEISNER, *La giustizia costituzionale in Germania oggi*, in LOMBARDI (a cura di), *Costituzione...*, cit. e nella medesima raccolta *l'Intervento di STEIN-BERGER; SCHEFOLD, Corte costituzionale e sistema parlamentare nella Repubblica federale Tedesca*; CERRI, *La Corte costituzionale nel sistema costituzionale vigente*, entrambi in AMIRANTE (a cura di), *La Corte costituzionale in Italia e nella RFT fra legislatore e giudice*, Cosenza 1984.

<sup>13</sup> Cfr. l'intervento dell'On.le CODACCI-PISANELLI all'Assemblea Costituente, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Costituzione della Repubblica*, V, p. 4215, seduta del 28 novembre 1947.

tale potere di controllo, che si colloca nella migliore tradizione dottrinarica austriaca, è invece avvenuta nella Legge Fondamentale di Bonn nei confronti del Tribunale Costituzionale Federale.

In via preliminare sembra opportuno, quindi, approfondire da una parte l'analisi, da un punto di vista storico, delle teorie del controllo della costituzionalità e, dall'altro, porre in evidenza e in risalto le particolari attribuzioni del *Bundesverfassungsgericht* nei confronti della nostra Corte.

Un importante precedente è rinvenibile nella introduzione del controllo della costituzionalità negli Stati Uniti d'America ove è conosciuto, come si è già avuto modo di dire, con la locuzione *judicial review of legislation*.<sup>14</sup>

Tuttavia tale principio, enunciato già nel *Federalist*, non trovò utile collocazione nella Costituzione americana del 1787. Come è noto esso venne affermato, in via di interpretazione giudiziale, nella famosa sentenza del giudice Marshall, per essere esteso a tutti gli Stati membri della Federazione nel 1819, mediante l'applicazione della decisione *McCulloch vs. Maryland*.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Cfr. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, New York 1928; HAINES, *The American doctrine of judicial supremacy*, 1973 (ristampa anastatica della seconda edizione del 1932); MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, Chicago, 1960; fra i contributi in lingua italiana, cfr. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Milano, 1973; CATINELLA, *La Corte Suprema Federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1934; PATRONO, *Sistema dei "Regulatory Powers" e Corte suprema federale*, Milano, 1974 e, da ultimo, GAMBINO, *Sistema delle fonti e controllo della costituzionalità. Il caso francese*, Torino, 1988, il quale riporta a p. 110 l'ormai famoso ragionamento logico del Giudice Marshall, nella sua Sentenza *Marbury vs. Madison* del lontano 1803: "O la Costituzione è una legge superiore a tutto, immutabile di fronte a procedure ordinarie o, al pari di altri atti, essa può essere modificata allorché piaccia al legislatore di modificarla. Se la prima parte di questa alternativa è vera, allora un atto contrario alla Costituzione non è una legge, se la seconda parte è vera, le costituzioni scritte costituiscono degli assurdi tentativi da parte del popolo di limitare un potere che per sua natura è illimitabile".

<sup>15</sup> Fu HAMILTON nel paragrafo 78 del *Federalist* a sostenere che, poiché l'autorità della legge si fonda nella Costituzione, "no legislative act, therefore, contrary to the constitution, can be valid. To deny this would be affirm, that the deputy is grater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men, acting by virtue of powers, may do not only what their

Come è stato autorevolmente notato, la dottrina americana darebbe luogo a un controllo di costituzionalità delle leggi di tipo diffuso, dichiarativo e incidentale. “Diffuso perché qualunque giudice è legittimato a compiere il controllo di costituzionalità delle leggi che deve applicare (...) Dichiarativo, perché il giudice che disapplica una legge in quanto incostituzionale, non la ‘annulla’ ma si limita a dare atto che, in base alla interpretazione da lui adottata della legge stessa e della costituzione, esiste incompatibilità fra esse (...) Incidentale perché la pronuncia di incostituzionalità della legge non rappresenta il risultato di una valutazione astratta e generale della sua portata, bensì è resa con stretto riferimento all’applicazione che essa deve ricevere nel giudizio nel corso del quale la decisione è resa”.<sup>16</sup> Con ciò spiegando effetti, sotto il profilo dell’efficacia, in maniera del tutto simile al giudizio di merito rispetto al quale essa è strumentale, in guisa che una decisione di tal genere assumerebbe efficacia *inter partes*, piuttosto che *erga omnes*.<sup>17</sup> La cultura giuridica europea di fine Settecento (ma anche, in verità, dell’800) “resistette” molto alla introduzione di un controllo di costituzionalità delle leggi. Particolarmente importante, al riguardo, è l’esempio delle esperienze inglese e francese.<sup>18</sup>

---

*powers do not authorize, but what they forbid*” in HAMILTON, MADISON, JAY, *Federalist*, pag. 398, tr. it. D’ADDIO, NEGRI (a cura di), *Il federalista*, Bologna, 1980.

<sup>16</sup> Così PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 7 ss. Cfr. altresì CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit.

<sup>17</sup> Senza sottacere che in quell’ordinamento — notoriamente di *Common Law* — vige il c.d. principio dello *stare decisis* che pur non assumendo i caratteri rigidi della tradizione anglosassone, esercita un ruolo ben più rilevante di quello che, ad esempio, ad esso è riconosciuto nei paesi dell’Europa continentale, meglio conosciuti come ordinamenti di *Civil Law*. Cfr. almeno TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1971; TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974.

<sup>18</sup> Una analisi eccezionalmente esaustiva della genesi francese di tale teoria trovasi nei primi capitoli di GAMBINO, *Sistema delle fonti*, cit.

“Venendo ad esaminare più in dettaglio come il problema si è presentato in alcuni paesi le cui vicende hanno esercitato una vasta influenza, converrà ricordare innanzi tutto l’esempio inglese, caratterizzato dal fatto che nella storia di questo paese la configurabilità di una gerarchia delle fonti del diritto era stata prospettata come concreto problema politico-giuridico già nel corso del XVII secolo. Prima della rivoluzione del 1688 era stata infatti enunciata ed applicata

Ciononostante, l'introduzione del controllo nei Paesi dell'Europa continentale trova il suo punto di forza culturale non già nella esperienza nordamericana — per la quale l'ispirazione giusnaturalistica della Costituzione collocava quest'ultima al livello di legge 'superiore — quanto piuttosto in considerazioni essenzialmente 'positivistiche' che rappresentano la base attraverso la quale è stata costruita la c.d. 'teoria pura del diritto'.<sup>19</sup>

Il controllo di costituzionalità, così come fu definito dalla scuola kelseniana e che si affermò nel 1920 in Austria (non a caso nel Paese del suo fondatore), può essere detto di tipo accentrato, costitutivo, principale.

“Accentrato perché il compito di sindacare la costituzionalità delle leggi era negato alla generalità dei giudici e degli operatori giuridici e riservato, invece, ad un organo apposito (...) Costitutivo, perché le pronunce con cui fosse accertata l'incostituzionalità di una legge ne determinavano l'annullamento' *ex nunc*, senza pregiudicare le applicazioni che la legge avesse eventualmente ricevuto in passato

---

sul piano giurisprudenziale la dottrina del *Chief Justice* Edward Coke secondo la quale il diritto giudiziario, cioè la *common law*, doveva prevalere sul diritto di formazione parlamentare, cioè sugli *statutes*, e sul diritto consuetudinario, con conseguente potere-dovere del giudice di disapplicare gli *statutes* e le consuetudini contrarie alla *common law*. Questa impostazione fu però rovesciata dopo la rivoluzione del 1688 che aprì la via alla affermazione della sovranità del Parlamento e della sua supremazia, sia nei confronti della Corona sia del potere giudiziario, e di conseguenza ogni qual volta, nei secoli successivi, si prospettò l'eventualità di introdurre una qualche forma di *judicial review* essa fu respinta come una minaccia portata alla sovranità del Parlamento, con la conseguenza che l'ordinamento costituzionale inglese conserva così ancora oggi i caratteri di una costituzione flessibile.

Altro esempio assai importante è quello offerto dall'ordinamento francese all'epoca della III Repubblica, nell'ambito del quale un analogo rifiuto del controllo di costituzionalità delle leggi in nome della sovranità nazionale esercitata dagli organi rappresentativi poté affermarsi nonostante il carattere rigido della costituzione del 1875". Questo è il quadro che il PIZZORUSSO fornisce per ciò che riguarda le esperienze di Inghilterra e Francia in tema di controllo della costituzionalità delle leggi, in *Garanzie costituzionali*, cit., p. 19.

<sup>19</sup> Come si sa, la teoria pura del diritto e dovuta a Kelsen del quale cfr., almeno, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967; *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966; *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985; *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano 1952.

(...) Principale, perché la pronuncia eventualmente dichiarativa dell'incostituzionalità della legge non si presentava in alcun modo collegata ad una concreta applicazione di essa, ma veniva sollecitata mediante un ricorso tendente ad ottenere un controllo astratto della compatibilità della legge con la Costituzione.<sup>20</sup>

Non si può sottacere che in un sistema così organizzato finiva per assumere sostanziale rilevanza la regola che prescriveva i soggetti legittimati a impugnare le leggi dinanzi all'organo abilitato al controllo.

Numerose sono state le innovazioni costituzionali nell'Europa continentale; molte di esse riguardano, come è ovvio, l'introduzione di meccanismi preposti alla difesa della carta fondamentale. Altrettanto diverse, in verità, le scelte dei costituenti, in modo particolare in confronto alle 'opzioni organizzatorie' (americana e austriaca) più sopra sommariamente descritte. Per trarre alcune, sia pure frettolose, conclusioni possiamo dire che *a*) in via preliminare, vi sono Paesi che escludono che si possa dar luogo a un controllo di costituzionalità delle leggi essenzialmente per due ordini di motivazioni. Con il primo disconoscono la configurazione di una gerarchia delle norme; in secondo luogo, perché non ammettono che tale attività possa essere attribuita a organi non rappresentativi, quali, normalmente, sono quelli giudiziari; *b*) da questa ipotesi è necessario distinguere quella che vede affidato il sindacato a un apposito organo, strutturato in maniera sostanzialmente politica, ma che effettua il controllo esclusivamente in via preventiva; *c*) fra quegli ordinamenti che riconoscono, in diritto positivo, forme 'ortodosse' di controllo della costituzionalità è necessario approntare una partizione che vuole da una parte quelli che tendono a configurarlo come un aspetto (sia pure *sui generis*) della ordinaria attività giurisdizionale (*judicial review* americano) e dall'altra quelli che ne fanno una funzione distinta sia dal potere legislativo che da quello giurisdizionale. I Paesi che adottano questa ultima soluzione sogliono essere, ulteriormente, distinti a seconda che

---

<sup>20</sup> Così si esprime PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, cit., p. 24.

l'organo preposto all'attività sia creato *ad hoc*, ovvero rappresenti, nel contempo, nell'ambito del sistema, anche il vertice della gerarchia giudiziaria.

Infine, nonostante la innegabile fortuna che ha accompagnato la brillante tesi kelseniana del controllo della costituzionalità, per la quale espressione ideale era rappresentata dal controllo di tipo 'astratto' — cioè del tutto indipendente dalla applicazione delle norme di legge nei casi concreti — possiamo senza tema di smentita affermare che molto raramente la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in questo senso intesa, ha trovato la sua piena attuazione nei modelli che abbiamo sinora descritto. I costituenti, al contrario, hanno preferito, nell'approntare sistemi procedurali di controllo accentrato, l'utilizzazione di forme miste, nelle quali controlli di carattere concreto si affiancano a casi di controllo astratto (giudizi incidentali e giudizi principali).

Non spetta certo all'autore esprimersi sulla validità o meno di questo contributo. Ma egli confida che il lettore vi riconosca l'ambizione di esaminare con il massimo impegno fenomeni e problemi nell'assoluto disinteresse per talune animosità che tali questioni suscitano negli ambienti italiani ma anche in quelli di altri Paesi. D'altra parte, ci è stato sempre insegnato che lo scopo che uno studioso deve proporsi è che i limiti stessi della sua ricerca servano, più degli eventuali risultati, a favorire interrogazioni intellettuali e morali in chi al suo lavoro abbia voluto accostarsi.

## CAPITOLO I

# L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

### 1. *Introduzione*

L'interpretazione delle norme costituzionali si è presentata come un 'problema' agli occhi degli studiosi negli ultimi decenni, quando si andavano affermando teorie e tecniche di ingegneria costituzionale fortemente caratterizzate verso la generale espansione dei sistemi di costituzione rigida.<sup>21</sup>

In precedenza, è stato sostenuto, la eccessiva brevità e la forte schematicità dei testi oltre che la relativa elasticità delle disposizioni in essi contenute, finivano con il rendere del tutto infrequenti i casi di incertezza ovvero di contrasti interpretativi, per cui difficoltà di oggettivo scarso rilievo si presentavano per l'opera dell'interprete.<sup>22</sup>

“Nei sistemi attuali, invece, la maggiore complessità dei testi scritti, dovuta all'incremento del numero degli articoli (si parla di costituzioni lunghe), la pluralità di leggi costituzionali, la maggiore portata e precisione dei precetti ed infine la garanzia di appositi

---

<sup>21</sup> Cfr. PACE, *La "naturale" rigidità delle Costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 1993, 4085; ID., *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1995; *contra*, VARALE SUANZES, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, 3313 e, da ultimo, PACE, *In difesa della "naturale" rigidità delle Costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 1995, 1209.

<sup>22</sup> Ciò, fra l'altro, non esclude che sussista il problema del rapporto fra norme costituzionali (in regime di costituzione flessibile) e norme di legge. A ben vedere, infatti, la dottrina si è più volte soffermata sulla questione della "elasticità" delle norme dello Statuto Albertino nei confronti della fonte legislativa. Cfr., a tal proposito, ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957; AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951; CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Studi in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952; PERGOLESI, *Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959.

strumenti giuridici, propri dei sistemi a costituzione rigida, consistenti in controlli di natura giurisdizionale sulle attività costituzionali, dilatando il campo di conoscenza e di ricerca dell'interprete, hanno aperto la via ad una complessa problematica che investe nei suoi vari aspetti la natura, i principi e gli strumenti dell'attività interpretativa".<sup>23</sup>

Sembra utile, a questo punto, indicare, con una certa approssimazione, i profili dottrinali del problema che via via verranno presi in considerazione nel corso del presente capitolo.

Di particolare rilievo, ai nostri fini, è l'attenzione che la dottrina ha dedicato all'interpretazione costituzionale. Con ciò volendosi riferire alla non facile definizione di essa nei termini di attività comune a quella delle altre norme giuridiche — intendendo qui significare la giustezza dell'applicazione delle regole di generale ermeneutica valevoli per tutte le specie di leggi — ovvero di depositaria di particolari 'principi' e 'valori' tipici e propri della natura delle norme costituzionali.

Un problema simile, peraltro, si riscontrò, in tema di interpretazione giuridica generale, verso la fine dell'Ottocento, quando l'attenzione degli studiosi si concentrò su un particolare e autorevole indirizzo scientifico sorto a contrastare la tradizionale teoria 'assoluta' della interpretazione, secondo la quale a quest'ultima doveva essere riconosciuto valore intangibile per tutte le leggi, di qualunque specie esse fossero.

L'indirizzo nuovo, al quale si faceva testé riferimento, in parte seguito dalla dottrina moderna, tendeva a considerare i suddetti principi e le regole interpretative come 'valori relativi' rispetto alle norme oggetto di interpretazione per cui, in ultima istanza, a una interpretazione estensibile a tutte le norme giuridiche si aggiungono (o si sostituiscono) tante teorie parziali e particolari quanti sono i rami del diritto.

Il contrasto a cui si è appena accennato non ha determinato una netta e forte divisione dottrinarria anzi, al contrario, esso, col tempo, è andato affievolendosi nel senso che su una medesima linea, quella beninteso maggiormente seguita, sembrano ormai convergere quelle che erano posizioni apparentemente divergenti. Infatti, si tende sempre più ad avvalorare la tesi secondo la quale

---

<sup>23</sup> Cfr. MEROLA CHIERCHIA, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Milano, 1978, p. 36.

è legittimo riconoscere l'esistenza di principi generali dotati di valore per tutte le leggi considerate. Di conseguenza, le regole ermeneutiche, sulla natura giuridica delle quali la dottrina stessa non sembra eccepire, si estenderebbero a tutte le specie di norme senza, peraltro, escludere in via preventiva la possibilità che per talune categorie di esse sia richiesta l'adozione di particolari criteri interpretativi che in quanto tali integrerebbero quelle regole generali.

In particolare, quindi, con riferimento puntuale alla interpretazione delle norme costituzionali, la dottrina riconosce ormai unanimemente (ma non senza diversificazioni talora di grande rilievo) l'influenza che su di essa, o, forse, meglio, sul soggetto-interprete, hanno, o finiscono per avere, i valori politici e sociali caratterizzanti un determinato regime. Nel contempo, però, non si esclude, e non si potrebbe farlo, l'applicabilità alla fattispecie in questione, delle regole generali sulla interpretazione, comuni a tutte le altre norme giuridiche, non fosse altro che per il buonsenso.

## 2. *Le varie posizioni dottrinarie in tema di interpretazione*

Nell'ambito del più generale problema dell'ermeneutica, esteso alla totalità della conoscenza, al quale, peraltro, non è mancato l'apporto pregevole e attento dei filosofi e dei sociologi del diritto,<sup>24</sup> si delinea la questione dell'interpretazione giuridica, che, nonostante si presenti come dotata di una sua propria fisionomia, non può non avere importanti punti in comune con quello che per

---

<sup>24</sup> Una esauriente analisi storica della questione dell'ermeneutica può rinvenirsi in PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, ricco di utili e puntuali riferimenti bibliografici. Cfr., inoltre, Irti, *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 171 ss; SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio*, Milano, 1985; LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1981, p. 140 ss; CARZO, *Discorso giuridico e codice normativo. Primi appunti per una grammatica giuridica*, in *Soc. com.*, 1983, p. 65 ss.

brevità potremmo definire “problema della conoscenza”, attraverso le varie — per usare le parole di un Maestro — “forme rappresentative dei dati tramandati dall’esperienza”.<sup>25</sup>

Autorevoli esponenti della dottrina, infatti, intendono l’interpretazione come una attività conoscitiva, “diretta ad accertare il significato e il valore di determinati atti o comportamenti, risalendo dall’esame della loro ‘forma rappresentativa’ alla comprensione del momento spirituale in essi immanente”.<sup>26</sup>

D’altra parte, non si può disconoscere che l’interpretazione giuridica, pur trovando utile collocazione nel più generale concetto testé rammentato, non è fine a se stessa, bensì è diretta a uno scopo determinato che si sostanzia nella ricerca del significato della regola al fine di estrapolare i cc.dd. “criteri applicativi” in relazione a fattispecie concrete. Infatti si sottolinea che operando essa in buona sostanza per il perseguimento di uno scopo pratico, finisce con l’avere “natura strumentale” e in relazione a ciò si dice che viene esplicitata in “funzione normativa”.<sup>27</sup>

Non vi è traccia, in tale impostazione, dell’attività interpretativa dottrinale. Al riguardo è utile sottolineare in questa sede l’importanza della distinzione intercorrente fra interpretazione dottrinale e interpretazione giudiziale. Vi è stato chi ha sostenuto che una tale distinzione può farsi valere almeno in relazione agli scopi

---

<sup>25</sup> Dobbiamo a Emilio Betti una monumentale ricostruzione della problematica della interpretazione. Molti dei suoi studi furono dedicati al rapporto fra conoscenza e interpretazione e più in particolare alla c.d. scienza del diritto. Cfr. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, Milano, 1955; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971; ID., *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, p. 34; Cfr., altresì, PLACHY, *La teoria dell’interpretazione*, Milano, 1974, spec. cap. III, in cui l’A. ricostruisce la genesi e la storia dell’ermeneutica moderna con particolare riferimento alla scuola italiana di Betti.

<sup>26</sup> Così PIERANDREI, *L’interpretazione della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, I, p. 146; dello stesso avviso PENSOVECCHIO LI BASSI, *L’interpretazione delle norme costituzionali*, Milano, 1972, p. 6.

<sup>27</sup> Cfr. PIERANDREI, *L’interpretazione*, cit., p. 150. Qui soccorre, ancora una volta, l’opinione del Maestro secondo il quale “il problema che caratterizza l’interpretazione giuridica è il problema dell’intendere per agire, o, comunque, per decidere, ossia per prendere posizione rispetto a precetti da osservare, o in ordine a dogmi, valutazioni morali, situazioni psicologiche da tenere in conto”. Cfr. BETTI, *Teoria generale*, cit., II, p. 802.

mentre quando ci si riferisce alle attività di ‘mera ricerca’ esse finiscono per porsi sullo stesso piano.<sup>28</sup> Non è dato rinvenire riferimenti puntuali a quello che sembra essere il nucleo forte del problema che si sostanzia nella riflessione sulle influenze (reciproche) fra giuristi (interpreti dottrinali) e giudici (interpreti giudiziali). Il compito dell’interprete non si esaurirebbe, quindi, nella semplice attività di ricerca del significato della legge, quanto piuttosto nella ‘riflessione discrezionale’ come atto di volontà riferito alla possibilità di scelta dell’azione da perseguire.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Cfr. QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 196, il quale sostiene che “la funzione ed i metodi dell’interpretazione sono gli stessi o quanto meno dovrebbero essere gli stessi sia che trattasi di interpretazione dottrinale, che d’interpretazione giudiziale”. Secondo lo stesso Autore, “ciò che distingue il semplice giurista dal giudice non è il tipo di interpretazione, ma la possibilità di applicare in modo vincolante la norma interpretata, il che non riguarda l’interpretazione, altra cosa essendo l’applicazione rispetto all’interpretazione del diritto”.

<sup>29</sup> Questo indirizzo contrasta fortemente con quello dei sostenitori delle teorie dichiarative secondo cui il giudice è il mezzo attraverso il quale si esprime la legge. Cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1989.

Sostanzialmente identico è il discorso dei sostenitori della completezza dell’ordinamento giuridico (c.d. giurisprudenza concettuale) secondo i quali l’attività interpretativa rileverebbe esclusivamente per la sua mera ricerca di quanto è già contenuto nell’ordinamento; cfr. JHERING, *Der Geist des Romansrecht*, Berlin, 1872, p. 26 ss; *contra* HECK, *Das Problem des Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912, p. 12 ss. Per la dottrina italiana sul tema della completezza dell’ordinamento giuridico cfr., almeno, DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, 1910; ROMANO, *Osservazione sulla completezza dell’ordinamento statale*, Modena, 1925.

Si è fatta altresì strada la teoria del carattere storiografico dell’attività interpretativa; fra gli altri cfr. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo*, in *Cassazione*, Padova, 1937, p. 111 ss; GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 18 e 103 che ricalca fortemente le posizioni storicistiche crociate.

Di particolare rilievo è la tesi sostenuta all’inizio del secolo secondo la quale “l’interpretazione è ricerca e spiegazione del senso della legge, intendendo per quest’ultimo non la volontà del legislatore bensì la volontà della legge stessa obiettivamente considerata”; cfr. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1910, p. 64 ss.

“Interpretare significa ricercare il senso ed il valore della norma per misurarne la precisa estensione e valutarne la efficienza concreta sui rapporti giuridici”, così DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto privato*, Messina-Milano, 1934, p. 120.

Più penetrante la tesi di chi sostiene che “Interpretazione è la ricerca e penetrazione del senso e della portata effettiva della norma (ossia della volontà della medesima), cioè l’attribuzione di un significato per misurarne la precisa esten-

“Interpretare” — è stato autorevolmente sostenuto — “non è soltanto tornare a conoscere una oggettivazione di pensiero in sé

---

sione, la possibilità di applicazione al dato rapporto sociale da regolare. È dunque una operazione logica di conoscenza”. Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 94.

“... la vera interpretazione è una operazione intellettuale che deve potersi compiere nello stesso modo e con gli stessi risultati, anche se con diversa efficacia, sia dal giudice, sia da altre autorità, sia da privati, cioè da chiunque può giovare della norma o deve obbedirvi, rispettarla, eseguirla, applicarla, precisarla dottrinalmente. Essa si risolve non in un atto di volontà, ma in una semplice cognizione del diritto vigente, che occorre avere prima di arrivare ad una manifestazione o attuazione di volontà, per sapere se questa è lecita o doverosa o vietata”. Cfr. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 119.

Sulla interpretazione, in generale, nei vari rami del diritto, oltre agli Autori già citati, cfr. SAREDO, *Trattato delle leggi*, Firenze, 1885; POLACCO, *Sulla interpretazione delle leggi e sulle obbligazioni naturali. Cenni critici*, in *Monit. Trib.*, 1890, p. 813; LESSONA, *L'interpretazione delle leggi*, in *Scuola Posit.*, 1893, p. 313; PIOLA CASELLI, *Interpretazione delle leggi*, in *Dig. it.*, XIII, Torino 1901-1904; ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903; COVIELLO, *Moderni metodi dell'applicazione della legge*, Palermo, 1903; BRUGI, *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, in *Dir. Comm.*, 1916, p. 262; CALDARA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. giur. it.*, VIII, Milano, 1913, p. 704 ss; ROMANO DI FALCO, *L'elemento politico nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1929; KELSEN, *Zur Theorie der Interpretation*, in *Revue internationale de la theorie du droit*, 1924; ALESSI, *Norme eccezionali, analogia, interpretazione estensiva*, in *Giur. compl. Cass. cin.*, 1946, 2, I, p. 349; BURDESE, GALLO, *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, p. 356 ss; MUSATTI, *Del "palese significato delle parole"*, in *Foro it.*, 1951, IV, p. 130; SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm*, Stuttgart, 1951; GASPARRI, *Sul palese significato delle parole*, in *Foro it.*, 1952, IV, p. 30; CALANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954; TREVES, *Interpretazione del diritto e filosofia della cultura*, in *Monit. Trib.*, 1957, p. 852 ss; NICOTRA, *Interpretazione e applicazione della legge. Il metodo sperimentale per l'applicazione della legge*, in *Foro napol.*, 1958, III, p. 20; BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Saggi di critica delle scienze*, Torino, 1960; ROTONDI, *Interpretazione della legge*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 893 ss; ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965; GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1971; BENTIVOGLIO, *Interpretazione delle norme internazionali*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 310 ss; ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 907 ss; GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 78 ss; DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982; SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1989, p. 229 ss; BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1990.

conclusa, ma tornare a conoscerla, per integrarla e realizzarla nella vita di relazione”.<sup>30</sup>

In questo senso interpretazione e applicazione tendono ad assimilarsi per formare una sorta di unico esercizio intellettuale in cui si sovrappongono da una parte il momento razionale e oggettivo della conoscenza — si direbbe come attività teoretica — e dall'altra la soggettiva intuizione e volontà dell'atto pratico del decidere.<sup>31</sup>

Si è sottolineato, infatti, che “la tendenza ad assumere nel concetto di interpretazione quello dell'applicazione delle norme e dei precetti ai casi concreti conduce dunque a porre l'accento sul momento soggettivo dell'attività interpretativa, a valorizzarne l'elemento volontaristico, che quasi si sovrappone e si sostituisce al contenuto oggettivo dell'atto normativo”.<sup>32</sup> Assumerebbe, quindi, maggiore centralità il ruolo del soggetto interprete al quale, in ultima istanza, verrebbe giocoforza riconosciuta la “potestà” di rendere “vive” e “attuali” le norme giuridiche, attraverso un processo continuo di adattamento, di adeguamento, di integrazione e di sviluppo che rileverebbe nell'ipotesi in cui si riconoscesse alle interpretazioni esistenti una validità relativa ovvero una scarsa operatività per il futuro.<sup>33</sup>

Tale visione unitaria, invero formata da due processi di cui uno (cognizione della regola) precedente l'altro (applicazione al caso concreto) ha finito per diffondersi, con sempre maggior fortuna

---

<sup>30</sup> Così BETTI, *Teoria generale*, cit., II, p. 803.

“L'interpretazione non ha una funzione meramente ricognitiva del pensiero (di un pensiero in sé concluso nella sua storica peculiarità), ma la funzione di svilupparne direttive per l'azione pratica o per un'opzione”. Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 92.

<sup>31</sup> Cfr. GALLONI, *La interpretazione della legge*, Milano, 1955, p. 75 ss, il quale distingue una interpretazione “in senso improprio” che è “scientifica, ricognitiva, descrittiva e costruttiva del sistema delle norme giuridiche nell'ambito dell'ordinamento”, da una interpretazione “in senso proprio” produttiva di un comando concreto. La prima non sarebbe interpretazione giuridica “nel senso proprio” perché “non si traduce in precetti concreti di azione, ma è destinata a rimanere nell'astratto”. Tale interpretazione “delle norme in astratto, si identifica, quindi, con la scienza giuridica”. Dietro i termini ‘proprio’ e ‘improprio’ si nasconde l'annosa questione alla quale si faceva più sopra riferimento inerente il rapporto fra interpretazione dottrinale e interpretazione giudiziale.

<sup>32</sup> Cfr. MEROLA CHIERCHIA, *L'interpretazione*, cit., p. 48.

<sup>33</sup> Cfr. BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 95 ss; PARESCHE, *Interpretazione*, cit., p. 202.

in dottrina, con la conseguenza, non del tutto comprensibile, della tendenza a porre sempre più in rilievo l'attività pratica svolta dall'interprete, soffermandosi con particolare enfasi sul ruolo del giudice. Da qui l'identificazione dell'interpretazione con l'interpretazione giudiziale, o, tesi ancora più "radicale", l'assunto per il quale "l'unica vera interpretazione è quella giurisprudenziale".<sup>34</sup> La questione assume maggiore rilievo quando ci si riferisce alla giurisdizione costituzionale, dove, come è noto, più grande è l'influenza 'potenziale' dei giuristi e, per converso, meno chiara è l'attività del giudice nella sua duplice veste di tutore della Costituzione e di interprete di essa.<sup>35</sup>

Sicché, come è stato fatto giustamente notare, "il problema dell'interpretazione è finito col coincidere con quello della funzione del giudice e della funzione della norma nel suo rapporto con la realtà da regolare".<sup>36</sup>

Una tale linea dottrinarina — per la quale assume rilevanza la concezione dell'attività "creativa" del giudice in quanto interprete ai fini dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico — sottende l'altra, a ben vedere di estrema importanza, a causa degli effetti di cui sarebbe portatrice, secondo la quale la norma "anziché il presupposto è il risultato del processo interpretativo svolto con riferimento a un testo legislativo assunto e valutato in funzione di una concreta esigenza pratica".<sup>37</sup>

Un discorso formulato in questi termini non è del tutto nuovo; al contrario, esso era stato già fatto in precedenza e, poi, ripreso e valorizzato.<sup>38</sup> A sommosso avviso di chi scrive esso è meritevole

---

<sup>34</sup> Cfr. SANGUINETI, *Principi di interpretazione e di logica giuridica*, Roma, 1974, p. 34, in nota 6.

<sup>35</sup> Cfr. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*; TRUJILLO, *Il Tribunale costituzionale come "interprete supremo" della Costituzione nella prospettiva del processo democratico spagnolo*, entrambi in LOMBARDI (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, cit.; cfr., ancora, CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*; Denti, *Valori costituzionali e cultura processuale*, entrambi in PIZZORUSSO, VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985.

<sup>36</sup> Cfr. GRASSO, *Appunti sull'interpretazione giuridica*, (lezioni raccolte da PERLINGIERI), Camerino, 1974, p. 3.

<sup>37</sup> Si veda LIPARI, *Il problema dell'interpretazione giuridica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1972, p. 56.

<sup>38</sup> Cfr. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 351 ss; TARELLO, *Il "problema dell'interpretazione", una formulazione*

di ulteriore approfondimento. Affermare che la norma “anziché il presupposto è il risultato del processo interpretativo...” (Lipari), ovvero dire che “la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto il processo interpretativo” (Tarello) non è la stessa cosa che affermare che “la norma... non ha un significato, per la buona ragione che è (null’altro che) un significato” (Tarello, Quadri). L’una tesi, quindi, escluderebbe che l’enunciato legislativo, oggetto dell’esercizio interpretativo, possa avere un preesistente contenuto e che quest’ultimo debba risultare dall’attività dell’interprete che trasformerebbe l’enunciato stesso in una “norma-prodotto”. L’altra, al contrario, presa nella sua “globalità”, non escluderebbe affatto l’esistenza preventiva (o se si vuole, più correttamente, la preesistenza) di un contenuto nell’enunciato legislativo, limitandosi a rilevare che la norma (prodotto) è “un significato” (il “significato di un segmento di linguaggio in funzione precettiva, enunciato da un documento in lingua”). Si fa, in buona sostanza, una giusta affermazione, ma se ne dice soltanto la metà.

D’altra parte, il fatto che la norma, intesa come prodotto dell’attività interpretativa, non ha un significato, perché è essa stessa un significato, non dimostra che la norma non preceda anche ‘come dato’ l’interpretazione.

Il risultato degli atteggiamenti testé esaminati sembra essere quello di un graduale, ma continuo, processo di svalutazione del dettato legislativo; la norma, dunque, finirebbe per ridursi a una formula genericamente indicativa, priva come tale di un contenuto proprio, che invece dovrebbe esserle conferito dall’interprete, a cui spetterebbe il compito di assegnarle il significato che meglio si allinei con le esigenze che si impongono nella realtà storico-sociale in continua evoluzione. Ciò non è diverso dall’affermare che tra la realtà giuridica formale e la realtà sociale si interpone la mediazione dell’attività “creativa” del giudice, e il rapporto tra la norma e il mondo delle relazioni sociali risulta influenzato e condizionato da quella sorta di “atto di volontà” che è il risultato dell’attività interpretativa e che per essere, a sua volta, un “prodotto del suo autore” ne reca in sé l’impronta dei valori personali o, come è stato

---

*ambigua*, in *Diritto enunciati, usi*, cit., spec. pag. 394 ss; QUADRI, *Dell’applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1974, p. 216.

anche detto, “non può essere avulso dalla personalità e dalla socialità dell’interprete”.<sup>39</sup>

Orbene, non si possono non scorgere i pericoli insiti in tali concezioni che risentono — per un certo verso — di suggestioni giusnaturalistiche.<sup>40</sup> Sembra infatti che nel tentativo di portare a soluzione la problematica relativa ai rapporti fra realtà giuridica e mondo sociale si è creduto di poter assegnare una più vasta area ‘discrezionale’ nella quale si sviluppasse l’opera dell’interprete: facendo ciò ed enfatizzando oltremodo il momento conclusivo (e pratico) dell’attività dello stesso interprete si è finito con il collegare in maniera non del tutto corretta l’applicazione della norma con la determinazione del suo contenuto.

La tendenza sarebbe, dunque, quella di accettare una volontaria esasperazione del soggettivismo che avrebbe come suo punto di riferimento non già il legislatore-persona (tesi sostenuta dai fautori dell’indirizzo storico-soggettivo della interpretazione che tanti e strenui oppositori ha trovato in dottrina) ma l’interprete giudice, cui sarebbe consentito ‘ricreare’ la norma, circoscrivendone il contenuto sulla base dei propri giudizi di valore al fine di ottenere un ‘efficiente adeguamento’ alla realtà sociale. Il giudice, dunque, ha facoltà di modificare il contenuto delle norme sulla base di una soggettiva valutazione della realtà sociale che, sia pure condotta mediante il necessario e ineludibile temperamento della propria conoscenza, legittima una giurisprudenza ispirata a scelte ‘emozionali’ o, peggio, imposta da ragioni di opportunità o da situazioni contingenti.

Ma quel che più preme sottolineare, comunque, è che mentre ci si preoccupa, non a caso, di sbarrare la strada, con ogni mezzo, ai sostenitori del soggettivismo che concepiscono, come si è già avuto modo di dire, l’interpretazione come attività storiografica diretta ad individuare l’intenzione del legislatore-persona, si finisce ineluttabilmente col favorire un ben peggiore soggettivismo, il quale — prendendo a riferimento l’interprete-giudice — predilige il momento personale e volontaristico dell’attività decisionale.

---

<sup>39</sup> Cfr. PARESCE, *Interpretazione*, cit., p. 174 il quale tra l’altro ribadisce che “il valore creativo dell’interpretazione, la quale non può non dare all’astratta fattispecie configurata nella norma (mera classe di possibili azioni) un rapporto che la fa concreta”, p. 188.

<sup>40</sup> Cfr. AMIRANTE, *Diritti fondamentali*, cit., spec cap. II.

Con ciò pervenendo a una duplice conclusione nella quale rileva per un verso la svalutazione del dato normativo e per l'altro l'arbitraria attribuzione di una sfera di libertà e di autonomia a un organo che, invece, è istituzionalmente assoggettato proprio a quei contenuti normativi dai quali lo si vorrebbe rendere indipendente.

## 2.1. Il contributo della dottrina e della giurisprudenza tedesca alla teoria dell'interpretazione

L'esperienza tedesca ha visto fiorire, come ha potuto notare, fra gli altri, Amirante, un particolare metodo interpretativo che viene denominato "scientifico spirituale o della gerarchia dei valori".<sup>41</sup> Essa prende le mosse dal c.d. "ritorno al diritto naturale"<sup>42</sup> della dottrina, ma, in particolar modo, della giurisprudenza, anche costituzionale, della Repubblica federale tedesca, come reazione alle vicissitudini weimariane e a quelle nazionalsocialiste.

Si tratta, in buona sostanza, di inquadrare ogni norma della Legge Fondamentale del 1949 in un sistema di valori gerarchizzato onde, nell'ipotesi di contrasto fra più diritti soggettivi, garantiti da una o più norme costituzionali, veniva data prevalenza a quel diritto soggettivo o a quella posizione giuridica di rango più alto o espressione di un principio costituzionale di rango superiore.<sup>43</sup> Lo stesso *Bundesverfassungsgericht* si è spinto fino al punto di affermare che "l'esistenza di principi costituzionali che sono così elementari e così decisamente espressione di un diritto preesistente anche alla Costituzione, da vincolare la stessa legislazione costituzionale e da consentire che altre determinazioni costituzionali, alle quali non spetta questo rango, sono nulle in caso di contrasto con queste".<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Una analisi molto particolareggiata della evoluzione del concetto di valore è rinvenibile in ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.

<sup>42</sup> Una tale affermazione si riscontra soprattutto nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* su cui si veda, almeno, WEINKAUF, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Berlin, 1961.

<sup>43</sup> Cfr. AMIRANTE, *Diritti fondamentali*, cit., p. 7.

<sup>44</sup> Così testualmente BVerfGE, 1, 32.

"...la via della Corte tedesca, che consiste nel leggere un 'valore' dietro ogni disposizione, valore che trascende il contenuto della disposizione stessa, in non poche ipotesi dà luogo ad un accrescimento solo illusorio delle garanzie: perché la forza stessa delle cose induce poi a rinvenire 'controvalori' idonei a bilanciare

Non si può negare, e con ciò senza voler anticipare argomenti che saranno oggetto di più approfondita analisi, che una tale impostazione ha finito per influenzare in maniera decisa e importante lo stesso giudice costituzionale italiano, il quale, in una famosa sentenza ebbe a dire che “la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”.<sup>45</sup>

### 3. *Ipotesi dottrinarie sulla interpretazione costituzionale*

La questione di fondo, alla quale si faceva più sopra cenno, che si sostanzia, in breve, nella accettazione o meno del principio secondo cui alla stessa interpretazione della Costituzione si applicherebbero i meccanismi o, per meglio dire, le “logiche” e le “tecniche” argomentative comuni ad altri rami del diritto, si inquadra nel più generale problema, che ha visto gli studiosi particolarmente attenti, relativo alla estensibilità a tutti i rami del diritto di una unica teoria dell’interpretazione.

È dell’inizio del secolo scorso la presa di coscienza diversa e più articolata. Infatti, questa “nuova” concezione della teoria dell’interpretazione trova riscontro in uno scritto di Vittorio Scialoja, per

---

il primo.” Così si esprime, a proposito dell’interpretazione scientifico-spirituale, il CERRI, in *Sindacato di costituzionalità*, voce de l’*Enc. Giur.*, Roma, 1992.

<sup>45</sup> Cfr. Corte Cost., Sent. n. 1146 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, I, 5565 con una osservazione di BARTOLE. Cfr., altresì, da ultima, la Sent. n. 75 del 1992. In dottrina cfr., almeno, CARETTI, CHELI, *L’influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, entrambi in PIZZORUSSO, VARANO (a cura di), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, cit.

il quale “i principi dell’interpretazione della legge non hanno valore assoluto per tutte le *species juris*, bensì valore relativo al tempo, al luogo ed alla natura delle norme cui devono essere applicati”.<sup>46</sup>

Il passo ulteriore va nel senso di considerare, oltre ai principi generali valevoli per tutti i rami del diritto, anche quelli particolari, autonomi, per ciascuna delle diverse categorie di norme, e “relativi alla diversa natura dei rapporti che queste sono chiamate a regolare”.<sup>47</sup>

La stessa dottrina che per lungo tempo ha sostenuto l’idea della unicità di una teoria interpretativa non nega, comunque, la possibilità che vi siano, in ogni singolo ramo del diritto, norme e principi alla stregua dei quali si effettuerebbe l’attività interpretativa. Con ciò, però, non volendo assolutamente avvalorare la tesi di chi sostiene la validità di tante “speciali” teorie interpretative.<sup>48</sup>

Più in particolare, è interessante la tesi di chi sostiene che, oltre alle regole generali di cui si diceva, “l’interprete deve seguire taluni criteri particolari per ciascun ramo del diritto, che variano a seconda della natura delle norme da interpretare, in relazione alle particolari finalità di esse ed alla materia regolata”.<sup>49</sup>

L’Autore da ultimo citato propende per la tecnicità di detti criteri onde se ne deduce la possibilità di avallare la tesi dell’esistenza di particolari *tecniche interpretative* come supporto alla disciplina positiva della stessa interpretazione.<sup>50</sup> Per ciò che attiene, più in parti-

---

<sup>46</sup> Cfr. SCIALOJA, *Sulla teoria dell’interpretazione delle leggi*, in *Studi in onore di F. Schupfer. Diritto odierno*, Torino 1898, pp. 303 ss.

Nello stesso senso si veda ROMANO, *L’interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, vol. I, 1950, pp. 93 ss.

<sup>47</sup> Cfr. ROCCO, *L’interpretazione delle leggi processuali*, ora in *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, Roma, 1933, pp. 76 ss; ulteriore riscontro, fra gli altri, in VANONI, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932, pp. 1 e 2; BELLAVISTA, *L’interpretazione della legge penale*, Milano, 1975, pp. 5 ss.

<sup>48</sup> Cfr., per tutti, CARBONE, *L’interpretazione*, cit., p. 11.

<sup>49</sup> Così si esprime MEROLA CHERCHIA, *L’interpretazione*, cit., p. 89.

<sup>50</sup> Sulla natura giuridica delle regole sull’interpretazione non è stata sempre concorde tutta la dottrina. Secondo alcuni dette norme non hanno valore imperativo ma costituiscono canoni di logica diretti soltanto ad indicare all’interprete la via da seguire, senza tuttavia condizionarne la volontà. Su tale posizione cfr. ROCCO, *L’interpretazione*, cit., p. 9; DEGNI, *L’interpretazione*, cit., p. 46; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina-Milano, 1934, p. 123. Più di recente, LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 203; MARZANO, *L’interpretazione della legge*,

colare, ai nostri fini — quelli, cioè, della interpretazione della Costituzione — va detto che la stessa dottrina, orientata nel senso di riconoscere l'esistenza di una teoria speciale ed autonoma dell'interpretazione, non nega, nel contempo, le tesi dei sostenitori di quella che potremmo definire teoria generale dell'interpretazione. Su questo punto, dunque, sembra esserci, almeno per grandi linee, una ragionevole ed accettabile identità di vedute. Infatti, molti studiosi pongono l'accento sul fatto che l'interprete della Costituzione, nello svolgere questa sua attività, debba applicare sì le regole generali dell'ermeneutica, contemperandole, però, con quei criteri

---

cit., pp. 93 ss; GALLONI, *L'interpretazione*, cit., pp. 63 ss; PARESCÉ, *Interpretazione*, cit., pp. 220 e 224.

La dottrina di gran lunga prevalente, invece, è portata a riconoscere alle regole sull'interpretazione il valore e l'efficacia di vere e proprie norme imperative. Cfr. SCIA-LOJA, *Sulla teoria*, cit., p. 305, secondo cui l'interpretazione è parte del riconoscimento dell'esistenza delle leggi e i principi che la regolano fanno parte del diritto che governa le leggi, ossia delle norme che presiedono alla formazione delle leggi, norme che “sono determinate più direttamente da quella necessità degli uomini e delle cose che è la fonte prima del diritto e appartengono a quel diritto tacito che si chiama consuetudinario”. Si v., altresì, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.d., ma IV ed., vol I, n. 72, pp. 88 ss, il quale rileva, tra l'altro, che il problema dell'interpretazione investe anche quello dei rapporti tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale; ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 delle disposizioni preliminari nel diritto privato*, in *Archivio giuridico*, 1925, X, p. 258, afferma che le norme scritte sull'interpretazione trovano in linea di massima, in se stesse, per il loro stesso contenuto, gli elementi per essere intese ed interpretate, sono quindi *auto-interpretative*. Supera, l'Autore, così, l'obiezione secondo la quale, ove si volesse riconoscere la natura giuridica di tali norme, queste dovrebbero essere a loro volta interpretate, e si renderebbe quindi necessaria la ricerca di altre regole (giuridiche) disciplinanti l'interpretazione delle prime (Rocco).

Ed ancora sulla imperatività delle regole sull'interpretazione cfr. COVIELLO *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 69 ss; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, pp. 93 ss; nonché, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946 (2a ed.), p. 357; CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, pp. 674 ss; GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, pp. 47 ss.

Il carattere obbligatorio delle norme sull'interpretazione ha trovato largo accoglimento nella dottrina francese e tedesca. Per tutti v. GENY, *Methodes d'interpretations*, cit., p. 222; JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, p. 158.

la cui adozione è suggerita dalla natura propria delle norme, nonché da elementi e valori che, per brevità, potremmo definire extra-giuridici (forse, ancora meglio meta-giuridici).<sup>51</sup>

D'altra parte, l'interpretazione della Costituzione (e delle altre leggi costituzionali) è vincolata da regole e canoni contenuti in vere e proprie norme giuridiche anch'esse di rango costituzionale. Le stesse disposizioni costituzionali — anche quelle cc.dd. “programmatiche” — sono fornite di contenuto normativo e hanno valore giuridico.<sup>52</sup>

Ciò ci porterebbe ad affermare che l'interpretazione delle norme costituzionali ha natura essenzialmente giuridica e presenta gli

---

<sup>51</sup> Così in genere anche nella dottrina più recente. Cfr., tra gli altri, CARBONE, *L'interpretazione*, cit., p. 17 e 26; PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., pp. 54 ss; MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 176 e 179; BELLAVISTA, *Sulla interpretazione costituzionale*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, VI, Firenze, 1969, pp. 57 ss; CERETTI, *Diritto costituzionale*, Torino, 1971, p. 170; PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, cit., pp. 34 ss.

<sup>52</sup> Sul presupposto della ben nota distinzione delle norme costituzionali in norme *precettive* e norme *direttive* (o programmatiche), in passato era ben salda l'opinione secondo la quale solo alle prime doveva riconoscersi valore giuridico, mentre le seconde, tra le quali le cc.dd. “dichiarazioni” costituzionali, non erano di per sé immediatamente vincolanti, ma avevano soltanto la funzione di fornire direttive programmatiche e di porre limiti al legislatore ordinario. Solitamente tale atteggiamento era riscontrabile in alcuni interpreti della Costituzione di Weimar del 1919 che, argomentando dell'atto di nascita di certe sue norme — più compromessi insinceri che decisioni — ne facevano notare il valore soltanto dilatorio, di rinvio alle scelte discrezionali delle forze politiche dominanti e vi sottolineavano l'assenza di volontà immediatamente precettiva. In questo senso si esprime, non a caso, SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1981, argomentando sulla “mancanza di senso giuridico” di alcune norme della Costituzione di Weimar in quanto esse furono frutto di *unrechte Kompromissen*. Questi atteggiamenti, in parte poi corretti col tempo, vengono ripresi dalla dottrina di casa nostra verso gli anni '50. Cfr. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952. In seguito la distinzione è venuta acquistando un valore meramente classificatorio, mentre è venuta sempre più affermandosi l'opinione secondo cui tutte le norme costituzionali hanno un contenuto normativo e a tutte deve essere riconosciuto valore giuridico. Su questo piano cfr. CARBONE, *L'interpretazione*, cit., pp. 20 ss; PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione*, cit., pp. 23 ss; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1973, p. 216, il quale afferma che “tutte le disposizioni contenute nella Costituzione hanno carattere precettivo, in quanto creano o concorrono a creare vere e proprie norme obbligatorie”.

stessi fondamentali criteri e persegue le medesime finalità dell'interpretazione delle altre norme giuridiche, onde vanno osservati, in linea di massima, i limiti e adottati i criteri e i metodi propri dell'interpretazione giuridica.<sup>53</sup>

A ben vedere, l'utilizzazione di "altri" criteri — specifici della materia trattata — si impone quando si discute di interpretazione costituzionale. La Costituzione, infatti, è la carta fondamentale nella quale sono racchiuse le norme che regolano tutta l'organizzazione statale nonché i rapporti politici e sociali. Più precisamente, in essa trovano collocazione le norme sui cc.dd. principi fondamentali dell'ordinamento, i criteri che reggono la vita dello Stato e della comunità sociale, le disposizioni relative ai rapporti intercorrenti fra lo Stato e gli altri soggetti, fra lo Stato ed i suoi organi e fra questi ultimi,<sup>54</sup> nonché le norme relative ai diritti e ai doveri dei cittadini. Le norme costituzionali recepirebbero, secondo la gran parte della dottrina, i principi e le ideologie che si sono affermati in seno alla collettività e accoglierebbero i cc.dd. "indirizzi politici prevalenti" di un determinato contesto storico dai quali prende forma la struttura stessa dello Stato.<sup>55 56</sup>

---

<sup>53</sup> Sulla natura giuridica dell'interpretazione della Costituzione e delle leggi di diritto pubblico in generale, è pressoché concorde tutta la dottrina. Cfr., fra gli altri, CARBONE, *L'interpretazione*, cit., p. 26; PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 182; BELLAVISTA, *Sull'interpretazione*, cit., p. 61; PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione*, cit., p. 26; BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 170; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 222; PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, e, da ultimo, sempre PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

<sup>54</sup> Cfr. FODERARO, *Personalità interorganica*, Padova, 1969.

<sup>55</sup> Sui concetti di forma di stato e forma di governo si rimanda all'esaustivo volume del MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, nonché ELIA, *Governo (forme di)*, cit.

<sup>56</sup> La dottrina ha sempre mostrato particolare attenzione per il concetto di "regime politico". Cfr., in particolare, CARBONE, *L'interpretazione*, cit., p. 43 ed in gli Autori citati nelle note 52, 53 e 54; CHIARELLI, *Il concetto di "regime" nel diritto pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1932, p. 208; ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, che ebbe a scrivere "Nella letteratura più recente ricorre molto spesso, in senso non pacificamente precisato, l'espressione 'regime politico' o, più semplicemente, la parola 'regime'. Non senza ragione si potrebbe ritenere che 'regime' e 'governo' non siano che sinonimi. Ciò però è vero fino ad un certo punto. Per regime, almeno nella accezione più esatta, si intende il governo, non in uno dei significati della parola che si sono accennati, ma in quanto si vuol porre in rilievo con una formula sintetica il principio o indirizzo

Secondo tali intendimenti, le norme costituzionali si ispirerebbero a un determinato indirizzo politico positivizzandone i principi e armonizzando questi ultimi con i valori presenti nell'insieme della comunità sociale. Il ruolo che, quindi, finisce per avere l'elemento "politico" presente nella Costituzione non può non influenzare l'attività dell'interprete, il quale, non v'è dubbio, deve tenere conto delle motivazioni politiche e ideologiche, nei termini a cui sopra si faceva riferimento, che ne hanno ispirato sia la formazione che, successivamente, il mutamento.<sup>57</sup>

È necessario, tuttavia, interrogarsi sul quesito relativo alla delimitazione che dell'elemento politico deve, necessariamente, operarsi nella influenza sulla interpretazione costituzionale che, come si è già più volte detto, ha natura essenzialmente giuridica. In altre parole, è opportuno chiarire fino a che punto la politica possa entrare in gioco senza correre il rischio di alterare l'attività interpretativa.<sup>58</sup>

---

politico fondamentale (p. es. il principio liberale, il principio democratico, il principio socialista, ecc.) che informa tutte le istituzioni dello Stato e costituisce anche una suprema direttiva della loro attività. Tale principio, così inteso, naturalmente si riferisce a tutte le potestà governative, dalle più alte alle più subordinate e a tutte le persone ed enti cui queste potestà sono conferite. Esso, per conseguenza, coglie il governo in tutti i suoi aspetti, nel più saliente e comprensivo dei significati della parola, e lo caratterizza dal punto di vista accennato. Ed è principio, non soltanto politico, ma giuridico, giacché, a differenza degli indirizzi e dei programmi politici, più o meno particolari e contingenti la cui formulazione e adozione rientra nella competenza di organi determinati (del primo ministro, del consiglio dei ministri, ecc.), si compenetra nella stessa struttura e nei caratteri delle varie istituzioni, e si traduce in norme che è obbligatorio per tutti osservare. Anzi, è a dirsi che è il primo principio giuridico, il principio più generale, che ha natura ed efficacia costituzionale, e domina tutto l'ordinamento dello Stato: esso si deve tenere presente così nell'interpretazione delle leggi, come nello svolgimento di ogni potere discrezionale".

<sup>57</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 158, in nota 30, ricorda che talvolta, specie dalla dottrina tedesca, il diritto costituzionale è stato qualificato come "diritto politico", ed *ivi* cita SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, p. 133; TRIEPEL, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit im Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre*, V, 1929, p. 8; ULE, *Über die Auslegung der Grundrechte*, in *AöR*, 21, p. 120. Richiama inoltre le osservazioni critiche del MORTATI, in *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, pp. 121 ss.

<sup>58</sup> Giova, a tal proposito, rilevare che, ovviamente, quando si parla di *politica* in materia di interpretazione costituzionale, non si intende far riferimento alle opinioni delle varie forze politiche o alle posizioni spesso contrastanti delle opposte fazioni presenti nell'aggregato sociale in un determinato periodo storico,

Il carattere di politicità di cui è intrisa la nostra come le altre Costituzioni è dato coglierlo da quel complesso di componenti ideologiche che, provenienti dalla comunità sociale, hanno ispirato il costituente e ne hanno determinato le scelte per ciò che concerne i principi e i valori fondamentali che sottendono, per così dire, l'intera struttura. Non v'è dubbio che il continuo riconoscersi in quelle concezioni ideologico-politiche consente al sistema di stabilizzarsi e alla organizzazione statale (in tutte le sue componenti) di ancorarsi a quei principi che ne avevano ispirato la stessa formazione.<sup>59</sup>

È lecito, dunque, affermare che detti principi, positivizzati nella carta fondamentale, rappresentano la “forza animatrice” della vita di una comunità sociale per cui, in buona sostanza, da essa non può prescindersi e, anzi, essa stessa si atteggia come componente essenziale della realtà giuridica, che serve ad assicurare la validità e la vigenza della Costituzione.<sup>60</sup>

### 3.1. Le tendenze della giurisprudenza costituzionale. Rinvio

La disamina delle principali questioni inerenti all'interpretazione delle norme costituzionali, fin qui condotta, in via generale e con riferimento anche al nostro ordinamento, funge, per così dire, da

---

bensì alla concezione politica dello Stato e della società, ai principi fondamentali cui è ispirato l'intero ordinamento costituzionale, e che determinano la forma e la struttura dello Stato e l'organizzazione della vita sociale.

<sup>59</sup> Si veda, a questo proposito, CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione*, cit., p. 25, il quale afferma che “possono considerarsi costituzionali quei principi generali di diritto i quali sono essenzialmente inerenti alla forma storica dello Stato e comunque attengono all'ordinamento supremo di esso, rappresentando perciò in ogni caso i presupposti giuridici fondamentali e necessari per l'intero ordinamento statale”.

<sup>60</sup> Cfr. PIERANDREI, *La Corte Costituzionale e le “modificazioni tacite” della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, I, p. 95 che afferma, testualmente “La Costituzione... intanto è valida e intanto vige, in quanto risponde alle idee predominanti nei consociati circa le condizioni, le forme e i modi della loro coesistenza nell'ambito dell'ente statale: a quelle idee, precisamente, che determinano l'*opinio juris et necessitatis* collettiva, nella quale è da ravvisare il criterio fondamentale per la qualificazione di un certo fenomeno come fenomeno giuridico”.

introduzione allo studio della interpretazione della Costituzione italiana.

Gli studiosi più attenti hanno assunto, in primo luogo, a oggetto del loro lavoro, l'interpretazione della Costituzione *in senso formale* intesa come complesso di disposizioni contenute nel testo costituzionale o in altri atti normativi di carattere costituzionale<sup>61</sup> e, in secondo luogo, quelli che per brevità potremmo definire i possibili criteri di valutazione di quell'insieme di principi non scritti e di regole di comportamento che originano da fatti extranormativi e che, per il fatto di essere osservati nell'ambito della comunità statale, danno luogo a quel particolare assetto politico-sociale che la stessa dottrina indica come "costituzione materiale".<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Sul concetto di costituzione "in senso formale", e sui significati più o meno ampi del termine "costituzione", cfr. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 144 ss, ed *ivi* gli Autori citati; SOMLÒ, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1927, p. 309 ss; DONATI, *Costituzione*, in *Enc. it.*, XI, Roma, 1938, p. 653; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1956, p. 30.

<sup>62</sup> Sul tema vi è abbondante letteratura, per cui ci si limita qui ad accennare soltanto ad una parte delle teorie che sono state formulate, risalendo anche a taluni di quegli autori che hanno riguardato il fenomeno del diritto in generale, dal punto di vista sociologico, ed hanno teorizzato una costituzione *reale* contrapposta ad una costituzione *giuridica*: EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913, secondo il quale più che nelle disposizioni positive il diritto consiste nel complesso di situazioni e di fenomeni che si verificano nella realtà, per cui egli richiama un giudizio di "normalità" più che un giudizio di "normatività". SOMLÒ, *Juristische Grundlehre*, cit., p. 93 ss, configura lo Stato come una "società" organizzata da una "forza giuridica". La Costituzione è un fenomeno *sociale e giuridico*; sotto il primo aspetto è l'insieme degli elementi che concorrono a formare la "forza giuridica" dello Stato, e che variano a seconda dei modi in cui vengono ad instaurarsi i rapporti tra i diversi gruppi sociali. Come fenomeno giuridico è da un lato la rappresentazione sul piano normativo del fenomeno sociale e, dall'altro, l'insieme delle disposizioni che regolano la vita dello Stato e l'attività di produzione delle altre norme giuridiche. SCHMITT, *Dottrina*, cit., distingue tra "Costituzione" e "legge costituzionale"; la Costituzione contiene la "decisione" dell'autorità politica sulla forma che deve assumere lo Stato, mentre le "leggi costituzionali" e le altre leggi ne sono l'attuazione. Il KELSEN, *Lineamenti*, cit., e, più tardi, in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., fonda la Costituzione su di una norma-base, originaria che ne è il presupposto logico e ne giustifica la funzione, che è quella di disciplinare la produzione giuridica. La Costituzione *in senso materiale* consiste appunto in quell'insieme di norme che regolano "la creazione delle norme giuridiche generali e... delle leggi formali". La Costituzione in senso formale è un "dato documento solenne, un insieme di norme giuridiche che possono venir modificate soltanto se si osservano speciali prescrizioni, la cui funzione è di

L'assetto politico-sociale di cui si diceva, che si atteggia come parallelo o alternativo a quello giuridico formale, altro non è che “un risultato di interpretazione delle norme giuridiche costituzionali, rispetto alle quali assume un valore esclusivamente esistenziale”.<sup>63</sup> Con che non si può escludere, in via preliminare, che esso possa essere fatto, a sua volta, oggetto di valutazione e di interpretazione,

---

rendere più difficile la modificazione di tali norme”. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1917, p. 195 ss, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, p. 242 ss, postula l'esistenza di una norma base per la conoscenza dommatica dell'ordinamento positivo; norma la cui giuridicità può essere determinata con un criterio logico diverso da quello usato per la conoscenza del carattere giuridico delle altre norme dell'ordinamento. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1925, nonché *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929, concepisce un'“idea-forza” (ossia una ideologia) che opera nella realtà sociale per organizzarsi come “istituzione”, entità quest'ultima nella quale sono compresi lo Stato e l'ordine giuridico. Santi Romano, infine, nella sua celebre opera *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, identifica l'istituzione o organizzazione sociale con l'ordinamento giuridico. Nel momento in cui sorge l'“istituzione” (Stato) comincia ad avere vita il suo ordinamento, ma tale momento non è determinato da una norma preesistente, onde non è possibile “ritenere che il diritto sia non un'istituzione, ma il complesso delle norme per cui essa esiste e funziona”. Lo Stato “esiste perché esiste, ed è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita. La sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche; è... un fatto”. Il diritto sorge con lo Stato; la norma giuridica invece può essere posta in seguito dallo Stato stesso.

La distinzione fra costituzione formale e costituzione materiale viene ancora più espressamente ribadita dalla dottrina che si è succeduta: ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., spec. p. 210 ss ed *ivi* in nota 90, con l'ampia bibliografia richiamata; PIERANDREI, *Saggio sulla teoria della costituzione*, in *Scritti*, cit., I, p. 65 ss; ID., *La Corte costituzionale e le modificazioni*, cit., p. 85, ove fa riferimento ai concetti di “costituzione scritta” e “costituzione effettiva”; GUARINO, *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali*, in *Dir. giur.*, 1948; VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, p. 69 ss; MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 69 ss, 84 ss, 102 ss, secondo il quale la Costituzione fonda su di un ordine, un sistema sociale che ha anche esso carattere giuridico. La costituzione materiale è dunque il fondamento della costituzione formale; ha inoltre la funzione di garantire l'unificazione del sistema giuridico e la continuità dello Stato, caratterizzandone la forma; dello stesso Autore cfr., altresì, *Costituzione*, cit., p. 169 ss; PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, cit., Introduzione, p. 151, ove si parla di “costituzione materiale vigente nel nostro paese”.

Per una serrata, lucida e convincente critica cfr. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, cit., spec. p. 148 ss.

<sup>63</sup> Così si esprime ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, I, p. 904.

laddove dovesse esprimersi in un insieme di regole di condotta che, in ultima analisi, nonostante si collochino al di fuori del testo scritto, finiscano per interagire con la sfera costituzionale, influenzando l'opera dell'interprete.<sup>64</sup>

Uno studio in tal senso non potrà limitarsi “all'esame dei metodi e degli strumenti che l'ordinamento offre per l'interpretazione delle disposizioni contenute nel testo scritto”,<sup>65</sup> ma deve necessariamente estendersi a una analisi di criteri che in concreto vengono adottati dall'interprete, anche per la valutazione di quei fenomeni extranormativi, capaci di tradursi sul piano giuridico in modifiche o integrazioni dell'assetto costituzionale”.

L'oggetto, quindi, della nostra indagine conoscitiva sarebbe duplice: da una parte accertare cosa è l'interpretazione della Costituzione e dall'altra come la stessa interpretazione viene intesa e in effetti praticata. Ciò impone, in sintesi, di rispondere almeno a due quesiti; il primo attiene a come si devono interpretare le norme costituzionali e la Costituzione italiana nel suo complesso; il secondo, invece, a come di fatto detta interpretazione viene intesa e praticata.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 181, il quale afferma che la Costituzione “si raccoglie attorno ad un complesso di principi generalissimi i quali... ne rappresentano il nucleo centrale”... e che tali principi “possono apparire formulati espressamente nel Testo scritto o esservi impliciti, oppure possono derivare, dopo una certa evoluzione storica, da consuetudini o da regole ‘convenzionali’”. Si spinge fino al punto di affermare “...che l'interpretazione di una singola norma debba necessariamente aver riguardo a siffatti principi appare di tutta evidenza a chi pensi che l'ordine supremo dello Stato trova in essi la sua coerenza sistematica”.

<sup>65</sup> Cfr. MEROLA CHIERCHIA, *L'interpretazione*, cit., pp. 160-161.

<sup>66</sup> Cfr. BOBBIO, *Metodo*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 604; TARELLO, *Il “problema dell'interpretazione”*, cit., p. 393 ss, il quale, in materia di interpretazione giuridica in generale, sostiene che formulare problemi del tipo: “cos'è l'interpretazione del diritto?” o “cos'è l'interpretazione delle norme?” implica l'accettazione di una “serie di assunti o presupposti che corrispondono ad idee oggi largamente screditate. Tali assunti sono: 1) che in qualche senso ‘esista’ un significato proprio, o vero, delle norme, precostituito rispetto a, e del tutto indipendente da, i processi nei quali e coi quali gli operatori giuridici impiegano le norme. 2) che la natura stessa della norma imponga taluni criteri o canoni per la scoperta di tale significato, per cui si possa discriminare tra una interpretazione vera e una interpretazione falsa, cioè tra una interpretazione che prelude ad una applicazione della norma ed una fallace interpretazione che prelude, invece, ad una disapplicazione (parificabile, se imputabile, a una violazione) della

Fornire una risposta al primo quesito significa, in buona sostanza e preliminarmente, ammettere l'esistenza di una disciplina legale dell'interpretazione, nonché la sua applicabilità alle norme costituzionali; in secondo luogo è necessario esaminare i singoli strumenti che le stesse regole sull'interpretazione forniscono, misurando il grado di incidenza che le stesse regole hanno in relazione alla particolare materia di cui ci si sta occupando. Occorre, infine, dimostrare se nell'attività interpretativa della norma fondamentale siano da privilegiarsi principi particolari e se, ancora, vada ad assumere fondamentale importanza una particolare tecnica interpretativa in considerazione della stessa natura delle norme oggetto dell'indagine.

---

norma...". "Ma se si riconosce", prosegue l'Autore, "che quella serie di assunti (...) non possono oggi presiedere ad alcuna elaborazione dottrinale, allora si deve riconoscere anche che... il presunto problema dell'interpretazione viene a frantumarsi e si gemina in (per lo meno) due problemi distinti: 1) Come, *di fatto*, in un ambiente istituzionale dato, gli operatori giuridici impiegano i documenti normativi nel compiere operazioni che la considerazione sociale, in quello stesso ambiente, considera l'applicazione di 'norme' espresse dai predetti documenti?" e "2) Quale tecnica di impiego dei documenti normativi è bene impiegare, indurre altri ad impiegare, propagandare e lodare?".

Al secondo dei quesiti suesposti si potrà rispondere solo mediante una analisi del comportamento dei soggetti cui è affidata l'interpretazione e l'attuazione delle disposizioni della Costituzione.<sup>67 68</sup>

---

<sup>67</sup> Per soggetti dell'attività interpretativa si devono intendere quei soggetti investiti del potere di interpretare gli atti normativi, all'attività dei quali si ricollegano conseguenze giuridiche. Ma, ovviamente, l'interpretazione è una attività non esclusiva degli organi cui è demandata l'applicazione delle leggi, bensì di tutti gli operatori del diritto, nonché in genere di tutti i destinatari delle norme giuridiche. In questo senso cfr. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 14 ss; CRISAFULLI, *I principi costituzionali*, cit., p. 672; ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, cit., p. 119; CARBONE, *L'interpretazione*, cit., p. 18; QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., pp. 196 e 239; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 125.

Lo stesso KEISEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 381, distingue due tipi di interpretazione: "l'interpretazione del diritto da parte dell'organo che deve applicarlo e l'interpretazione del diritto che ha luogo non da parte di un organo giuridico, ma di una persona privata e particolarmente, da parte della scienza giuridica". La prima, che definisce "autentica" non è esclusivamente quella che assume i caratteri formali di una legge, quando cioè si esprime mediante un atto "che rappresenta la produzione di una norma generale", ma anche l'interpretazione compiuta da "un organo che applica il diritto; è autentica quando produce diritto soltanto per un caso concreto, cioè quando l'organo produce soltanto una norma individuale o esegue una sanzione". E attraverso tale tipo di interpretazione autentica "si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dalla interpretazione teorica della norma da applicare, ma si può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare". L'interpretazione "autentica" produce diritto "non soltanto nel caso in cui l'interpretazione ha carattere generale" ovvero sia quando si tratta di interpretazione "intesa nel senso comune del termine, bensì anche nel caso in cui una norma individuale è prodotta da un organo che applica il diritto, non appena la validità di queste norme non può essere più annullata", cioè quando sull'atto di detto organo si sia formato il giudicato. Così, secondo il Maestro di Vienna, attraverso l'interpretazione autentica producono "diritto nuovo" i tribunali di ultima istanza.

L'Autore distingue da questa, come si è già avuto modo di dire più sopra, ogni altro tipo di interpretazione — che può essere compiuta, a vario titolo, dai privati destinatari delle norme giuridiche ovvero dalla stessa scienza giuridica — "per il fatto di non essere autentica, cioè di non creare diritto".

Per ciò che riguarda l'interpretazione della Costituzione non vi è dubbio che destinatari delle norme costituzionali sono tutti i consociati e, di conseguenza, tutti possono essere soggetti dell'attività interpretativa, sia il singolo che deve trarne regole di comportamento ed uniformarvisi (ovvero trovarvi il fondamento giuridico dei propri diritti), sia i giuristi nelle loro elaborazioni dottrinali, sia i giudici, sia, infine, gli organi dello Stato; ma è soltanto l'attività interpretativa di questi ultimi che è destinata ad incidere autoritativamente nella vita dello Stato e della collettività. Nella sfera costituzionale, invero, hanno rilevanza gli

Qui, dunque, sembra opportuno tentare di dare una risposta al primo quesito, per il quale si dovrà verificare la possibilità di utilizzare gli strumenti propri dell'interpretazione giuridica "per rinvenire nella Costituzione quei contenuti che consentano una evoluzione dell'ordinamento nel senso della storia."<sup>69</sup>

#### 4. *Le disposizioni sulle fonti e la loro natura giuridica*

Alcune disposizioni in materia di interpretazione della legge sono contenute, come è noto, nell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al nostro Codice civile del 1942.

Altrettanto noti sono i contrasti in dottrina con riferimento alla natura di dette regole. Per alcuni esse non sarebbero delle vere e proprie norme giuridiche, bensì soltanto dei canoni logici, strumentali, perciò, alla conoscenza del fenomeno giuridico e dirette alla intelligenza e non già alla volontà dell'interprete.<sup>70</sup>

---

atteggiamenti e le opinioni di taluni organismi associativi, quali i partiti, i sindacati, i gruppi politici, che pur operando (parzialmente) all'esterno dell'assetto organizzativo dello Stato, gravitano nell'area di potere, così da essere in grado di spiegare una influenza più o meno diretta sulla vita costituzionale. Fra la vastissima letteratura sul punto cfr., fra gli altri, VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, spec. p. 265 ss; ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 215 ss; CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1968, p. 175 ss; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, p. 795 ss, nonché del medesimo Autore, *Sindacati e partiti politici*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Padova, 1972, p. 85 ss; ID., *Le forme di governo*, cit., p. 345 ss; FOIS, *Sindacati e sistema politico*, Milano, 1977; GAMBINO, *Partiti politici e forma di governo*, Napoli, 1977, ed *ivi* l'ampia bibliografia.

<sup>68</sup> L'attività della Corte costituzionale è stata oggetto di numerosissimi scritti di cui in questa sede non è possibile dare conto in maniera esaustiva. Ci limitiamo alla citazione di una parte soltanto dei tanti scritti e, tra questi, citeremo quelli che hanno analizzato l'organo di giustizia costituzionale sotto il profilo storiografico: GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 902; CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 929; ABBA-MONTE, *Il processo costituzionale italiano*, cit.; AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958, p. 445; MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 551.

<sup>69</sup> L'espressione è di ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione*, cit., p. 919.

<sup>70</sup> Per questi atteggiamenti cfr. gli Autori citati alla nota 29 che precede.

Appartiene ormai alla 'leggenda' — anche perché quasi tutti gli Autori che si sono occupati di tale argomento vi hanno fatto cenno — lo scambio di 'quesiti' che ha visto coinvolti Scialoja da una parte e Rocco dall'altra.

Vittorio Scialoja nel rivendicare l'appartenenza delle norme sull'interpretazione al diritto pubblico e nell'indicare il carattere consuetudinario, si domandava chi avrebbe potuto dettare le norme per interpretare le leggi sull'interpretazione.<sup>71</sup>

Alfredo Rocco, di rimando, faceva rilevare che se le norme sull'interpretazione sono norme giuridiche, allora devono essere a loro volta interpretate; con che concludeva interrogativamente: "Con quali norme si interpreteranno le norme consuetudinarie sull'interpretazione?"<sup>72</sup>

La risposta giunse — autorevolmente — di lì a poco grazie alle intuizioni di Ascarelli<sup>73</sup>, di Bellavista<sup>74</sup> e di Bobbio<sup>75</sup>, i quali concordano sul fatto che le norme sull'interpretazione non necessitano di altre norme (giuridiche) per essere interpretate, poiché in esse sono contenuti i criteri per la loro interpretazione.

Successivamente — se si esclude qualche rara eccezione<sup>76</sup> — la stessa dottrina ha finito per disinteressarsi del problema.

---

<sup>71</sup> Cfr. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 307.

<sup>72</sup> Cfr. ROCCO, *L'interpretazione*, cit., p. 9.

<sup>73</sup> Cfr. ASCARELLI, *Il problema delle lacune*, cit., p. 258, il quale definisce le norme sull'interpretazione come auto-interpretative.

<sup>74</sup> Cfr. BELLAVISTA, *L'interpretazione*, cit., p. 25, secondo il quale "le norme sull'interpretazione vanno interpretate con la scorta di quelle regole, di quei canoni logici, per cui si può parlare di interpretazione nel senso più ampio soltanto, per cui ogni atto è oggetto di spiegazione".

<sup>75</sup> Cfr. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 123 ss, secondo cui "il modo di interpretare la legge sulla interpretazione è dato dalla formula contenuta nella legge stessa".

<sup>76</sup> Cfr. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., p. 86 ss, il quale, affermato il valore di "regole legali" delle disposizioni contenute nell'art. 12 preleggi, rileva che queste debbono essere a loro volta interpretate, e in questa attività l'interprete non può essere guidato dallo stesso art. 12 (che deve ancora interpretare), bensì soltanto dal proprio raziocinio.

Cfr., altresì, PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., pp. 6-7, che nel prendere in esame la natura delle norme sulle fonti, molto acutamente osserva che di queste si realizza una "sorta di sdoppiamento", in quanto "da un lato, regolano i modi di creazione, modificazione ed estinzione delle norme e, dall'altro, sono soggette alla disciplina da esse stesse stabilita, per cui determinano gli effetti di cui sono

Dunque, la tradizionale impostazione secondo cui le norme sull'interpretazione avevano validità per tutti i rami del diritto trova riscontri favorevoli, nonostante i tentativi di svalutazione che si sono susseguiti a partire dalla fine del secolo scorso. L'intuizione di Vittorio Scialoja, imperniata sulla esistenza di autonome teorie sull'interpretazione proprie di ciascun ramo del diritto, trova consenzienti sia Santi Romano e Rocco che Chiovenda. Essa, però, non rappresenta un rovesciamento della tradizionale teoria, quanto piuttosto un arricchimento che ha finito per porre in risalto un aspetto dell'intero problema che fino ad allora la dottrina aveva trascurato. L'interpretazione, infatti, rischiava di perdere il contatto con il suo oggetto. Gli strumenti stessi dell'interpretazione estraniati come erano dalla 'eterogenea' materia, da quello, cioè, che potremmo definire il loro campo d'azione, rischiavano seriamente di divenire inutilizzabili. Paradossalmente, quindi, la riconosciuta esigenza di una sorta di adeguamento degli strumenti interpretativi alla materia nella quale sono chiamati ad operare, mediante l'ausilio di principi e di criteri tecnici particolari alle varie discipline normative, in ragione della natura propria delle diverse categorie di norme e dei rapporti da disciplinare, ha portato una luce nuova ai criteri interpretativi tradizionali, e in misura in cui ne ha attenuato la rigidità li ha resi disponibili per una più ampia utilizzazione; e, nel contempo, è servita — ove mai necessario — a rafforzarne la validità per tutti i settori dell'ordinamento giuridico. D'altra parte, se si accoglie la tesi per cui nella generale evoluzione dell'ordinamento giuridico, assistiamo a una sempre maggiore 'dilatazione' del diritto pubblico a scapito di quello privato, oltre che a un costante incremento (qualitativo e quantitativo) delle varie discipline, allora diviene comprensibile come l'art. 12 delle preleggi abbia conosciuto una 'necessaria' rivalutazione, onde se ne deve cogliere l'operatività nei confronti del materiale normativo di diversa specie e natura che via via si è susseguito. Più precisamente, riconoscere l'esistenza di qualsivoglia principi e criteri interpretativi propri di ciascun ramo del diritto o, per meglio dire, di ciascuna categoria di norme, ha come conseguenza ultima quella di creare un forte legame tra gli strumenti tradizionali e la

---

capaci anche nei confronti di sé medesime". Ciò varrebbe anche per le norme sull'interpretazione.

nuova realtà. Non è errato affermare, dunque, che le regole contenute nell'art. 12 delle preleggi, pur atteggiandosi come principi fondamentali e, in quanto tali, generali e astratti, vevoli — lo si ribadisce — per l'interpretazione di tutte le norme giuridiche, “in virtù del rapporto di reciproca integrazione che le lega ai principi particolari a ciascuna *species* normativa, si atteggianno in maniera diversa e assumono una diversa colorazione a seconda della materia nella quale vengono calate”.<sup>77</sup>

Lo stesso concetto di ‘costituzione rigida’ pone la questione della riferibilità delle regole ‘legali’ sull'interpretazione alla materia costituzionale, nel momento in cui — come è nel nostro caso — queste regole siano dettate in atti normativi aventi valore e forza di legge. Le norme costituzionali, infatti, come si sa, dotate come sono di una ‘efficacia’ e di una ‘resistenza’ ben superiore rispetto a quelle delle disposizioni della legge ordinaria e collocate in una posizione di sovraordinazione rispetto a esse nella gerarchia delle fonti del diritto, non potrebbero tollerare l'influenza di una disciplina sull'interpretazione dettata, appunto, da un atto avente forza di legge ordinaria.

Per ciò che attiene l'art. 12 delle preleggi il problema sembra non sussistere. La dottrina, infatti, è da tempo orientata nella direzione del riconoscimento, per tutte le disposizioni sulla legge in generale, di una natura di norme materialmente costituzionali, in quanto norme sulla produzione giuridica e quindi norme strumentali poste in essere al fine di fornire i criteri di individuazione delle fonti e a disciplinare i loro rapporti reciproci, nonché a determinare le regole sull'attività di creazione, interpretazione e applicazione delle norme giuridiche. Se è vero, insomma, che le anzidette attività riflettono le funzioni fondamentali dello Stato, allora si deve ammettere che le regole rientrano, a pieno titolo, nella materia costituzionale.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Così SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, p. 13. Cfr., altresì, ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, p. 134.

<sup>78</sup> A tal proposito, oltre agli Autori già citati cfr. CRISAFULLI, *I principi costituzionali*, cit., pp. 671 e 678; MORTATI, *Valore giuridico delle disposizioni generali sulle fonti del diritto nel nuovo codice civile*, 1943 (ma edito per la prima volta in *Annali dell'Istituto Universitario Navale di Napoli*, XIV, 1947, p. 41 ss), ora in *Scritti sulle fonti*, cit., p. 691; nonché dello stesso Autore, *Costituzione*, cit., p. 176; ID., *Istituzioni*, cit., I, p. 313; PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 154 ss; GORLA, *I precedenti storici*

Questo problema — della natura giuridica delle disposizioni sulle fonti — era già presente nella ‘mente’ del legislatore<sup>79</sup>, tanto che successivamente all’approvazione del codice civile del 1942 furono sollevati rilievi sulla legittimazione dell’Esecutivo a porre in

---

*dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, p. 114 ss; ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., p. 124 ss; PENSOVECCHIO LI BASSI, *L’interpretazione*, cit., p. 37; QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 238 ss; PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 4 ss, ed ivi la bibliografia citata nella nota 5.

<sup>79</sup> Cfr., fra gli altri, FODERARO, *Il concetto di legge*, cit., p. 15, il quale nel rivendicare al diritto pubblico la materia delle fonti, opportunamente ricorda come il problema fosse già presente nella mente del legislatore del 1865, tanto che si ritenne necessario giustificare la collocazione, davanti al codice civile, “delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale” nella relazione Vigliani, della quale l’Autore riporta (p. 15, nota 4) un brano di ampio significato, nel quale si fa riferimento, tra l’altro, all’opinione della commissione senatoria: “Se è vero — disse la commissione senatoria — che le norme riunite nel titolo preliminare non appartengono ad alcun codice, è pure incontestabile che esse sono, al dire del grande Portalis, i prolegomeni di tutti i codici, le leggi delle leggi; e per questo motivo stanno bene in fronte al codice civile, che è la prima e più nobile parte dell’edificio legislativo. Che se le forme della pubblicazione delle leggi, per essere variabili a seconda dei tempi, dei luoghi e degli usi, opportunamente vengono riservate ad una legge speciale, lo stesso non può dirsi di quei canoni che regolano gli effetti e l’applicazione delle leggi in generale; essi sono di tutti i tempi e di tutti i luoghi, sono immutabili e perpetui come la ragione e la giustizia. Perciò ragione vuole che vadano inseparabili compagni dal corpo delle leggi di qualunque popolo”.

Sul tema della collocazione delle disposizioni sulla legge in generale davanti al codice del 1942, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Preleggi*, cit., p. 269; ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., p. 139; nonché PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 1, il quale rammenta che tale collocazione “è dovuta soprattutto alla tradizione formatasi nell’età delle codificazioni moderne (anche se non priva di precedenti più remoti) e rispondente all’ideologia giuridica allora prevalente, che faceva del diritto privato il nucleo essenziale della esperienza giuridica e del codice civile la legge fondamentale di una società ordinata secondo i principi del liberalismo.

Sul medesimo argomento il MORTATI, *Valore giuridico delle disposizioni*, cit., p. 707, nota 20, sottolinea che “La considerazione del carattere costituzionale che indubbiamente deve attribuirsi anche alle norme generali sull’interpretazione e applicazione delle leggi (di cui gli artt. 10-15 del testo commentano) aveva già indotto la Commissione parlamentare che espresse parere sul primo libro del codice civile a dubitare dell’opportunità di lasciare tali norme nel codice civile. La relazione ministeriale che accompagna il testo del primo libro, approvato con il R.D. n. 1852 del 1938, fa riferimento ai principi sulle fonti, che si sarebbero dovuti emanare con leggi a parte; il che, come si è osservato, sarebbe stato più razionale”.

essere norme disciplinanti le fonti. L'accento era posto principalmente su due questioni. Da una parte ci si chiedeva se la disciplina di tale materia (a carattere costituzionale) potesse collocarsi nell'ambito della delega legislativa concessa al governo, avente ad oggetto l'emanazione di nuovi codici, con le leggi 30 dicembre 1923, n. 2814 e 24 dicembre 1925 n. 2260 e, successivamente, con la legge 30 gennaio 1941, n. 14; dall'altra se fosse legittima l'attività di produzione legislativa in materia costituzionale — atteso che la disciplina delle fonti in tale ambito deve farsi rientrare — senza il previo parere del Gran Consiglio del Fascismo che, come si sa, a norma dell'art. 12 della legge 9 dicembre 1928, n. 2693, doveva essere sempre sentito “su tutte le questioni aventi carattere costituzionale”.<sup>80</sup>

La dottrina, ancora una volta, ebbe modo di risolvere il problema<sup>81</sup>, dimostrando, non senza qualche difficoltà, ma con argomentazioni piuttosto convincenti, che il legislatore riunendo le disposizioni in un solo *corpus* legislativo si era limitato a raccogliere atti giuridici previgenti, senza, con ciò, innovare sostanzialmente l'ordinamento giuridico ma, più semplicemente, fornendo agli operatori un utile ‘testo di coordinamento’. In altre parole, a detta raccolta poteva attribuirsi il valore di un testo unico e non già una efficacia sostitutiva delle norme ivi riprodotte.

Il fatto, dunque, che il testo, pur non innovando sostanzialmente ma coordinando una normativa preesistente, ancorché di carattere costituzionale, non bastasse a determinare, *sic et simpliciter*, la sua appartenenza alla fonte costituzionale, ci consente di affermare la legittimità del procedimento seguito per la sua emanazione che, come si è già avuto modo di dire, non ha visto osservate le speciali formalità prescritte dall'art. 12 della già citata legge 2693 del 1928. Risolto, nei termini di cui sopra, il problema del carattere (costituzionale?) delle norme contenute nell'art. 12 preleggi, è necessario, a questo punto, focalizzare l'attenzione sulla più specifica que-

---

<sup>80</sup> Sulla questione della effettiva portata dell'art. 12 della legge n. 2693 del 1928, che secondo alcuni (ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 163 ss) avrebbe introdotto nel processo di formazione delle leggi costituzionali una “speciale formalità” tale da determinare un mutamento della forma della Costituzione da flessibile in rigida, si veda la critica opinione negativa di PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 155 ss.

<sup>81</sup> Cfr., per tutti, MORTATI, *Valore giuridico delle disposizioni*, cit., pp. da 706 a 709.

stione inerente al fatto se dette disposizioni debbano essere osservate anche quando oggetto dell'attività dell'interprete sia la Costituzione.

Al riguardo la dottrina fornisce una risposta 'problematicamente' positiva, anche se con argomentazioni molto spesso fortemente distanti l'una dall'altra. Mentre alcuni ne postulano semplicemente l'esistenza<sup>82</sup>, altri ragionano in termini di esclusione; infatti, si dice che in assenza di regole appositamente dettate per l'interpretazione delle norme costituzionali, non si può fare altro che "attenersi ai criteri contenuti nelle leggi ordinarie ed emanati per le leggi ordinarie".<sup>83</sup> Altri ancora fanno riferimento ai cc.dd. 'precetti' sull'interpretazione, i quali, ancorché contenuti in fonti subordinate, hanno carattere costituzionale e, altresì, non contrastano con alcuna disposizione costituzionale.<sup>84</sup> Diversa è l'opinione di chi considera i principi sull'interpretazione alla stregua di "regole assolute"<sup>85</sup> e chi, invece, afferma l'esistenza di una norma "suprema" sull'interpretazione, che "si situa necessariamente al di sopra della Costituzione" e che può essere solo "rilevata".<sup>86</sup>

Non molto diversa è la posizione di chi sostiene, originalmente, l'esistenza di una norma *extra ordinem*, "direttamente accettata", in virtù della quale le disposizioni preliminari al codice civile varrebbero "anche" per la legge ordinaria e per le norme di rango costituzionale.<sup>87</sup> D'altra parte, questa logica non sembra sostanzialmente diversa da quella secondo la quale le disposizioni sulla legge

---

<sup>82</sup> Cfr. CARBONE, *L'interpretazione*, cit., pp. 17 e 26; CERETI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 484; LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., p. 222.

<sup>83</sup> Così BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 170, il quale aggiunge ancora "...sempreché beninteso, non riesca di dedurre dalle norme della Costituzione o delle altre leggi costituzionali l'esistenza di qualche principio particolare per esse vigenti".

<sup>84</sup> Cfr. PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione*, cit., p. 37.

<sup>85</sup> Cfr. TREVES, *Principi*, cit., p. 92.

<sup>86</sup> Così Quadri, *Dell'applicazione*, cit., p. 249.

<sup>87</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., p. 132 e 143, il quale sostiene, altresì, che le disposizioni preliminari al codice civile non potrebbero disporre "sulla legge" in quanto esse stesse "leggi" e "ciò in conseguenza del più generale principio per cui le disposizioni relative ad una fonte non possono essere poste dalla fonte stessa ma devono essere poste da una fonte sopraordinata a quella da disciplinare. E ancora "...anche ad ammettere che le disposizioni preliminari al codice civile siano di rango costituzionale, non si potrebbe ancora giustificare l'operatività nei confronti della Costituzione e delle leggi costituzionali,

in generale “... pur consacrate in leggi ordinarie, *si ritengono*<sup>88</sup> fornite, per la intrinseca natura della materia regolata, di una efficacia che trascende quella che loro deriverebbe dalla forma rivestita perché condizionano la pratica applicazione delle statuizioni sia materialmente che formalmente costituzionali”<sup>89</sup>.

Altra opinione è quella secondo cui il principio della estendibilità delle regole dell'interpretazione alla carta costituzionale si fonda non soltanto sull'assunto che esse rientrerebbero nella materia costituzionale, quanto piuttosto sul riconosciuto loro carattere di norme strumentali, o di “secondo grado” rispetto a tutte le norme sostanziali in genere e, più in particolare, rispetto alle norme costituzionali,<sup>90</sup> con che si afferma la posizione di priorità di esse rispetto alle altre, senza intaccare, per ciò solo, i vincoli posti dalla struttura gerarchica delle fonti.<sup>91</sup>

---

poiché, a tal fine, occorrerebbe che esse provenissero da una istanza addirittura supercostituzionale”. Il fatto che le norme sulle fonti siano state “ritenute idonee sotto lo Statuto Albertino a disciplinare la massima fonte allora prevista, la legge, e nel vigente ordinamento a disciplinare anche le norme di rango costituzionale” si spiega, appunto, secondo l'Autore, con l'esistenza di una norma *extra ordinem* che estende i principi contenuti nelle disposizioni preliminari al codice civile “pacificamente alle leggi ordinarie e quasi pacificamente a quelle costituzionali” (pag. 134).

<sup>88</sup> Il corsivo è di chi scrive.

<sup>89</sup> Così MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 176.

<sup>90</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., pp. da 153 a 155; SANTORO PASSARELLI, *Preleggi*, cit., da p. 627 a p. 629.

<sup>91</sup> La teoria è stata rielaborata dal PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., pp. 6 ss, il quale configura un duplice rapporto di gerarchia tra le norme sulle fonti e le norme sostanziali, l'uno dipendente “dalla diversa efficacia normativa che è propria delle differenti fonti”, l'altro dal “rapporto di strumentalità” che esiste tra una categoria di norme e l'altra. Sotto questo aspetto le norme sulle fonti assumono il carattere di norme di “secondo grado” e come tali risultano gerarchicamente sovraordinate rispetto alle norme sostanziali, ivi comprese le norme costituzionali.

Da queste premesse l'Autore trae la conclusione che l'ordinamento giuridico dello Stato può configurarsi “come gerarchicamente strutturato sotto un duplice punto di vista, avendosi, da un lato, una gerarchia fondata sulla diversa intensità dell'efficacia normativa che sorregge le diverse manifestazioni di volontà dello Stato (Costituzione, legge, regolamento, ecc.) — e che risulta da una sorta di cristallizzazione della maggiore o minore forza politica da cui tali manifestazioni erano assistite nel momento storico in cui si sono realizzate — e dall'altro lato, una gerarchia delle norme fondata sul carattere strumentale che le une presentano rispetto alle altre (ed a se stesse)”.

Questa ultima tesi sembra in grado, in verità, di dare una convincente soluzione al problema nella sua dimensione di rapporti fra le norme sulle fonti — segnatamente quelle sulla interpretazione — e le norme costituzionali, nonché della operatività delle prime nei confronti di queste ultime.

Purtuttavia, sembra auspicabile la individuazione di un più chiaro ed incisivo fondamento giuridico dell'operatività di cui si diceva.

Il dato di partenza è che le disposizioni sulle fonti, ivi comprese le regole sull'interpretazione, sembrerebbero avere carattere costituzionale.<sup>92</sup> È necessario allora riflettere sul problema della loro riferibilità alle norme costituzionali domandandosi se dipenda esclusivamente da questo carattere ovvero se non siano rinvenibili ulteriori elementi (indipendentemente dal rapporto di strumentalità di cui si è detto), anche in deroga al principio unanimemente condiviso, che vuole che le disposizioni sulle fonti debbano essere obbligatoriamente dettate da una fonte gerarchicamente sovraordinata a quella da disciplinare; se ciò è, allora le norme sull'interpretazione della Costituzione dovrebbero, giocoforza, appartenere a una fonte di grado superiore a questa, ovvero, come è stato detto, provenire da una istanza “superconstituzionale”.<sup>93</sup>

La risposta deve, di conseguenza, rinvenirsi — se non si vuole fare riferimento ad ipotesi, peraltro autorevolmente sostenute in questi ultimi tempi<sup>94</sup>, di carattere extranormativo di supposta ispirazione

---

<sup>92</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., p.132, in nota 21 rileva che la Corte costituzionale, con Sent. n. 44 del 1966, in *Giur. cost.*, 1966, p.737, ha escluso che le disposizioni preliminari al codice civile siano norme di rango costituzionale. Il rilievo non sembra esatto. In quella sentenza la Corte ha preso in esame l'art. 11, primo comma, delle preleggi per decidere su una questione di legittimità costituzionale proposta in riferimento ad esso, ed ha escluso l'ammissibilità della questione in quanto il predetto art. 11 “non ha una corrispondente disposizione nella Costituzione”, la quale, peraltro, all'art. 25, pone il divieto della retroattività solo per la legge penale. Che la Corte abbia escluso che l'art. 11 sia una norma di rango costituzionale — ed in tal senso cfr. altresì la Sent. n. 175 del 1974 — non è da porsi in dubbio, ma non è certo da ritenersi che tale esclusione possa estendersi anche alle altre disposizioni preliminari, tanto che lo stesso Autore (p. 135, nota 8) ammette che l'art. 11 “non è mai stato considerato vincolante per la legislazione ordinaria, né dalla dottrina né dalla giurisprudenza” e che “perciò, esso non costituisce ‘principio costituzionale’ alla pari di altri contenuti in diverse disposizioni”.

<sup>93</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *Op. loc. ult. cit.*, p. 126 ss

<sup>94</sup> Cfr. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 4, p. 639 ss.

kelseniana — nella possibilità teorica di suffragare positivamente la tesi di un fondamento giuridico — alternativo nei confronti delle norme costituzionali — dell'art. 12 delle preleggi.

L'art. 138 della nostra Costituzione disciplina, come è noto, la produzione di norme di revisione della Costituzione stessa, nonché delle altre leggi costituzionali. Orbene, nella sua qualità di fonte di produzione giuridica costituzionale, la norma di che trattasi non potrebbe trovare diversa collocazione — se si accetta il principio gradualistico delle norme costituzionali che le vuole collocate su due piani diversi —<sup>95</sup> se non in una posizione di sovraordinazione rispetto alle rimanenti norme (susceptibili di revisione), alle stesse leggi di revisione e alle altre leggi costituzionali.<sup>96</sup>

È stato sostenuto, a tal riguardo, che le norme sulla revisione costituzionale atterrebbero a una istanza superiore rispetto allo stesso potere abilitato ad operare in concreto per cui dette norme non potrebbero da esso essere modificate;<sup>97</sup> e poiché queste stesse norme, si è anche detto, concorrono a determinare, con le disposizioni dell'art. 134, la rigidità del sistema non si può non ammettere che esse debbono farsi rientrare “tra i principi supremi che caratterizzano e individuano l'ordinamento”.<sup>98</sup>

Ritornando ora alle disposizioni preliminari al Codice civile — sul cui ‘valore costituzionale’, si è già più volte detto, la dottrina non esprime dubbi — è necessario domandarsi se e quale posizione

---

<sup>95</sup> Cfr., per tutti, ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie der positive Rechts auf Grundlage dogmatisch-historischer Untersuchungen*, Leipzig und Wien, 1929, p. 359, ora anche in *Diritto e giustizia* (a cura di GAVAZZI, Torino, 1965, p. 77 ss.

<sup>96</sup> Cfr. PIZZORUSSO, *Art. 138*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, p. 703 ss; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, spec. p. 53 ss.

<sup>97</sup> Cfr. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, cit., p. 18, nota 22. Si v., altresì, BARILE, *La revisione della Costituzione*, cit., p. 74, per il quale il potere di revisione rientra nel potere costituente ed ha la stessa natura di questo, ma che tra i due poteri vi è una differenza quantitativa, così che mentre non sono immaginabili limiti del potere costituente “il quale può modificare le norme costituzionali, e attraverso la rivoluzione in senso tecnico può trasformare il regime e quindi l'ordinamento giuridico stesso”, esistono invece limiti del potere di revisione “che, se superati, producono lo sconfinamento del potere di revisione nel più ampio potere costituente...”.

<sup>98</sup> Cfr. PIERANDREI, *Saggio sulla teoria della Costituzione*, cit., p. 53 ss; Italia, *Le disposizioni di principio*, cit., p. 215 ss, che parla, anche se su altro piano, di “principi fondamentali impliciti” della Costituzione.

possa essere loro assegnata nella prospettiva gradualistica a cui si faceva testé cenno, non limitandosi, però, alla sola Costituzione formale, ma riferendosi alla più ampia e pregnante esperienza della ‘Costituzione vivente’.<sup>99</sup>

Un ulteriore approfondimento della nostra indagine potrà aversi se si fa riferimento alla tesi — peraltro autorevolmente sostenuta in dottrina — secondo la quale con l’entrata in vigore, il 1° gennaio del 1948, della Costituzione repubblicana, le precedenti leggi ‘costituzionali’ “non esplicitamente o implicitamente abrogate”, come recita la XVI disposizione transitoria e finale — tra le quali rientrano, a nostro parere, a pieno titolo, le disposizioni preliminari al Codice civile — avrebbero acquistato l’efficacia propria di tutte le leggi costituzionali; d’altra parte, se lo stesso costituente non ha inteso distinguere, in termini di efficacia, formale e sostanziale, tra le norme costituzionali anteriori e quelle posteriori, allora va da sé che esse possono essere collocate in una posizione di equiordinazione.<sup>100</sup> La tesi, nonostante le fortissime critiche a cui è stata sottoposta, sembra avere un fondo di verità. Ove così non fosse dovremmo dedurre che, per limitare il discorso alle sole preleggi, il costituente dopo avere, anche puntigliosamente, disciplinato larga parte della materia delle fonti, come, ad esempio, la produzione delle leggi costituzionali e quella delle leggi ordinarie, avrebbe consentito la regolamentazione di un’altra cospicua parte delle stesse fonti, qual è la teoria e la tecnica dell’interpretazione delle leggi, ad una genericissima norma rientrante nella non chiara categoria della ‘materia costituzionale’, conseguenzialmente di rango inferiore rispetto alla Costituzione formale. Al contrario, la tesi trova la sua giustificazione proprio nel fatto che la volontaria astensione del costituente dal dettare norme sulla disciplina dell’interpretazione costituzionale è controbilanciata dalla presenza della XVI disp. trans. e fin. con la quale nel sistema trovavano ampio spazio le regole dell’art. 12 delle preleggi che, anzi, si vedevano riconosciuto lo *status* di vere e proprie disposizioni costituzionali. In tale ottica scarso rilievo può avere la pur suggestiva tesi secondo cui l’operazione di equiparazione delle leggi costituzionali anteriori

---

<sup>99</sup> Cfr. ANZON, *La Corte costituzionale e il “diritto vivente”*, in *Giur. cost.*, 1984 e, da ultimo, PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, Milano, 1994.

<sup>100</sup> Cfr. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., p. 233; NUVOLONE, *La fissità della legge penale finanziaria italiana*, in *Arch. fin.*, 1950, p. 266 ss.

a quelle successive “presuppone una omogeneità tra le due fonti, laddove le prime sono costituzionali quanto alla materia, mentre le seconde sono costituzionali quanto alla forma”.<sup>101</sup>

Il rilievo sembra essere privo di fondamento nella misura in cui si ritiene insito nel concetto stesso di equiparazione quello di *sanatoria*, operazione ideata e portata a compimento dal legislatore costituzionale; di conseguenza, le norme di cui si discute non solo debbono essere collocate nella posizione a loro riconosciuta (leggi costituzionali), ma, ed è questione di grande importanza, il loro mutamento e le loro integrazioni dovranno, a pena di illegittimità, essere promosse nelle forme e nei modi indicati dall’art. 138 Cost.<sup>102</sup>

Se, dunque, si ritiene ragionevolmente accettabile tale tesi, allora non si può non ammettere che le regole sull’interpretazione, dettate nell’art. 12 delle preleggi, non hanno potuto assumere altra posizione nella gerarchia delle fonti — e sotto il profilo gradualistico — che quello proprio delle norme sulla produzione delle leggi costituzionali che regolamentano la medesima materia.

In questo senso, insomma, l’analisi volta alla dimostrazione di una sostanziale equiparazione fra le norme contenute nell’art. 12 delle preleggi e quelle dell’art. 138 Cost., in quello che abbiamo definito il sistema gradualistico delle fonti, sembra essere l’unica vera giustificazione della tesi, da noi peraltro sposata, che sostiene l’operatività delle regole sull’interpretazione anche nei confronti delle norme costituzionali; ma quel che più conta, ed è perciò che intendiamo fin da subito sottolinearlo, è che tale giustificazione è fondata su elementi che sono nel sistema, e non già su fantomatici ‘dati’ extranormativi (o metagiuridici) che, se e quando si lasce-

---

<sup>101</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 130.

<sup>102</sup> E ciò — per quanto attiene strettamente alle norme sull’interpretazione — serve a fugare il timore, peraltro giustificato, di chi ha ritenuto che fondare l’operatività delle regole sull’interpretazione nei confronti delle norme costituzionali sul loro carattere di norme strumentali, può condurre al risultato “di consentire alla legge ordinaria (o magari anche ad una fonte inferiore, posto che nella materia in esame non rilevarebbe il rapporto di posizione fra atti di diversa specie) di stabilire i criteri di interpretazione della Costituzione, la quale ultima, mutando i criteri di interpretazione, muterebbe di contenuto, essendo così rimessa alla mercé della legislazione ordinaria, cioè di una fonte che dovrebbe essere subordinata alla Costituzione”. Così si esprime ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., p. 133, *infra* nota 1.

ranno meglio identificare o entreranno a far parte del sistema formale, allora, ma solo allora, potranno essere oggetto di teorizzazioni, nonché di applicazione.

#### 4.1. Norme costituzionali e applicabilità dell'art. 12 delle preleggi

La nostra indagine, volta all'approfondimento degli strumenti interpretativi forniti dall'art. 12 delle preleggi, non può condursi se non con puntuale riferimento a quella che è la materia nella quale le disposizioni di che trattasi sono chiamate a operare. Di esse, insomma, deve potersi cogliere quella peculiarità logica che assumono nel momento in cui si pongono a contatto (*ergo*, si incontrano) con i criteri interpretativi propri della materia. Si è fatto più sopra riferimento a quello che abbiamo definito 'rapporto di reciproca integrazione'. Sembra, per la verità, più corretto esprimersi nei termini di una sorta di *compenetrazione*, quando si vuole meglio evidenziare quel particolare rapporto che si instaura fra i canoni legali dell'interpretazione e i criteri propri dell'interpretazione delle norme costituzionali, per cui i primi andrebbero riguardati alla luce dei secondi; con che si vuole significare che l'analisi degli strumenti della interpretazione deve incentrarsi sullo studio del loro atteggiarsi nei confronti dei criteri e dei principi dell'interpretazione costituzionale.

Gli strumenti interpretativi statuiti dall'art. 12 sono stati, in dottrina, classificati in modi differenti e indicati molto spesso, in maniera diversa come, per esempio, *metodi*, *mezzi*, *elementi*, ecc.,<sup>103</sup> ma,

---

<sup>103</sup> Tra coloro i quali hanno commentato l'art. 3 delle disp. prel. al codice civile del 1865, cfr. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 69, il quale distingue una "interpretazione" letterale o grammaticale, un'"interpretazione" logica e un'"interpretazione sistemática; FILOMUSI GUELFÌ, *Enciclopedia giur.*, cit., p. 143, che indica due "elementi", il grammaticale e il logico, nel quale ultimo rientrano lo storico e il sistematico; PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, 1926, p. 58 ss, che distingue un'"interpretazione " grammaticale e un'"interpretazione" logica, la quale si avvale di diversi "elementi... storici, sistematici o d'altra indole"; DE RUGGIERO, *Istituzioni*, cit., p. 125, che classifica quattro "elementi": il filologico o grammaticale, il logico, lo storico, il sociologico; BELLAVISTA, *L'interpretazione*, cit., p. 43 ss, che dopo avere opportunamente distinto tra "mezzo" ed "elemento", classifica un "mezzo letterale" dell'interpretazione, ed un "mezzo logico": il primo è costituito da più "elementi", il sintattico, il grammaticale e il

generalmente, la stessa dottrina tende a distinguere lo strumento letterale da quello logico, per poi operare una successiva suddivisione in vari elementi fra i quali annotiamo il lessicale, il grammaticale, lo storico, il razionale (o teleologico), il sistematico.

Agli strumenti generalissimi appena accennati, vanno aggiunti, come è noto, quelli cc.dd. di integrazione: l'analogia *legis* e l'analogia *juris* che consistono rispettivamente nel ricorso — in assenza di una precisa disposizione che regoli il caso sottoposto a giudizio

---

giuridico-terminologico, mentre il mezzo logico si avvale dell'elemento teleologico o razionale, del sistematico, dello storico e del politico.

Sull'art. 12 delle disp. prel. al cod. civ. vigente, tra i tanti, cfr., almeno, SCUTO, *Istituzioni di diritto privato*, I, Parte Generale, Napoli, 1952, p. 114, il quale distingue cinque "elementi" nel procedimento interpretativo: grammaticale o filologico, logico, sistematico, storico-comparato, tecnico-sociologico; MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 96, che classifica i seguenti "elementi": il lessicale o letterale, il logico, il sistematico, lo storico e l'elemento di fatto e distingue inoltre quello che è "il metodo tradizionale di interpretazione della norma", dal "metodo storico-evolutivo" e dal "metodo teleologico"; BARBERO, *Sistema*, cit., che distingue tra "regole legali" e "regole razionali" dell'interpretazione, assegnando a ciascuna categoria l'adozione di determinati criteri: per la prima, il significato delle parole, la connessione logica e l'intenzione del legislatore; per la seconda, l'*ocasio legis*, l'elemento logico-sistematico, l'elemento storico, l'evoluzione legislativa e l'indagine comparativa; BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 272, che distingue varie fasi "ideali" del processo interpretativo e vari "elementi da cui il senso della legge risulta": 1) la logica della lingua o del comportamento (a seconda che si debbano interpretare norme scritte o consuetudini) che sono rispettivamente oggetto di interpretazione filologica o psicologica e storica; 2) la logica della materia disciplinata (natura delle cose), che è oggetto dell'interpretazione storica e tecnica; 3) la logica del diritto, considerata nel duplice momento sistematico e teleologico; PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., distingue il "metodo letterale" ed il "metodo logico", che si avvale dei diversi "strumenti": lo storico, il teleologico ed il logico-sistematico; LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., p. 45, distingue una interpretazione "intrinseca" che si basa "sul contenuto dell'atto o fatto prescrittivo", che è testuale, lessicale e logica insieme, da una interpretazione "estrinseca", intesa come interpretazione "finalistica" o teleologica, che si basa su elementi "che non si trovano nel testo o nel fatto normativo", ed infine una interpretazione "sistematica" che "esprime l'utilizzazione di più norme per una stessa fattispecie"; QUADRI, *Dell'applicazione*, cit., p. 268, sostiene che è un "non senso" distinguere una interpretazione letterale da una interpretazione logica, perché l'"interpretazione letterale è già, come tale, logica, riguardando la costruzione di un discorso sensato e coerente. È inconcepibile un discorso puramente grammaticale, fuori della logica, che si ridurrebbe ad una somma di segni espressivi". E conclude affermando che "la vera interpretazione 'logica', quella che merita di essere contrapposta all'interpretazione 'letterale' è l'interpretazione sistematica".

— a “disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe”, e nel ricorso ai “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.<sup>104</sup>

Gli elementi che fanno parte dei primi due strumenti interpretativi a cui si faceva più sopra riferimento vengono in dottrina presi in considerazione in quanto momenti necessari di un unico processo intellettuale<sup>105</sup>, che vuole anche significare che tutti, e non soltanto uno o l’altro di essi, “devono essere assunti dall’interprete in funzione degli scopi perseguiti”.<sup>106</sup>

Per gli altri due strumenti forniti dall’art. 12 — l’analogia *legis* e l’analogia *juris* — la dottrina si esprime in termini di sussidiarietà alorché si determini una lacuna nell’ordinamento,<sup>107</sup> prestando particolare attenzione al fatto che essi debbono essere utilizzati “subordinatamente uno all’altro”;<sup>108</sup> vi è, peraltro, chi riconduce tali strumenti nel quadro più ampio dell’interpretazione sistematica, procedendo verso tale tipo di interpretazione anche quando si è in presenza di “una precisa disposizione di legge apparentemente capace di disciplinare la fattispecie in esame”.<sup>109</sup> “Ed invero, se la norma vive nel sistema come parte di esso non può esserne avulsa nel momento in cui se ne deve apprendere il significato in funzione della sua applicazione concreta, ma deve essere riguardata in una prospettiva che abbracci tutto il sistema, in quanto la si consideri portatrice non soltanto del *comando* particolare che essa esprime, quanto anche di almeno una frazione di quel disegno razionale e finalistico che è il motivo ispiratore dell’intero ordinamento giuridico. Sicché, sotto questo aspetto il sistema è in ogni

---

<sup>104</sup> Non può sfuggire, a tal proposito, l’influenza che assume la normativa comunitaria quando si fa riferimento all’ordinamento giuridico dello Stato. Infatti, molti Autori hanno avuto modo di sottolineare che stante la crisi della sovranità nazionale e l’ambito di applicazione della normativa comunitaria, sempre più sentita è la necessità di rivedere il concetto di ‘ordinamento giuridico statale’. Cfr., da ultima, AA. VV., *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991.

<sup>105</sup> Cfr. BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 274, ove parla di “momenti di un processo inscindibile, che non attinge il suo risultato se non è messo in opera nella sua interezza”.

<sup>106</sup> Così COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 69; Cfr., altresì, PIERANDREI, *L’interpretazione*, cit., p. 166; CARBONE, *L’interpretazione*, cit., p. 12 ss.

<sup>107</sup> Cfr. QUADRI, *Dell’applicazione*, cit., p. 263.

<sup>108</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 108.

<sup>109</sup> Così si esprime PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 124.

singola norma e si presenta perciò come un elemento fondamentale dell'interpretazione".<sup>110</sup>

I rilievi testé rammentati sembrano trovare ancora più vigore quando ci si riferisce alla interpretazione di norme costituzionali, le quali, come si sa, ordinate in sistema, sembrano atteggiarsi più di altre norme giuridiche, come dotate di una intrinseca coerenza che è probabilmente legata al contesto storico di approvazione, ovvero alla fonte legislativa particolarmente solenne e rappresentativa (Assemblea Costituente) che le ha emanate e che per essere preordinate al perseguimento di determinati fini, disponendo con ciò la tutela di alcuni interessi rilevanti, ancor più appaiono come l'espressione di un unitario disegno normativo.

La dottrina ha avuto modo di sottolineare che la coerenza (o sistematicità) può essere tanto una caratteristica obiettiva di un insieme di norme, quanto il risultato di un criterio di interpretazione.<sup>111</sup>

Va da sé che l'attività interpretativa debba essere considerata pur sempre come la ricerca degli elementi comuni a un insieme di norme, ovvero a più testi legislativi, onde consentire la più unitaria visione dei diversi contenuti normativi.

Non sembra, allora, condivisibile la tesi secondo cui, sul presupposto che ogni singola norma giuridica "offra per lo più un certo numero di interpretazioni possibili", il metodo (c.d. sistematico) adottato dall'interprete sarebbe quello "di attribuire a ciascuna norma un contenuto come se tutte fossero state emanate in vista di un fine comune o di fini fra loro coordinati".<sup>112</sup> Con ciò riducendosi, il concetto di coerenza, al risultato dell'interpretazione ovverosia ad una sorta di 'creazione dell'interprete'. Ove così fosse, dovremmo pensare all'ordinamento giuridico come ad un insieme di norme dettate, per fini ed interessi opposti e contrastanti, da un legislatore insensibile all'esigenza di una legislazione ispirata ad un disegno prestabilito di coerenza e di razionalità.

---

<sup>110</sup> Cfr. MEROLA CHIERCHIA, *L'interpretazione*, cit., p. 194. Cfr., altresì, SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, cit., p. 66, il quale afferma che "il sistema legislativo comunque lo si consideri... è sempre un elemento della dichiarazione normativa e non mezzo di interpretazione".

<sup>111</sup> Cfr. LAZZARO, *L'interpretazione*, cit., p. 34.

<sup>112</sup> Cfr. LAZZARO, *L'interpretazione*, cit., il quale tuttavia conclude che almeno nel nostro ordinamento, in virtù dei principi contenuti nell'art. 12 delle preleggi, "la sistematicità è un requisito obiettivo".

Ma allora se l'attività dell'interprete non è diretta — come da alcuni si pretenderebbe — ad integrare e correggere l'operato del legislatore, onde *rivestire* di una nuova coerenza il sistema, bensì soltanto a ricercare e scoprire la coerenza in esso connaturata, è chiaro che l'adozione del criterio sistematico s'imporrà maggiormente e darà risultati tanto più apprezzabili nell'interpretazione delle norme che si trovino inserite in testi legislativi nei quali la coerenza si manifesta come una qualità essenziale.

#### 4.2. Verso una teoria sistematica dell'interpretazione

La sistematicità, dunque, è carattere peculiare della Costituzione ed essa non può non essere assunta come strumento e criterio particolare nell'attività interpretativa avente ad oggetto le norme costituzionali ma anche la stessa Costituzione considerata nel suo complesso.

Con ciò volendosi dimostrare, in buona sostanza, che, accanto all'ineludibile elemento politico — che grande influenza non può non avere nella complessa attività di interpretazione della Costituzione — acquisterebbe rilievo l'elemento sistematico, che vieppiù sembra atteggiarsi — quanto meno sul piano squisitamente metodologico — come prioritario rispetto al primo. Infatti, a nostro sommo avviso, il criterio sistematico rappresenta lo strumento più idoneo al fine della individuazione dei motivi politici a cui è ispirata una Costituzione, postulandosi l'esigenza per la quale il principio fondamentale che informa e caratterizza un regime deve, giocoforza, essere desunto da quello che idealmente rappresenta l'insieme degli istituti giuridici e delle singole norme così come sono coordinati nel sistema “allo scopo dell'attuazione di una determinata concezione politica dello Stato e della società”.<sup>113</sup>

Si può ragionevolmente concludere affermando che fra il criterio sistematico e l'elemento politico (presente in ogni Costituzione) vige un rapporto di pura strumentalità, nel senso che solo mediante l'adozione del primo l'interprete potrà utilmente cogliere e valutare il secondo.

---

<sup>113</sup> Cfr. CHIARELLI, *Il concetto di “regime” nel diritto pubblico*, cit., p. 208.

In questa ottica, il criterio o strumento, ovvero elemento, che dir si voglia, sistematico si connota, nella interpretazione costituzionale, come entità di una rilevanza almeno paritaria rispetto alla politicità delle norme fondamentali. Da tale punto di vista non è errato farlo assurgere alla dignità di vero e proprio principio particolare che deve sempre presiedere all'interpretazione delle norme costituzionali.

La sistematicità, dunque, non va riguardata come un semplice metodo di lavoro per l'interprete, bensì, al pari della politicità, come un *quid* che inerisce all'ordinamento costituzionale o, meglio ancora, come una componente essenziale della sua struttura e come tale deve incidere sull'attività dell'interprete, il quale non può rappresentarsi la Costituzione che come un *sistema*: non un semplice insieme di norme disciplinanti una pluralità di interessi e di rapporti, ma un *sistema di norme* armonicamente ordinate in un rapporto di reciproca integrazione.

##### 5. *Le lacune dell'ordinamento giuridico e i metodi utilizzabili per colmarle*

È stato molto spesso fatto notare che impropriamente si parla di un 'metodo letterale' e di un 'metodo logico' o, meglio, di una 'interpretazione letterale' e di una 'interpretazione logica', 'storica', 'sistematica', ecc., come se fossimo in presenza di metodi diversi da utilizzare alternativamente, a seconda delle esigenze o della "contingente opportunità",<sup>114</sup> mentre in verità non è dato rinvenire diverse specie di interpretazioni,<sup>115</sup> ma una sola che deve, però, svolgersi secondo un rigoroso criterio di unitarietà,<sup>116</sup> avvalendosi, in questo suo dispiegarsi operativo, dei vari mezzi e strumenti di cui si dispone, onde derivarne momenti di un unico processo intellettuale, in stretta connessione, in guisa che ne possa conseguire un concorso alla realizzazione di quello che era ed è lo scopo perseguito.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Cfr., per tutti, BETTI, *L'interpretazione*, cit., p. 274.

<sup>115</sup> Cfr. BELLAVISTA, *L'interpretazione*, cit., p. 45 ss; DE RUGGIERO, *Istituzioni*, cit., p. 126.

<sup>116</sup> Cfr. BARBERO, *Sistema*, cit., I, p. 87.

<sup>117</sup> L'opinione è talmente diffusa da rendere ovviamente superflua qualsivoglia citazione. Si veda, comunque, per tutti, MOSSINI, *Il significato proprio delle parole e l'intenzione del legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 330.

Dunque, si potrà parlare pure di interpretazione letterale e logica volendo intendere ogni singolo momento essenziale del processo interpretativo senza perdere di vista, però, il fatto che essi possono essere considerati due diversi mezzi o strumenti di un unico metodo, logico e letterale, e non già due metodi distinti.

Per interpretazione letterale si deve intendere, a norma dell'art. 12 delle preleggi, la determinazione del significato "proprio delle parole secondo la connessione di esse". A questo proposito si è portati generalmente a far riferimento all'insieme di due elementi, il grammaticale e il sintattico, il primo concernente l'accertamento del significato di ogni singola parola ed il secondo la costruzione sintattica della proposizione linguistica che la norma giuridica esprime.

Quel che poco convince, nell'ipotesi a cui si è fatto appena cenno, è il fatto che sembra volersi dar luogo a una scissione di questa iniziale fase, in due momenti, in guisa che "il significato proprio" delle parole preceda l'indagine sulla connessione di esse. Viene da chiedersi, altresì, se per significato proprio si debba intendere il significato che la parola ha nel comune linguaggio,<sup>118</sup> ovvero quello tecnico che in molti casi dal primo tende a discostarsi.<sup>119</sup>

Ciò nonostante, non sembra si sia rilevato con chiarezza che l'espressione "significato proprio delle parole" non opera in quanto tale, ma è generalmente collegata — nel più ampio contesto della proposizione — all'altra "secondo la connessione di esse", e, quindi, a nostro sommo avviso, non può essere isolata. Né tanto meno può assumere un senso compiuto indipendentemente da questa. Con che si vuole significare che più che parlare di "significato delle parole" e di "connessione di esse", come se si trattasse di due momenti differenti, sembrerebbe più utile soffermarsi sul significato che assumerebbero le parole nella connessione. Le parole, d'altra parte, si sa, potrebbero assumere diversa

---

<sup>118</sup> Cfr. BARBERO, *Sistema*, cit., p. 88 il quale avverte che "...il legislatore ordina prima di tutto all'interprete di stare al significato *proprio* delle parole, indicandogli così che le parole della legge sono state adottate nel loro significato *proprio*, cioè *meno peregrino*.

<sup>119</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale*, cit., I, p. 97, per il quale "...i termini giuridici vanno considerati *non isolatamente* e singolarmente, ma come le componenti di proposizioni verbali (*connessione delle parole...*), le quali proposizioni sono il mezzo con cui le norme esprimono i divieti o i precetti.

portata a seconda del contesto linguistico nelle quali sono collocate.

Questo modo di ragionare non solo ci consente di guardare sotto una luce diversa la prima parte dell'art. 12 delle preleggi, ma ci consente, altresì, di rendere conto in modo più soddisfacente su quel termine "proprio" sul quale molto spesso si è discusso e non sempre in modo costruttivo.

La frase avrebbe sicuramente avuto altrettanto senso compiuto se solo il legislatore avesse parlato, più semplicemente, di "significato delle parole nella connessione di esse". Quel "proprio", di cui tanto si discute e che, almeno in apparenza, nulla aggiunge alla proposizione, potrebbe avere un significato più ampio rispetto a quello che la dottrina gli attribuisce: "poiché le parole talvolta possono avere diverse accezioni sia nel linguaggio comune, sia nel linguaggio tecnico (giuridico), l'interprete deve tener conto, tra le varie accezioni possibili, di quella "propria" che le parole assumono nella (o secondo la) connessione nella quale vengono a trovarsi con le altre parole".<sup>120</sup>

Una soluzione come quella appena accennata potrebbe risultare di indubbio merito nella spiegazione del primo precetto dell'art. 12 — che in molti hanno additato come addirittura superfluo<sup>121</sup> — nella misura in cui il termine "proprio" venga riferito, come abbiamo già avuto modo di dire, non già al significato che ogni parola potrebbe assumere quando è singolarmente presa, quanto piuttosto al significato che la stessa parola *riceve* dalle altre parole che della proposizione fanno parte se non addirittura nell'insieme del testo ove le parole e le proposizioni da esse formate sono inserite. Quel che qui è importante sottolineare è che il significato delle parole sia fatto derivare dall'incontro con la particolare terminologia tecnica propria di ciascun ramo del diritto piuttosto che dal rapporto con un generico quanto enigmatico linguaggio giuridico.

Da questo punto di vista assume diversa connotazione lo strumento letterale, in special modo per l'attività di interpretazione della Costituzione che, come si sa, si presenta sotto un duplice

---

<sup>120</sup> In questo senso, cfr. DE RUGGIERO, *Istituzioni*, cit., p. 126.

<sup>121</sup> Cfr. BARBERO, *Sistema*, cit., p. 87. Con riferimento all'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865 si veda BOBBIO, *L'analoga nella logica del diritto*, cit., p. 125 ss.

aspetto: da una parte contiene espressioni improntate ad un particolare significato tecnico proprio della materia regolata; dall'altra ripropone concetti tipici di altri rami del diritto.

Alla c.d. 'interpretazione logica' la dottrina ha assegnato il compito di controllare e di verificare i risultati ai quali è pervenuta l'interpretazione letterale;<sup>122</sup> di conseguenza, potremmo dire che essa altro non dovrebbe essere che una sorta di indagine volta al confronto, da un punto di vista squisitamente logico, tra l'intenzione del legislatore e le parole utilizzate. In ciò è contenuta, in maniera evidente, l'idea di una separazione, cronologicamente parlando, fra due momenti dell'attività dell'interprete; tale idea si accentua ulteriormente nel momento in cui si afferma che il risultato del secondo strumento può condurre a modificare, in senso estensivo o restrittivo, quello dell'interpretazione letterale,<sup>123</sup> con ciò rendendo, paradossalmente, pensabile uno schema dotato di due distinti risultati, il primo dei quali, l'interpretazione letterale, inteso come attività che può svolgersi anche senza l'ausilio della logica, la quale, al contrario, e se ve ne fosse bisogno, interverrebbe successivamente per verificare e modificare il risultato!<sup>124</sup>

Su un piano ben diverso e, in verità, molto più credibile, si pone la tesi di chi sostiene che l'interpretazione logica è immanente

---

<sup>122</sup> Cfr. BELLAVISTA, *L'interpretazione*, cit., p. 58; DE RUGGIERO, *Istituzioni*, cit., p. 128; MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 98.

<sup>123</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale*, cit., pp. 98 e 104.

<sup>124</sup> Non sembra fuori luogo un accostamento, sia pure superficiale, di queste posizioni a quelle che si traducevano nel noto brocardo *in claris non fit interpretatio*, sul quale non vi è Autore che non abbia infierito e che non infierisca ancora, nonostante ne sia stata fatta giustizia ormai da molto tempo.

La tendenza a considerare prevalente l'interpretazione letterale va fatta risalire a DE VATTTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, II, Amsterdam, 1755, p. 263; e si ritrova in LAURENT, *Principi di diritto civile*, (prima traduzione italiana a cura di TRONO), Napoli, 1879, I, p. 304 ss; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., I, p. 65 ss; nella dottrina italiana, sia pure con diverse sfumature, cfr. BIANCHI, *Principi generali sulle leggi*, Torino, 1888, p. 968 ss; MORTARA, *Commentario*, cit., I, p. 72 ss; per ciò che concerne la legislazione penale il principio trova fedele applicazione in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, pp. da 17 a 19.

all'interpretazione letterale, tanto da potersi parlare di una unica interpretazione, letterale e logica insieme.<sup>125 126</sup>

La dottrina fa riferimento, essenzialmente, a tre strumenti mediante i quali 'agisce' l'interpretazione logica: lo strumento storico, quello teleologico e, infine, quello sistematico, mediante i quali la norma giuridica viene analizzata sotto i differenti profili, rispettivamente, della sua formazione, in rapporto agli scopi che con essa si intendono perseguire e, infine, nel suo rapporto con le altre norme vigenti del sistema.

### 5.1. Tecniche interpretative e "specificità" della Costituzione

Per ciò che attiene, in particolare, l'interpretazione delle norme della Costituzione possiamo dire che i due strumenti (storico e teleologico) non si atteggiano, quanto alla loro funzione, in maniera sostanzialmente diversa rispetto al loro operare nei confronti di tutte le altre norme giuridiche di rango inferiore. Tuttavia, essi risentono in un qualche modo, come abbiamo già visto, della particolare materia sulla quale operano. Altra, e ben diversa cosa, è il rilievo che assume il criterio sistematico tanto da poterlo considerare, per anticipare argomenti che saranno oggetto di una tratta-

---

<sup>125</sup> La gran parte degli Autori che si sono interessati del problema possono annoverarsi fra i sostenitori di questa tesi. Fra i tanti, cfr., almeno, MOLTENI, *Influenza dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della legge*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, p. 387; GALLONI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 119; MARZANO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 30.

<sup>126</sup> Per la nozione di "logica" e di "logica giuridica", nonché per i criteri di applicazione della logica al discorso giuridico, e segnatamente all'interpretazione giuridica, cfr. GAVAZZI, *Logica giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino 1963, p. 1062 ss; KALINOWSKY, *Logica del diritto (lineamenti generali)*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 7 ss; GIULIANI, *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, *ivi*, p. 13 ss.

BOBBIO, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 92, parla di "logica giuridica in senso stretto, cioè di logica applicata al diritto, in due modi: come logica delle proposizioni normative e come indagine sul ragionamento dei giuristi". Per una esauriente analisi degli argomenti dei giuristi (*a contrario*, *a simili* o analogico, *a fortiori*, *a complementum*, *a coherencia*, ecc.), cfr., per tutti, TARELLO, *I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione*, in *Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 425 ss; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 341 ss.

zione successiva, un vero e proprio principio particolare, caratterizzante, in quanto tale, l'interpretazione costituzionale. E, non a torto, più che di un criterio o di uno strumento interpretativo, si è parlato di una *interpretazione sistematica*, in quanto proprio in riferimento alla Costituzione la sistematicità è da assumersi non come un semplice metodo di lavoro per l'interprete, bensì come una caratteristica essenziale, nel senso che l'interpretazione, anche delle singole norme è sempre e necessariamente interpretazione dell'intero sistema costituzionale.

Per "intenzione del legislatore", *ex art.* 12 delle preleggi, si deve intendere, con ciò conformandosi alle posizioni prevalenti in dottrina, sia l'indagine sulla formazione della norma che l'accertamento della *ratio* di essa, ovverosia ciò che, *prima facie*, sembra essere lo scopo pratico che con la stessa norma si intende perseguire;<sup>127</sup> l'intenzione del legislatore, quindi, rientrerebbe tanto nello strumento storico quanto, per altri aspetti, in quello c.d. razionale (o teleologico).

La questione che più ha appassionato la dottrina è quella che fa riferimento al significato che deve darsi alla locuzione "intenzione del legislatore".

Se in un primo momento si propendeva verso posizioni storico-soggettive, per le quali l'interpretazione andava vista come quella attività finalizzata alla ricerca dell'intenzione del legislatore-persona, ossia dell'organo che, concretamente, aveva posto in essere la norma,<sup>128</sup> successivamente si fece strada la teoria — molto apprezzata in dottrina — secondo la quale quella che era necessario ricercare e individuare non è, *sic et simpliciter*, la volontà dell'autore

---

<sup>127</sup> Cfr. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978, spec. p. 101 ss.

<sup>128</sup> Su tale indirizzo si veda, innanzi tutto, JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung*, cit., p. 163 ss; in lingua italiana cfr. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, cit., pp. 18 ss e 103 ss, il quale sostiene che "l'interpretazione vera è quella soggettiva" che consiste nella ricerca del senso attribuito alla dichiarazione normativa dal "suo autore-persona fisica"; BARBERO, *Istituzioni*, cit., p. 89; LEONE, *Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge*, cit., p. 502, secondo cui "l'intenzione del legislatore... non può essere ridotta all'indicazione della sola *ocasio legis*, al ruolo di un mero precedente storico; ma va, all'opposto, contrassegnata come l'indicazione di quello che il legislatore volle".

della norma giuridica, quanto, piuttosto, la volontà “oggettivata” nei precetti.<sup>129</sup>

Il primo degli indirizzi suddetti si riallaccia, sotto il profilo storico, alla c.d. ‘scuola dell’esegesi’, nata, come è noto, nella Francia del XIX secolo, che riconosceva valore al diritto solo in quanto posto in essere dallo Stato. Per gli esponenti di tale corrente di pensiero l’interpretazione altro non era che la ricerca dell’intenzione (*ergo*, la volontà) del legislatore.<sup>130</sup>

La dottrina c.d. ‘oggettiva’, al contrario, deve le sue origini alle elaborazioni degli storicisti, i quali, ribaltando le concezioni volontarimperativistiche della legge, andavano affermando una concezione del diritto come il prodotto della coscienza popolare, che “cresce col popolo, prende forma con esso, e alla fine muore quando il popolo ha perduto la sua personalità”.<sup>131</sup>

Secondo tale impostazione dottrinarica, per diritto si deve intendere l’effettiva volontà del popolo che si evolve con l’evolversi di questo; esso (il diritto) è costantemente “una forza interiore operante tacitamente e non l’arbitrio di un legislatore”.<sup>132</sup>

Le norme giuridiche sono l’espressione dello “spirito del popolo”<sup>133</sup> che, in quanto emanate, valide e vigenti, si separano, in via definitiva, dal pensiero del legislatore e vivono di luce propria come unità indipendenti, evolvendosi unitamente all’ordinamento

---

<sup>129</sup> Su questa linea converge la quasi totalità della dottrina degli ultimi decenni. Cfr., per tutti, COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 65, il quale sostiene che “quello che si dice spirito o senso della legge, non è la volontà del legislatore, ma la volontà della legge considerata oggettivamente, come un ente a sé, dotato di forza propria”; DE RUGGIERO, *Istituzioni*, cit., p. 130, secondo cui “si stacca... la volontà della legge dalla persona del suo autore ed obbiectivandosi si erige in entità autonoma vivente di vita propria...”; CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell’interpretazione*, cit., p. 669, nota 1, con ampi riferimenti bibliografici; MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 94 e 98; PIERANDREI, *L’interpretazione della Costituzione*, cit., p. 162 ss; GRASSO, *Appunti sull’interpretazione*, cit., p. 42.

<sup>130</sup> Cfr. AUBRY, RAU, *Cours de droit civil français*, sesta edizione a cura di BARTIN, Paris, 1935; BONNECASE, *L’Ecole de l’exégèse en droit civil*, Paris, 1924.

<sup>131</sup> Cfr. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1828, p. 79.

<sup>132</sup> *Op. loc. ult. cit.*, p. 81.

<sup>133</sup> Il concetto di “spirito del popolo” (*Volksgeist*), venne introdotto per la prima volta da PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828, I, 1, p. 3 ss, e successivamente ripreso in SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, I, p. 15.

giuridico del quale esse sono parte subendo, altresì, l'influenza di quei mutamenti che si susseguono nell'ambiente sociale.<sup>134</sup>

Gli atteggiamenti testé rammentati caratteristici di coloro i quali, anche successivamente, si ispirarono alla dottrina storicistica, rappresentarono, per così dire, la base metodologica per quella che venne definita l'“interpretazione storico-evolutiva”. Essa trovò proprio nella teoria oggettivistica<sup>135</sup> il suo contraltare che però, in verità, se era servita ad affrancare l'interprete dalla volontà del legislatore, lo aveva vincolato alla “volontà della legge”, cioè a un contenuto cristallizzato in una formula astratta, ad una “volontà obiettiva”, che si presentava pur sempre come un “dato” preesistente all'interpretazione stessa, insuscettibile di modificazioni a opera dell'interprete.

Lo stesso “dogma” della volontà legislativa, nonostante i pieni consensi che ricevette in dottrina, cominciò a dare i primi segni di una irreversibile decadenza nel momento in cui alla concezione volontaristica si sovrappose quella che potremmo definire, per brevità, una concezione finalistica e pragmatica del diritto e alla *mens legis* si sostituì l'assunto fondamentale di ‘scopo’ del diritto.<sup>136</sup>

Una tale concezione è portata avanti, come è noto, dallo Jhering seconda maniera, per il quale per ‘scopo’ si deve intendere lo scopo sociale, il quale è connaturato alla società, piuttosto che le finalità perseguite dal legislatore nel momento in cui questi emana l'atto normativo. Cambia, altresì, il concetto stesso di società, la

---

<sup>134</sup> Per questi indirizzi che furono una diretta derivazione delle concezioni del Savigny e del Puchta, cfr., nella dottrina tedesca, tra gli altri, BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 456 ss; ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903; HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestrene*, in *Deutsche Juristen Zeitung*, X, 1905, p. 1140 ss; KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906; EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1913.

Nella dottrina francese questi atteggiamenti presero corpo nella ben nota teoria dell'interpretazione storico-evolutiva di cui si è già detto in precedenza. Cfr., fra gli altri, GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., III, p. 330 ss; PERCEROU, *A propos d'un nouveau livre sur “La méthode d'interprétation et sources en droit privé positif”*, in *Annales de droit commercial*, 1900, p. 145 ss; SALAILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, I, p. 482 ss; ID., *Les méthodes d'enseignement du droit et l'Education intellectuelle de la jeunesse*, in *Rèforme sociale*, 1902, II, p. 321 ss; MALLIEUX, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, 1908, p. 79 ss.

<sup>135</sup> Cfr., sul punto, PARESCHE, *Interpretazione*, cit., p. 226 ss.

<sup>136</sup> Cfr. ancora PARESCHE, *Interpretazione*, cit., p. 228.

quale non può che rappresentare una “unione di più persone che si sono vincolate per il conseguimento di uno scopo comune”.<sup>137</sup>

Questa linea di pensiero fu immediatamente recepita dalla scuola che fu detta della ‘giurisprudenza degli interessi’ (*Interessenjurisprudenz*) che individuò come scopo della scienza giuridica nonché della pratica stessa del diritto, l’“appagamento dei bisogni della vita, dei desideri e delle tendenze appetitive esistenti nella comunità giuridica, sia materiali sia ideali”, mentre le leggi debbono essere riguardate come “le risultanti degli interessi di carattere materiale, nazionale, religioso ed etico che in ogni comunità giuridica si affrontano e lottano per essere riconosciuti”.<sup>138</sup> Le stesse leggi, quindi, non rappresenterebbero una ‘delimitazione degli interessi’, ma sarebbero il ‘prodotto degli interessi volta a volta in gioco’ tanto da rendere necessaria una duplice individuazione: quella degli interessi che fungono da causa dell’emanazione, nonché quelli che vengono presi in considerazione, a qualsiasi titolo, nella decisione del caso concreto. Con che si vuole senz’altro affermare che per ‘volontà’ di una norma giuridica non deve intendersi un comando, ovvero un imperativo, bensì “il criterio normativo per la valutazione di quegli interessi e per la composizione dei conflitti che tra interessi possono sorgere”.<sup>139</sup>

Da un punto di vista metodologico, il ricercare il motivo di una legge finisce per accreditare, anche nel nostro Paese, il c.d. indirizzo teleologico dell’interpretazione. La riflessione sulla *ratio legis*, intesa nella sua duplice accezione, di “principio superiore di diritto da cui una disposizione è derivata come conseguenza”, e di “scopo pratico che la legge si propone di perseguire”, finisce per essere qualificata come strumento dell’interpretazione persino da chi, come i sostenitori della dottrina dogmatica della volontà legislativa, l’avevano fino ad allora fortemente avversata.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Cfr. JHERING, *Der Zweck im Recht (1877-83)*, terza edizione, Leipzig, 1893, I, p. 87.

<sup>138</sup> Cfr. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, ora anche nell’edizione a cura di DUBISCHAR, Berlino-Zurigo, 1968, pp. 49 e 52.

<sup>139</sup> Cfr. HECK, *Gesetzesauslegung*, cit., p. 53 ss. Del medesimo Autore cfr., altresì, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912, nonché *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, ora entrambi nell’edizione curata da DUBISCHAR citata nella nota che precede.

<sup>140</sup> Cfr. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 72.

Il concetto di *ratio legis* viene definito come la “ragion sufficiente” di una norma giuridica, che consiste in ciò per cui la normalità “è e senza di cui non sarebbe”<sup>141</sup> e che da altri viene intesa “o come ragione di esistenza della legge o come ragione della sua verità, identificandosi nel primo caso col principio di causalità e nel secondo col rapporto di fondamento (principio) a conseguenza”.<sup>142</sup> Le critiche che la dottrina successiva ha mosso nei confronti dei sostenitori della teoria dogmatica della *voluntas legis*<sup>143</sup> hanno avuto come conseguenza quella di fornire più ampio spazio al concetto di *ratio legis* e — eccezion fatta per qualche voce dissonante<sup>144</sup> — a porre con maggiore enfasi l’accento sull’elemento teleologico in quanto strumento indispensabile dell’interpretazione.<sup>145</sup> In tale prospettiva, per intenzione del legislatore si deve intendere “il problema pratico, del quale la norma da interpretare rappresenta la soluzione”;<sup>146</sup> sulla scorta della postulazione del concetto per cui nella norma non vi sarebbe una volontà, bensì una sorta di criterio

---

<sup>141</sup> Così si esprime BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, cit., p. 104; ID., *Analogia*, in *Noviss. Dig. It.*, I-1, Torino, 1957, p. 601 ss.

<sup>142</sup> Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit. p. 166.

<sup>143</sup> Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 261, il quale afferma che “a comprendere esattamente in che consista, in generale, il senso della legge, ossia quella che le fonti romane chiamano la *vis ac potestas* o la *mens legis*, ha fatto e fa tuttora ostacolo un vieto e tenace pregiudizio volontaristico tendente a concepire la legge come la “manifestazione di una volontà” cristallizzata ed esaurita in se stessa. Una inconsapevole concezione antropomorfa radicata nell’inerzia mentale e avversa all’autocritica induce, infatti, i giuristi a raffigurarsi la legge secondo un pregiudizio psicologistico, siccome sorretta da una impersonalità a somiglianza di un uomo reale che decide e comanda; e di conseguenza li induce a raffigurarsi la stessa norma come un “comando” o un “imperativo””.

Sullo stesso tono QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 224, che critica l’antropomorfizzazione della legge (operata dalla dottrina tedesca) che viene concepita “come dato obiettivo, staccato dalla mente del suo autore storico” e fatta apparire “come portatrice di una propria volontà, di propri fini, di una propria ragione, di propri sentimenti e di ideologie che naturalmente ognuno può leggersi a suo modo...”. E parla di tentativo di disantropomorfizzazione a proposito di quanto rileva il COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 65, secondo cui il legislatore avrebbe “la semplice funzione di mezzo per formare la legge”.

<sup>144</sup> Cfr. RUBINO, *La valutazione degli interessi nella interpretazione della legge*, in *Foro it.*, 1949, IV, p. 4 ss; ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Padova, 1950, p. 461 ss.

<sup>145</sup> Cfr. PIERANDREI, *L’interpretazione*, cit., spec. p. 169 ss; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1973, p. 119 ss; LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., pp. 45 e 1011.

<sup>146</sup> Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 265.

valutativo dei vari interessi, si è anche affermato che l'“intenzione del legislatore va intesa come scopo che la legge intende perseguire, cioè come obiettivo della attuata valutazione di interessi”.<sup>147</sup>

Da altra angolazione la si intende come ‘volontà normativa’, come, cioè, “quella che si è obiettivata nella norma e che è ricostruibile attraverso l'individuazione degli interessi concreti risolti e tutelati nella e con la soluzione legislativa considerata”.<sup>148</sup>

La dottrina — che unanimemente intende in tal modo il concetto di ‘intenzione del legislatore’ — di fatto dedica scarsa importanza al momento soggettivo della formazione della legge o anche alle motivazioni dello stesso legislatore, pervenendo, così, a uno svuotamento dello strumento storico dell'interpretazione.

Possiamo, in questo caso, accennare a quei numerosi studiosi che non si stancano di evidenziare le differenze esistenti fra *ratio legis* e *ocasio legis*, dove per *ocasio legis* deve intendersi l'insieme delle circostanze particolari e contingenti che determinarono la formulazione e l'emana-zione della legge; questa stessa dottrina sembra non rendersi conto che comunque tale concetto finisce per avere scarso rilievo ai fini interpretativi.

Vi sono altri che assegnano ai cc.dd. lavori preparatori il valore di semplice precedente storico<sup>149</sup> e alla loro analisi una funzione ‘comparativa’ fra la nuova e la passata interpretazione.<sup>150</sup>

Altri ancora, infine, hanno puntualizzato — sia pure con riferimento ad aspetti particolari — l'idea della importanza di tali lavori preparatori,<sup>151</sup> nonché del ruolo ricoperto dalla c.d. ‘interpretazione estrinseca’ — intesa come la ricerca di soluzioni riflettendo

---

<sup>147</sup> Cfr. CARBONE, *L'interpretazione*, cit., p. 14.

<sup>148</sup> Cfr. GRASSO, *Appunti sull'interpretazione*, cit., p. 42.

<sup>149</sup> Cfr. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 74; BETTI, *Interpretazione delle leggi*, cit., p. 262, ed *ivi*, nella nota 6, ampi riferimenti bibliografici; PALADIN, *Lavori preparatori*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 48 ss e gli Autori *ivi* richiamati nella nota 3. Per alcune testimonianze della funzione di mezzo sussidiario dell'interpretazione assegnata ai lavori preparatori, nonché della concezione antropomorfica della legge, ritenuta portatrice di una volontà propria, “oggettiva”, cfr. Cass. Civ., 13 marzo 1975, n. 936, in *Mass. Giur. it.*, 1975, 253; Cass. Civ., 19 maggio 1975, n. 1955, in *Mass. Giur. it.*, 1975, 542, anche in *Foro it.*, 1975, I, 2244.

<sup>150</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 167; GIACOMETTI, *Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung*, Tübingen, 1925, p. 17 ss.

<sup>151</sup> Cfr. MOLTENI, *Influenza dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della legge*, cit., spec. p. 390 ss; LEONE, *Aspetti costituzionali dell'interpretazione*, cit., spec. p. 502 ss.

su elementi extranormativi, quali sono i lavori preparatori — specie se considerati sotto l'aspetto finalistico e teleologico.<sup>152</sup>

Nella interpretazione costituzionale l'indagine sulla c.d. 'intenzione del legislatore' assume una connotazione particolare, poiché essa tende, in questo caso, in primo luogo alla identificazione (e conseguente valutazione) delle condizioni politico-culturali-ideologiche che, storicamente, sono all'origine delle Costituzioni (e in questo senso, particolare rilievo deve essere dato all'elemento storico)<sup>153</sup> e, in secondo luogo, all'accertamento della influenza dei principi politici, che si sono tradotti, da un punto di vista giuridico, nella Costituzione, nonché, infine, a quella che potremmo definire la individuazione delle esigenze e degli interessi fondamentali che in essa hanno trovato strumenti di tutela effettiva; sotto quest'ultimo aspetto, grande rilievo assume l'elemento teleologico, nel senso in cui ne abbiamo più sopra riferito.

L'utilizzazione dei due strumenti (storico e teleologico) nell'attività interpretativa avente a oggetto le norme della Costituzione, va tuttavia inquadrato in una logica lievemente diversa da quella che potrebbe impiegarsi qualora si lavorasse su altre norme giuridiche. Infatti, è importante sottolineare che quel che si interpreta delle norme costituzionali non è solo il loro contenuto così come si è 'cristallizzato' nelle varie formule, bensì anche tutto quel complesso insieme di valori storici, politici e ideologici che sono, come si è già più volte detto, all'origine della Costituzione e che, in pari tempo, fino a quando essi trovano un ben che minimo riscontro nella comunità sociale, non sarebbero del tutto estranei al contenuto delle norme, ma anzi ne sono parte integrante per essersi tradotti in esse sul piano positivo.

In un contesto simile una ricerca sulle intenzioni del legislatore storico e sulla situazione politica e sociale dalla quale ha avuto origine la Costituzione, sembra possa positivamente superare, da un punto di vista metodologico, quelle che sono le obiezioni che generalmente vengono contrapposte alla interpretazione che fa uso

---

<sup>152</sup> Cfr. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., p. 45.

<sup>153</sup> Cfr. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 180 ss; BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, p. 54, il quale annette particolare importanza, nell'interpretazione costituzionale, allo strumento storico, basato "sui lavori preparatori e in genere sulle origini del potere costituente e sulla evoluzione storica dei principi "programmatici"".

degli elementi soggettivi, nonché dei motivi ‘contingenti’ che hanno determinato l’emanazione dell’atto. Conseguentemente, sembra a chi scrive che, in un caso del genere, possa assumere un certo rilievo il c.d. strumento storico, mediante il ricorso sia ai lavori preparatori, che a quell’insieme di fattori extragiuridici che indubbia influenza hanno avuto nel processo formativo della Costituzione.

È stato sottolineato comunque — come voce critica nei confronti dell’indirizzo soggettivo riferito anche alla interpretazione costituzionale — l’impossibilità di risalire, mediante l’esame dei lavori preparatori, alle intenzioni “da cui venne animata l’Assemblea Costituente nell’enunciare le diverse disposizioni”, e, più in generale, si è detto “come non si possa parlare di una precisa intenzione del legislatore, perché le maggioranze delle assemblee sono per lo più animate da motivi differenti nell’approvare i vari precetti.”<sup>154</sup>

Tuttavia, è necessario chiarire fin da subito che quando si parla di indagine storiografica avente a oggetto l’intenzione del legislatore costituente, non si intende, ovviamente, la ricerca sulla manifestazione di volontà di ogni singolo membro dell’assemblea e neppure la somma aritmetica delle singole volontà meccanicamente intesa, bensì l’indagine su quello che potrebbe definirsi ‘il punto di incontro’ (*ergo*, il punto di fusione) delle varie opinioni, molto spesso contrastanti, espresse nella stessa assemblea.

Potremmo, di conseguenza, identificare detto punto di incontro con la decisione (ovvero, le decisioni) che, di fatto, si sarebbero tradotte nelle diverse norme, ma, come vedremo, non è così o, quanto meno, non lo è in senso assoluto.

La dottrina ha molte volte discusso sul carattere ‘compromissorio’ della nostra Costituzione nonché sulla natura ‘pattizia’ (per usare un linguaggio molto caro agli internazionalisti) di molte delle sue norme, giustificando, correttamente, un tale atteggiamento con l’assunto delle differenti ideologie ispiratrici; d’altra parte, è necessario tener conto del fatto che queste stesse diverse (e spesso contrapposte) posizioni e i conflittuali interessi da esse derivate, hanno trovato una compensazione e un equilibrio proprio in una originale concezione politica della vita dello Stato e della collettività; “e gli opposti orientamenti politici hanno trovato il loro

---

<sup>154</sup> Cfr. PIERANDREI, *L’interpretazione*, cit., p. 164 e 166.

punto di incontro in quello che potremmo definire come lo spirito informatore della Costituzione”.<sup>155 156</sup>

L’attività che prende a riferimento i lavori preparatori deve, giocoforza, tendere non già all’accertamento del significato di ogni singolo enunciato normativo così come lo intendevano i vari gruppi politici che nelle diverse occasioni occorse abbiano rappresentato la maggioranza, quanto piuttosto alla dimostrazione dell’esistenza di valori comuni a tutte le ‘ideologie’ presenti in Assemblea Costituente e realizzatesi, successivamente, nel testo. La stessa ricerca deve avere la funzione di chiarificazione dell’apporto che ciascuna forza politica ha dato alla composizione della Costituzione. Ciò consentirebbe da una parte di individuare i principi politici che si sono tradotti in analoghi principi costituzionali, e dall’altra di valutare la effettiva partecipazione delle varie componenti politiche e sociali alla instaurazione del sistema.

Vi è chi ha affermato che la Costituzione sarebbe “il risultato di un compromesso tra le diverse forze politiche che concorsero a formarla e che al suo interno convivono più anime scarsamente conciliabili tra loro”,<sup>157</sup> trascurando, peraltro, la considerazione che proprio ciò, lungi dall’atteggiarsi come un aspetto negativo della Costituzione, si erge a elemento qualificante di essa nella misura in cui rappresenta la partecipazione di tutte le forze sociali alla instaurazione e alla difesa di un ordine costituzionale fortemente

---

<sup>155</sup> Di “spirito democratico della Repubblica” parla l’art. 52, ult. comma, Cost. Allo “spirito della Costituzione” accenna più volte la Corte costituzionale: cfr. Sent. n. 2 del 1956, in *Giur. cost.*, 1956, p. 565; Sent. n. 121 del 1957, *ibidem*, p. 1099.

<sup>156</sup> Cfr. MARANINI, *Origini dell’insufficienza della nostra Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, IV, p. 416, il quale afferma che “qualunque legge e qualunque Costituzione esprime un compromesso; la legge è per definizione composizione di interessi, compromesso”. E quando vuole riferirsi alla nostra Costituzione dice “ma, in fondo, i costituenti nella loro discordia erano d’accordo. Poiché nessuno dei due grandi schieramenti era in grado di prevedere chi avrebbe tenuto il Governo nell’immediato domani, comune era la preoccupazione di creare un sistema di garanzie efficaci: né altro è lo scopo di una Costituzione politica, nel senso liberale e moderno della parola”.

<sup>157</sup> Cfr. FERRAJOLI, nella già citata *replica*, in *L’uso alternativo del diritto*, II, p. 288. Nello stesso senso cfr. AGNOLI, *I pericoli del riformismo giuridico: il depotenziamento della lotta di classe, ivi*, p. 225 ss, il quale parla del carattere “ambiguo e compromissorio” della Costituzione.

voluta in quanto ispirato al principio democratico che rappresenta il cardine della concezione politica dello Stato.

Da questo punto di vista non può non riconoscersi alla ricerca sui lavori preparatori importanza ben più grande di quella che normalmente le viene assegnata, non foss'altro che per la sua funzione di acclaramento di quella *volontà sociale* di cui i singoli e i gruppi politici furono, senza dubbio, portatori. Volontà sociale intesa come sintesi di valori, sentimenti e aspirazioni comuni che si sono tradotti, sul piano normativo, nei principi costituzionali.

Analogamente, lo strumento dell'intenzione del legislatore (volto ad accertare la *ratio* delle norme costituzionali) deve essere visto come idoneo alla individuazione delle esigenze ritenute fondamentali nel particolare periodo storico e sociale nel quale vide la luce la nostra Costituzione. Secondo alcuni esso dovrebbe accertare, altresì, "la portata della norma in rapporto agli interessi che appaiono prevalenti nel momento in cui questa viene presa in esame".<sup>158</sup>

Ma al di là di quello che è stato indicato come lo scopo pratico o la funzione particolare della norma, l'indagine deve tendere a individuare la *ratio* comune a tutti i precetti costituzionali, ovvero quella che può dirsi la funzione propria della Costituzione, considerata nel suo insieme, e non già soltanto nelle singole norme.

"Se nella Costituzione si è realizzata una determinata concezione politica dello Stato e della società, cui si connette un certo modo di intendere l'organizzazione della vita della collettività e il sistema dei rapporti sociali, la principale funzione della Costituzione deve essere appunto quella di tradurre sul piano giuridico i principi cui tale concezione è ispirata e di garantirne la concreta attuazione".<sup>159</sup>

Passiamo ora ad esaminare quelli che abbiamo già definito come i cc.dd. 'mezzi di integrazione'.

Per analogia giuridica si deve intendere, come la dottrina migliore ha ampiamente sottolineato, quel procedimento logico mediante il quale l'interprete "attribuisce ad un caso o ad una materia che non trovano regolamentazione espressa nell'ordinamento giuridico la stessa disciplina prevista dal legislatore per un caso o una

---

<sup>158</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 172.

<sup>159</sup> Cfr. CHIARELLI, *Il concetto di "regime"*, cit., p. 208.

materia simili”<sup>160</sup>. La similitudine tra due casi concreti, onde la disciplina prevista per uno di essi divenga estensibile all’altro, consiste nella comunanza di un elemento che è costituito dalla ragion sufficiente; poiché essa va identificandosi con quella che viene indicata come *ratio legis*, allora dobbiamo ragionevolmente concludere “per la legittimità dell’estensione della disciplina del caso espresso al caso non espresso, quando entrambi abbiano *l’eadem ratio*, ossia abbiano in comune la *ratio legis*”<sup>161</sup>.

Sulla questione, invero molto dibattuta, che inerisce al fondamento giuridico dell’ausilio all’analogia in quegli ordinamenti ove non siano presenti norme che esplicitamente autorizzino una procedura siffatta, sono state espresse diverse opinioni. Vi è chi sostiene che tale fondamento è rinvenibile in “una norma non scritta implicita nel sistema” di un determinato ordinamento giuridico;<sup>162</sup> e chi, al contrario, ritiene l’analogia inammissibile quando essa non sia espressamente prevista dalla legge.<sup>163</sup> Altri ancora, infine, la ritengono ammissibile sempre e, anzi, escludono che vi sia bisogno di “una particolare dichiarazione della volontà legislativa” poiché tale procedimento “costituisce un mezzo naturale di integrazione del diritto”, “sempre implicito in ogni ordinamento”.<sup>164</sup>

Nel nostro ordinamento un problema di tal genere non si pone. Come è noto, la possibilità di ricorrere all’analogia è prevista — ove si tratti di casi per i quali non sussista una regolamentazione

---

<sup>160</sup> Così si esprime BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. Dig. It.*, I-1, Torino, 1957, p. 602. Una struttura logica identica a quella dell’analogia viene riconosciuta alla c.d. interpretazione estensiva che, come è noto, è il procedimento mediante il quale il contenuto di una norma viene esteso a casi non previsti. Ma all’analogia e alla interpretazione estensiva vengono assegnate funzioni diverse: la prima, infatti, ha funzione integratrice, la seconda funzione interpretativa (Bobbio, p. 605).

<sup>161</sup> *Op. loc. ult. cit.*, p. 603.

<sup>162</sup> *Op. loc. ult. cit.*, p. 604.

<sup>163</sup> Cfr. DONATI, *Il problema delle lacune*, cit., p. 44 ss; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 85 ss.

<sup>164</sup> Cfr. DE RUGGIERO, *Istituzioni*, cit., p. 140 ss; BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 164. Nello stesso senso CAIANI, *Analogia*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 353 ss, il quale rileva che il Donati nel suo scritto che si cita nella nota che precede sarebbe incorso in una contraddizione in quanto, pur dopo aver sostenuto la necessità dell’autorizzazione legislativa, ha affermato che l’analogia appartiene “al normale processo di interpretazione”, e, quindi, in questo ordine di idee, si imporrebbe — secondo il Caiani — “non solo per l’analogia ma anche per la stessa interpretazione una esplicita dichiarazione di volontà legislativa”.

esplicita mediante una precisa ‘disposizione’ di legge — all’art. 12 delle preleggi il quale, peraltro, riprende la tradizionale suddivisione fra analogia *legis* e analogia *juris*, la prima intesa come il ricorso a una norma o a un insieme di norme che disciplinano casi simili o materie analoghe al caso — non contemplato — da regolare; e la seconda come il ricorso ai principi generali del diritto che si desumono dal sistema giuridico considerato nel suo insieme. Si è detto, a questo proposito, che una terminologia siffatta risulta per certi versi anacronistica, onde piuttosto che parlare di analogia *juris*, sia più corretto fare riferimento alla locuzione ‘ricorso ai principi generali del diritto’, dando conto, così, al sostanziale distinguo che intercorre fra essi, trattandosi di due procedimenti logici diversi. Il ricorso ai principi generali si distinguerebbe dal processo analogico per il fatto che “tra il caso non regolato e il principio generale invocato per regolarlo non intercorre il rapporto di somiglianza intercorrente tra caso e caso, tra materia e materia, ma il rapporto di sussunzione tra la specie e il genere” e tali strumenti pur essendo dotati di “identica funzione (integratrice)” hanno “struttura logica diversa”.<sup>165</sup>

Tale distinzione è stata sottoposta a critica sul punto della differenza che si pretende intercorra tra analogia *legis* e analogia *juris*, in quanto rapporti “rispettivamente tra due particolari, e un particolare e un universale”, laddove solo impropriamente il ragionamento per analogia *legis* stabilirebbe un rapporto del genere, in quanto il fondamento di esso starebbe soltanto “nella ricerca della *ratio* che sola può permettere di passare dal caso contemplato al caso non contemplato”. E stante il fatto che “la *ratio* di una norma non sembra essere qualitativamente diversa dal principio se non per il suo minor grado di generalità”, si avrebbe tra le due forme di analogia una differenza meramente quantitativa.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Cfr. BOBBIO, *Analogia*, cit., p. 605.

<sup>166</sup> Cfr. CAIANI, *Analogia*, cit., p. 358, il quale, peraltro, aderisce all’opinione di GIANNINI, *L’analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, II, p. 51 ss, secondo cui la distinzione tra analogia *legis* e analogia *juris* consiste nel fatto che quest’ultima è l’applicazione del principio in forma “immediata”, mentre la prima è l’applicazione del principio in forma “mediata”. Il Caiani richiama, altresì, CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 85, per il quale l’analogia *legis* e l’analogia *juris* corrispondono a “due gradi di un procedimento identico” e l’“analogia richiede sempre la riduzione del comando espresso a principio e la differenza riguarda solo la sua maggior ampiezza o generalità”.

Il ragionamento più sopra esposto e criticato non sembra, ad avviso di chi scrive, subire un danno di rilievo ove si tenesse conto del fatto che l'affermata differenza quantitativa esistente fra analogia *legis* e analogia *juris* non esclude, di per se stessa, la sussistenza di una ulteriore differenza — questa volta di carattere qualitativo — fra i due processi, basata, appunto, sulla oggettiva diversità dell'approccio logico, perseguito in ognuna delle due ipotesi, nella ricerca della *eadem ratio*.

Sostanzialmente identica è la tesi di chi sostiene, non a torto, che “l'analogia *juris* e il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico sono due cose diverse”, stante il fatto “che l'analogia opera su un complesso di norme giuridiche di contenuto determinato (diritto positivo), mentre quando si ricorre ai principi generali si ha da fare con quei principi di più vasta portata e non scritti, ai quali il diritto positivo è ispirato esso medesimo”.<sup>167</sup>

In verità, come la stessa dottrina sembra confermare, una tale distinzione trova rispondenza nei toni dell'art. 12, per i quali l'interprete avrebbe la facoltà di procedere per gradi,<sup>168</sup> muovendo dall'analogia *legis*, identificata con il ricorso ad una o più norme regolanti casi simili, verso l'analogia *juris*, da intendersi come ricorso ai principi particolari di una determinata materia analoga a quella cui apparterebbe il caso da regolare; infine, vi sarebbe il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico da desumere non solo dalle singole disposizioni legislative, quanto, bensì, dall'insieme di tutte le disposizioni, dai diversi ‘sistemi di norme’ e da quello che potremmo definire, per brevità, il ‘complesso dei principi particolari astraiabili da ciascun sistema’.<sup>169</sup> Alle ultime due

---

<sup>167</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 111.

<sup>168</sup> Cfr. QUADRI, *Dell'applicazione*, cit., p. 252.

<sup>169</sup> Fra la vastissima letteratura dedicata ai principi generali del diritto cfr., almeno, COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 88 ss; DEL VECCHIO, *Sui principi generali di diritto*, in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, p. 207 ss; MICELI, *I principi generali del diritto*, in *Dir. Comm.*, 1924, p. 161 ss; PACCHIONI, *I principi generali di diritto*, in *Arch. giur.*, XCI, 1924, p. 133; CROSA, *Osservazione sui principi generali come fonte del diritto pubblico*, Torino, 1926; BALLADORE PALLIERI, *I principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili*, Torino, 1931; CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali di diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, I, 1940, p. 193 ss; ID., *Per la determinazione dei principi generali di diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, p. 41 ss; ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; TOZZI, *I principi generali del diritto e il positivismo giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, p. 749 ss; BOBBIO, *Principi*

ipotesi testé rammentate corrisponderebbe un identico processo logico, poiché entrambe basate sul “rapporto di sussunzione tra la specie e il genere” intercorrente fra caso da regolare e principio particolare (ovvero generale) a cui si è costretti a ricorrere per ottenere il risultato voluto; mentre radicalmente diverso è lo schema logico del ragionamento per l’analogia *legis*, il quale, come abbiamo già avuto modo di dire, trova il suo fondamento nel rapporto di ‘somiglianza’ fra caso e caso.<sup>170</sup>

La necessità di applicare il procedimento analogico nell’interpretazione del diritto deriva dalla esistenza delle cc.dd. ‘lacune’ nell’ordinamento giuridico.<sup>171</sup> Ci si riferisce a lacune ‘soggettive’ quando si intende parlare dell’ipotesi nella quale non sia presente una norma giuridica atta a regolare un caso concreto e tale assenza derivi dal comportamento del legislatore il quale ha omesso (volontariamente o inconsapevolmente) di regolamentare il caso particolare, ovvero ha dettato una disciplina di quei casi particolarmente frequenti, con ciò evitando di regolarli tutti; si parla, invece, di lacune ‘oggettive’, quando “si presentano casi non regolati da apposita norma giuridica perché corrispondenti a nuove situazioni, prodotte dall’evoluzione della vita sociale, che il legislatore non aveva potuto prevedere”.<sup>172</sup>

Altra fondamentale distinzione è quella intercorrente tra le lacune ‘vere’, ‘autentiche’, ‘assolute’, nell’ipotesi in cui una particolare situazione giuridica risulti essere “giuridicamente indifferente da un

---

generali di diritto, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 887 ss; da ultimo cfr. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, p. 495ss.

<sup>170</sup> Cfr. ancora BOBBIO, *Analogia*, cit., p. 605.

<sup>171</sup> Sul problema delle “lacune” ovvero della “completezza” o “incompletezza” dell’ordinamento giuridico vi è abbondante letteratura. Cfr. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, cit.; DONATI, *Il problema delle lacune nell’ordinamento giuridico*, cit.; BRUNETTI, *Sul valore del problema delle lacune*, in *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1915, p. 34 ss; ID., *Il senso del problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, in *Dir. Comm.*, 1917, p. 17 ss; ID., *Il domma della completezza dell’ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici vari*, IV, Torino, 1925, p. 161 ss; GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, 1923, p. 137 ss; MICELI, *La completezza dell’ordinamento giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, p. 86 ss; ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell’ordinamento giuridico*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, p. 169; ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l’art. 3 Disp. prel. nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, 1925, X, p. 236 ss.

<sup>172</sup> Cfr. BOBBIO, *Analogia*, cit., p. 604.

punto di vista positivo”, e quelle ‘improprie’, ‘non autentiche’, ‘relative’, quando, presupponendo la completezza del sistema normativo, possa ritenersi che il giudice debba decidere comunque le controversie sottoposte al suo giudizio mediante ‘dati’ rinvenibili nello stesso sistema, escludendo così l’esistenza di un vero e proprio vuoto giuridico, “sicché può parlarsi soltanto di mancanza di una previsione specifica, ovvero di difetto della precisa disposizione di legge”.<sup>173</sup> Altri, infine, hanno parlato di lacune ‘politiche’ o ‘ideologiche’, nell’ipotesi in cui non si ha a disposizione non una “norma certa”, bensì “una norma adeguata (opportuna o soddisfacente o giusta)” e lacune di tal genere vengono intese non già come una insufficienza, quanto come una vera e propria imperfezione dell’ordinamento giuridico.<sup>174</sup>

In tutti questi casi la dottrina fa riferimento a due metodi per colmare le lacune: quello c.d. della eterointegrazione, con il quale si fa ricorso a fonti extralegislative (per esempio la consuetudine) ovvero a norme, disposizioni o principi facenti parte di ordinamenti giuridici di altri Paesi; e quello c.d. dell’autointegrazione, in base al quale la regola per il caso non contemplato è da ricavarsi dallo stesso sistema, mediante processo analogico.<sup>175 176</sup>

La questione che assume per noi rilievo è quella relativa alla natura giuridica e alla funzione che deve assegnarsi agli strumenti del processo analogico previsti dall’art. 12, secondo comma; in altre parole, domandarsi se l’analogia (e il ricorso ai principi generali del

---

<sup>173</sup> Cfr. QUADRI, *Dell’applicazione*, cit., p. 269 ss.

<sup>174</sup> Cfr. BOBBIO, *Lacune del diritto*, cit., p. 422.

<sup>175</sup> Per un approfondimento di queste distinzioni cfr. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 85 ss; BOBBIO, *Analogia*, cit., p. 604.

<sup>176</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 84, il quale parla di “*dispositivo*” per la eliminazione delle lacune ed afferma che la compiutezza dell’ordinamento giuridico non va intesa “come una sua proprietà nel senso dell’*inesistenza delle lacune*”, bensì come “esigenza della eliminazione di esse” mediante tale *dispositivo*.

Interessante, al riguardo, la posizione assunta dal CAIANI, *Analogia*, cit., p. 352 il quale testualmente afferma: “dal punto di vista della applicazione del diritto, piuttosto che di problema delle lacune è, in ogni caso, preferibile parlare, secondo la penetrante indicazione del Brunetti, di problema del ‘caso dubbio’. Il giudice infatti non colma alcuna lacuna, bensì risolve un problema o caso giuridico scarsamente determinato e puntualizzato. La ‘lacuna’ come problema giuridico generale e astratto può essere colmata infatti solo *de jure condendo*, ossia dal legislatore. In questo senso è pertanto esatto dire che il problema delle lacune è un problema politico e non un problema giuridico”.

diritto) possano essere qualificati come veri e propri strumenti interpretativi ovvero esclusivamente nella loro qualità di ‘mezzi di integrazione’ dell’ordinamento giuridico, con che pervenendo, nel primo caso, a un effetto ‘dichiarativo’ e nel secondo a un effetto ‘creativo’ che pone l’art. 12, secondo comma, come una fonte sulla produzione del diritto e la decisione adottata in esito al procedimento analogico alla stregua di una vera e propria creazione di diritto per il caso singolo.

La dottrina ha fatto molto spesso riferimento alla funzione di ‘integrazione’ anche se molti Autori si sono affrettati a precisare che, comunque, non si tratterebbe di una creazione di norme nuove, bensì di “semplice integrazione delle norme legislative”,<sup>177</sup> nel mentre altri hanno inteso sottolineare che mediante il procedimento analogico si attua il passaggio dal campo dell’interpretazione a quello “dell’integrazione della norma giuridica”.<sup>178</sup> Altri ancora, approfondendo la riflessione, concludono che mediante il ragionamento per analogia si compirebbero due diverse operazioni: da una parte quella che viene definita l’interpretazione estensiva, dall’altra quella analogica che produrrebbe una norma del tutto nuova, “in quanto dalla norma espressa si risale a una norma superiore che comprende tanto il caso regolato quanto il caso simile da regolare.”<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Cfr. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 86, il quale, peraltro, afferma che “il principio che si scopre col procedimento analogico è già contenuto implicitamente nella legge che aveva in sé la potenzialità di adattarsi al caso non previsto dal legislatore”. Cfr., altresì, BELLAVISTA, *L’interpretazione*, cit., p.119; GRASSO, *Appunti*, cit., p. 33 ss.

Cfr. ancora CHIARELLI, *Il diritto oggettivo*, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1977, p. 105 ss, secondo cui l’analogia non ha una “funzione puramente interpretativa” e “...l’interpretazione è un momento del procedimento analogico”, ma non tutto il procedimento analogico è “un procedimento interpretativo”; e negando che l’analogia sia “creatrice di nuovo diritto” afferma che “può dirsi che l’analogia non è per se stessa fonte di diritto obiettivo ma che il procedimento analogico è un mezzo di integrazione di esso”.

<sup>178</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 108. Di “integrazione” parlano altresì DE RUG-GIERO, *Istituzioni*, cit., p. 139; GORLA, *L’interpretazione*, cit., p. 6; CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 83 ss; BOBBIO, *Analogia*, cit., p. 604; CAIANI, *Analogia*, cit., p. 349; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, p. 326; MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 182; PIERANDREI, *L’interpretazione*, cit., p. 202; BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 129 ss; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1975, p. 70 ss

<sup>179</sup> Così si esprime BOBBIO, *Analogia*, cit., p. 605, il quale aderisce su questo punto al criterio distintivo tra interpretazione estensiva e analogia, illustrato dal

Vi è, infine, chi ritiene priva di fondamento la distinzione qualitativa fra interpretazione (attività dichiarativa) e integrazione (attività creativa), argomentando tale negazione sul presupposto che anche l'interpretazione avrebbe un carattere "genericamente creativo" poiché in essa deve riconoscersi non solo una attività "puramente ricognitiva (o se si voglia, dichiarativa) della volontà normativa" ma anche una attività svolta "in funzione evolutiva e integrativa dell'ordinamento giuridico".<sup>180</sup>

Criticando quest'ultima posizione è stato giustamente sostenuto che, al contrario, può ben definirsi "dichiarativa" anche "quella particolare forma di interpretazione in cui consiste la c.d. integrazione analogica o analogia" nella quale l'attività del soggetto che deve interpretare si concretizza in una opzione, "secondo le modalità implicite nella struttura logica dell'analogia, della norma o del principio esistente come 'dato' nel sistema, al quale ricondurre la fattispecie da regolare".<sup>181</sup>

Effettivamente, questo modo di argomentare non è dissimile dalla opinione secondo la quale l'analogia altro non rappresenta se non la soluzione del problema dell'"integrazione dell'ordine giuridico coi mezzi suoi propri, nel presupposto di una intrinseca coerenza del sistema".<sup>182</sup>

---

GIANNINI, *L'analogia giuridica*, cit.; e, tuttavia, il Maestro di Torino rileva che la questione, dibattuta in dottrina, se l'analogia sia interpretazione oppure creazione giuridica "è un tipico esempio di questione meramente verbale" in quanto la risposta dipende unicamente dal significato che si attribuisce alle parole *interpretazione* e *creazione*. "Se si intende 'interpretazione' in senso ristretto, come mera ricognizione del significato di una disposizione legislativa, si dirà che estendendo la portata di una disposizione a casi in essa originariamente non previsti, non si compie opera di interpretazione ma di creazione. Allo stesso modo se s'intende 'creazione' in senso ristretto come produzione originale e originaria di una norma giuridica, si dovrà dire che l'analogia non è creazione perché giunge al proprio risultato partendo da una norma precedentemente data". E soggiunge, "dietro la questione meramente verbale, dunque, se l'analogia sia interpretazione o creazione, sta la differenza di fatto tra due diversi usi del ragionamento per analogia, uno più facilmente riconducibile al concetto di interpretazione, l'altro a quello di creazione".

<sup>180</sup> Cfr. CAIANI, *Analogia*, cit., p. 354.

<sup>181</sup> Cfr. GRASSO, *Appunti*, cit., p. 36.

<sup>182</sup> Così si esprime BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 163, ove tra l'altro afferma che "il procedimento per analogia è elemento indefettibile di un'interpretazione in

La dottrina è in prevalenza concorde nel ritenere ammissibile l'applicazione del procedimento analogico alle norme costituzionali. Tuttavia, mentre qualcuno afferma che l'uso di tale strumento 'integrativo' è del tutto infrequente nella "sfera costituzionale",<sup>183</sup> altri, al contrario, ritengono che l'interpretazione analogica trova nel diritto costituzionale "un larghissimo campo di applicazione".<sup>184</sup>

Va da sé che il ricorso all'analogia, anche nella materia costituzionale, presuppone l'esistenza (e l'individuazione) di lacune. Si parla di esse quando ci si intende riferire a casi nei quali le norme costituzionali dispongono un rinvio ad altre leggi per la regolamentazione di una determinata materia. In casi del genere, qualora il legislatore non avesse adempiuto al suo dovere, deve farsi assegnamento sulla funzione integratrice dell'interpretazione che si esplica prevalentemente attraverso le decisioni dei casi concreti che sono, qui per noi, le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale.<sup>185</sup>

Altri Autori hanno parlato di lacune in relazione a quei casi nei quali siano assenti disposizioni che regolino in maniera puntuale l'attribuzione (o l'esercizio) di determinati poteri, ovvero che indichino le procedure per le attività strettamente connesse all'esercizio di tali poteri.<sup>186</sup>

Il medesimo Autore ha osservato, peraltro, che il problema delle lacune si pone, nella materia del diritto costituzionale, come questione di grande rilievo, "stante la maggior influenza dei fattori politici sul procedimento rivolto ad accertare la sussistenza delle lacune ed a determinare l'adozione del criterio per poterle colmare".<sup>187</sup>

---

funzione normativa come è quella giuridica, in quanto costituisce il metodo necessario per ricavare massime di decisione onde provvedere all'autointegrazione dell'ordine giuridico".

<sup>183</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 205.

<sup>184</sup> Cfr. CARBONE, *L'interpretazione*, cit., p. 42.

<sup>185</sup> Cfr., a tal proposito, Corte cost., Sentt. n. 3 del 1956, in *Giur. cost.*, 1956, p. 568 ss; n. 24 del 1957, *ibidem*, 1957, p. 373; n. 46 del 1958, *ibidem*, p. 569 con nota di ESPOSITO.

<sup>186</sup> Cfr. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 183, nota 123.

<sup>187</sup> *Op. loc. ult. cit.*, nella quale si aggiunge che sono proprio i fattori politici "che (agendo a volte anche inconsapevolmente) ispirano il ricorso all'uno o all'altro dei procedimenti integrativi menzionati, con risultati tanto più apprezzabili quanto più approfonditamente l'interprete ricerchi le loro connessioni con l'intero sistema e con il fine fondamentale che lo informa".

Fra le tante ragioni che giustificano l'amplessima applicazione dello schema analogico (nonché del ricorso ai principi generali)<sup>188</sup> nell'attività interpretativa delle norme costituzionali, ne rileva almeno una che sembra quella che più è degna di riflessione.

“L'esigenza di assicurare la conformità alla Costituzione di tutti gli atti posti in essere degli organi dello Stato dà luogo ad un continuo confronto tra tali atti e i principi costituzionali, e, naturalmente, allorché vi sia da verificare la conformità di un atto per il quale manchi, nella Costituzione, una specifica previsione normativa, non può che farsi riferimento alla norma o alle norme vevoli per un atto simile oppure ai principi generali che costituiscono il 'nucleo centrale' della Costituzione”<sup>189</sup>.

Poiché, però, la Costituzione contiene un numero molto limitato di disposizioni in confronto alla molteplicità (e varietà) di atti che con essa debbono essere confrontati, e che conseguentemente non è difficile il verificarsi di casi in cui non vi sia una specifica previsione normativa, allora appare ampiamente giustificato il ricorso ai cc.dd. 'mezzi integrativi'. E, anzi, “piuttosto che come semplice criterio sussidiario, lo si può riguardare come un criterio particolare dell'interpretazione costituzionale, un criterio cioè che deve necessariamente trovarvi costante applicazione anche nei casi in cui vi sia una specifica previsione normativa”<sup>190</sup>. D'altra parte, deve riflettersi sul fatto che con tale criterio “si fa riferimento all'intero ordinamento costituzionale”, inteso come complesso di principi organizzati e coordinati in sistema, e che la “sistematicità” è una caratteristica fondamentale della Costituzione, e si traduce anch'essa in un principio particolare che deve sempre presiedere all'interpretazione delle norme costituzionali.

---

<sup>188</sup> È stato più volte ribadito che nell'ampia categoria dei principi generali di diritto rientrano i principi costituzionali, pur differenziandosene per il contenuto, in quanto questi ultimi sono quelli inerenti alla forma storica dello Stato o che “comunque attengono all'ordinamento supremo di esso, rappresentando perciò in ogni caso i presupposti giuridici fondamentali e necessari dell'intero ordinamento statale”. Così si esprime CRISAFULLI, *I principi costituzionali*, cit., p. 687.

ITALIA, *Le disposizioni di principio*, cit., p. 239 ss, nega la possibilità di identificare i principi fondamentali costituzionali sia con i principi generali di cui all'art. 12, sia con i principi costituzionali “organizzatori”, o con i “principi costituzionali”, cioè con i principi contenuti nella Costituzione.

<sup>189</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 205.

<sup>190</sup> Cfr. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 124.

## 6. Interpretazione sistematica e Costituzione

Per giustificare l'esistenza di una teoria particolare dell'interpretazione sistematica, prenderemo a prestito le illuminanti parole del Capograssi, il quale, in una bella pagina di un suo saggio<sup>191</sup> ebbe a scrivere che la prima cosa che fa l'interpretazione è quella "di riportare la norma alla totalità delle norme; il *nisi tota lege perspecta*<sup>192</sup> è il primo criterio con cui l'interpretazione inizia i suoi procedimenti". In una concezione del genere è implicita l'idea di totalità, intesa come 'unità', ossia un 'tutto' di per sé coerente, "legato da una coerenza intrinseca per cui sia qualche cosa di unitario".

Le norme, in altre parole, formerebbero una totalità coerente, onde ne deriva che la norma deve essere considerata — per una migliore comprensione di essa — "nella (e considerare la) totalità delle norme".

L'interpretazione del diritto, dunque, sarebbe, secondo il nostro Autore, l'affermazione di tale unità: in essa "vi è non tanto e non solo un mostrare quello che c'è nella norma interpretata, ma un mostrare che nella norma interpretata c'è di più di quello che appare; c'è insomma tutta l'unità dell'ordinamento da cui essa nasce e di cui essa non è che una parte". "E questo è in fondo" — egli conclude — "tutto il magistero dell'interpretazione: scoprire nella singola posizione il tutto, cogliere la singola posizione come determinazione del tutto. L'interpretazione non è che l'affermazione del tutto, della unità di fronte alla particolarità e alla frammentarietà dei singoli comandi".

Le affermazioni di Capograssi disegnano, a ben vedere, una teoria particolare della interpretazione sistematica o, come è stato anche detto, una "particolare concezione della interpretazione giuridica"<sup>193</sup>.

Senza volere con ciò andare oltre le parole pronunciate da Capograssi, dobbiamo, necessariamente, interrogarci sul significato del

---

<sup>191</sup> Cfr. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 113 ss.

<sup>192</sup> "*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, indicare vel responderi*" è, come si sa, il celebre adagio di Giuvenzio Celso (Dig., 1, 3, 24), puntualmente ricordato da quasi tutti gli autori che si sono occupati dell'interpretazione sistematica.

<sup>193</sup> Cfr. MEROLA CHIERCHIA, *L'interpretazione*, cit., p. 245.

termine ‘particolare’. Se è vero che, infatti, egli, come qualche Autore ha colto successivamente,<sup>194</sup> intende riferirsi alla pretesa specificità della teoria allora dobbiamo concludere che il disegno è quello di considerare il diritto nella sua totalità come unità coerente di norme.

Lo stesso Betti ha sintetizzato tale concetto in quello che egli definisce “canone della *totalità* e *coerenza* della considerazione ermeneutica”.<sup>195</sup> Altri ancora hanno avuto modo di soffermarsi sul punto.<sup>196</sup>

A onor del vero, nonostante l’idea della interpretazione sistematica trovi concordi quasi tutti gli autori, in dottrina si fa notare che essa è rimasta “poco più che una affermazione e, sovente, una semplice intuizione”.<sup>197</sup>

La sistematicità, infatti, eccezion fatta che per sporadici casi,<sup>198</sup> viene presa in considerazione dalla dottrina del nostro Paese nella sua funzione di *forma* interpretativa ovvero, al più, come strumento e, perciò, solitamente posta sullo stesso piano degli altri ‘elementi’ di cui si può fare uso quando ci si riferisce alla interpretazione logica.<sup>199</sup>

---

<sup>194</sup> Cfr. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 11 ss; ID., *Frammenti*, cit., p. 124.

<sup>195</sup> Cfr. BETTI, *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, cit., pp. 15 e 18.

<sup>196</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 99, il quale afferma che “non vi è interpretazione che (consapevolmente o meno) non sia sistematica... se è vero che non può prendersi in considerazione (e interpretare) una (anche singola) norma, senza con questo impegnare tutto l’intero organismo, del quale essa... fa parte; e tale organismo è l’ordinamento giuridico, nella complessità dei suoi elementi”. Cfr., altresì, CHIARELLI, *Processo costituzionale e teoria dell’interpretazione*, cit., p. 392 il quale sostiene che “il considerare una interpretazione come esatta perché conforme alla Costituzione non è l’effetto di una scelta, che ammetta la possibilità di una scelta diversa, ma è l’effetto della interpretazione sistematica, quale è necessariamente l’interpretazione giudiziaria (*tota lege* — e cioè la norma nella legge, la legge nell’ordinamento — *perspecta*)”.

<sup>197</sup> Così si esprime ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 11. Solo di recente la dottrina più autorevole ha sostenuto, con argomentazioni del tutto convincenti, la necessità di considerare la sistematicità come canone ermeneutico prioritario. Cfr., per tutti, PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992.

<sup>198</sup> Si deve a LAZZARO l’unica trattazione organica dell’argomento sino edita in Italia (*L’interpretazione sistematica della legge*, cit.), e di questa opera — è necessario dirlo — ci siamo giovati nella trattazione di questa parte del lavoro.

<sup>199</sup> Per i diversi atteggiamenti cfr. PARESCHE, *Interpretazione*, cit., p. 227; BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 48 ss; VIRGA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 322

Sostanzialmente simile è la situazione quando si ha a che fare con l'interpretazione costituzionale anche se, a ben vedere, in questo ambito il richiamo al sistema sembra essere più continuo sia in dottrina (dove si sostiene che l'elemento sistematico deve necessariamente sussidiare l'interpretazione)<sup>200</sup> che, molto più frequentemente, in giurisprudenza.<sup>201</sup>

Peraltro, quel che per noi sembra non essere stato sufficientemente posto in risalto è la questione della essenzialità dell'indagine sistematica nel momento in cui si interpreta il testo costituzionale. In altri termini l'esigenza che l'interpretazione della Costituzione sia condotta esclusivamente con il criterio sistematico, poiché il testo fondamentale è strutturato come un complesso organico di principi e disposizioni che si riconducono, per ciò stesso, ad un insieme unitario.

Ma se la struttura è caratteristica peculiare della Costituzione (come ci si è sforzati di dimostrare nelle pagine che precedono) allora non si può non concludere che la sistematicità si presenta

---

ss; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 64. Con maggiore attenzione ci si riferisca alle posizioni di BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1973, p. 126, per il quale il procedimento analogico e il procedimento sistematico devono distinguersi "tra loro solo per grado, non per essenza"; e di PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 123 ss, che parla di una "tecnica" dell'interpretazione sistematica e identifica quest'ultima con l'analogia *juris*, intesa come ricorso ai principi generali di diritto. Anovera, tra gli strumenti dell'interpretazione sistematica, "oltre a quelli propri anche dell'interpretazione analitica previsti dall'art. 12" delle preleggi, soprattutto il criterio *logico-sistematico* e il criterio *storico-evolutivo*, ed infine, come abbiamo già più volte ricordato, ammette la possibilità di "procedere all'interpretazione sistematica anche nei casi in cui esista una precisa disposizione" di legge, e non soltanto quando vi sia da colmare le "lacune" dell'ordinamento.

<sup>200</sup> Cfr. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 180. Dello stesso avviso PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit. p. 174 e in *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, cit., p. 550; CHIARELLI, *Processo costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit., *passim*.

<sup>201</sup> Cfr., a mero titolo esemplificativo, Corte cost. Sent. n. 8 del 1956, in *Giur. cost.*, 1956, 605; Sent. n. 61 del 1957, *ivi*, 1957, 701, secondo cui elementi storici e sistematici devono contribuire a determinare l'interpretazione; Sent. n. 56 del 1958, *ivi*, 1958, 868; Sent. n. 355 del 1959, *ivi*, 1959, 669; Sent. n. 38 del 1959, *ivi*, 1959, 691, con nota di ESPOSITO; Sent. n. 29 del 1960, *ivi*, 1960, 497 con note di CRISAFULLI, MAZZIOTTI e PROSPERETTI; Sent. n. 6 del 1966, *ivi*, 1966, 89, nella quale si parla di "logica del sistema"; Sent. n. 22 del 1967, *ivi*, 1967, 178, ove si parla di "criterio ispiratore comune" a più disposizioni costituzionali, nonché p. 182 ove si fa espresso riferimento all'interpretazione sistematica.

per essa come una qualità obiettiva e, perciò, tale criterio deve essere necessariamente assunto come fondamentale e prioritario rispetto agli altri.

### 6.1. Le diverse nozioni di sistema giuridico. Cenni

A questo punto sembra utile fornire, sia pure per grandi linee, una definizione di sistema giuridico.

La dottrina ha avuto modo, al riguardo, di esprimersi in maniera talvolta diversificata. Alcuni hanno posto l'accento sul sistema estrinseco, intendendo con tale locuzione l'ordine secondo il quale il giurista espone una determinata materia di diritto, ovvero elabora i concetti giuridici a-stratti dalle norme di diritto positivo, con ciò costruendo gli istituti e riconducendoli in sistema.<sup>202</sup>

Altri, invece, hanno posto l'accento sul concetto di sistema intrinseco che indicherebbe quell'ordine immanente dell'insieme delle norme giuridiche organizzate mediante un principio unitario e armonizzate, per ciò stesso, secondo un rapporto di reciproca coerenza, in guisa da costituirsi come un dato unitario.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> Cfr. PARESCHE, *Interpretazione*, cit., p. 227, il quale riconduce alla nozione di sistema estrinseco quello che nella concezione del KELSEN, *La dottrina generale del diritto*, cit., p. 111, è il *sistema normativo dinamico* costituito da un insieme di norme alla cui base sta la *norma fondamentale*, la quale “pone semplicemente una data autorità” che “a sua volta può benissimo attribuire a qualche altra autorità il potere di creare delle norme” (...) “Il potere di creare delle norme” — dice Kelsen — “è delegato da una autorità ad un'altra; la prima è l'autorità superiore, la seconda quella inferiore. La norma fondamentale di un sistema dinamico è la regola basilare, secondo la quale debbono venir create le norme del sistema. Il PARESCHE, inoltre, richiamando la sua *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 671 ss, aggiunge alle “varie concezioni del concetto estrinseco di sistema, quella... di un sistema giuridico inteso come elaborazione del complesso della legislazione e delle sue implicazioni in un dato momento mercè l'applicazione di principi coordinatori, rappresentanti i valori medi in esso dominanti”.

<sup>203</sup> Come opportunamente ricorda LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, cit., p. 17, l'idea di sistema giuridico come coerenza o armonia interiore fra regole di diritto, era già nel pensiero dei giuristi medioevali, che concepirono il *Corpus juris* come un tutto organico, nel quale non vi fossero contraddizioni tra un luogo e l'altro, sicché i singoli passi non potevano essere valutati singolarmente, ma nei loro reciproci rapporti, ossia — come afferma PIANO MORTARI,

Da questa nozione di sistema intrinseco la stessa dottrina ha fatto derivare due ulteriori specificazioni: 1) quella di sistema deduttivo, da intendersi come “concatenazione logica tra norme e principi giuridici”, onde da norme di carattere generale possono ricavarsi, secondo un movimento discendente, altre norme sino a giungere alla potenziale disciplina di tutti i casi concreti; 2) quella di sistema inteso come “coerenza fra contenuti di norme diverse”, che presuppone una organizzazione normativa secondo uno scopo e a tal fine sarebbero coordinate; in questi casi si parla di concezione del sistema come unità finalistica.<sup>204</sup>

Si è più volte posta in dottrina la questione di stabilire a quale dei sistemi che abbiamo testé descritti ci si debba riferire nel momento in cui si disquisisce di interpretazione sistematica.

Per ciò che concerne il sistema ‘intrinseco’, per il quale rileva, come abbiamo già detto, l’ordine con il quale si espone la materia, si tende a distinguere fra due ipotesi: 1) si è negato che possa parlarsi di interpretazione sistematica quando ci si vuole riferire a quella particolare accezione di sistema estrinseco per la quale rileva l’ordine che il giurista teorico segue nella esposizione dei precetti legislativi, poiché essa avviene mediante l’elaborazione di taluni concetti sistematici i quali si configurano, per ciò, come elementi estranei alle stesse norme e, di conseguenza, non utilizzabili nell’attività interpretativa; 2) al contrario, qualora per ordine espositivo si intendesse quello seguito dal legislatore nel dettare i precetti giu-

---

*Il problema dell’interpretatio iuris nei commentatori*, in *Annali di storia del diritto*, 1958, p. 78 — in riferimento al “sistema giuridico nella sua totalità”.

L’idea di ‘sistema intrinseco’ si affaccia nello JHERING della prima maniera, con i concetti di ‘corpo giuridico’ (in *Unsere Aufgabe*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1857, p. 9) e di ‘ordinamento interno’ (in *Geists des römischen Rechts 1852*, I, Leipzig, 1878, p. 36) e si afferma con la tendenza alla ricerca dell’unità logica del sistema che si ritrova nel SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., p. 21.

<sup>204</sup> Per queste importanti distinzioni cfr. LAZZARO, *L’interpretazione sistematica*, cit., p. 12 ss, il quale osserva che “la sistematicità come coerenza fra contenuti di norme diverse e la sistematicità come unità organica e finalistica possono essere considerati aspetti diversi della medesima cosa” e che “sembra che si inclini a parlare di *sistema* come *coerenza di contenuti* di norme diverse, se si guarda al diritto secondo una concezione normativistica; e si inclini invece a parlare di *sistema* come *unità finalistica* se si guarda al fenomeno giuridico secondo una concezione del diritto come istituzione o organismo sociale”.

ridici allora tale ordine potrebbe costituire elemento di interpretazione (di una o più norme, ovvero di un insieme di norme) poiché esso rivela quella che potremmo definire la ‘volontà’ del legislatore a disciplinare in tal modo la materia; con che si costituisce quello che viene definito il criterio della *sedes materiae*, che è, infatti, “uno dei modi di intendere l’interpretazione sistematica”.<sup>205</sup>

Per ciò che concerne il cd. ‘sistema deduttivo’ — definito come una “sottospecie del sistema intrinseco”<sup>206</sup> — la dottrina tende a escludere che con riferimento a esso possa correttamente parlarsi di interpretazione sistematica, poiché a questo tipo di sistema la stessa dottrina fa corrispondere — da un punto di vista squisitamente metodologico — il ricorso ai principi generali, ovverosia quello strumento interpretativo che viene normalmente definito *analogia juris*. Siccome, però, fra analogia e interpretazione sistematica esiste una distinzione (di cui abbiamo già parlato) basata sulla diversità di situazioni normative che danno luogo all’una e all’altra, volendosi qui significare che è corretto riferirsi all’analogia quando si è in presenza di una lacuna (ovvero quando sia del tutto assente la qualificazione normativa, ovvero ancora quando questa qualificazione sia ‘incompleta’), mentre può parlarsi di interpretazione sistematica quando si è in presenza di una qualificazione normativa ‘imperfetta’.<sup>207</sup>

La dottrina ha sottolineato che di interpretazione sistematica può parlarsi, comunque, quando è a riferirsi all’altra specie di sistema intrinseco, quello inteso come una coerenza fra contenuti di un insieme di norme nonché come unità finalistica.

In questo senso la coerenza è intesa come “esclusione di ogni situazione in cui appartengano al sistema due norme opposte fra loro”<sup>208</sup>, ovvero come “immanenza del principio di non contraddizione tra singole norme o gruppi di norme”.<sup>209</sup> Possiamo notare che già in tale visione risulta essere implicita l’idea dell’esistenza di un ordine immanente di un insieme di norme formulate secondo un progetto razionale e armonizzate e coordinate rispetto allo scopo. In particolare, la coerenza è concepita: a) da una parte,

---

<sup>205</sup> Cfr. LAZZARO, *L’interpretazione sistematica*, cit., p. 24.

<sup>206</sup> *Op. loc. ult. cit.*, p. 14.

<sup>207</sup> *Op. loc. ult. cit.*, p. 99.

<sup>208</sup> Cfr. BOBBIO, *Lacune del diritto*, cit., p. 419.

<sup>209</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 100.

come “proporzione tra cause ed effetti giuridici”<sup>210</sup> ovvero “proporzione tra i vari elementi costitutivi delle norme di un ordinamento, criterio che si ispira ad un principio di giustizia, intesa appunto questa come proporzione, ossia come equità di rapporti, e come esigenza di trattamento giuridico egualitario”;<sup>211</sup> b) dall'altra, come “non incompatibilità dei fini ai quali le norme (singolarmente prese, ma anche nel loro insieme) sono ispirate”.<sup>212</sup>

Conseguentemente, il fondamento giuridico della sistematicità, intesa nei termini di cui sopra, è stato individuato, nel nostro ordinamento, nel secondo comma dell'art. 12 delle preleggi, le cui disposizioni postulano la “coerenza e sistematicità fra regolamentazioni diverse, seppure di casi simili”, donde si può trarre, per induzione, il principio generale secondo il quale l'interprete deve sempre procedere “con una certa coerenza nell'interpretare (...) armonizzando l'interpretazione di norme diverse”.<sup>213</sup>

L'affermazione che alcuni studiosi fanno, secondo la quale l'ordinamento sarebbe sempre e in assoluto un sistema (e i cui elementi, di conseguenza, risulterebbero armonizzati in quello che potremmo definire un rapporto di coerenza obiettiva) desta, per la verità, una qualche perplessità se solo si pensa a quegli ordinamenti, come il nostro, nei quali caratteristica saliente è la convivenza di leggi emanate in periodi storici diversi. Se a ciò si aggiunge, poi, che queste leggi molto spesso erano dettate da esigenze particolari e contingenti, ovvero, da regimi politici di diversa ispirazione ideologica, le perplessità, come è ovvio, finiscono per aumentare di intensità.<sup>214</sup>

Sarebbe, pertanto, estremamente difficoltoso superare lo scoglio della riconduzione dell'ordinamento giuridico nella sua oggettiva

---

<sup>210</sup> Cfr., ancora, LAZZARO, *L'interpretazione sistematica*, cit., p. 103.

<sup>211</sup> Cfr. MEROLA CHIERCHIA, *L'interpretazione*, cit. pp. 254-255.

<sup>212</sup> Cfr. SACCO, *Il concetto di interpretazione*, cit., p. 66.

<sup>213</sup> Cfr. LAZZARO, *L'interpretazione*, cit. p. 110 e nello stesso senso cfr. GRASSO, *Appunti*, cit., p. 24.

Sullo stesso piano si colloca BARILE, *Istituzioni*, cit., p. 49, secondo il quale “la regola più generale, inespresa... che va sempre tenuta presente per prima nei vari momenti di interpretazione, è che *una norma non può mai essere intesa correttamente se non la si collega con tutte le altre dell'ordinamento*; nessuna norma vive di vita propria, tutte sono strettamente collegate le une alle altre, in modo che qualunque tentativo di interpretarle isolatamente sarebbe sicuramente sbagliato”.

<sup>214</sup> Cfr. QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 253 ss.

complessità (da intendersi nei termini di cui si è appena detto) a un disegno omogeneo e, in quanto tale, coerente e sistematico. Viene da pensare, in questi casi, che la coerenza non si atteggierebbe come un requisito obiettivo dell'ordinamento, bensì come il risultato di una determinata logica interpretativa, in guisa che l'interprete ricoprirebbe il ruolo di soggetto atto a rivestire di coerenza il sistema. Si fanno luce così quelle insidiose e pericolose idee secondo le quali è possibile concepire la 'totalità' del sistema giuridico come scomposta in tanti segmenti, ciascuno dei quali riferito (o riferibile) a un determinato periodo storico ovvero a un particolare momento politico-ideologico e realizzanti, ognuno di essi, un disegno normativo preciso del tutto autonomo dagli altri, ossia non vincolato agli altri da alcun rapporto di coerenza o di sistematicità.<sup>215</sup> Ma quel che qui preme sottolineare è che, conseguenzialmente, in un disegno siffatto l'interprete avrebbe il compito, fra l'altro, di ricondurre a unità il sistema 'creando', a seconda dei casi, i necessari collegamenti tra le sue varie parti.

Per la verità, queste posizioni sono ormai da tempo ampiamente superate da chi propone una concezione dell'ordinamento giuridico come 'unità' a sé, più precisamente come un qualcosa di differente da quelle che sono le singole parti che lo compongono<sup>216</sup>, ovvero, meglio, come "qualcosa di più".<sup>217</sup> Questa affermazione impone, di conseguenza, di concepire la 'coerenza' come un carattere insito nelle norme che compongono l'ordinamento se non addirittura come un elemento oggettivo del sistema.

---

<sup>215</sup> In queste posizioni sembrano riaffiorare i postulati di quelle dottrine giusnaturalistiche e intellettualistiche che il Savigny aveva riunito sotto il nome di 'scuola non storica' (*ungeschichtliche Schule*), secondo le quali il diritto è il prodotto dell'arbitrio di coloro che detengono il potere legislativo, e viene creato di volta in volta senza tener conto del diritto del passato, stante il fatto che ogni epoca realizza un proprio mondo, un proprio complesso di valori che non si riallacciano necessariamente al passato. Ai postulati della 'scuola non storica' il Savigny contrappose, come è noto, la concezione del diritto come unità organica, come continuità storica, che si forma attraverso lo stretto rapporto che intercorre fra passato e presente, tra essere e divenire. Cfr. SAVIGNY, *Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, in *Vermischte Schriften*, I, Berlin, 1850, p. 109.

<sup>216</sup> Cfr. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 10 ss.

<sup>217</sup> Cfr. TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento e la figura di Santi Romano*, in BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 245 ss.

D'altra parte, non può non disconoscersi che una qualsivoglia coerenza oggettiva deve pur esservi fra disposizioni, ovvero fra complessi di disposizioni facenti parte di un medesimo ordinamento — anche se posti in essere in periodi storici diversi e/o per finalità differenti. Ciò trova, a nostro avviso, un riscontro nella realtà di un sistema giuridico, come il nostro, almeno per il fatto che in esso vive un complesso di norme raccolte in un testo — la Costituzione — al quale viene attribuita una efficacia normativa (forza) ben superiore rispetto alle altre fonti; di conseguenza, esso si atteggia come fonte di validità dell'intero ordinamento giuridico.<sup>218</sup> E i principi fondamentali, a cui la dottrina pacificamente riconosce lo *status* di “nucleo centrale” realizzano un disegno giuridico e politico che ha indubbi riflessi sulla legislazione ordinaria. È stato autorevolmente sostenuto che in tale disegno “l'ordine supremo dello Stato trova la sua coerenza sistematica”.<sup>219</sup>

Peraltro sembra opportuno sottolineare che fra i principi a cui si faceva testé riferimento — che assolvono a funzioni quali quella di limite, quella direttiva o, ancora, la funzione interpretativa o quella integrativa del sistema normativo<sup>220</sup> — vi è quello, importantissimo ai nostri fini, della c.d. continuità dell'ordinamento, secondo cui l'entrata in vigore della Costituzione non ha instaurato un nuovo ordinamento giuridico, bensì “ha lasciato in vigore l'ordinamento precedente, pur avendovi apportato profonde innovazioni”.<sup>221</sup>

---

<sup>218</sup> Cfr. CHIARELLI, *Problemi di giustizia costituzionale*, in *Scritti di diritto pubblico*, cit., p. 397, il quale sostiene che “la necessaria, e postulata, coerenza interna delle norme del diritto positivo si presenta così, innanzi tutto, come necessaria coerenza dell'intero ordinamento, in ogni sua singola norma, con le norme costituzionali: quella coerenza che costituisce l'unità dell'ordinamento giuridico”. Cfr., altresì, AMOROSO, *Contenuto della legge e procedimento interpretativo*, in *Annali dell'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma*, Padova, 1976, p. 446.

<sup>219</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., p. 181.

<sup>220</sup> Cfr., a tal riguardo, ampiamente, ITALIA, *Le disposizioni di principio*, cit. p. 223 ss.

<sup>221</sup> Su questa particolare questione cfr., per tutti, LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 186 ss, con ampi richiami bibliografici, il quale rinviene il principio della continuità nei riferimenti contenuti nella Costituzione (artt. 1, 11, 52, 59, 87, 89 e Disp. trans. e fin. VII, IX, XV e specialmente XVI), alla comunità statale italiana che esisteva come Stato e come ordinamento prima dell'entrata

Questo tipo di percorso logico ha condotto la dottrina verso l'affermazione secondo cui se questo è un principio informatore di cui si coglie la necessità al fine di comprendere le problematiche relative ai rapporti intercorrenti fra leggi esistenti e leggi emanate successivamente, allora va da sé che allo stesso modo in cui le norme costituzionali si sono 'innestate' nel sistema precedente, le disposizioni normative che vengono via via introdotte nell'ordinamento, si innestano nel tessuto della legislazione esistente, integrandovisi così da continuare il disegno.

Quel che qui preme sottolineare è che con riferimento all'asserita sistematicità delle norme che compongono il nostro ordinamento, risulta ovvio concludere che detta sistematicità non si presenta agli occhi dell'interprete come mera ipotesi, bensì come una vera e propria qualità obiettiva dell'insieme delle leggi. Di conseguenza, quando si parla della sistematicità nei termini di un risultato dell'interpretazione (in special modo nel momento in cui ci si vuole riferire a disposizioni di legge emanate in periodi temporali diversi), e in quanto tale verificabile *a posteriori*, non si può sottacere che la stessa attività interpretativa consiste pur sempre nella 'ricerca' e nella 'scoperta' di quella coerenza che è connaturata nel sistema, ovverosia del 'dato' normativo preesistente a tale attività; soltanto in tal senso, si è detto, può parlarsi di coerenza come risultato, ossia come risultato di una ricerca, come scoperta di un dato positivo, e giammai, come il prodotto di una pretesa attività creativa dell'interprete. D'altronde, quando una norma avente particolari caratteristiche di indeterminatezza e di elasticità, impone all'interprete una scelta, che non potrà non essere se non quella ispirata alla coerenza obiettiva delle norme. L'interprete dovrà, quindi, tener conto del rapporto di coerenza che intercorre fra norma interpretanda e le altre norme dell'ordinamento.<sup>222</sup> Con ciò volendo significare che anche sotto questo punto di vista la coerenza si presenta come un 'dato' positivo del sistema e in quanto tale preesistente rispetto all'attività dell'interprete, piuttosto che come una qualità che questi conferisce all'ordinamento con l'attribuire alle

---

in vigore della Costituzione stessa; e in genere alla realtà storico-giuridica preesistente, nonché alle esigenze di adeguamento e di coordinamento di "taluni ordinamenti precedenti", alla Costituzione.

<sup>222</sup> Sistematicità intesa come coerenza immanente e unità finalistica di un insieme di norme.

norme da interpretare contenuti idonei a creare un rapporto di coerenza tra queste e le altre norme dell'ordinamento.

## 6.2. Rilievi critici

Abbiamo già avuto modo di dire che la sistematicità, nell'accezione che abbiamo voluto fare nostra, è un carattere essenziale in quei testi legislativi che sembrano ispirati a un disegno normativo unitario attribuibile a un unico legislatore (“identificabile e non mitico”)<sup>223</sup> poste in essere seguendo un ordine logico-giuridico da utilizzarsi come criterio di conoscibilità del loro contenuto. Orbene, il fatto che i criteri anzidetti siano tutti presenti nella nostra Costituzione ci consente di cogliere immediatamente il grado di sistematicità di cui essa è “intrisa”.

La Costituzione italiana rappresenta il prodotto di un ‘potere costituente’ che ha trovato la sua fonte nella volontà del popolo, per cui si dice che è essa stessa “di origine popolare”.<sup>224</sup>

Per la verità, come è noto, all’origine della nostra carta fondamentale risiedono due decisioni di particolare rilievo entrambe attribuibili alla volontà popolare: la forma istituzionale dello Stato e la composizione dell’Assemblea Costituente. Quando, allora, ci si riferisce allo ‘spirito informatore’ della Costituzione non si intende altro che quella particolare concezione dello Stato e della società che, “maturata nella coscienza sociale ed espressa attraverso tali decisioni, si è realizzata — sul piano giuridico — nella Costituzione”.<sup>225</sup>

Come è noto, infatti, la nostra carta fondamentale, nata come il prodotto di una grave crisi politico-ideologica, si afferma non solo come portatrice di valori fortemente antitetici rispetto al regime precedente, quanto piuttosto come entità “anticipatrice di eventi e

---

<sup>223</sup> Così si esprime LAZZARO, *L'interpretazione*, cit., p. 35.

<sup>224</sup> Cfr. PIERANDREI, *La nostra Costituzione*, in *Scritti*, cit., II, p. 425 ss., nonché i numeri 4/94 e 1/95 della rivista *Democrazia e diritto* a carattere monografico intitolati *Costituenti*.

<sup>225</sup> Cfr. AMBROSINI, *Profilo storico del costituzionalismo italiano, dai liberi Comuni e dal Parlamento siciliano alla Costituzione repubblicana del 1948*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, cit., I, p. 445 ss.

di tempi”<sup>226</sup> nel progettare, disegnare e realizzare un programma di ampia portata, finalizzato alla realizzazione piena del regime democratico che mediante la sua approvazione si è voluto instaurare nel nostro Paese.<sup>227</sup>

Da questo punto di vista, ma è argomento oltremodo noto in dottrina, la nostra Costituzione segna — nell’insieme delle sue norme — il punto di incontro delle diverse (spesso antitetiche) componenti politico-ideologiche che parteciparono ai lavori della sua formazione; ma nello stesso tempo essa segna il superamento di quelle posizioni contrastanti e delle diverse valutazioni politiche che hanno consentito di addivenire a una ‘unità’ rappresentata dall’inscindibile insieme di quelli che furono, e sono, i suoi principi ispiratori.<sup>228</sup>

---

<sup>226</sup> Cfr. TOGNI, *La Costituzione ha posto le basi per lo sviluppo della moderna società italiana*, in *Studi per la Costituente*, cit., III, p. 497.

<sup>227</sup> Cfr. MORTATI, *Ispirazione democratica della Costituzione*, in *Scritti*, cit., II, p. 281 ss.

<sup>228</sup> Vittorio Emanuele Orlando, nel suo discorso di chiusura all’Assemblea Costituente, dopo l’approvazione del testo definitivo della Costituzione, nella seduta del 22 dicembre 1947 (ora in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, V, Roma, 1970, p. 4605) tra l’altro ebbe a dire “Oggi noi siamo al vertice dell’opera raggiunta... e in un certo senso questa Assemblea può essere fiera del lavoro compiuto, pur attraverso contrasti, pur rasantando precipizi... pur trovandosi di fronte a bivi...”; ed ancora: “...attraverso i dissensi, malgrado i contrasti, ognuno di noi ha contribuito a quest’opera. E vi è solidarietà, unità, anche tra coloro che hanno sostenuto le tesi più diverse e più opposte, perché in ciò sta la bellezza della libertà parlamentare”.

E nella stessa seduta (*ivi*, p. 4603), subito dopo la votazione, il Presidente dell’Assemblea Terracini in riferimento alle sollecitazioni avanzate con alcuni ordini del giorno, tra i quali quelli degli On.li Calamandrei, Parri, Leone, Gronchi, Longo, Boldrini, per un provvedimento di clemenza per i reati politici e comuni, da concedersi in occasione della promulgazione della Costituzione, aveva detto: “Il rinnovato gesto di amnistia, del quale vi siete fatti promotori, vuole oggi esprimere lo spirito che ha informato i nostri lavori, in ognuno di noi, su qualunque banco sedesse, a qualunque ideologia ci si richiami. L’Assemblea ha pensato e redatto la Costituzione come un solenne patto di amicizia e di fraternità di tutto il popolo italiano, cui esso lo affida perché se ne faccia custode severo e disciplinato realizzatore”.

Illuminante, poi, la testimonianza di PALLOTTA, nello scritto *Togliatti alla Costituente*, in *Studi per la Costituente*, cit., I, p. 395, ove, fra l’altro, ricorda che Togliatti fu, fin da principio, “contro ogni tendenza rivolta a dare una veste ideologica alla Costituzione”. Togliatti — sostiene l’Autore — configurava la Costituzione repubblicana “come una sintesi di diverse esperienze storiche, un punto di equi-

Nel quadro testé descritto particolare rilievo assume la funzione che potremmo definire ‘dinamico-programmatica’ svolta dai principi fondamentali della stessa Costituzione,<sup>229</sup> che, come autorevolmente è stato sostenuto, si esplicherebbe ponendo le linee direttrici di un più ampio disegno svolto nelle parti successive,<sup>230</sup> in modo da realizzare un sistema di regole collegate fra loro da una sorta di concatenazione logica e, per di più, tutte riconducibili a una idea unitaria il cui minimo comun denominatore consisterebbe nel rapporto di reciproca integrazione esistente fra le diverse norme, tutte, peraltro, ispirate al perseguimento di uno scopo non incompatibile.<sup>231</sup>

Sembra pacifico sostenere che la Costituzione realizza, per vari aspetti, un sistema riconducibile alle diverse nozioni di scopo, nei termini in cui lo abbiamo appena definito. Ciò è vero, in primo luogo, rispetto al nesso di concatenazione deduttiva che vincola fra loro le varie disposizioni; in secondo luogo, quando ci si vuole riferire al rapporto di coerenza che ineludibilmente intercorre fra i contenuti delle diverse norme e, infine, quando si sottolinea la convergenza (o non incompatibilità) dei fini cui dette norme sono preordinate. Ove, allora, si ritenga — come ci siamo sforzati di dimostrare lungo tutto il percorso di questo capitolo — che questi rappresentano elementi obiettivi del sistema cui la Costituzione ha voluto dare vita, di conseguenza ben si possono comprendere le motivazioni del perché sosteniamo che la sistematicità debba essere intesa come una qualità intrinseca dell’insieme delle norme

---

librio tra differenti valutazioni politiche...”. Togliatti non fu per una Costituzione “di parte”, per una Costituzione “socialista”, e anche se questo poteva essere un seducente obiettivo “egli non considerò questa ipotesi e, se lo fece, fu per escluderla. Essa sarebbe stata, come si direbbe oggi, una fuga in avanti”.

<sup>229</sup> Cfr. ITALIA, *Le disposizioni di principio*, cit. p. 228.

<sup>230</sup> Cfr. MORTATI, *La Costituzione italiana*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 214.

<sup>231</sup> Per la nozione di coerenza come “non incompatibilità” di fini cfr., per tutti, LAZZARO, *L’interpretazione sistematica*, cit., p. 100 ss, il quale, tra l’altro, osserva che quando l’interprete “invoca la coerenza tra contenuti di norme diverse... afferma l’esigenza di una proposizione tra elementi costitutivi delle norme (...) e si ispira ad un principio di giustizia, secondo il quale bisogna trattare esseri diversi in modo proporzionale alle loro diversità: in sostanza si ispira ad un principio etico”. Quando invoca, invece, la coerenza come non incompatibilità di fini, si ispira “ad un principio utilitaristico coll’affermare l’inopportunità che norme diverse perseguano fini incompatibili, sì da elidersi a vicenda nella loro efficacia pratica”.

che compongono la nostra carta fondamentale. Meglio ancora, la sistematicità, a nostro sommo avviso, finisce con l'essere una componente essenziale della struttura della Costituzione. Pertanto, essa non può non essere vista se non come un 'sistema', ossia come la sintesi dei vari elementi che sono alla base delle diverse nozioni di sistema che abbiamo più sopra considerato.

Se si accoglie, dunque, come tale la naturale struttura della Costituzione, allora si deve concludere che "il sistema che essa realizza è qualcosa di più e di diverso dalle singole norme che la compongono, e si riflette e si immedesima in ciascuna di esse, in modo da costituirne elemento essenziale".<sup>232</sup>

In un modello di pensiero così strutturato la norma, ovviamente, non potrà per alcun motivo essere considerata isolatamente, come se fosse una entità a sé stante ed in quanto tale realizzante un proprio disegno normativo, ma, piuttosto ed esclusivamente in relazione al sistema, come parte di quello che potremmo definire il disegno che in detto sistema si intende realizzato. È, allora, implicito che il criterio basilare nel quale l'interprete deve trovare la sua ispirazione non può non essere che quello sistematico, poiché non potrà interpretarsi una singola norma (o parte di essa) se non "interpretando in pari tempo il sistema";<sup>233</sup> vi è chi si è spinto fino al punto di affermare che "non può apprendersi l'intimo significato di una singola proposizione normativa se non cogliendovi lo spirito dell'intero sistema che in essa si proietta".<sup>234</sup>

Sembra addirittura che la presenza del sistema — nelle forme e nei modi nel quale lo abbiamo inteso — in ogni norma ci imponga di considerare la sistematicità come un vero e proprio *principio ispiratore* della Costituzione, nel senso che essa è stata pensata e realizzata dal Costituente esattamente come un 'sistema', basato sulla

---

<sup>232</sup> Così si esprime SACCO, *Il concetto di interpretazione*, cit., p. 66.

<sup>233</sup> Cfr. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 99.

<sup>234</sup> Cfr. MORTATI, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in *Studi per la Costituente*, cit., IV, p. 468, che aggiunge: "Questo tipo di interpretazione sistematica, se è sempre indispensabile ad enucleare l'intimo significato di ogni specie di regola giuridica, tanto più necessaria si presenta nei confronti di quelle costituzionali, data la maggiore genericità di formulazione inerente a molte di esse ed il maggior rilievo assunto dalle proclamazioni di principio dalle quali è da attingere il criterio di graduazione dei molteplici interessi voluti tutelare".

concatenazione logica di principi e norme, sulla coerenza fra i contenuti delle diverse disposizioni, nonché sulla coordinazione di esse verso scopi e finalità non incompatibili fra loro.<sup>235</sup>

Se ciò corrisponde a verità, allora possiamo affermare che la sistematicità si colloca, da un punto di vista metodologico, in una ideale posizione di *privilegio* rispetto agli altri elementi della stessa Costituzione che vengono assunti come criteri interpretativi delle sue norme; ciò è altresì vero in una duplice veste: da una parte in quanto il riferimento al sistema assume una posizione di sovraordinazione rispetto all'ordine logico dell'adozione dei criteri interpretativi e dall'altra poiché nell'attività di ricerca e di valutazione di quei particolari elementi della Costituzione che incidono sull'operato dell'interprete e sul risultato di detta attività, si deve avere come punto di riferimento il sistema nella sua interezza, piuttosto che la relativa portata di ogni singola norma. In altri termini, i valori presenti nella Costituzione non possono essere correttamente individuati se non avendo ben presenti la particolare fisionomia e la rilevanza che essi potrebbero assumere in rapporto all'intero sistema.

Ecco perché fin da subito abbiamo avuto modo di sottolineare che fra criterio sistematico ed elemento politico-ideologico (ineludibilmente presente nella Costituzione) esiste un rapporto di *pura strumentalità*, nel senso che l'adozione del primo risulta necessaria al fine della individuazione del secondo, nonché per la valutazione della sua portata. Infatti, l'elemento politico-ideologico di cui la Costituzione, nel suo complesso, è materiata<sup>236</sup> non potrà essere colto in una singola norma ovvero in un gruppo di norme ma

---

<sup>235</sup> Cfr. PIERANDREI, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, cit. p. 555: "Ogni regola deve essere valutata nel sistema di cui fa parte: soltanto considerando la regola in relazione alle altre si possono determinare e proporzionare le sue funzioni e la sua maggiore o minore importanza, e si possono accertare le diverse sfumature del suo significato. Ma ciò è tanto più vero per la Costituzione, che si raccoglie attorno ad un complesso di principi generalissimi, i quali ne rappresentano come il "nucleo centrale", perché più direttamente esprimono quei valori politici in cui la Costituzione stessa trova il suo fondamento e per cui lo Stato si caratterizza in modo peculiare. Qualsiasi norma costituzionale, sia di carattere strutturale o materiale, è collegata in sistema con tutte le altre e con quei principi".

<sup>236</sup> Così PIERANDREI, *Saggio sulla teoria della Costituzione*, cit. p. 67.

nell'intero organismo, considerato nella sua unità, per il quale l'insieme di tutte le singole disposizioni — coerentemente e sistematicamente interconnesse — ha dato vita.

Ed è per questi motivi, infatti, per concludere, che si è qualificata la sistematicità come un vero e proprio principio particolare dell'interpretazione costituzionale che, in quanto tale, precede e condiziona tutti gli altri verificandone l'efficacia e la bontà.

## CAPITOLO II

### VALORI, PRINCIPI E NORME IN ALCUNE ESPERIENZE COMPARATE

#### 1. *Introduzione*

Analizzare, da un punto di vista comparato, le questioni della interpretazione costituzionale significa non solo e non tanto prendere in considerazione il problema dell'esistenza e della eventuale applicabilità alla norma fondamentale delle 'ordinarie' regole di ermeneutica, ma, principalmente, soffermarsi sulle indicazioni che in tal senso danno gli organi investiti del controllo della costituzionalità delle leggi. Si è già detto, a tal proposito, del doppio ruolo che essi svolgono se, da una parte, riempiono di significato le norme controllate e, dall'altra, come sempre accade, tendono a fornire, in molti casi anche attraverso la 'parallela' elaborazione dottrinarie e la prassi, un significato 'ragionevole' anche alla disposizione controllante.

Orbene, i differenti modelli di controllo (*Verfassungsgerichtsbarkeit* piuttosto che *judicial review of law*) rappresentano, ai nostri fini, tutt'altro che una suddivisione 'manualistica' quanto, al contrario, due diversi modi di atteggiarsi rispetto alle regole che presiedono alla interpretazione 'giudiziale' della Costituzione.

La necessità di mettere a confronto fra loro realtà così diverse ed esperienze giuridiche così notevolmente lontane nasce, in primo luogo, da quello che non da oggi la dottrina più autorevole ha definito il progressivo avvicinamento dei due sistemi giuridici (*Common Law* e *Civil Law*) e, in secondo luogo, dalla non secondaria questione, non del tutto chiarita nel nostro Paese, del rapporto e del significato, in quelle esperienze, di termini quali le norme, i principi e, infine, i valori.

Si tenterà di dimostrare, con sufficienti argomentazioni a sostegno di tale tesi, come un certo 'decidere' per valori (comune alle esperienze statunitense e tedesca) mal si adatta alle caratteristiche della nostra Costituzione e che, per certi aspetti, non sembrerebbe opportuno (e men che meno corretto) confondere (quasi che fosse

un ‘mero’ errore terminologico una interpretazione costituzionale ‘per principi’ con una ‘per valori’, laddove a questi ultimi si volesse dare una determinazione tutta assiologica.

Ciò che per i giudici tedeschi e statunitensi (stante le reciproche influenze) è del tutto naturale, rappresenta oggi, per il loro omologo italiano, a nostro sommo avviso, uno scoglio difficilmente valicabile.

## 2. *Teoria dei valori e Corte Suprema*

La giurisprudenza ormai plurisecolare della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America si connota, come più ampiamente cercheremo di dimostrare in questo capitolo, per un riferimento, sempre costante, quando si tratta di argomentare sulle fonti ‘subcostituzionali’ — quelle che più sopra abbiamo definito con una certa approssimazione “regole che consentono di interpretare il testo costituzionale” — alla teoria dei valori.

Sembra superfluo, almeno in questa sede, soffermarsi sul fenomeno della giurisprudenza dei valori la cui ‘nascita’ — a partire dalla seconda metà del XX secolo — ha rappresentato un evento praticamente universale. I valori sarebbero espressione del ‘dover essere’ (a livello assiologico), della pretesa di normatività dei concetti giuridici. Essi sarebbero una forma di manifestazione giuridica che, nonostante sia da sempre esistita, si è venuta razionalizzando solo nella storia moderna. Si muovono su di un piano distinto da quello della differenziazione fra norme e principi, quelli come manifestazione di un sistema nel quale una loro mancata realizzazione provoca automaticamente una conseguenza sul piano giuridico, questi come astrazione di quelle manifestazioni di un sistema nel quale una loro infrazione può non avere alcuna conseguenza giuridica riflettendo ciò che viene definito lo “spirito del gruppo normativo”.

I valori, volendosi qui riferire alla dimensione assiologica, aggiungerebbero un di più alle norme e ai principi.

In altri termini, la tecnica operativa della giurisprudenza dei valori sarebbe molto simile a quella della giurisprudenza dei concetti: costruzioni con un alto grado di astrazione, maggiore, per la verità, in quella della giurisprudenza dei concetti per la semplice ragione

che essa deve applicarsi alla totalità dell'ordinamento.<sup>237</sup> Tuttavia, a questa tecnica si fa corrispondere una pretesa di normatività in guisa che, in ultima istanza, alcuni valori debbano controbilanciarsi con altri, collegandosi verticalmente e orizzontalmente, facendo sì che uno di essi si affermi comunque, così come la sua plasmazione giuridica prende le forme classiche della teoria generale del diritto, diritti, norme principi, ecc., la sua essenza di normatività riflette usualmente questa forma concreta, però lungi dall'essere la regola generale, giacché ciò che assume fondamentale importanza è sempre il valore che soggiace alla norma, al principio, ecc. D'altra parte, queste manifestazioni concrete, così come le situazioni di fatto simulate che producono la concretizzazione di tali valori si collocano molto vicino o molto lontano dalla pretesa di normatività assoluta, sia che si tengano in considerazione le ipotesi iniziali, sia che si faccia riferimento ai restanti valori in gioco.

Prima di procedere all'esame della copiosa critica che si è generata nei confronti della *Wertjurisprudenz* in tutti i sistemi di giustizia costituzionale, critica che si caratterizza per un duplice filone (quello metodologico e quello sostanziale), ma che obbedisce allo stesso principio (evitare il soggettivismo giudiziario), tenteremo di delineare lo sviluppo della giurisprudenza dei valori.

Di fatto, l'origine della teoria dei valori è dovuta all'attività giurisdizionale costituzionale; tanto nel caso tedesco quanto nel caso nordamericano, la dottrina ha subito una influenza molto pronunciata proveniente proprio dall'attività giurisprudenziale.

Nella Repubblica Federale Tedesca fu la primazia dei diritti fondamentali che obbligò il *Bundesverfassungsgericht* a porre in essere (meglio, creare) tecniche concrete di difesa che furono lentamente, nel corso degli anni, sistematizzate. Queste tecniche, che stabilivano varianti importantissime in una moltitudine di aspetti (presunzione di incostituzionalità, legittimazione, lesione proteggibile, soggetti dei diritti, retroattività della Costituzione, prova molto rigorosa di costituzionalità) comparate con quelle che si applicano alla interpretazione degli altri precetti costituzionali, non troverebbero alcuna giustificazione se non attraverso una dogmatica estremamente flessibile, tale da consentire la concretizzazione della

---

<sup>237</sup> Cfr. RÖLLECKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*, in AA.VV., *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, München, 1976, pp. 38-39.

norma fondamentale e, perciò, allontanando il rischio di una generale incoerenza.

Fare appello ai valori rappresentò, allora, forse, l'ancora di salvezza di quell'ordinamento costituzionale. Non appena essi cambiarono di intensità, in pretesa di normatività, dipendendo, come è noto, dalle variabili che man mano entravano in conflitto, variabili che sostanzialmente sono tutte riconducibili ad altri valori, la *Wertjurisprudenz* finì per diventare uno strumento assolutamente essenziale e imprescindibile. Rispetto al problema della necessaria flessibilizzazione e coerenza, l'appello ai valori riusciva a fornire una giustificazione concettuale: i diritti fondamentali erano indubbiamente l'oggetto della maggiore pretesa di normatività-vigenza della Legge Fondamentale.<sup>238</sup>

Negli Stati Uniti il fenomeno si presentò in maniera del tutto simile. Il *Bill of Rights*, nel momento in cui statuiva il principio secondo il quale l'individuo rappresenta il 'centro', avviava a tutti i problemi che la costituzionalizzazione della libertà contrattuale aveva provocato. La dottrina delle *preferred freedoms* (sopravvalutazione dei diritti personali rispetto a quelli patrimoniali) aprì in modo naturale la strada alla giurisprudenza dei valori.

In entrambi i casi la dinamica dei diritti fondamentali come valori provocò una concezione della giurisprudenza dei valori autonoma da questo limitato campo. Tutti i precetti costituzionali sarebbero quindi suscettibili di interpretarsi in funzione dell'intrinseco valore della norma.

Più di recente, nonostante il nucleo della giurisprudenza dei valori possa farsi riferire principalmente ai diritti fondamentali, tutto il testo costituzionale, non senza problemi, anche di un certo rilievo, di carattere ermeneutico, finisce per 'seguire' questa ottica. Le garanzie istituzionali delle autonomie locali, la massimalizzazione dello sfruttamento della ricchezza nazionale o il principio del con-

---

<sup>238</sup> Non si può non sottolineare, comunque, che forte fu in quella esperienza l'influenza delle logiche e delle 'politiche' delle potenze di occupazione, influenza che si coglie in modo del tutto simile nella Costituzione giapponese e nel suo richiamo al diritto naturale e a valori di chiaro stampo statunitense. Cfr. AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione*, in AMIRANTE, ATRIPALDI, MELONCELLI, SACCOMANNO, *Diritto pubblico*, Rende, 1993.

trollo parlamentare della spesa pubblica, rappresentano valori costituzionali e, in quanto tali, necessitano dell'opportuno confronto con quelli relativi ai diritti fondamentali della persona.

### 3. *La dottrina della allgemeine Grundrechtslehre: cenni*

Nonostante il *Bundesverfassungsgericht* abbia utilizzato il concetto di “ordine di valori” per tutta la Legge Fondamentale, ciò che qui sembra a noi necessario sottolineare è che tale concetto trova la sua principale applicazione nei diritti fondamentali,<sup>239</sup> producendo per essi quella locuzione che va sotto il nome di “sistema dei valori”.<sup>240</sup>

Questa caratterizzazione come sistema o ordine globale interno del catalogo dei diritti fondamentali della *Grundgesetz*, insieme alle altre categorizzazioni, come quella della ‘garanzia istituzionale’<sup>241</sup> e quella delle norme soggettive,<sup>242</sup> motivò in Germania la costruzione dottrinarica di una teoria generale dei diritti fondamentali che sistematizzava le tecniche attraverso le quali tutto ciò che si presentava sotto l’egida di ‘sistema dei valori’ risultava dover essere, dalla Corte costituzionale, ‘superprotetto’.

Infatti, i diritti fondamentali si rendono effettivi attraverso una serie di specialissime tecniche giuridiche che non è dato rinvenire nei restanti precetti costituzionali, tecniche che, nonostante abbiano come base il testo della Costituzione devono la loro origine e il loro sviluppo alla eccezionale pretesa di normatività di tutti i diritti fondamentali.

---

<sup>239</sup> Cfr. BverfGE 35, 79, 114; 34, 269, 280.

<sup>240</sup> Cfr. BverfGE 27, 1, 6 e, in dottrina GÖRLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, Berlin, 1937, P. 37.

<sup>241</sup> La teoria della garanzia istituzionale è opera di SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1981, che elaborò e sistematizzò il pensiero di alcuni fra i commentatori della Costituzione di Weimar del 1919 fra i quali ricordiamo M. Woolf.

<sup>242</sup> Cfr. BVerfGE 10, 88; 19, 216; 23, 134. Questo concetto fu molto esaltato dalla stessa dottrina costituzionalistica tedesca. Si veda, per tutti, SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, München, 1977, p. 286 e, più in generale, il commento all’art. 1 del GG Kommentar di MAUNZ, DÜRIG, HERZOG.

#### 4. *La dottrina delle cc.dd. preferred freedoms*

Se in Germania la teoria dei valori si generalizzò interessando, di conseguenza, tutti i diritti fondamentali, negli Stati Uniti è stata operata, al contrario, una distinzione fra diritti della persona e diritti a contenuto patrimoniale.

La teoria delle *preferred freedoms*, la cui origine, come è noto, è dovuta alla celebre nota a piè di pagina n. 4 della sentenza della Corte Suprema *United States vs. Carolene Products Co.*,<sup>243</sup> fu utilizzata chiaramente per la prima volta, secondo quanto autorevolmente si sostiene,<sup>244</sup> nel 1945 nel caso *Thomas vs. Collins*.<sup>245</sup> Annullando una legge dello Stato del Texas che obbligava tutti i sindacalisti a registrarsi in un apposito elenco, sottomettendo, per ciò, la loro attività al rilascio di una apposita licenza, la Corte Suprema affermò che “la normale presunzione di costituzionalità cede di fronte alla preferenza nel nostro sistema delle grandi e indispensabili libertà garantite dal primo emendamento”.<sup>246</sup>

Solo “un grande interesse pubblico” potrebbe, quindi, giustificare una restrizione di queste libertà.

La teoria, pertanto, non consiste esclusivamente nell’affermazione della supremazia di determinati principi costituzionali, quanto nel suo riflettersi nella dialettica della presunzione di costituzionalità, in modo che debba essere lo Stato a giustificare, di fronte alla Corte Suprema, che per la legge vigente possa farsi valere tale presunzione. Parallelamente, l’inversione dell’onere della prova implicherebbe la necessità di suffragare con una maggiore intensità la legge, onde non sarebbe sufficiente dimostrare un qualsivoglia interesse statale, ma le necessità che tale interesse giustifichi la deroga alla generale protezione costituzionale.

In altri termini, si è voluto creare una sorta di *doppio standard* di costituzionalità: da una parte, i diritti economici e sociali sarebbero soggetti, dopo il 1937, alla c.d. norma di Thayer, con la quale si stabilisce che solo una incostituzionalità chiara e manifesta può

---

<sup>243</sup> 323 US 144, 152, nota 4 (1938). La celebre nota ha acquistato una importanza davvero notevole come giustificazione di tutta la giurisprudenza dei valori.

<sup>244</sup> Cfr. DUCAT, *Modes of constitutional interpretation*, Los Angeles, 1978, p. 199.

<sup>245</sup> 323 US 516 (1945).

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 529.

annullare tali diritti (applicando il *test* della ragionevolezza); dall'altra, con riferimento ai diritti protetti dal primo emendamento, in quanto dotati di una forza superiore, essi non consentono e non tollerano la sopravvivenza di una legislazione statale basata esclusivamente su di un interesse ragionevole. La dissociazione fra diritti di proprietà e diritti personali si è consumata, come autorevolmente si sostiene, "fino a quando qualcuno non comprenderà perché il diritto di proprietà non è un diritto personale".<sup>247</sup>

Questa contrapposizione fra diritti personali e diritti patrimoniali, utilizzata per ricavare da un giudizio una speciale protezione dei primi, è dovuta principalmente al giudice Stone,<sup>248</sup> sebbene in ogni caso essa fosse traslata dal principio della libertà di espressione del primo emendamento. Tale contrapposizione provocò la reazione negativa del giudice Frankfurter con riferimento agli altri principi costituzionali (sempre, comunque, nell'ambito dei diritti della personalità).

Dalla libertà di espressione passò, quindi, a quella di riunione, di associazione, di stampa e religiosa nella previsione di cui al primo emendamento e da qui ad altre clausole, fra le quali si distinguono quella di uguaglianza e quella del c.d. *substantive due process*.

Tutta la *new equal protection*, con le sue '*suspect classifications*' e gli interessi fondamentali, suppone semplicemente la costituzionalizzazione dei valori in quanto rappresentanti una gerarchia superiore rispetto agli interessi pubblici. Solo valori superiori, come quello della sicurezza nazionale,<sup>249</sup> quelli militari,<sup>250</sup> ovvero la necessità di assicurare la parità elettorale,<sup>251</sup> hanno superato di tanto in tanto il confronto con gli interessi fondamentali o con le categorie sospette.

L'atteggiamento del giudice Marshall rappresenta l'unica voce dissonante nella Corte Suprema. Essa si esprime in maniera critica

---

<sup>247</sup> Cfr. HAND, *Chief justice Stone's concept of the judicial function*, in *The Spirit of Liberty*, 1959, p. 156.

<sup>248</sup> Cfr. WHITE, *The american judicial tradition*, 1976, p. 220.

<sup>249</sup> Cfr., per esempio, *Korematsu vs. United States*, 323, US 214 (1944), nella quale si dichiarò la costituzionalità della norma che prevedeva l'internamento in campi di concentramento di cittadini statunitensi di origine asiatica residenti sulla costa occidentale.

<sup>250</sup> Cfr. *Rostker vs. Goldberg*, 101 S. Ct 2646 (1981), che ammise la discriminazione sessuale nel reclutamento militare.

<sup>251</sup> Cfr. *Marston vs. Lewis*, 410 US 679 (1973).

nei confronti di questo dualismo di livelli di costituzionalità, propugnando, invece, per un ‘sistema a gradini’ che possa comprendere tutti gli interessi e i diritti, anche se non espressamente qualificati come fondamentali.

Di fatto, tale tendenza si è già cominciata a manifestare proprio nella giurisprudenza della stessa Corte Suprema, poiché sia la discriminazione sessuale<sup>252</sup> che la “benigna” discriminazione razziale<sup>253</sup> o la dottrina degli *irrebutables presumptions* generano un *test* intermedio di costituzionalità che si inserisce fra quello più sopra descritto e quello conosciuto come *test* della ragionevolezza-razionalità. Unitamente alle altre categorie sospette, come la estraneità o la illegittimità, il tipo di controllo che si esercita in questi casi non è realmente stretto, bensì intermedio.

Ciò malgrado, il grande successo della teoria delle *preferred freedoms* non si ebbe che a partire dal 1973, con la resurrezione del *substantive due process* e, perciò, con la costituzionalizzazione dei cc.dd. *rights of privacy and personhood*.

A partire dal 1965<sup>254</sup> si riconobbe espressamente rango costituzionale al diritto all’intimità (*right of privacy*). L’affermazione di tale diritto ha avuto antecedenti che possono farsi risalire al periodo precedente la semirivoluzione del 1937, grazie al pregevole apporto di qualche membro della Corte Suprema.<sup>255</sup> È importante sottolineare che tali giudici decisero le questioni nonostante non fosse presente la clausola del *due process*: infatti, per difendere il diritto alla procreazione<sup>256</sup> e, successivamente, quello al matrimonio<sup>257</sup> e al divorzio<sup>258</sup> si ricorse esclusivamente al principio di eguaglianza.

---

<sup>252</sup> Cfr. *Craig vs. Boren*, 429 US (1976), con la quale si è consentita la tecnica del *test* intermedio.

<sup>253</sup> Cfr. *University of California Regents vs. Bakke*, 438 US 265 (1978)

<sup>254</sup> Cfr. *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965) con cui si dichiarò incostituzionale la penalizzazione dell’uso dei contraccettivi.

<sup>255</sup> Il giudice Reynolds, per esempio. Cfr. *Meyer vs. Nebraska*, 262 US 535 (1923) e *Pierce vs. Society of Sister*, 268 US 510 (1925), pronunce particolarmente famose per avere costituzionalizzato la libertà privata di insegnamento.

<sup>256</sup> Cfr. *Skinner vs. Oklahoma*, 316 US 535 (1942) del giudice Douglas.

<sup>257</sup> Cfr. *Loving vs. Virginia*, 388 US 1 (1967) nella quale si dichiarò incostituzionale il divieto di matrimoni interrazziali e, in particolare, *Zablocky vs. Redhail*, 434 US 374 (1978), con la quale si qualificò il diritto al matrimonio come fondamentale.

<sup>258</sup> Cfr. *Boddie vs. Connecticut*, 401 US 371 (1971).

Possiamo ragionevolmente affermare che il riconoscimento aperto dei valori dell'autonomia personale rappresenta un'autentica rivoluzione della Corte Suprema nel periodo della presidenza del giudice Burger.

Dal 1973, con la sentenza *Roe vs. Wade*, l'estensione della tecnica del *substantive due process* è stata praticamente totale: diritto al matrimonio, diritto a vivere unitamente agli altri membri della famiglia,<sup>259</sup> diritto a decidere l'internamento dei propri figli in case di cura per malattie mentali,<sup>260</sup> diritto alla educazione familiare privata dei propri figli,<sup>261</sup> diritto degli incaricati dell'educazione dei minori a non essere allontanati dal lavoro per aver trattato argomenti imbarazzanti, adducendo il 'nocivo' effetto che avrebbero potuto avere sugli allievi,<sup>262</sup> diritto, per la verità dubbio, a non essere puniti per pratiche omosessuali private,<sup>263</sup> diritto, infine, alla pianificazione sessuale non integrata nella famiglia.<sup>264</sup>

Tali valori di intimità o personalità non si limitano, però, all'ambito del *due process*, ma coinvolgono anche gli altri principi come quello della libertà di espressione, nel senso di riconoscere il diritto a rifiutarsi di propagandare l'ideologia ufficiale<sup>265</sup> ovvero il diritto a non essere perseguito per il possesso di materiali osceni,<sup>266</sup> o, ancora, principi come quelli che regolano i limiti all'operato della polizia.<sup>267</sup> Ciò nonostante, quel che qui si intende sottolineare è che il *substantive due process* rappresenta la grande clausola che contiene gli

---

<sup>259</sup> Cfr. *Moore vs. City of East Cleveland*, 431 US 494 (1977).

<sup>260</sup> Cfr. *Parham vs. J.R.*, 442 US 584 (1979).

<sup>261</sup> Cfr. *Wisconsin vs. Yoder*, 406 US 205 (1972), con la quale si dichiarò la incostituzionalità della norma che penalizzava la non assistenza alla scuola nell'ipotesi in cui i genitori non consentivano la frequenza di essa per motivi religiosi.

<sup>262</sup> Cfr. *Cleveland Board of Education vs. La Fleur*, 414 US 632 (1974).

<sup>263</sup> Nonostante la pronuncia *Doe vs. Commonwealth's Attorney*, 403F. Supp. 1199 (EDVa, 1975), *affirmed* 425 US 901 (1975), la Corte Suprema in *Carey vs. Population Services International*, 97 Sct 2010, 2021, n. 17 (1977) ha affermato che la questione non è decisiva.

<sup>264</sup> Cfr. *Eisenstadt vs. Baird*, 405 US 438 (1972).

<sup>265</sup> Per effetto della pronuncia *Barnette vs. West Virginia State Board of Education*, 319 US 624 (1943) è incostituzionale l'obbligo del saluto alla bandiera nazionale.

<sup>266</sup> Cfr. *Stanley vs. Georgia*, 394 US 557 (1964).

<sup>267</sup> Cfr., per esempio, *Richin vs. California*, 342 US 165 (1952) che riguardava il caso di violenze della polizia su alcuni sospetti perpetrate al fine di ottenere prove a carico.

*autonomy rights*. Proprio questo ha richiamato in modo particolare l'attenzione perché fu anche il principio del *due process*, da un punto di vista sostanziale, che nel periodo che va dal 1905 al 1937, elevò a rango costituzionale la libertà contrattuale, provocando uno scontro diretto con la politica del *new deal* di Roosevelt e, per reazione contraria, la “minorazione del rango” dei diritti patrimoniali con l'abbandono del *substantive due process* economico e la disutilizzazione pratica del principio di eguaglianza (mediante il *rationality test* che sempre ha prestato e presta soccorso alla costituzionalità delle diseguaglianze di ordine economico e sociale), finché la dottrina delle *preferred freedoms* non è giunta alla ‘nuova clausola dell'eguaglianza’ mediante l'elaborazione delle ‘categorie sospette’ e degli interessi fondamentali.

L'utilizzazione del principio del *due process* per fare ora con le libertà personali ciò che fu fortemente criticato con quelle patrimoniali è stato motivo ispiratore della polemica aperta nei confronti della giurisprudenza dei valori, polemica sulla quale ci soffermeremo più avanti.

Naturalmente, la teoria dei valori fondamentali non si limita alle clausole aperte, come quella del *due process* o di eguaglianza, quantunque è logicamente nella interpretazione di esse che si manifesta con più vigore, ma, anzi, la totalità dei principi costituzionali diventano interpretabili dal punto di vista dei valori sostanziali che in essi soggiacciono.

In altri termini, ciò che l'estensione della teoria ha provocato è una globale esplicazione dei precetti costituzionali a partire dalla giurisprudenza dei valori. Come Tribe ha messo in rilievo, tutta la Costituzione, assolutamente tutti e ciascuno dei suoi precetti,<sup>268</sup> sono perfettamente interpretabili e interpretati tentando di cogliere i valori sostanziali che incarnano.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> La giurisprudenza costituzionale tedesca sottolinea che non solo l'insieme dei *Grundrechte* costituisce un *Wertordnung* o *Wertsystem*, ma che i diritti fondamentali, singolarmente presi, sono delle *Wertentscheidungen*. Cfr., solo per citare alcune delle prime in ordine cronologico, BVerfGE 38, 248, 253; 37, 217, 219; 36, 321, 330; 17, 210, 217. In dottrina cfr., per tutti, AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, cit.

<sup>269</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 1978, p. 164 ss.

## 5. Il fondamento giuridico dei valori

In verità, a noi interessa relativamente poco conoscere quali valori e quali interessi si siano andati sviluppando nel corso del tempo, argomento, al contrario, di cui dovrebbe occuparsi più approfonditamente uno studio sistematico dedicato alla giurisprudenza costituzionale comparata. Diversa, per i nostri fini, è la questione dell'“origine” di detti valori, o, per meglio dire, la fonte che li ha legittimati. E, ancora e soprattutto, quei casi nei quali il valore o l'interesse fondamentale non sono esplicitamente previsti dal testo costituzionale, cosa che esclude, di per sé, la possibilità di un riferimento al diritto positivo contenuto in un principio.

Infatti, tale aspetto è stato quello che più ha preoccupato la dottrina tedesca, poiché, come ha sostenuto Bleckmann, il *Bundesverfassungsgericht* non ha mai chiarito il concetto di valore, da dove procede questa teoria dei valori (che non trova alcun riscontro nella Legge Fondamentale del 1949), né il contenuto di questo ‘ordine di valori’, né come si bilanciano uno con l'altro (con la sola eccezione della dignità umana, considerata un valore dominante) e, in particolare, non ha chiarito “se si debba risolvere il bilanciamento e la relazione fra essi per mezzo di una interpretazione della *Grundgesetz* o, al contrario, per mezzo di una teoria dell'essenza”.<sup>270</sup>

Negli stessi termini, come vedremo, si pone il problema fondamentale, la questione cardine che hanno discusso i costituzionalisti nordamericani. Perciò prima di soffermarci sulla discussione dottrinarica è opportuno esaminare proprio la ‘derivazione giurisprudenziale’ di questi valori.

Cosa determinò, nell'esperienza statunitense, la classificazione dei valori come tali nel primo emendamento della Costituzione? Da dove proviene la *suspect classification* per quelle determinate categorie che potrebbero risultare discriminate? Per quali ragioni determinati interessi sono qualificati come fondamentali per effetto dell'applicazione del principio di eguaglianza? Come si identifica *a priori* un diritto che include il *substantive due process*?

Tenteremo, qui di seguito, di fornire risposte adeguate a ciascuno dei quesiti che ci siamo posti.

---

<sup>270</sup> Cfr. BLECKMANN, *Allgemeine Grundrechtslehre*, Berlin, 1979, p. 199.

I fondamenti delle libertà protette dal primo emendamento della Costituzione americana variano a seconda che si tratti della clausola religiosa, la cui origine è chiaramente storica,<sup>271</sup> o di quella di associazione-riunione-espressione, trilogia il cui fondamento è comune. La *preferred position* di quest'ultima è stata una delle questioni più dibattute nella teoria costituzionale statunitense (e, più in generale, nordamericana).

In via giurisprudenziale la prima esplicazione, ormai classica, fu quella formulata con la *dissenting opinion* del giudice Holmes nella decisione *Abrams vs. United States*,<sup>272</sup> che faceva riferimento al “mercato delle idee” (*competition of the market of ideas*), concetto conosciuto nella filosofia politica anglosassone attraverso il pensiero di Milton.<sup>273</sup>

Il secondo tipo di argomento, riconducibile, per certi aspetti, al pensiero di Stuart Mill<sup>274</sup> nell'universo delle idee politiche, è quello che considera la libertà di espressione come un mezzo per raggiungere la verità. Tradotta in termini giuridico-costituzionali, essa qualifica il primo emendamento come essenziale per il governo autentico dei sistemi democratici, tesi la cui esposizione migliore fu senza dubbio quella di Meiklejohn<sup>275</sup> e che è stata instancabilmente ribadita dalla Corte Suprema come fondamento della posizione privilegiata della stessa libertà dalla sentenza *Stromberg vs. California*,<sup>276</sup> il precedente più antico, fino alla recente inclusione del *commercial speech* nell'ambito della libertà di espressione tutelata dallo stesso emendamento.<sup>277</sup>

---

<sup>271</sup> Cfr., per esempio, *Everson vs. Board of Education*, 330 US 1 (1947), dove viene raccolta tutta la storia dell'idea della laicità dello Stato all'epoca della Rivoluzione.

<sup>272</sup> 250 US 616 (1919).

<sup>273</sup> Cfr. MILTON, *Aeropagitica. A speech about the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*, London, 1644. L'influenza di Milton sul giudice Holmes è una affermazione indiscussa nel diritto costituzionale americano. Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 576; Gunther, *Constitutional Cases and Materials*, New York, 1980, p. 1110

<sup>274</sup> Cfr. MILL, *On liberty*, London, 1859, tr. it. *Saggio sulla libertà*, Milano, 1991.

<sup>275</sup> Cfr. MEIKLEJOHN, *Free speech and its relation to self-government*, Los Angeles, 1948.

<sup>276</sup> 283 US 359, 369 (1931).

<sup>277</sup> Cfr. *Virginia Board of Pharmacy vs. Virginia Consumer Council*, 425 US 748, 765 (1976).

Il terzo tipo di argomentazione è quello che difende il valore della libertà come mezzo e fine nello stesso tempo e che fu già riconosciuto in un'altra famosa *dissenting opinion*, quella del giudice Brandeis in *Whitney vs. California*.<sup>278</sup>

Malgrado, dunque, di fatto, il primo emendamento ha goduto e sta tuttora godendo di una posizione privilegiata, in parte dovuta all'assolutismo del giudice Black, il suo fondamento, per la verità, non è molto chiaro poiché si assiste a una continua evoluzione dei vari settori tutelati da esso; una eloquente dimostrazione di ciò che abbiamo appena affermato è rinvenibile proprio nella 'spettacolare incorporazione' della pornografia nell'ambito del primo emendamento, incorporazione portata a termine dalla presidenza Warren<sup>279</sup> nonché la questione del *commercial speech* della Corte Burger;<sup>280</sup> a ciò è necessario aggiungere che esistono aree o settori del primo emendamento che sono ormai classici, come quella del *symbolic speech*, nella quale gli interessi statali che possono prevalere come limitazione alle libertà del primo emendamento sono tuttora diffusi nella giurisprudenza costituzionale.

Naturalmente questi ampliamenti (e i dubbi che ne conseguono) si producono perché il fondamento della posizione privilegiata non è altrettanto chiara come la visione tradizionale tripartita delle fonti pretenderebbe che fosse.

Nel 1938, in una nota a piè di pagina della sentenza *United States vs. Carolene Products Co.*,<sup>281</sup> l'allora giudice Stone (che non ricopriva, ancora, la carica di presidente) introdusse tre paragrafi che si sarebbero trasformati nel grande fondamento del *test* stretto di costituzionalità fondato sul principio di eguaglianza:

“È possibile che l'ambito di operatività della presunzione di costituzionalità sia minore quando la legislazione sembra contraddire direttamente (*on its face*) qualche proibizione specifica della Costituzione, come quella dei primi dieci emendamenti (...).

È necessario considerare ora se la legislazione che restringe quei processi politici che normalmente si spera che producano la derogazione alla legislazione indesiderata, debba sottomettersi ad un

---

<sup>278</sup> 274 US 357, 375 (1927).

<sup>279</sup> Cfr. *Roth vs. United States*, 354 US 476 (1957).

<sup>280</sup> Cfr. *Bigelow vs. Virginia*, 421 US 809 (1975).

<sup>281</sup> 304 US 144, 152-153, n. 4 (1938). In dottrina cfr., almeno, WHITE, *The american judicial tradition*, cit., p. 220.

esame giudiziale molto stretto, ai sensi del quattordicesimo emendamento (...).

Tanto più è necessario ora investigare se questo tipo di considerazioni debbano appunto valere quando il controllo si riferisce a leggi dirette contro le minoranze religiose, nazionali o razziali; se il pregiudizio contro le minoranze discrete o isolate (*discrete and insular minorities*) ha una condizione speciale che tende seriamente a ritagliare la operatività di quei processi politici nei quali normalmente si confida per la protezione delle minoranze e che forse potrebbero dar luogo ad un esame giudiziale molto accurato (...)"<sup>282</sup>.

Questa celebre nota, la cui stessa elaborazione fu di pubblico dominio,<sup>283</sup> è stata la chiave per la speciale protezione di quelle minoranze che giudizialmente erano nella condizione di "concrete e isolate". La categoria si converte in 'sospetta' proprio quando i giudici considerano che il suo carattere di "isolato" non può continuare a sopravvivere come pregiudizio storico-sociale.

Se il primo paragrafo riconosce semplicemente la potenziale inversione della presunzione di costituzionalità, il secondo serve da fondamento per la costituzionalizzazione dei diritti non sostanziali, cioè quelli processuali, di partecipazione (*adjective rights*)<sup>284</sup> e il terzo per la speciale operatività del principio di eguaglianza al di sopra dello stesso *test* della razionalità-ragionevolezza.

I pregiudizi razziali furono i primi a motivare l'applicazione dell'esame molto accurato (*strict scrutiny*) della costituzionalità, essendo la fattispecie razziale classificata come sospetta fin dalla sentenza *Korematsu vs. United States*. In verità, già nel periodo precedente il 1944 furono dichiarate costituzionalmente illegittime alcune leggi discriminatorie, ma ciò fu fatto utilizzando i precetti

---

<sup>282</sup> Per una ricostruzione dei numerosissimi commenti a cui la celebre nota ha dato luogo cfr. BALL, *Judicial protection of powerless minorities*, in *Iowa Law Review*, 1974, 59, 1059.

<sup>283</sup> La formulazione della nota, nonché le sue varie versioni non definitive, possono rinvenirsi in MASON, *Harlan Fiske Stone: pillar of the law*, New York, 1956, spec. pp. 513-514.

<sup>284</sup> Tutto il modello di *judicial review* recentemente proposto da Ely si basa su una sorta di 'santificazione' del contenuto di questa nota. Ely sostiene, peraltro, l'identica tesi di Häberle per il quale l'essenziale per il costituzionalismo è lasciare aperti i canali di partecipazione e non imporre valori sostanziali. Avremo modo di approfondire il pensiero dei due Autori citati nel prosieguo del lavoro.

contenuti nel XIV emendamento e non mediante la tecnica dell'inversione della presunzione di costituzionalità. Infatti, dopo il 1937 si assiste a una totale disapplicazione del test della razionalità.

Il secondo tipo di minoranza incorporata nella previsione di cui al paragrafo 3 della nota di *Carolene Products* fu quella degli stranieri, da intendersi sia come non cittadini, sia come minoranze nordamericane per propria origine nazionale.<sup>285</sup>

Una terza minoranza, di natura diversa, ma ritenuta analogamente "concreta ed emarginata", è quella dei figli illegittimi. Formalmente essa non è mai stata qualificata come categoria sospetta; ciò nonostante, di fatto, questa tipologia ha provocato automaticamente almeno un esame intermedio (*intermediate scrutiny*) di costituzionalità. In tal modo si giustificò il primo caso e nel medesimo modo si è operato in circostanze analoghe. Sembra opportuno, al riguardo, riportare le argomentazioni del giudice Douglas esposte nella sentenza *Levy vs. Louisiana*: "Ciò che qui esaminiamo è se la discriminazione è razionale, però siamo sempre molto sensibili quando si trattava di diritti civili fondamentali, e non abbiamo dubitato quando abbiamo annullato classificazioni che si basavano sul pregiudizio (*invidious classifications*), malgrado tali discriminazioni avevano una certa tradizione e una certa storia".<sup>286</sup>

La quarta minoranza è ormai una delle più conosciute. Si tratta delle discriminazioni per ragioni di sesso. La sua origine è del tutto simile a quella della discriminazione della filiazione: infatti, in *Reed vs. Reed*,<sup>287</sup> non a caso, i giudici della Corte Suprema decisero di applicare il test della razionalità. Ciò malgrado, nei casi successivi, si ebbe modo di rilevare che il pregiudizio tradizionale<sup>288</sup> era il motivo generatore di un esame molto rigoroso rispetto al test della

---

<sup>285</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 1052, n. 3.

<sup>286</sup> 391 US 68 (1968).

<sup>287</sup> 404 US 71 (1971).

<sup>288</sup> Si veda, a titolo di 'remoto precedente' della sentenza *Reed vs. Reed*, l'opinione del giudice Frankfurter in *Gosaert vs. Cleary*, 335 US 464 (1948) che dichiarò ragionevole che lo Stato del Michigan negasse alle mogli l'ottenimento di una licenza commerciale per l'esercizio di un bar, senza il consenso del marito; o, ancora, quella del giudice Black in *Hoidt vs. Florida*, 368 US 57 (1961) nella quale si ammise la ragionevolezza della norma secondo la quale le mogli non erano chiamate a far parte delle giurie popolari a meno che volontariamente non avessero provveduto all'iscrizione in un apposito elenco, previa autorizzazione del coniuge.

razionalità, con particolare riferimento alla costituzionalità di quelle leggi che discriminavano il coniuge di sesso femminile.

Tale *test* è risultato essere, nella pratica, l'esempio tipico di esame intermedio di costituzionalità.

Formalmente queste sono le cc.dd. 'categorie sospette'; tuttavia, si può notare, in alcuni atteggiamenti precisi, l'intenzione di introdurre nel sistema nuove fattispecie; l'omosessualità è citata da Tribe come una di queste<sup>289</sup> e quella dei malati di mente è una questione ancora oggi aperta secondo la stessa Corte Suprema e che, quindi, potrebbe, in un prossimo futuro, essere sottoposta ad un controllo rigoroso quale *suspect classification*.<sup>290</sup>

La teoria degli interessi fondamentali e la sua applicazione giurisprudenziale, attraverso l'estensione del principio di eguaglianza, trova origine nel secondo paragrafo della sentenza *Carolene Products*. Nello stesso secondo paragrafo si giustifica la necessità di operare una inversione della presunzione di costituzionalità e, quindi, l'uso dello *strict scrutiny*.

Il controllo dell'apertura dei canali di partecipazione', vale a dire, dell'effettiva strutturazione dei processi politici, diviene il fondamento essenziale sia della riforma di questa strutturazione attraverso la clausola dell'eguaglianza, sia dell'annullamento dei risultati ingiusti motivati da tali processi.

Un esempio lampante del primo è rappresentato dalla celebre 'giuridicizzazione' della redistribuzione dei collegi elettorali,<sup>291</sup> il cui fondamento risiede proprio nella impugnazione della teoria delle questioni politiche applicabili a tali presupposti.

Esempio del secondo caso sono gli interessi concreti dichiarati fondamentali: quello del libero transito fra gli Stati, quello di voto e quello dell'accesso alla giustizia.

*Shapiro vs. Thompson*,<sup>292</sup> il caso 'creatore' del primo degli interessi menzionati, è, ancora oggi, il più dibattuto, perché la sua costituzionalizzazione non si collega all'apertura dei canali politici ma, piuttosto, alla protezione degli indigenti come *minoranza discreta e isolata*. Effettivamente, non è tanto la libertà di movimento interstatale presa in sé, quanto il facilitare agli indigenti degli altri Stati

---

<sup>289</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pp. 944-945, n. 17.

<sup>290</sup> Cfr. *Scweicker vs. Wilson*, 49 USLW 4207 (1981).

<sup>291</sup> Cfr. *Baker vs. Carr*, 369 US 186 (1962) e tutti i casi simili che si susseguirono.

<sup>292</sup> 394 US 618 (1969).

prestazioni che permetterebbero ad essi di immigrare e, di conseguenza, di superare la c.d. ‘soglia della povertà’ che sembra aver motivato la decisione di incostituzionalità. Ciò malgrado, tale aspetto (indigenza e soglia della povertà) che giustifica inizialmente lo *strict scrutiny* con riferimento all’apertura dei canali di partecipazione, si trasformò, successivamente, facendo sì che il libero movimento interstatale divenisse un interesse fondamentale giustificatore di per sé del controllo stretto della costituzionalità.

Il diritto di voto come interesse fondamentale, in particolare quello nelle elezioni statali, che non viene riconosciuto in alcun principio costituzionale,<sup>293</sup> fu costituzionalizzato esplicitamente nella sentenza *Harper vs. Virginia Board of Elections*,<sup>294</sup> semplicemente “perché è il diritto che garantisce gli altri diritti”. Non v’è dubbio, quindi, che l’unico vero e forte fondamento di esso risiede nella salvaguardia di un’autentica partecipazione (paragrafo 2 della sentenza *Carolene*).

L’accesso alla giustizia, costituzionalizzato in *Griffin vs. Illinois*<sup>295</sup> e, soprattutto, in *Douglas vs. California*,<sup>296</sup> ha in sé un valore sostanziale, quello della non discriminazione per ragioni di povertà, come autentico fondamento peraltro difficilmente collegabile con quello della apertura dei canali di partecipazione politica.

Se esistono categorie il cui carattere di sospettosità è ancora dubbio, la medesima situazione non si verifica con gli interessi fondamentali per i quali la Corte Suprema ha già chiaramente deciso sulla ‘centralità’, come, per esempio, il diritto a un minimo di prestazioni sociali, il diritto all’educazione e il diritto all’abitazione.

### 5.1. Le origini del c.d. *substantive due process*

Se nell’applicazione del principio di eguaglianza il fondamento risulta essere processuale, con non poche eccezioni, quali, per esempio, il diritto alla procreazione nella sentenza *Skinner*<sup>297</sup> e il diritto

---

<sup>293</sup> A differenza del diritto di voto nelle elezioni federali, il cui fondamento è rinvenibile in più di un precetto della Costituzione americana.

<sup>294</sup> 383 US 663 (1966).

<sup>295</sup> 351 US 12 (1956).

<sup>296</sup> 372 US 353 (1963).

<sup>297</sup> Cfr. *Skinner vs. Oklahoma*, 316 US 535 (1942). Con questa pronuncia la Corte Suprema dichiarò costituzionalmente illegittima la legge della castrazione

al matrimonio nella sentenza *Loving*,<sup>298</sup> nel *substantive due process*, con riferimento al diritto all'intimità, i valori sostanziali — che nulla hanno a che vedere con i fondamenti della 'creazione' dei canali di partecipazione politica della nota alla sentenza *Carolene* — appaiono già in tutta la loro chiarezza.

Di fatto, la tendenza verso i valori fondamentali era praticamente irreversibile fin dal 1965;<sup>299</sup> più precisamente, possiamo dire che fu la snaturalizzazione del principio di eguaglianza ad implicare la sua applicazione sempre più insistentemente per la costituzionalizzazione dei diritti sostanziali.<sup>300</sup> Ciò provocò la resurrezione del principio del *due process* in uno sviluppo dialettico dei tipici principi dell'intero costituzionalismo di scuola anglosassone.<sup>301</sup>

Orbene, all'origine la c.d. resurrezione del *substantive due process* non riconobbe la totale assenza della clausola costituzionale mediante la quale 'proteggere' il diritto alla pianificazione familiare attraverso l'uso degli anticoncezionali. Si deve ammettere che il paragrafo del voto del giudice Douglas, nella sentenza *Griswold*, è stato uno dei più curiosi ed originali per lo sforzo autentico di addivenire ad un collegamento di quel diritto con il testo costituzionale:

“I casi presi in rassegna (giurisprudenza della libertà di espressione, inviolabilità del domicilio, del divieto di perquisizione del domicilio dei militari in tempo di pace, ecc.) suggeriscono che le

---

in quanto la distinzione fra i soggetti ai quali si poteva comminare la pena (reato di appropriazione indebita e reati di furto e di furto aggravato) era irrazionale. Curioso è che il giudice 'liberale' Holmes pochi anni prima, nella sentenza *Buck vs. Bell*, 274 US 200 (1927), nella sua qualità di redattore della mozione maggioritaria, avesse apprezzato la costituzionalità della castrazione come sanzione penale.

<sup>298</sup> Cfr. *Loving vs. Virginia*, 388 US 1 (1967).

<sup>299</sup> Cfr. *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

<sup>300</sup> È necessario, a nostro avviso, insistere sul fatto che quando negli Stati Uniti si parla di *substantive equal protection*, termine reso famoso dall'opera di KARTS, HOROWITZ, *Reitman vs. Mulkey: a telephase of substantive equal protection*, in *Supreme Court Review*, 1967, 39, si vuole esprimere un concetto nettamente diverso da quello che noi stiamo qui riferendo.

<sup>301</sup> Lo studio di questo fenomeno è dovuto principalmente all'opera di DICKHOWARD, *The Burger Court: a judicial nonet plays the enigma variations*, in *Law and Contemporary Problems Review*, 1980, 43, 7.

garanzie specifiche del *Bill of Rights* presentano delle ombre formate dalla emanazione di queste garanzie che danno alle medesime ombre vita e contenuto”.

Le ombre dei precetti e le loro stesse emanazioni altro non sono se non il tentativo di collegare *in extremis* quelle con il testo della Costituzione nel momento di costituzionalizzare il diritto all'intimità (*right of privacy*) che non è per nulla previsto nella Costituzione, salvo che nei suoi aspetti negativi dell'inviolabilità del domicilio per i pubblici poteri, ma mai come un diritto individuale a prendere decisioni senza l'interferenza dei pubblici poteri stessi.

La sentenza *Roe vs. Wade*<sup>302</sup> rese indipendente la fonte, creando una delle polemiche fra le più acute di tutta la storia del *judicial review*.

Per ciò che concerne due delle fonti di questi valori, la tradizione e l'ideologia, ci permettiamo di rinviare alla parte di questo lavoro appositamente dedicata ad esse.

Siamo tuttavia convinti che le fonti anzidette si atteggiino come una espressione del tutto avulsa dal contesto principale della questione, poiché l'argomento principale, a nostro avviso, è di carattere sociologico. Infatti, la teoria della costituzionalizzazione dei valori poggia interamente sul *consensus* del popolo americano.<sup>303</sup>

Malgrado ciò, i più strenui difensori dei valori fondamentali presi in sé, rifiutano categoricamente un tale tipo di argomentazione. Come infatti sostiene Tribe, “stiamo parlando precisamente dei diritti degli individui o dei gruppi *contra* la comunità in senso ampio e la maggioranza — quantunque ‘annebbiata’ — della società”, per cui “i tribunali devono definire con precisione e difendere questi diritti... contro il *consensus* della volontà maggioritaria”.<sup>304</sup>

Per i difensori ad oltranza dei valori fondamentali sono i valori in sé — come autoevidenti — che devono riaffermarsi e questa posizione è stata in parte sostenuta proprio dalla Corte Suprema, quantunque essa, a volte, sia stata costretta a ricorrere alla *Common Law* o alla legislazione statale per rafforzare le sue argomentazioni.

---

<sup>302</sup> 410 US 113 (1973), che depenalizzò l'aborto.

<sup>303</sup> Cfr., a tal proposito, l'analisi di Perry che sarà illustrata ampiamente più avanti.

<sup>304</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 896.

Effettivamente, nella sentenza *Meachum vs. Fano*<sup>305</sup> la *dissenting opinion* del giudice Stevens<sup>306</sup> difese il valore fondamentale della libertà individuale, della quale i presupposti concreti altro non rappresentano se non le evidenti manifestazioni: “avevo pensato che era evidente in sé che il Creatore avesse concesso a tutti gli uomini la libertà come un diritto inalienabile. È questa libertà fondamentale quella che il *due process* protegge maggiormente rispetto ai diritti e ai privilegi particolari conferiti da leggi e da regolamenti specifici”.

Naturalmente, nessuno spiega come a partire dalla libertà (intesa quale *leit motif*) costituzionale fondamentale si concretizzino norme attraverso l’attuazione giurisprudenziale. Si rende necessaria, a tal riguardo, una precisazione. La resurrezione del *substantive due process* che il giudice Black credeva definitivamente ‘morto’,<sup>307</sup> ha posto un problema collaterale di un certo rilievo: si tratta di una autentica resurrezione? Siamo in presenza di una svolta del potere giudiziario rispetto al periodo anteriore a quella che abbiamo definito la ‘pseudorivoluzione’ del 1937?<sup>308</sup>

La risposta, a prima vista, sembra essere affermativa, se si può correttamente comprendere che mentre in *Lochner* e nella miriade di casi da esso dipendenti la Corte Suprema si è allontanata dalla società nordamericana, la medesima cosa non si è verificata in *Roy*, che si è dimostrata essere una pronuncia veramente discutibile, tanto da provocare, in *Maher* e in *McRae*, una successiva contraddizione.

Altri, come Dickhoward, hanno sostenuto la tesi secondo cui non sarebbe stato commesso un errore nella decisione del caso *Lochner*, ma che la Corte Suprema produsse un equivoco quando decise di mantenere costante la giurisprudenza per trenta anni, staccandosi totalmente dai valori della società nordamericana.

---

<sup>305</sup> 427 US 215 (1976).

<sup>306</sup> *Dissenting* che stranamente fu approvata dalla maggioranza dei giudici in un caso successivo. Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 896, nota 27.

<sup>307</sup> Cfr., soprattutto, il voto del giudice Black nella sentenza *Ferguson vs. Skrupa*, 372 US 276 (1963).

<sup>308</sup> Cfr., in tal senso, l’interminabile lista di questioni senza risposte approntata da GHUNTER, *Constitutional Cases and Materials*, cit., p. 603. L’Autore fa una comparazione di questo nuovo *substantive due process* con la costituzionalizzazione della libertà contrattuale.

Infatti, i difensori dei valori fondamentali, come per esempio Tribe, sostengono che il metodo seguito al principio di questo secolo e quello degli anni settanta sarebbe sostanzialmente diverso, giacché “l’errore della sentenza *Lochner* non consistette nella ‘fondamentalizzazione’ della proprietà e del contratto (cosa che si fa nella tecnica attuale), bensì nel falso apprezzamento delle precondizioni necessarie della libertà umana nello stato industriale”<sup>309</sup>, vale a dire, l’errore fu quello di giudicare come naturale un ordine preindustriale che tale non era in assoluto, per non essere la libertà contrattuale una condizione essenziale e necessaria per la libertà. L’assenza di un punto di appoggio sociologico reale per i concetti difesi dalla vecchia Corte Suprema fece della sentenza *Lochner* un diritto naturale, cosa che, secondo Tribe, non sembra verificarsi nella moderna resurrezione del *substantive due process* nel momento in cui si costituzionalizzano i diritti di autonomia o quelli di intimità individuale.<sup>310</sup>

In tutti i casi, non vi è da dubitare che la sentenza *Lochner* costituisce oggi un riferimento di una certa importanza, principalmente per la celebre opinione dissenziente del giudice Holmes. Infatti, come ha ampiamente dimostrato Tarrow, nel campo della pratica giuridica reale essa non ebbe alcuna influenza né per i sindacati dei panificatori — che ottennero, mediante una negoziazione, la giornata lavorativa di dieci ore che la Corte Suprema aveva dichiarato incostituzionale — né ebbe influenza reale sulla incessante legislazione che seguì. Forse l’unico effetto reale fu quello di incitare alla ribellione i lavoratori e dissuadere Gompers dalla utilizzazione di strumenti legislativi statali e federali per conseguire finalità sindacali.<sup>311</sup>

---

<sup>309</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 948.

<sup>310</sup> In tutti i modi, Tribe sembra voler ammettere che il cambiamento di ottica circa quelle che erano le condizioni per la libertà fu un processo durato trenta anni; a tal proposito egli analizza accuratamente e dettagliatamente le variabili che influenzarono tale processo. Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit. pp. 446-449.

<sup>311</sup> Cfr. TARROW, *Lochner vs. New York: a political analysis*, in *Labour History*, 5, p. 277.

Comunque sia, certo è che proprio dalla Corte Suprema è stata lanciata la critica secondo la quale, da un punto di vista metodologico, entrambi i *substantive due process* sarebbero identici.<sup>312</sup>

È necessario, a questo punto, sottolineare che nel caso nordamericano la Costituzione contiene un precetto che *prima facie* sembra autorizzare i giudici a ‘creare’ diritti costituzionali senza la necessità di conformarsi alla restante parte del testo costituzionale. Si tratta del IX emendamento che, promulgato unitamente al *Bill of Rights* nel 1794, recita testualmente: “L’enumerazione di alcuni diritti fatta nella Costituzione non potrà essere interpretata in modo che ne rimangano negati o menomati altri diritti goduti dai cittadini”.<sup>313</sup>

Come ha posto in rilievo la quasi totalità della dottrina giuridica nordamericana, questo era l’emendamento (e non il XIV) che potenzialmente lasciava nelle mani dei giudici la facoltà di costituzionalizzare diritti non espressamente menzionati nel testo.

Il IX emendamento rimase del tutto inapplicato fino al 1965, anche perché per molto tempo la stessa Corte Suprema non ebbe occasione per chiarirne il significato.<sup>314</sup>

In verità non si trattò di una vera e propria ‘distrazione’<sup>315</sup>; in realtà i giudici avevano interpretato in qualche caso il IX emendamento nel senso che esso non conferiva alla Corte Suprema né ai giudici

---

<sup>312</sup> Cfr., per esempio, l’opinione del giudice Rehnquist nella sentenza *Roe* e quella del giudice White in *Griswold*.

<sup>313</sup> Prendiamo come riferimento la traduzione di BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, Milano, 1994.

<sup>314</sup> Berger sostiene che in soli due casi la Corte Suprema ha avuto modo di approfondire il significato del IX emendamento: in *United Public Workers vs. Mitchell*, 330 US 75 (1947), dove si proclamò la costituzionalità dello *Hatch Act*, che vietava l’attività politica ai funzionari federali. In questa sentenza la Corte Suprema fece riferimento “alla libertà dei funzionari rispetto al primo, al nono e al decimo emendamento”, però, in ogni caso, segnalò che non si frapponesse alcun ostacolo a una regolamentazione legislativa federale della materia nel momento in cui non vi è una sufficiente potestà regolamentare federale protetta dalla Costituzione. In *Ashwander vs. TWA*, 296 US 288 (1936) la Corte Suprema rigettò una domanda basata sul IX emendamento, sostenendo che esso non entra in gioco nel momento in cui alcune potestà sono conferite al governo federale costituzionalmente. Cfr. BERGER, *The ninth amendment*, in *Cornell Law Quarterly*, 1980, 1, 1, 3.

<sup>315</sup> Il termine ‘distrazione’, con il quale viene qualificato il IX emendamento, deriva dal titolo di uno scritto di PATTERSON, *The forgotten ninth amendment*, New York, 1955.

federali in generale il potere di proteggere diritti non specificati nel testo costituzionale poiché, confuso come fu con il ‘diritto’ per il costituente, doveva essere di conseguenza specificato nella Costituzione.

Questa interpretazione giudiziale, che sembra, secondo alcuni, rispecchiare l'intenzione del costituente,<sup>316</sup> era stata peraltro già esposta in *Barron vs. Baltimore*.<sup>317</sup> “Se il Congresso fosse stato incaricato della straordinaria missione di migliorare le costituzioni statali, riconoscendo al popolo una protezione addizionale contro i poteri pubblici statali in aree che solo ad essi era consentito di regolamentare i costituenti avrebbero riconosciuto questo potere con un linguaggio chiaro ed incontrovertibile”.

L'opinione del giudice Stewart, nella sentenza *Griswold*, è, a tal proposito, lapidaria: “dire che il nono emendamento ha qualcosa a che fare con questo caso significa dare la schiena alla storia”.<sup>318</sup>

Malgrado ciò, Douglas menzionò l'emendamento come una delle norme fondanti il diritto all'intimità<sup>319</sup> e Goldsberg insistette con grande enfasi sulla nuova interpretazione di esso<sup>320</sup> intendendolo come limitazione ai poteri statali e federali in nome dei diritti non specificati.

Da allora il IX emendamento è stato citato da ricorrenti per proteggere, per esempio, il diritto dei giovani in età scolare a portare i capelli lunghi,<sup>321</sup> ma anche il diritto alla salubrità dell'ambiente.<sup>322</sup> Per la verità, la Corte Suprema non ha basato la costituzionalizzazione dei diritti direttamente su tale principio, vi fossero tutte le possibilità fin dal caso *Griswold*.

Se il dibattito sul IX emendamento è relativamente recente, quello sui principi dei privilegi e delle immunità risale ormai a più di un secolo fa.

La Costituzione americana contiene due principi in un qualche modo riconducibili alla fattispecie dei privilegi e a quella delle immunità. Il primo si incontra nell'art. 4, sezione 2, posto in essere

---

<sup>316</sup> Cfr. BERGER, *The ninth amendment*, cit. e nello stesso senso l'opinione del giudice Black in *Griswold*.

<sup>317</sup> 7 Pet 243 (1833).

<sup>318</sup> Cfr. *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

<sup>319</sup> 381 US p. 484.

<sup>320</sup> 381 US p. 488 e spec. pp. 492-493.

<sup>321</sup> Cfr. *Freeman vs. Flake*, 405 US 1032 (1972).

<sup>322</sup> Cfr. *Tanner vs. Armco. Steel Corp.*, 340 FSupp. 532 (SDTex, 1972).

per evitare le diseguaglianze di trattamento da parte degli Stati. Il secondo è collocato nella prima sezione del XIV emendamento e proibisce le discriminazioni statali dei cittadini per la loro nazionalità (e non per il fatto di essere residenti in altri Stati, che, in pratica, è il significato che assume il principio di cui all'art. 4).

Orbene, in determinati momenti della storia della giurisprudenza americana, entrambi i principi sono stati utilizzati per proteggere diritti fondamentali non previsti nel testo costituzionale.

Nonostante nei primi anni si sosteneva che il principio di cui all'art. 4 della Costituzione americana racchiudesse diritti sostanziali, in realtà la sua applicazione ha semplicemente prodotto una limitazione come principio non discriminante degli *out of starters*, per il mero fatto di essere tali.

Oggigiorno esso viene prevalentemente utilizzato come mezzo per l'annullamento delle leggi statali che discriminano nel senso degli *out of starters*, sempre che tale discriminazione sia realmente la causa dello svantaggio che si intende evitare mediante la legislazione la cui costituzionalità si controlla. Se i non residenti sono la causa del disservizio statale, allora secondo la stessa Corte Suprema, si può dar luogo a una "discriminazione".<sup>323</sup> Ciò malgrado, nel 1978 vide la luce una sentenza atipica che collegava detto principio con i diritti fondamentali.<sup>324</sup> Effettivamente, in *Baldwin vs. Montana Fish and Game Commission*,<sup>325</sup> nell'opinione di maggioranza, formulata dal giudice Blackmun, si dichiarava la non discriminabilità di un non residente "quando questi intendeva realizzare una attività essenziale o esercitare un diritto fondamentale". Poiché la licenza per cacciare alci non era un diritto fondamentale, lo Stato del Montana poteva discriminare i non residenti, obbligandoli a pagare una tassa. Per il giudice Blackmun i ricorrenti non potevano contestare che lo Stato "li privava dei mezzi di sostentamento", da cui *a contrario* si deduce che probabilmente i diritti elementari debbono per di più intendersi in un senso molto vicino a quello dei *welfare rights*, essendosi prodotta una sorta di semicostituzionalizzazione di detti diritti a causa dell'applicazione di tale principio.

---

<sup>323</sup> Cfr., per tutte, la sentenza *Hicklin vs. Orbeck*, 437 US 518 (1978).

<sup>324</sup> Nello stesso senso cfr. GHUNTER, *Constitutional Cases and Materials*, cit., p. 374, n. 2 e p. 378.

<sup>325</sup> 436 US 371 (1978).

La sezione 14 del XIV emendamento della Costituzione americana impedisce agli Stati membri di porre in essere leggi che restringano i privilegi e le immunità dei cittadini degli Stati Uniti. Cosa dovesse intendersi con questa norma era questione che non si presentò chiara neppure per i costituenti del 1868.<sup>326</sup> Esistono, di fatto, numerose interpretazioni che vanno dalla più restrittiva (i diritti del *Civil Rights Act* del 1866: contratto, capacità processuale, libertà di movimento, ecc., in contrapposizione con i *black codes*, che gli Stati cominciarono a promulgare immediatamente dopo la guerra) a quella più ampia: diritti costituzionali non specificati nel testo.

In ogni caso, ciò che a noi preme sottolineare è che la Corte Suprema rigettò la stessa clausola sul nascere, in parte perché i diritti che conferiva limitavano i cittadini, non realizzando alcun vantaggio.

Negli *Slaughter House Cases*<sup>327</sup> il giudice Miller segnalò che si trattava dei privilegi e delle immunità fondamentali, circoscrivendoli a quelli della “protezione dello Stato, acquisto e possesso della proprietà, ricerca e sfruttamento della felicità e quella della sicurezza senza il pregiudizio della sua limitazione per lo Stato allo scopo di perseguire il bene comune”. Poco più avanti, nella medesima sentenza, lo stesso giudice tentava una enumerazione più precisa: diritto di querela e di transigere, suffragio passivo, accesso ai pubblici uffici, diritto alla tutela effettiva dei poteri pubblici, riunione, *habeas corpus*, tutti preventivamente riconosciuti nelle leggi federali. Questa è sempre stata la posizione che ha tenuto la Corte Suprema, tanto che, come sostiene Gunther, “malgrado il linguaggio utilizzato nella clausola presentava molti riferimenti ai diritti sostanziali, il suo sviluppo fu ritagliato prima dell’espansione del *due process* e dell’*equal protection*”,<sup>328</sup> poiché tali clausole fornirono una base sufficiente per questi diritti e non si sentì, quindi, la necessità di ricorrere alla clausola dei privilegi e delle immunità. Di fatto, vi è stato un solo caso nel quale la Corte Suprema ha annullato una

---

<sup>326</sup> Cfr. BICKEL, *The original understanding and the segregation decision*, in *Harvard Law Review*, 1955, 69, 1.

<sup>327</sup> 16 Wall 36 (1873).

<sup>328</sup> Cfr. GUNTHER, *Constitutional Cases and Materials*, cit., pp. 473-474.

legge statale basando la sua decisione su tale principio,<sup>329</sup> salvo tornare, immediatamente dopo, sui suoi passi.<sup>330</sup> Ciò non ha impedito che tale dottrina sia stata successivamente il veicolo della costituzionalizzazione di altri diritti unitamente ad argomenti paralleli quali quelli dei valori fondamentali,<sup>331</sup> processuali,<sup>332</sup> o strutturali.<sup>333</sup>

Riassumendo, malgrado vi siano principi che ipoteticamente potrebbero aver protetto la costituzionalità dei diritti sostanziali non specificati nel testo, la Corte Suprema ne ha utilizzati altri la cui finalità sembrava non essere precisamente questa.

## 6. I valori nella giurisprudenza del Tribunale europeo dei diritti dell'uomo

Uno dei problemi più ovvi che presenta la giurisprudenza dei valori, come vedremo, è quello del difetto di uniformità di valutazione. Pur accettando che il *consensus* possa essere considerato una fonte sufficientemente legittimante, cosa peraltro non del tutto chiara, come più avanti si vedrà, il problema sembra assolutamente insanabile in quei sistemi che, facendo uso di tecniche interpretative praticamente uguali a quelle costituzionali, partono da una base completamente diversa, consistente nella non applicazione dei testi a una comunità di individui, bensì a una unione di Stati sovrani. La giurisprudenza del Tribunale Europeo per i Diritti dell'Uomo risulta, per ciò, a nostro avviso, di estrema utilità.

Effettivamente, la Convenzione Europea del 1950 è un trattato internazionale che si limita a stabilire *minimi*. Nel preambolo sottolinea che non si tratta di stabilire un sistema globale di protezione dei diritti umani, ma una protezione esclusiva dei diritti enunciati specificamente nella stessa Convenzione, dinamica seguita, peraltro, anche nei protocolli addizionali.

---

<sup>329</sup> Cfr. *Colgate vs. Harvey*, 296 US 404 (1935).

<sup>330</sup> Cfr. *Madden vs. Kentucky*, 309 US 83 (1940).

<sup>331</sup> Cfr. KURLAND, *The privileges of immunities clause: its hour come round at last?*, in *Washington University Law Quarterly*, 1972, 405.

<sup>332</sup> Cfr. ELY, *Democracy and distrust*, New Haven, 1980, p. 22.

<sup>333</sup> Cfr. BLACK, *Structure and relationship of constitutional law*, New Orleans, 1969, p. 53.

Mentre in qualche sistema chiuso, nazionale, la giurisprudenza dei valori realizza la funzione assolutamente essenziale di essere il veicolo della *coerenza* dell'unità dell'ordinamento, questa stessa funzione non ha ragione di esistere nel sistema europeo, atteso che il presupposto di esso consiste nella pluralità di valori che possono incarnarsi nelle varie comunità nazionali. Questa chiara visione dei propri limiti ha costretto il Tribunale Europeo a formulare, a partire dalla tecnica processuale del principio di sussidiarietà,<sup>334</sup> la dottrina del “margine di apprezzamento” per le istanze nazionali nella interpretazione dell'articolato del trattato.<sup>335</sup>

Ciò nonostante non vogliamo in alcun modo sostenere che resta completamente estranea a quella esperienza la giurisprudenza dei valori, poiché in primo luogo anche in quei casi dove il “margine di apprezzamento” è maggiore, come è indubbiamente l'ambito delle restrizioni ai diritti per la salvaguardia della morale pubblica,<sup>336</sup> il Tribunale Europeo sta esercitando un controllo che esso

---

<sup>334</sup> Il principio di sussidiarietà presuppone che solo quando nelle istanze nazionali non si è soddisfatto il diritto possa proporsi ricorso al Tribunale Europeo. Lo stesso Tribunale controlla questo principio attraverso la necessità di esaurire preventivamente le procedure interne (art. 26 della Convenzione), fatte salve alcune isolate eccezioni. Al riguardo cfr., nella dottrina spagnola, GARCIA DE ENTERRIA, LINDE, ORTEGA, SANCHEZ MORON, *El sistema europeo de proteccion de los derechos humanos*, Madrid, 1979, p; 155 ss; per la dottrina italiana cfr., per tutti, GREGORI, *La tutela europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1979.

<sup>335</sup> Cfr., per esempio, la sentenza del caso Engel dell'8 giugno 1976, dove si conferisce un “margine di apprezzamento” per organizzare i sistemi di disciplina militare; nel caso Handyside del 7 dicembre 1976, per la delimitazione della morale; nel caso Irlanda *contra* Regno Unito, del 18 gennaio 1978, per l'apprezzamento delle “misure strette” contro “un pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione” con effetti derogatori rispetto a quanto previsto nel Trattato all'art. 15; nel caso Klass, del 6 settembre 1978, per organizzare misure di vigilanza postale, telegrafica e telefonica; nel caso Sunday Times del 26 aprile 1979, per apprezzare se una attività di informazione discreditava “l'autorità del potere giudiziario”, o nel caso X *contra* Regno Unito del 5 novembre 1981, per apprezzare se esistevano i presupposti per la carcerazione preventiva.

<sup>336</sup> Il caso Handyside è indubbiamente quello che riconobbe un maggiore spazio di apprezzamento, per aver rimesso alle istanze nazionali l'onere della fissazione dei parametri della morale pubblica.

è libero di delimitare,<sup>337</sup> tentando di creare “euronorme”,<sup>338</sup> in settori molto vicini alla giurisprudenza dei valori come può essere quello della intimità delle pratiche omosessuali;<sup>339</sup> in secondo luogo, la giurisprudenza valutativa è di uso costante nella dinamica del dialogo ricorrenti-Commissione-Governo-Tribunale, dinamica che si è pedissequamente riflessa nelle sentenze.<sup>340</sup>

Dunque il Tribunale Europeo non fa uso dell’espressione ‘giurisprudenza dei valori’, né formalmente si appella a essi, ma in realtà, li utilizza; da qui il richiamo a essi, alla realtà sociale del momento in cui si applica la Convenzione, inclusa la stessa ‘volontà costituente’<sup>341</sup> e la costante tensione nell’ampliamento della Conven-

---

<sup>337</sup> Tanto nel caso Handyside che in quelli nei quali il Tribunale applica la dottrina del “margine di apprezzamento” si procede continuamente a fissare i limiti di questo margine che debbono rimanere riservati allo stesso Tribunale.

<sup>338</sup> La locuzione “euronorme” non è nostra ma del giudice Walsh che la utilizzò nella sua *dissenting opinion* del caso Dudgeon, sentenza del 22 ottobre 1981.

<sup>339</sup> Cfr. la interessantissima sentenza del 22 ottobre 1981, caso Dudgeon, che si trova integralmente riprodotta nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, 1981, n. 13.

<sup>340</sup> Uno dei fondamenti più ricorrenti della giurisprudenza del Tribunale Europeo è l’esame della legislazione interna dei paesi facenti parte del Consiglio d’Europa, nella materia oggetto della controversia. Cfr., per esempio, la sentenza nel caso Marckx del 13 giugno 1979, dove risultò quasi decisiva la progressiva tendenza legislativa verso l’incostituzionalità della discriminazione dei figli naturali; nel caso Le Compte del 23 giugno 1981, per apprezzare l’art. 6, primo comma, della Convenzione il quale non esige che tutte le istanze contrastanti su diritti e obbligazioni di natura civile debbano essere dimostrate innanzi al tribunale. In maniera analoga opera il consenso in senso contrario, vale a dire, per permettere chiaramente che una determinata pratica di legislazione nazionale non sia sentita come ‘attentatrice’ del diritto fondamentale di che trattasi. Cfr. la sentenza, nel caso Delcourt, del 17 gennaio 1970, che permise la partecipazione del Pubblico Ministero alle deliberazioni della Corte di Cassazione basandosi su tale consenso statale-interno, malgrado sia una pratica ‘insolita’ nei paesi del Consiglio d’Europa, eccezion fatta per il Belgio, paese la cui legislazione era sottoposta a giudizio.

<sup>341</sup> Cfr. la sentenza Marckx nella quale si ammette che la distinzione fra famiglia naturale e famiglia legittima è qualcosa che si considerava lecito e normale in molti paesi europei quando fu redatta la Convenzione nel 1950 per giustificare, subito dopo, l’interpretazione fatta alla luce delle circostanze contemporanee.

zione per mezzo delle interpretazioni dello stesso Tribunale, ovvero mediante tentativi di ampliamento dei protocolli addizionali.<sup>342</sup>

In una parola, il Tribunale fissa dei ‘minimi’<sup>343</sup> che valori debbono essere considerati come ha messo in rilievo, per esempio, il Tribunale Costituzionale spagnolo in una sentenza di qualche anno fa.<sup>344</sup>

### 7. *La difesa dei valori fra diritto e argomentazioni “metagiuridiche”*

Prendiamo ora in considerazione due particolari aspetti o fenomeni che grande rilievo assumono nella costruzione teorica di quegli studiosi che giustificano la teoria dei valori.

Da una parte si fa riferimento agli appelli alla tradizione (non giuridica, ma sociale), e, dall'altra, alla pretesa costituzionalizzazione delle ideologie concrete (con nomi e forme diverse).

---

<sup>342</sup> Cfr. la dichiarazione di voto del giudice Matscher nella sentenza *Le Compte*: “Non ho dubbi che la presente sentenza, come anche peraltro la sentenza *König*, si ispira al nobile sentimento di offrire all'individuo una protezione dall'ingerenza dei poteri pubblici, corporativi e sociali in un campo particolarmente importante quale quello dell'esercizio di una professione. Che la Convenzione difetti rispetto a ciò è una constatazione che io stesso ho posto in rilievo in varie occasioni. Però, secondo la mia concezione della funzione giurisdizionale, non rientra nelle attribuzioni di un tribunale internazionale il sanzionare diritti che gli autori della Convenzione non hanno inteso inserire nel testo. Un rimedio valido contro questa situazione non soddisfacente non potrà, giammai, provenire da una interpretazione giudiziale, tanto più che tale interpretazione correrebbe il pericolo di trasformare il sistema della Convenzione in una delle sue parti più delicate; non potrà essere che l'opera del legislatore, vale a dire degli Stati contraenti, che debbono procedere ad emendare in questo senso il testo”.

<sup>343</sup> Ciò risulta essere estremamente chiaro se si osserva la giurisprudenza del Tribunale Europeo dal punto di vista dei risultati: validità delle corporazioni professionali a carattere privatistico nel mentre si ammette l'esistenza di altre associazioni o sindacati (caso *Le Compte*); invalidità della penalizzazione delle pratiche omosessuali fra adulti consenzienti (caso *Dudgeon*); garanzie processuali minime anche per l'esercizio di funzioni disciplinari (caso *Engel*); validità della formula del controllo delle comunicazioni, per salvaguardare la sicurezza, anche senza la necessità di informare l'autorità giudiziaria (caso *Klass*); validità dell'educazione statale di contenuto professionale o umanistico, mentre i programmi sono diffusi in maniera obiettiva, critica e pluralistica (caso *Kjeldsen*).

<sup>344</sup> Primo Senato, 15 giugno 1981, in *Boletín Oficial del Estado* del 7 luglio 1981.

Il primo fenomeno si verifica in via generale in tutti i tribunali, quantunque ci limiteremo a studiare, sotto questo aspetto, il caso americano. Il secondo, che potremmo già definire un prodotto ‘politologico’ della giustizia costituzionale, essendo, per ciò, un fenomeno più tipico della dottrina che non della giurisprudenza costituzionale statunitense la cui tradizione in questo campo di analisi gode di una enorme diffusione e, perché non dirlo, di altrettanta considerazione.

Le due fonti appena menzionate godono, dunque, negli Stati Uniti di una particolare diffusione perché in concreto la Corte Burger si è appellata espressamente alla tradizione in uno dei casi che hanno fatto epoca, *Moore vs. City of East Cleveland*<sup>345</sup> e, implicitamente, nella c.d. pretesa costituzionalizzazione della filosofia ‘libertaria’ di John Stuart Mill.

Malgrado da tempo il giudice Harlan si sforzasse di promuovere una giurisprudenza *tradition-oriented* — nel senso di fare riferimento spesso alla tradizione come specchio per i valori sostanziali conservatori<sup>346</sup> — la Corte Suprema ha sempre ritenuto di non dover accogliere questo tipo di orientamento.<sup>347</sup>

La sentenza *Moore vs. City of East Cleveland* rappresenta a tal riguardo un caposaldo poiché si distacca fermamente dalla precedente giurisprudenza soprattutto per il suo appello alla ‘santità’ della famiglia consacrata dalla tradizione: “La nostra giurisprudenza stabilisce che la Costituzione protegge la santità della famiglia proprio perché l’istituzione della famiglia ha radici profonde nella storia e nella tradizione di questa nazione. La nostra tradizione non è in assoluto limitata dal rispetto per i vincoli che uniscono i membri della famiglia nucleare. La tradizione degli zii, delle zie, dei cugini... e specialmente dei nonni conviventi sotto lo stesso tetto ha una radice ugualmente venerabile che merita perciò il riconoscimento costituzionale”.

---

<sup>345</sup> 431 US 494 (1977).

<sup>346</sup> Cfr. WHITE, *The American judicial tradition*, cit. p. 346.

<sup>347</sup> Probabilmente il suo più celebre voto in questo senso fu quello espresso in *Poe vs. Ullman*, 431 US 497 (1961), il primo caso relativo alla costituzionalità della penalizzazione dell’uso degli anticoncezionali nello Stato del Connecticut, nel quale la Corte Suprema non entrò nel merito giustificando tale atteggiamento con una pretesa ‘non maturità’. In una sentenza esemplare del giudice Frankfurter, il giudice Harlan approfondì la questione sostenendo che la tradizione permetteva di costituzionalizzare un *right of privacy*.

Moore non è stata per la verità l'unica sentenza nella quale si manifesta la volontà della Corte Suprema di appoggiarsi alla tradizione. Proprio il Presidente Burger fece riferimento ad essa nel voto di maggioranza del caso *Parham vs. J.R.*<sup>348</sup> per giustificare nel modo seguente l'autorità assoluta paterna nella decisione di internamento di un minore in una istituzione psichiatrica: "È possibile che alcuni padri agiscano a volte contro gli interessi dei minori, però difficilmente è questa una ragione sufficiente per buttare via pagine intere dell'esperienza umana che a noi insegna che i padri generalmente agiscono proteggendo gli interessi dei loro figli. La nozione statalista secondo la quale il potere pubblico deve vigilare sulla patria potestà in tutti i casi perché alcuni padri abusano dei loro figli, ripugna alla tradizione americana".<sup>349</sup>

La celebrazione di questo appello alla tradizione, ha ricevuto l'approvazione dei proponenti la costituzionalizzazione dei valori sostanziali, come Perry,<sup>350</sup> e anche di quanti hanno voluto vedere nella tradizione una fonte più concreta del semplice appello ai valori astratti al fine di dar luogo alla costituzionalizzazione degli interessi sostanziali operata per mezzo del *due process*: "Il ricorso ai valori tradizionali permette alla Corte Suprema di proteggere diritti che gli americani tradizionalmente hanno assunto come parte dello schema di libertà della nostra nazione (...) La tradizione assicura una adeguata protezione per le libertà importanti che potrebbero divenire inutili in una formula più astratta". L'uso della tradizione faceva riferimento, altresì, alla necessità per la Corte Suprema di ricercare criteri imparziali per applicare il *substantive due process*. "Il riferimento alla tradizione evita alla Corte Suprema il gravoso compito di sviluppare una teoria unitaria propria della libertà politica; anzi, le permette di appoggiarsi ad una storia relativamente oggettiva".<sup>351</sup>

---

<sup>348</sup> 442 US 584 (1979).

<sup>349</sup> Per un breve e critico commento a questa sentenza, incentrato sulla convinzione che né il voto di maggioranza né quello minoritario ebbero modo di affrontare in profondità i problemi e le questioni, cfr. BURT, *The Constitution of the family*, in *Supreme Court Review*, 1979, 329.

<sup>350</sup> Cfr. PERRY, *The abortion fundig cases: a comment on the Supreme Court's role in American Government*, in *George Washington Law Journal*, 1978, 66, 1191.

<sup>351</sup> Cfr. DEVELOPMENTS, *Family and the Constitution*, in *Harvard Law Review*, 1980, 93, 1156.

Se, come dicevamo innanzi, la tradizione è apparsa recentemente nella giurisprudenza della Corte Suprema, la filosofia morale — intesa in un senso molto ampio — al contrario, occupa, fin dalla sua origine, ben altra posizione.

Non intendiamo, però, riferirci alla filosofia morale in astratto, ma, bensì, alla costituzionalizzazione dell'etica di Spencer, di Stuart Mill, di Rawls, vale a dire alla adozione di un sistema etico-politico chiaro e concreto.

Malgrado vi sia stata la famosa affermazione del giudice Holmes, nella sua *dissenting* del caso *Lochner vs. New York*,<sup>352</sup> secondo la quale “il XIV emendamento non costituzionalizza le *Social Statics* del signor Herbert Spencer”, alludendo, chiaramente, alla non costituzionalizzazione del liberalismo economico classico, recentemente si sono moltiplicate non solo proposte concrete di costituzionalizzazione delle teorie di altri filosofi,<sup>353</sup> quanto persino si è preteso di affermare che la Corte Suprema, sotto la presidenza Burger, abbia costituzionalizzato addirittura interamente il pensiero libertario di Stuart Mill. Verso la fine del XIX secolo e al principio del XX il dibattito si presentava in maniera del tutto simile a quello contemporaneo, soprattutto dopo che con le sentenze del giudice McReynolds si costituzionalizzarono la libertà di insegnamento nelle scuole primarie e la libertà di insegnamento in orari diversi da quelli scolastici, di un'altra lingua diversa dall'inglese, poiché i suoi appelli alla libertà individuale presentavano un 'carisma' eccezionalmente libertario.<sup>354</sup>

Nel 1926 Bruce si sentì obbligato ad attaccare violentemente la “equivocata idea secondo la quale le teorie sociali e politiche di sir William Blackstone e di John Stuart Mill erano necessariamente

---

<sup>352</sup> 198 US 45 (1908).

<sup>353</sup> Cfr., per esempio, la difesa della costituzionalizzazione di Rawls e della filosofia morale in astratto operata da MICHELMAN, *In pursuit of constitutional welfare rights: one view of Rawls' theory of justice*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, 121, 962. Cfr., altresì, RICHARDS, *Rules, policies and neutral principles: the search for legitimacy in Common Law and constitutional adjudication*, in *Georgia Law Review*, 1977, 11, 1069.

<sup>354</sup> La penna liberal-progressista del giudice McReynolds scriveva di “diritto a perseguire la felicità senza interferenze dei pubblici poteri”, nel caso Meyer, e della incostituzionalità dell'azione di detti poteri per “standardizzare i minori di età, forzandoli ad accettare esclusivamente l'istruzione impartita da pubblici funzionari”, nel caso Pierce.

incorporate nel diritto americano e che i cosiddetti ‘diritti naturali’ di cui essi parlano erano stati garantiti dalle costituzioni federale e statali”.<sup>355</sup> Era un fatto piuttosto ricorrente, d’altra parte, in quel periodo, citare l’opera di J.S. Mill *On Liberty* in numerose sentenze dei tribunali inferiori, quantunque l’ammissione della legge anti-proibizionistica (derogando chiaramente la Costituzione) e la limitazione, attraverso la giurisprudenza, della possibilità della poligamia per i mormoni,<sup>356</sup> soluzioni contro le quali si era espressamente pronunciato Mill,<sup>357</sup> hanno fatto sì che si potesse comunque rinvenire una certa influenza.

La questione è, in buona sostanza, che proprio con la stessa intenzione con la quale si è approvato l’uso della tradizione da parte della Corte Suprema — cioè quella di attestarsi a favore della obiettività di una regola che permettesse di prevedere quali diritti andrebbero ad essere costituzionalizzati con la giurisprudenza della stessa Corte Suprema — si difende oggi la tesi secondo la quale dovrebbe costituzionalizzarsi il pensiero di Mill. D’altronde, vi è chi ne ha sostenuto apertamente l’uso “come criterio di determinazione dei diritti compresi nel IX emendamento”;<sup>358</sup> altri hanno affermato che l’idea di Bruce “mai è stata suggerita come principio per la giurisprudenza successiva”.<sup>359</sup>

A questo riguardo sono necessarie almeno tre precisazioni.

La prima, tanto importante quanto ovvia, consiste nel fatto che, come ha posto in rilievo Perry, “se la finalità di una legge sottoposta a giudizio è legittima seguendo gli *standards* convenzionali, allora il fatto che questa finalità possa contrastare con la filosofia ‘libertaria’ di Mill, come questione di diritto costituzionale federale, diviene totalmente alieno rispetto al tema”.

“Io credo che noi ci stiamo avvicinando ad un punto nel quale la filosofia di Mill e le attività convenzionali statunitensi relativamente alle quali il testo si è adeguato a che i poteri pubblici potes-

---

<sup>355</sup> Cfr. BRUCE, *The private stock of liquor and the inherent right of self-destruction*, in *Law Review*, 1926, III, 20, 757.

<sup>356</sup> Cfr. *Reynolds vs. United States*, 98 US 145 (1878).

<sup>357</sup> Cfr. MILL, *On liberty*, cit., p. 112.

<sup>358</sup> Cfr. GARVEY, *Unenumerated rights-substantive due process, the ninth amendment and John Stuart Mill*, in *Wisconsin Law Review*, 1971, pp. 922-923.

<sup>359</sup> Cfr. NOTE, *Limiting the state’s police power: judicial reaction to John Stuart Mill*, in *University of Chicago Law Review*, 1970, 37, 613.

sero giocare un determinato ruolo nel regolare questioni di carattere personale, sessuale o di altro tipo, stanno convergendo a poco a poco.”<sup>360</sup> In altri termini e lapidariamente, si sostiene che è il consenso e non la filosofia morale ciò che motiva realmente una eventuale costituzionalizzazione.

In secondo luogo, non sembra essere del tutto corretto affermare che la Corte Burger aveva costituzionalizzato il pensiero di Mill,

---

<sup>360</sup> Cfr. PERRY, *Substantive due process revisited: reflections on (and beyond) recent cases*, in *North Western Law Review*, 1976, 71, 417.

almeno se ci si riferisce ai risultati. Aborto,<sup>361</sup> sacralità della famiglia,<sup>362</sup> anticoncezionali,<sup>363</sup> matrimonio,<sup>364</sup> sterilizzazione,<sup>365</sup> divorzio<sup>366</sup> e modi di vita poco normali (*ergo* poco convenzionali)<sup>367</sup>

---

<sup>361</sup> Cfr. *Roe vs. Wade*, 410 US 113 (1973). Il caso appena citato “rappresentò un attacco alle leggi sull’aborto del Texas che erano rappresentative di quelle adottate da molti degli Stati. In questo caso, una donna incinta non coniugata (Jane Roe), tra gli altri, promosse un’azione contro la legge del Texas. Il giudice Blackmun, scrivendo per la maggioranza della Corte e in parte seguendo il sentiero tracciato in *Griswold vs. Connecticut*, applicò agli Stati, per via del Quattordicesimo Emendamento, i diritti alla privacy adombrati nel Bill of Rights e sostenne l’incostituzionalità della legge penale texana riguardante l’aborto, la quale proibisce l’aborto in qualsiasi stadio della gravidanza, eccetto che per salvare la madre. Nella sua opinione, il giudice Blackmun tracciò la storia medica e legale dell’aborto attraverso i secoli, a partire dall’Impero persiano abortifacient e continuando con il giuramento di Ippocrate, la Common Law, la legge statutaria inglese, il diritto americano e le posizioni delle American Medical, Public Health e Bar Associations... L’opinione di Blackmun riconosceva alla madre il diritto di abortire o no, definendolo come fondamentale diritto di libertà della donna da ogni interferenza dello Stato, a meno che questo non potesse provare una stringente ragione per tale interferenza e la regolamentazione governativa non fosse strettamente aderente agli interessi protetti. L’opinione stabiliva specificamente che prima dell’approssimativa scadenza del terzo trimestre di gravidanza la decisione dell’aborto e la sua effettuazione dovessero essere lasciate al giudizio del medico di fiducia della donna incinta; e che lo Stato potesse regolamentare l’aborto da praticarsi nel successivo trimestre, nei modi ragionevolmente correlati con la salute della madre e, addirittura, potesse proibirlo nell’ultimo trimestre a meno che non fosse necessario per salvare la madre. Il giudice Burger concorse nell’opinione di Blackmun avvertendo però che, a suo giudizio, la decisione della maggioranza non autorizzava l’aborto su semplice richiesta della madre. I nemici dell’aborto hanno continuato ad affermare la preminenza del diritto alla vita del feto in ogni fase della gestazione e hanno intrapreso sforzi massicci a livello statale e federale per ottenere il rovesciamento di questa decisione”. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell’uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992.

<sup>362</sup> Cfr. *Moore vs. City of East Cleveland*, 431 US 494 (1977).

<sup>363</sup> Cfr. *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965). “Una legge del Connecticut, in vigore dal 1879, proibiva l’uso di mezzi anticoncezionali, anche per coppie sposate, e proibiva ogni tipo di assistenza nei riguardi di individui per l’uso di quei mezzi. Griswold, Direttore Esecutivo della Planned Parenthood League del Connecticut, e Buxton, un medico autorizzato e professore alla Yale Medical School che aveva la funzione di direttore medico per la Lega nella sede centrale di New Haven, furono arrestati in base a questa legge poiché essi avevano fornito assistenza ed informazioni concernenti i mezzi anticoncezionali. L’opinione del giudice Douglas, che scriveva per la maggioranza della Corte, sosteneva che la legge del Connecticut era incostituzionale perché, in parte, violava i diritti impliciti di ‘privacy’, stabiliti da una serie di garanzie specifiche del Bill

sono costituzionalmente esenti dalla regolamentazione statale volta a ‘creare’ *rights of privacy*; non lo sono, però, l’omosessualità,<sup>368</sup> la coabitazione,<sup>369</sup> la convivenza di persone non legate da vincoli di parentela,<sup>370</sup> o, infine, il diritto ad avere una chioma particolare.<sup>371</sup> In tutti i casi, bisogna tener conto che la negazione dei *writs of certiorari* non costituisce un precedente e che le sommarie affermazioni, anche se formalmente tali, nella pratica equivalgono ad una decisione di non entrare nel merito, giacché sono casi nei quali la Corte Suprema non ha poteri discrezionali; perciò l’omosessualità e la coabitazione possono essere considerati, in quanto casi sottoposti al suo giudizio, come ‘misure attendiste’. Ciò nonostante, su questi temi i tribunali statali, interpretando le rispettive costituzioni, presentano una giurisprudenza nettamente più pro-

---

of Rights. L’opinione concorrente del giudice Goldberg, condivisa dal Chief Justice Warren e dal giudice Brennan, fondandosi in grandissima parte sul Nono Emendamento, metteva in evidenza che il concetto di libertà del Quattordicesimo Emendamento protegge quei diritti personali che sono fondamentali e non è confinato ai termini specifici del Bill of Rights”. Cfr. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell’uomo negli Stati Uniti*, cit.

<sup>364</sup> Cfr. *Loving vs. Virginia*, 388 US (1967). In questo caso “... la Corte Suprema prese in esame una legge contro la promiscuità razziale, le cui principali caratteristiche comprendevano una proibizione assoluta al matrimonio fra una ‘persona bianca’ e qualsiasi altra persona che non fosse una ‘persona bianca’. Mildred Jeter, una afro-americana e Richard Loving, un bianco, si sposarono nel District of Columbia. Poco dopo essere tornati a vivere in Virginia, i Lovings furono dichiarati colpevoli di aver violato la legge della Virginia che vieta i matrimoni inter-razziali. Il Chief Justice Warren, scrivendo per unanime Corte Suprema, dichiarò che le leggi statali che proibiscono i matrimoni interrazziali violano il Quattordicesimo Emendamento e applicò la “pesantissima sanzione che il Quattordicesimo Emendamento ha tradizionalmente imposto alle leggi statali basate sulla discriminazione razziale”, nonostante le tesi della Virginia, secondo le quali la legge si applicava egualmente sia ai caucasici che agli afro-americani, poiché puniva entrambi nello stesso modo”. Cfr. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell’uomo negli Stati Uniti*, cit. *Zablocky vs. Redhail*, 434 US 374 (1978).

<sup>365</sup> Cfr. *Skinner vs. Oklahoma*, 316 US 535 (1942).

<sup>366</sup> Cfr. *Boddie vs. Connecticut*, 401 US 371 (1971).

<sup>367</sup> Cfr. *United States Department of Agriculture vs. Moreno*, 413 US 528 (1973).

<sup>368</sup> Cfr. *Doe vs. Commonwealth’s Attorney of Richmond*, 425 US 901 (1976).

<sup>369</sup> Cfr. *Hollenbauch vs. Carnegie Free Library*, 439 US 1052 (1978).

<sup>370</sup> Cfr. *Belle Terre vs. Boraas*, 416 US 1 (1974).

<sup>371</sup> Cfr. *Kelly vs. Johnson*, 425 US 138 (1976).

gressista come si può notare, per esempio, nel caso della marijuana<sup>372</sup> o in quello della dichiarata incostituzionalità della legge che obbligava all'uso del casco per i motociclisti;<sup>373</sup> con ciò volendosi significare che, in realtà, oggi assistiamo ad un sereno declino del pensiero di Mill.

In terzo luogo, come è stato autorevolmente sottolineato in dottrina,<sup>374</sup> gli intenti di definire la personalità e di inglobare in una sola filosofia morale i recenti *autonomy cases* si sono dimostrati un fallimento. E proprio il pensiero di Mill risulta totalmente inadeguato per costruire un moderno concetto di personalità. Come appunto sostiene Tribe “una delle ragioni per la quale non si può confinare la categoria dei *rights of privacy* nell’ambito della libertà di cui parla Stuart Mill è che questa li limita a quelle attività che producono un qualche impatto sul proprio settore, ma mai alle libertà che si possono ripercuotere su terzi”,<sup>375</sup> intendendo con esse il diritto all’uso attivo della personalità: diritto alla propria immagine,<sup>376</sup> al nome, alla reputazione,<sup>377</sup> ovvero quelli che presentano una doppia matrice come si verifica con il diritto alla scelta di avere o non avere figli,<sup>378</sup> della loro educazione, molti dei quali sono stati dichiarati costituzionali dalla Corte Suprema o, almeno, dai tribunali inferiori. In ogni caso, abbiamo voluto utilizzare la questione della costituzionalizzazione del pensiero di Stuart Mill a titolo di puro esempio. Infatti, le medesime considerazioni possono essere fatte a proposito degli argomenti generali della filosofia politica e sociale come quelli relativi al I emendamento, o quelli della *dormant*

---

<sup>372</sup> Cfr. *Revin vs. Alaska*, 537 P2d 494 (1975).

<sup>373</sup> Cfr. *People vs. Fries*, 42 III 2d 446, 250 NE2d 149 (1969); *Am. Motorcycle Ass. vs. Davis*, 11 MichApp 351, 158 NW2d 72 (1968).

<sup>374</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 887.

<sup>375</sup> *Op. loc. ult. cit.*

<sup>376</sup> Cfr. *Kelly vs. Johnson*, 425 US 138 (1976).

<sup>377</sup> Cfr. *Menard vs. Saxbe*, 498 F2d 1017 (Dccir, 1974).

<sup>378</sup> La Corte Suprema ha sempre dichiarato che la protezione della vita in potenza è un interesse legittimo dello Stato o del Governo federale.

*commerce clause*,<sup>379</sup> l'aborto,<sup>380</sup> la *affirmative action* razziale, il maschilismo come pregiudizio<sup>381</sup> o, infine, la pena di morte.<sup>382</sup>

Come vedremo, una tale accusa può formularsi rispetto a tutte le posizioni dottrinarie, anche rispetto a quelle più "giuridicizzate", come il pensiero di Ely, a proposito delle questioni relative all'interpretazione della Costituzione che la Corte Suprema fa. Infatti, la Corte Suprema finisce per essere il foro della morale e della politica in generale o, se si preferisce, della cultura nella sua accezione più ampia.

D'altra parte sarebbe oltremodo falso affermare che la Corte Suprema non sia un tribunale in senso stretto. E ciò per una ragione molto semplice: tutti questi dibattiti, quantunque siano originariamente formulati in termini di filosofia morale o politica, finiscono per "giuridicizzarsi". Lo stesso Tocqueville intuì tale aspetto, tanto da affermare che "non appena c'è una qualche questione politica negli Stati Uniti, essa, presto o tardi, viene convertita in giudiziaria".<sup>383</sup> Questa giurisprudenza opera in un duplice senso: 1) perché permette al dibattito di convertirsi in uno scontro dialettico extragiuridico per divenire di filosofia del diritto. Vi sono, infatti, quattro grandi temi politici-sociali-morali oggi in discussione in America, passato il duro colpo vietnamita, quello dell'aborto, del femminismo, dei programmi di *affirmative action* razziale e, infine, quello della politica economica neoliberalista. Tutte le questioni 'passano' e continuano a passare finché non sono 'opportunamente' definite dalla Corte Suprema. L'opportunità o convenienza degrada fino a trasformarsi in termini di 'giustizia ideale' degli interessi in gioco (la migliore giustizia può essere a volte l'aggiustamento utilitaristico del massimo possibile di interessi contrapposti); 2) la filosofia giuridica si converte allora in diritto costituzionale (e non vogliamo riferirci al fenomeno della costituzionalizzazione concreta dei diritti) nel senso che questa giustizia ideale ha per parametro la tradizione costituzionale previa la comparazione con l'interpreta-

---

<sup>379</sup> Tutta la giurisprudenza sulla clausola del commercio altro non è che la storia economica degli Stati Uniti. Cfr. *The Supreme Court Term*, in *Harvard Law Review*, 1981, 93, p. 101 ss.

<sup>380</sup> Cfr. *Roe vs. Wade*, 410 US 113 (1973).

<sup>381</sup> Cfr. *Reed vs. Reed*, 404 US 71 (1971).

<sup>382</sup> Cfr. *Furman vs. Georgia*, 408 US 238 (1972).

<sup>383</sup> Cfr. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, London, 1956, p. 280.

zione costituzionale precedente e in accordo, altresì, o contrappeso, con i nuovi valori, o delle nuove filosofie, con i principi giuridico-costituzionali specifici o aperti, cristallizzati nella giurisprudenza anteriore.

I diritti più additati come “emanazione delle ombre” si trasformano in concezioni concrete utilizzando il *due process* o il principio di eguaglianza del XIV emendamento ovvero si riformulano in termini giuridici (*right of privacy and personhood*, per esempio) che a loro volta, si incastrano con altri pezzi più specifici della Costituzione (la segretezza della corrispondenza o la inviolabilità del domicilio). Ciò si verifica non solo con la morale convenzionale, bensì addirittura con quei principi che potremmo definire ad alto contenuto politico. Il costo economico di una sentenza, per esempio, fattore esemplare di opportunità a prima vista e impossibile da qualificarsi come principio giuridico, si può ricondurre allo *spending power* del Congresso e al principio di separazione dei poteri.

Per concludere, è precisamente il *consensus* come metodo quello che sembra essere il migliore strumento per oggettivare il dibattito in tribunale, dibattito che ha valori guida preventivamente gerarchizzati nella Costituzione e nella tradizione storicamente legittimata della sua interpretazione come autentica *living Constitution*.

## 8. La polemica intorno alla giurisprudenza dei valori

Tanto nella Repubblica Federale di Germania quanto negli Stati Uniti d’America la critica contro la giurisprudenza dei valori è stata feroce.

Nel primo dei due paesi, la critica ha investito anche la Legge Fondamentale, poiché il dibattito trae origine nella Repubblica di Weimar, esperienza nella quale i valori videro la luce. D’altra parte, vi è chi sostiene che la critica debba più specificamente indirizzarsi alla giurisprudenza dei valori e all’uso (o abuso) che il *Bundesverfassungsgericht* ne fa e ne ha fatto.<sup>384</sup>

---

<sup>384</sup> Cfr. GIERKE, *Das Problem der Wertesystems der Weimarer Grundrechte*, München, 1932.

La giurisprudenza dei valori, per la verità, in Germania non ha suscitato esclusivamente critiche,<sup>385</sup> bensì anche numerose opinioni di favore,<sup>386</sup> quantunque l'appello ai valori non fosse di portata generale, bensì di carattere trascendentale<sup>387</sup> con riferimento a puntuali e specifiche questioni. A ciò va aggiunto che in quella esperienza la giurisprudenza dei valori opera per mezzo di un'altra tecnica che per quanto possa essere legata agli stessi valori, ne è concettualmente distinta.<sup>388</sup>

In tutti i casi, le critiche principali insistono, come è stato messo in rilievo,<sup>389</sup> su due fondamentali punti: l'indeterminatezza e il soggettivismo che, negli ultimi tempi, hanno condotto alla grave accusa — nucleo centrale del pensiero di Denninger — secondo la quale il *Bundesverfassungsgericht* dimentica le differenze fra la funzione legislativa e quella giurisdizionale.<sup>390</sup> Effettivamente, per mezzo della giurisprudenza dei valori si opera un tipo o modo di argomentazione che porta il *Bundesverfassungsgericht* al risultato anzidetto, funzione in realtà non propria di un tribunale, bensì esclusiva del legislatore parlamentare.<sup>391</sup> Tale tipo di argomentazione consiste nel collegare interessi molto concreti con concetti totalmente astratti (la dignità dell'uomo, per esempio, che la Corte tedesca considera al vertice della gerarchia dei valori) che in tal modo si autoaffermano rispetto ad altri interessi che nel caso concreto potrebbero essere più rilevanti ma che al livello di astrazione nel quale si muovono i valori non superano, per così dire, l'altro valore nel quale si è 'incarnato' l'interesse contrapposto. In una parola, si

---

<sup>385</sup> Cfr. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Berlin, 1961; HESSE, *Grundzüge*, cit., p. 22; in particolare, cfr. GÖRLICH, *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichtes*, Hamburg, 1973; DENNINGER, *Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung*, in *Juristische Zeitung*, 1975, p. 545; e, da ultimi, VOLLMER, *Auslegung und "Auslegungsregeln"*, Berlin, 1990; HILGENDORF, *Argumentation in der Jurisprudenz*, Berlin, 1991.

<sup>386</sup> Cfr. BLECKMANN, *Allgemeine Grundrechtslehren*, München, 1979, p. 200 che cita fra i difensori studiosi come Dürig, Häberle, Hamel, Hollerbach, Leisner, Müller, Nipperdey e Zippelius.

<sup>387</sup> Cfr. l'esposizione che ne fa BLECKMANN, *Allgemeine Grundrechtslehren*, cit., p. 201.

<sup>388</sup> Intendiamo riferirci alla c.d. *Güterabwägung*.

<sup>389</sup> Cfr. RÖLLECKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretations in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, p. 37.

<sup>390</sup> Cfr. DENNINGER, *Freiheitsordnung*, cit., p. 203.

<sup>391</sup> Cfr. DENNINGER, *Freiheitsordnung*, cit., p. 204.

tratta del c.d. *Inversionsmethode*, al quale faceva riferimento Heck quando analizzava la giurisprudenza dei concetti. Ciò malgrado, come ha posto in rilievo Röllecke, “i valori non sono nude parole”, né “contenitori vuoti”, ma hanno un contenuto reale, per cui diviene assolutamente necessario farvi riferimento (poiché non vi è un’altra forma argomentativa conosciuta) ogni volta che un organo di uno Stato pluralista ha vietato l’imposizione di una filosofia giuridica o di un diritto naturale concreto.<sup>392</sup> Il problema della giurisprudenza dei valori non risiede tanto in sé stessa quanto nel fatto che può giungere un momento nel quale il contenente “si canonizza” e parole vuote dettano il contenuto delle sentenze.<sup>393</sup> Meno preoccupata del metodo quanto piuttosto dei valori concreti che risultano costituzionalizzati, la dottrina nordamericana ha recentemente scosso le fondamenta del costituzionalismo con una polemica non dissimile che, per il solo fatto di essere molto meno conosciuta in Europa, merita, a nostro giudizio, una analisi più dettagliata.

### 9. La difesa dottrinale della teoria dei valori

La difesa del lavoro dei giudici costituzionali, in quanto custodi dei valori fondamentali, è forse l’atteggiamento più comune ed esteso nella dottrina e, più in generale, nella società statunitense.

La recente dubbia situazione della resurrezione del *substantive due process*, attraverso la costituzionalizzazione dei diritti della personalità, così come la sostantivizzazione del principio di uguaglianza, ha provocato una decisa reazione difensiva razionalizzatrice dell’attività della Corte Suprema.

A tal proposito Tribe e Perry sembrano essere gli autori più originali (e di più comune lettura) di tutta la dottrina americana. Essi, peraltro, non sono i soli. Particolare menzione, al riguardo, meritano Cox e Wellington. Il primo perché sta apertamente definendo giusnaturalismo la teoria dei valori sostanziali e il secondo perché è l’autore di uno dei lavori fra i più famosi degli anni ‘70,<sup>394</sup> lavoro

---

<sup>392</sup> Cfr. RÖLLECKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, cit., p. 38.

<sup>393</sup> *Op. loc. ult. cit.*

<sup>394</sup> Cfr. WELLINGTON, *Common law and constitutional double standards: some notes on adjudication*, in *Yale Law Journal*, 1973, 83, p. 221.

nel quale poneva in relazione *principles* e *policies* giuridiche nel senso che i primi includerebbero la morale convenzionale mentre le seconde tenderebbero a sfuggire totalmente dalla possibilità di un giudizio etico, rispondendo semplicemente a criteri di utilità pratica.

La posizione del docente di Harvard può riassumersi come segue: 1) la quasi totalità dei principi costituzionali “possiede un carattere tenacemente sostanziale”, facendo riferimento in special modo al I (libertà religiosa e di espressione), XIII (abolizione della schiavitù) e V (principio dell’espropriazione) emendamenti e nell’art. 1, sezione 10 (*contract clause*) della Costituzione;<sup>395</sup> 2) le norme tipicamente procedimentali hanno anch’esse radici sostanziali: “il tipo di partecipazione, il ‘che’ e il ‘come’ del diritto di voto... sono temi che riflettono concezioni sostanziali circa la democrazia”; 3) la protezione delle minoranze contro la distribuzione e la classificazione del resto dei poteri pubblici, che risultano motivati per il pregiudizio ostile o per stereotipi non giustificati, rivela un “disaccordo con i giudici che si nascondono dietro lo stereotipo”, giudici che sono naturalmente a favore dei valori sostanziali.

A prima vista non importa tanto il metodo attraverso il quale si colgono questi valori sostanziali, quanto piuttosto il risultato raggiunto. Egli concorda con la tesi secondo la quale la Costituzione è cosa diversa e indipendente dall’idea che i giudici hanno di essa.<sup>396</sup> Ciò che si deve analizzare è la sostanza del problema costituzionale concreto e verso questa sostanza deve dirigersi lo studio critico della giurisprudenza della Corte Suprema. “Se si analizza la Costituzione come una legge materiale, come una traduzione di certi valori in diritti, potestà e doveri, allora potrà essere possibile giustificare la giustizia costituzionale non attraverso il metodo, bensì attraverso i risultati. Da questo punto di vista le decisioni sono o non sono legittime, a seconda che risultino corrette oppure no”.

Tribe pone tanta enfasi su ciò che consente ai giudici di plasmare questi valori sostanziali, giacché, sostiene, tale attività si dimostra di indubbia utilità, nonostante i rischi: “Il prezzo che paghiamo consiste nel fatto che durante alcuni periodi della storia americana,

---

<sup>395</sup> Cfr. TRIBE, *The puzzling persistence of process-base theories*, in *Yale Law Journal*, 1980, 89, p. 1065.

<sup>396</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pp. 13-14.

un *consensus* illustrato può bloccarsi a causa della cieca aderenza giurisprudenziale verso postulati costituzionali che successivamente tendiamo a rifiutare. Però il prezzo alternativo è che in altri periodi il *consensus* che i giudici possono ‘aiutare’ a catalizzare in nome della Costituzione potrebbe bloccarsi per maggiori interessi per i risultati a breve termine”.

Il processo di ‘correzione’ costituzionale e la “incapacità istituzionale della Corte Suprema di condurlo suo malgrado in direzione di ipotesi nuove ed originali, dimostra che in ultima istanza è falso che le decisioni costituzionali andrebbero oltre la portata della politica in un regime democratico”.

Sembrano questi i motivi che hanno indotto l’Autore a proporre il suo originale strutturalismo.

Prima di analizzarlo, però, è necessario precisare che Tribe, quantunque faccia a volte riferimento al *consensus*, non ne approva più di tanto lo spirito. Per Tribe, risulta impossibile che il *consensus* maggioritario possa essere la fonte di costituzionalizzazione di nuovi diritti sostanziali, giacché è la volontà della maggioranza, infusa in una legge, ciò che affronta mediante la costituzionalizzazione di un diritto sostanziale. Tribe si oppone apertamente a Perry, che è considerato il massimo teorico del *consensus*. Similmente, si oppone alla teoria di Wellington, secondo la quale la costituzionalizzazione dei diritti sostanziali altro non sarebbe che la giuridicizzazione della morale convenzionale. In altri termini, la difesa dei valori sostanziali per Tribe, come vedremo analizzando il suo strutturalismo, consiste nella ricerca ad oltranza della libertà individuale, valore che egli non ritiene in assoluto di dover giustificare, apparendo di per sé evidente.

Per Tribe la storia del diritto costituzionale americano può configurarsi come la successiva creazione di “modelli che sono andati rappresentando le grandi alternative di argomentazione e decisione costituzionale”<sup>397</sup>.

Questi sei modelli<sup>397</sup> non rappresentano sistemi formali, bensì grandi temi che monopolizzano settori del diritto costituzionale, tutti tendenti, nel lungo periodo, alla ricerca della libertà, valore sostanziale supremo.

---

<sup>397</sup> 1. Separazione e divisione dei poteri; 2. Limiti impliciti all’intervento pubblico; 3. Protezione delle aspettative reali; 4. Regolarità procedimentali; 5. Diritti preferenziali; 6. Eguaglianza di fronte alla legge.

Di essi, i modelli dal primo al quarto sono tipicamente processuali, poiché la Corte Suprema non affrontò mai il tema della costituzionalizzazione dei valori, degli interessi o dei diritti sostanziali, bensì utilizzò la via indiretta dell'argomentazione riferita al limite interno dei poteri pubblici, alla struttura delle competenze, configurata nella Costituzione, da tali poteri. Vi è da aggiungere che in realtà questo metodo finì per divenire una mera giustificazione, giacché lo sviluppo costituzionale di questi modelli “si può difendere solo dal punto di vista dei valori sostanziali che in essi soggiacciono”.<sup>398</sup>

Infatti, i due ultimi si differenziano dai restanti perché propugnerrebbero apertamente l'adozione di valori sostanziali. Tanto il sesto modello (eguaglianza) quanto il quinto (*preferred freedoms*)<sup>399</sup> “non tentano di definire limiti inerenti, interni, ai poteri pubblici, ma, più modestamente, di escludere semplicemente i poteri pubblici da alcune sfere decisionali, configurando ambiti di libertà”.<sup>400</sup>

Orbene, ciascuno di questi sei modelli può essere considerato, a giudizio di Tribe, come struttura in sé stessa, ma ciò che per noi è di fondamentale importanza non è l'equazione modello/struttura, bensì ciò che lo stesso Autore ha definito “giustizia strutturale” (il settimo modello). La giustizia strutturale consiste nella scelta di ciascuno degli altri nell'operare concreto, in modo che “la libertà individuale venga ricercata non per mezzo di una struttura caratteristica ma attraverso la combinazione di strutture che appare più conveniente per il perseguimento di tale scopo in un contesto particolare”.

Contrapponendo, per esempio, i modelli primo e quarto con i modelli quinto e sesto “il settimo modello può far sì che si comprenda che si potrebbe servire meglio la libertà in determinati casi, solo ponendo un'area al di là della portata dei poteri pubblici e in altri facendo esattamente il contrario”. Il settimo modello altro non dimostra “che solo merita la pena di accogliere principi neutrali quando sono utili per difendere realtà umane sostanziali; voglio dire che ciascuno degli altri modelli hanno portato alla ‘sterilità’ quando intendevano negare l'evidenza di questo fatto”. In questo

---

<sup>398</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 7.

<sup>399</sup> Libertà di espressione (da cui ebbe origine la teoria delle *preferred freedoms*), di partecipazione politica, religiosa, di intimità, di personalità.

<sup>400</sup> Cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 7.

senso, la ‘giustizia strutturale’ di Tribe non sembra molto innovatrice, giacché sono gli stessi principi e la giurisprudenza che formano la base di un metodo.

Gli unici concetti che Tribe impone come nucleo della sua teoria strutturale sono, da una parte, la libera scelta del modello (e, pertanto, la dottrina e la clausola costituzionale da utilizzarsi), ricercando quello che più possa essere di utilità ai valori sostanziali e, in concreto, alla libertà e, dall’altra, quello di attribuire diverso valore (di norma o di principio) ad una dottrina costituzionale concreta.<sup>401</sup>

A questo punto sembra opportuno riferire, sia pure in estrema sintesi, del pensiero di Wellington che fu tra i primi studiosi ad approfondire tali problematiche.

Per Wellington “il compito dei tribunali consiste nel constatare il peso del principio giuridico in rapporto alla morale convenzionale e nel convertire il principio morale in uno giuridico connettendolo con il *corpus* del diritto costituzionale”.<sup>402</sup>

La descrizione più precisa di questo compito di riconversione della moralità convenzionale in principi costituzionali (che ha dato luogo, nel nostro secolo, ad uno dei più grandi dibattiti di filosofia del diritto, che nell’esperienza anglosassone ha visto come protagonisti Devlin da una parte e Hart e Dworkin<sup>403</sup> dall’altra, quantunque in essi lo stesso dibattito si dimostra eccessivamente astratto, facendo riferimento in generale alla possibilità e legittimità della giuridicizzazione della morale, normalmente attraverso

---

<sup>401</sup> Tribe cita un esempio particolarmente illuminante della c.d. giurisprudenza strutturalista, quello della comparazione fra la sentenza *Panama Refining Co. vs. Ryan* 293 US 388 (1935), dove la delega era configurata come autentica regola (riserva di legge) e la sentenza *Hampton vs. Mow Sun Wong*, 426 US 88 (1976), dove il fatto che la restrizione agli stranieri fosse realizzata da una agenzia amministrativa non configurava una norma, ma un principio interpretativo che si atteggiava come presunzione per cui le disuguaglianze stabilite con il regolamento erano illegittime. Una cosa è configurare la delega legislativa come soggetta ai limiti chiari della abilitazione (modelli I e IV), altra e diversa cosa è ammettere che la legge abilita a regolamentare tutto ciò che inerisce agli stranieri: però le disuguaglianze non espressamente menzionate nella legge abilitante devono godere di una presunzione di incostituzionalità (modello V e VI).

<sup>402</sup> Cfr. WELLINGTON, *Common law*, cit., p. 284.

<sup>403</sup> Cfr. DEVLIN, *The enforcement of morals*, New York, 1965; HART, *Law, liberty and morality*, New York, 1963; DWORKIN, *Lord Devlin and the enforcement of morals*, in *Yale Law Journal*, 1966, 75, p. 986.

gli schemi tipici del diritto penale) viene fatta corrispondere, nell'ambito del diritto costituzionale, alla figura di Perry.<sup>404</sup>

Similmente ad Ely, Grey, Brest e alla generalità dei costituzionalisti della seconda metà degli anni '70, Perry inizia la sua riflessione sulla contrapposizione fra due tipi di principi costituzionali, che a loro volta danno luogo a due tipi potenziali di applicazione giurisprudenziale: l'interpretativismo e il non interpretativismo.

La Corte Suprema utilizza il primo nell'applicazione di un mandato costituzionale concreto o di un valore divisibile dall'insieme della struttura di potere disegnato dalla Costituzione. Il metodo è interpretativo "perché la Corte Suprema raggiunge la decisione interpretando — decifrando — il mandato letterale (o l'aspetto della struttura del potere) che dà vita ad un giudizio di valore... costituzionalizzato dal legislatore costituente nel passato".<sup>405</sup>

"La Corte Suprema utilizza il metodo non interpretativo quando determina la costituzionalità e l'incostituzionalità con riferimento ad un giudizio di valore distinto da quelli costituzionalizzati dai costituenti". In questi casi, la Corte Suprema "in realtà non interpreta, nel senso ermeneutico del termine, alcun precetto del testo costituzionale, quantunque, naturalmente, la Corte stessa può esplicitare la sua decisione con una retorica destinata a creare l'illusione secondo cui essa starebbe meramente interpretando o applicando la Costituzione".

Perry concorda in un certo qual modo con Ely, a differenza di Berger, quando afferma che non ci si può assicurare che i costituenti autorizzarono il metodo non interpretativo né, tanto meno, che espressamente lo proibirono.<sup>406</sup>

Il primo metodo, quello interpretativo, corrisponde agli schemi di democrazia classica: libertà per il legislatore all'interno degli stretti limiti della Costituzione, sebbene Perry, come Ely, ammette che

---

<sup>404</sup> Cfr. PERRY, *Substantive due process revisited*, cit.; ID., *The abortion fundig cases*, cit.; ID., *The Constitution, the courts and human rights: an inquiry into the legitimacy of constitutional policy making by the judiciary*, New York, 1982; ID., *Abortion, the public morals and the police power: the ethical function of substantive due process*, in *University of California Los Angeles Law Review*, 1976, 23, 689; ID., *Interpretativism, freedoms of expression and equal protection*, in *Ohio State Law Journal*, 1981, 42, p. 261.

<sup>405</sup> Cfr. PERRY, *Interpretativism*, cit., p. 264.

<sup>406</sup> Ely, peraltro, come vedremo, difende l'"originalismo" e la "letteralità" del metodo non interpretativo basando tale sua difesa sul IX emendamento e sulla clausola dei privilegi e delle immunità del XIV.

l'interpretativismo può anche, a volte, porre problemi, dando luogo ad interpretazioni non univoche della Costituzione, essendo possibili diverse interpretazioni di ogni singolo precetto (*reasonable differences of opinion*).<sup>407</sup> Per ciò che concerne il metodo non interpretativo, similmente ad Ely, Perry 'santificherà' la nota a piè di pagina della sentenza *Carolene Prod.*, utilizzando come termine di comparazione un paragrafo della opinione del giudice Harlan nella sentenza *Mugler vs. Kansas*,<sup>408</sup> paragrafo che meglio riassume il fondamento del *police power* degli Stati e che riflette sui limiti di tale potere: "Di conseguenza, se una legge che pretende di essere stata promulgata per proteggere la salute, la morale o la sicurezza pubblica non ha una relazione reale con questo oggetto, o presuppone una invasione palpabile dei diritti protetti dalla legge fondamentale, è un dovere dei tribunali giudicarla e dare così effettività alla Costituzione".<sup>409</sup>

Per Perry questo è il fondamento del controllo della morale pubblica esercitato dai giudici, poiché se la legge non è conforme a questa morale essa potrà essere sottoposta a revisione. Perciò egli costruisce quello che viene denominata la funzione etica del *judicial review*,<sup>410</sup> seguendo uno schema logico di ragionamento che si sviluppa in questi termini: 1) La Costituzione è "dinamica e non statica", nel senso che "i costituenti pretendevano che i precetti dovessero essere definiti e ridefiniti alla luce della esperienza e delle esigenze delle successive generazioni"; 2) i tribunali hanno la funzione di "ricercare norme seguendo linee né chiaramente specificate nel testo né originariamente previste dai costituenti"; 3) la funzione etica "serve per correggere la miopia occasionale, moderare gli eccessi occasionali del processo politico"; 4) "non si presuppone un potere giudiziario imperativo", giacché la revisione costituzionale "e gli altri vari tipi di pressione politica" prevarranno nel lungo periodo; 5) il metodo con il quale la Corte Suprema va a 'constatare' la morale pubblica è lo stesso o comunque

---

<sup>407</sup> Cfr. PERRY, *Interpretativism*, cit., p. 265; ELY, *Democracy and distrust*, cit., p. 186, n. 10.

<sup>408</sup> Questo caso servì da fondamento all'applicazione del *test* della razionalità nel *substantive due process* economico ed è, altresì, la matrice della provenienza della formula anglosassone tipica che serve da fondamento ai limiti dei diritti enunciati nella Convenzione Europea del 1950.

<sup>409</sup> Cfr. PERRY, *Interpretativism*, cit., p. 266.

<sup>410</sup> Cfr. PERRY, *Abortion*, cit., p. 707.

simile a quello che utilizzano i giudici popolari: “media, in effetti, le dimensioni rilevanti della cultura morale convenzionale con il procedimento doppio e simultaneo dell’analisi della cultura e della riflessione sulla personalità dei giudici individuali”; 6) la funzione è una “per la quale i giudici sono particolarmente competenti, tanto istituzionalmente quanto tradizionalmente”: isolamento di gruppi minoritari di interesse, sensibilità particolare nei confronti di attitudini generali culturali, foro tradizionale per il gioco dialettico del complesso riflettere in modo conforme ai principi etici, il flusso di informazioni particolarmente esteso quando si giudica su una controversia a carattere costituzionale, sono tutti fattori, a giudizio di Perry, tendenti ad assicurare la maggiore capacità dei tribunali di giudicare ‘l’etica’ rispetto ai parlamenti.

Ciò che propone, dunque, è che una volta risolto il problema se si possono o no giuridicizzare la morale pubblica e il benessere generale, la questione di *chi* li giuridicizzerebbe si porrebbe solo in termini di competenza e autorità.<sup>411</sup>

È importante, comunque, porre in rilievo che le proposizioni 1) e 2) del riassuntivo schema logico sono totalmente nuove e fungono da ausilio per Perry al fine di giustificare una visione funzionale del *judicial review* che successivamente sarà utilizzata apertamente e con molta più fluidità da scienziati della politica come Choper.<sup>412</sup>

Tutta la divisione fra metodo interpretativo e metodo non interpretativo (originalista o non originalista, nel lessico di Brest),<sup>413</sup> che hanno utilizzato Ely e Perry può, in definitiva, considerarsi come la moderna versione della *two-clause theory*.

Ciò malgrado, fino a Perry, tutti i giuristi difensori di un concetto e-spansivo del *judicial review* avevano collegato il non interpretativismo, in qualsivoglia forma, con il testualismo e l’originalismo: i costituenti dettarono espressamente principi e clausole aperte e ciò solo legittima il *judicial review*. Perry romperà questa catena logica, ma non nel senso di Brest, per l’inutilità, cioè, degli sforzi di

---

<sup>411</sup> Cfr. PERRY, *The abortion fundig cases*, cit., p. 1219.

<sup>412</sup> Cfr. CHOPER, *Judicial review and the national political process. A functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, Chicago, 1980.

<sup>413</sup> Cfr. BREST, *The misconceived quest for the original understanding*, in *Boston University Law Review*, 1980, 60, p. 104.

assoggettare i giudici ai canoni dell'interpretazione,<sup>414</sup> bensì mediante argomentazioni molto più sofisticate. Per Perry tutti i non interpretativisti, in un modo o nell'altro, accusano gli interpretativisti di non comprendere che i costituenti formularono concetti (e non concezioni, per seguire la terminologia di Dworkin) o di non intendere che la clausola dei privilegi e delle immunità o il IX emendamento lasciarono per il futuro la costituzionalizzazione dei diritti, per dirla con Ely, o di non volere rendersi conto di cosa in realtà avessero in mente i costituenti, poiché il linguaggio lasciava aperte più possibilità, come sostenne Bickel..., vale a dire, in un modo o nell'altro, le accuse secondo le quali proprio il testo e/o la volontà costituente prefigurarono clausole aperte. Perry sostiene con forza la falsità di tale tesi. Esiste una chiara evidenza storica secondo cui i costituenti “pensavano che stessero costituzionalizzando giudizi di valore particolari e, ai nostri occhi, ‘stretti’ relativamente a certe pratiche politiche”.<sup>415</sup> In una parola, “non esiste alcuna prova del fatto che i costituenti intendessero i precetti limitanti i pubblici poteri come clausole aperte”, come concetti invece che come concezioni. È assolutamente certo, per esempio, che i costituenti non pretesero di dichiarare incostituzionale la segregazione nella scuola pubblica e non esiste prova o indizio alcuno che ci può dire che essi pensavano che nel futuro si potessero dichiarare incostituzionali norme siffatte senza l'approvazione di un nuovo emendamento. Vale a dire, se si vuole dotare il concetto giuridico indeterminato di un contenuto concreto (concezione), sarà necessario investigare sulla concezione concreta che i costituenti avevano, se esiste, come nel caso della c.d. segregazione educativa, o analogicamente, sulle concezioni di allora più simili a quella che attualmente si pone all'attenzione. Però, in ogni caso, non vi sono prove che consentono ai tribunali di costituzionalizzare una concezione concreta. Tanto Dworkin quanto Ely, come tutti i non interpretativisti in generale, non prediligono, nelle loro analisi, la visione storica del problema.

Perry, al contrario, rompe definitivamente con il testo e con l'originalismo: il metodo deve essere a suo dire non interpretativo perché ciascuna generazione ha diritto di vivere la sua Costituzione; in questo senso, egli proclama l'organicismo *vs.* la staticità dell'idea

---

<sup>414</sup> Cfr. BREST, *The misconceived*, cit., p. 105.

<sup>415</sup> Cfr. PERRY, *Interpretativism*, cit., p. 298.

di Costituzione: sarebbe, dunque, la *living Constitution* quella che bisognerebbe sottoporre a giudizio. Perciò egli mostra più attenzione all'aspetto creativo della giurisprudenza non interpretativa e la denomina apertamente *policy making*, giustificando il *judicial review* e ponendo l'accento, come vedremo, sui criteri puramente funzionali.

Torniamo, però, alla “funzione etica del *judicial review*”. Dato che è necessario rompere definitivamente con il testo e con la volontà del costituente, la giustificazione del *judicial review* deve essere puramente funzionale, vale a dire, deve basarsi su quell'organo costituzionale che ha più capacità e competenza (nel senso di competenza scientifica) per assolvere a questa funzione etica: “Nel dialogo costituzionale fra i giudici e i rimanenti poteri pubblici ciò che emerge è una versione molto più compiuta della “verità” rispetto a quella che appare se il dialogo si sofferma esclusivamente alla fase di promulgazione di una legge o, almeno, in questo caso, il dialogo risulterà molto più ristretto”.<sup>416</sup>

La competenza esige che si dia una risposta a due distinte questioni: quella se esistono valori consensuali e quella su come i giudici possono constatare detti valori. Alla prima di esse Perry risponde affermativamente, quantunque nel momento di enucleare i valori menziona esclusivamente quello della santità della famiglia,<sup>417</sup> “l'intimità dell'amicizia e l'amore, la libertà individuale di pensiero<sup>418</sup> o, ancora (sviluppato in un altro suo lavoro), l'imperativo categorico kantiano”.<sup>419</sup> In quanto alla seconda questione, cioè, secondo Perry, la funzione delle giurie, è necessario descri-

---

<sup>416</sup> Cfr. PERRY, *Abortion*, cit., p. 718. In questo caso si appalesa chiaramente la profonda diversità fra le scuole dottrinarie nate e sviluppatasi sotto il segno della Common Law e quelle, come la nostra, di Civil Law, legate ai kelseniani concetti di norma e di diritto positivo. Cfr., a tal proposito, TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit.; BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivo giuridico*, cit.; e, da ultimi, GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino 1996; HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, tr. it. (a cura di CEPPA), *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

<sup>417</sup> L'Autore fa riferimento alla sentenza *Moore vs. City of East Cleveland*, 413 US 494 (1977) di cui abbiamo si è già detto.

<sup>418</sup> Cfr. PERRY, *The abortion*, cit., p. 1226.

<sup>419</sup> Cfr. PERRY, *Constitutional “Fairness”: notes on equal protection*, in *Virginia Law Review*, 1977, 54, p. 422.

verla, precisarla e comprenderla nei termini di un processo dialettico: “il suggerire che la funzione del giudice consiste nello scoprire gli ideali e la sensibilità sociale per applicarli al caso concreto pecca di eccessiva semplificazione. Gli ideali sociali, nel momento in cui compiamo lo sforzo estremo di cercare di articularli, sono imprecisi e vaghi. La funzione giudiziaria consisterà nel dare forma alle implicazioni di questi principi vaghi e imprecisi. Nell'applicare un ideale o un principio morale, come norma giurisprudenziale, al caso concreto, la Corte Suprema non gioca un ruolo puramente passivo nel determinare la moralità sociale, bensì un ruolo attivo, ancora meglio, creativo: la Corte Suprema dà forma concreta alla morale pubblica”.<sup>420</sup>

Continua poco più avanti: “Da questo punto di vista potremmo cominciare a comprendere perché il gioco fra la Corte Suprema e la società è di natura dialettica. Dipendendo in grande misura dagli sforzi preliminari degli altri tribunali, la Corte Suprema deduce vari principi di lavoro dalla totalità dell'esperienza americana — passata e presente —. Il prodotto è meramente ipotetico e suscettibile di sviluppo... A sua volta, la società americana risponde alla sua opera accettandola, rigettandola o, cosa più comune, moderando i principi che la Corte Suprema ha stabilito. La Corte Suprema, a sua volta, risponderà assimilando o no la risposta...”.

Il concetto di autorità è, senza dubbio, il più problematico. Solo la storia potrà giustificare il *judicial review*. Similmente a tutti coloro che propongono un concetto espansivo della giustizia costituzionale, Perry risponde utilizzando l'argomento secondo il quale è l'esito del capitalismo che lo ha legittimato, essendo il rischio di non avere *judicial review* superiore a quello di sopportare errori nella constatazione della morale convenzionale, che per Perry sembra sempre essere la morale dominante, reale o potenziale.

Giunto alla legittimazione storico-funzionale, Perry aggiunge il tipico argomento residuale che Berger tanto criticava: “di tutti i poteri pubblici nordamericani, l'istituzione che più si è adeguata per difendere questi valori e, in qualche caso, capace di rappresentarli, mentre altri poteri andavano alla deriva, è la Corte Suprema”.<sup>421</sup>

---

<sup>420</sup> Cfr. PERRY, *The abortion*, cit., p. 1228.

<sup>421</sup> Cfr. PERRY, *Substantive due process*, cit., p. 469.

In ogni caso, la teoria del consenso come fondamento dei valori sarà sviluppata in una forma molto più precisa dai seguaci della c.d. *policy-oriented school of jurisprudence*.

Il fatto che la *policy* di questa scuola sia il riconoscimento della dignità dell'uomo (equivalente a ciò che in Tribe è la libertà individuale o in Perry è l'imperativo categorico kantiano), formula identica a quella del valore supremo del *Bundesverfassungsgericht*, ci indica addirittura che la giurisprudenza dei valori unifica questi ultimi attraverso criteri funzionali (*policies*) rendendo verosimili le pesanti critiche di Denninger secondo le quali mediante questa giurisprudenza spariscono i limiti e le divisioni fra la funzione legislativa e quella giudiziaria (a carattere costituzionale).

## 10. I critici della giurisprudenza dei valori

Tanto in Germania quanto negli Stati Uniti, il massiccio attacco alla giurisprudenza dei valori non è stato condotto frontalmente, bensì in modo indiretto. Non si critica tanto la giurisprudenza dei valori, quanto quella dei valori sostanziali, poiché è quest'ultima e non quella che alla fin fine pone i giudici nel ruolo di "tiranni"<sup>422</sup> che, senza legittimazione alcuna, predeterminano i fini dello Stato autoassumendo una funzione che in una società democratica spetta esclusivamente ai rappresentanti periodicamente vincolati alla volontà popolare.

Il pensiero di Häberle,<sup>423</sup> basato, come è noto, sul modello della "società aperta" di Popper, è uno dei più conosciuti nel nostro Paese. La funzione del *Bundesverfassungsgericht* consiste, secondo il Maestro di Bayereuth, nel realizzare quei valori che tendono a perpetuare l'"apertura" della società, in modo che nessuna idea né gruppo sociale siano impossibilitati inizialmente a giungere all'impatto con la società stessa. Mentre la costituzionalizzazione dei valori sostanziali vive sulle opzioni della concezione sociale concreta che per la rigidità che essi generano, tendono a 'celare' le altre opzioni minoritarie, i valori processuali si preoccupano semplicemente di rendere possibile la manifestazione dei valori sostanziali

---

<sup>422</sup> L'espressione è dovuta a SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte, Secularisation und Utopie*, in *Ernst Forstboff zum 65. Geburtstag*, München, 1967, p. 37 ss.

<sup>423</sup> Cfr. HÄBERLE, *Verfassung als Öffentlicherprozess*, cit., p. 93.

ai distinti gruppi sociali, nel momento in cui si pone in discussione la volontà della maggioranza.<sup>424</sup>

Fra le diverse posizioni dottrinali che hanno generato il ricco dibattito sulla legittimità del *judicial review* verso la fine degli anni '70, quella di Ely si distacca, a nostro giudizio, per un triplice aspetto: la profondità della tesi sostenuta, il suo giuridicismo e il suo stile letterario che, come tutte le forme espressive, contribuisce non poco a rendere seducente la sua proposta.<sup>425</sup>

*Democracy and distrust*<sup>426</sup> è strutturato in tre parti completamente differenti che perciò, a nostro sommo avviso, meritano di essere analizzate separatamente.

Diversi principi della Costituzione sono così tanto aperti che difficilmente può determinarsi il loro contenuto facendo riferimento al testo o alla storia. Il metodo interpretativista è efficace solo per le questioni più specifiche, ma non può reggere per le clausole aperte. Usando le parole di Grey, il magistrato potrebbe affermare: "Io non l'ho fatto, tu lo hai fatto!"<sup>427</sup> o quelle di Ely, il metodo "riflette la volontà del popolo".<sup>428</sup> In ultima istanza, risulta impossibile trovare una adeguata soluzione al problema. Ely, peraltro, glissa su uno degli argomenti fondamentali: sarà la volontà popolare solo se qualcuno considera che può definirsi popolo anche un insieme di persone morte da qualche tempo; ma egli non insiste su questo punto, bensì rafforza l'argomento dell'impossibilità ricorrendo al linguaggio e alla storia di ciò che egli considera clausole aperte: il I emendamento, il divieto di pene crudeli e inusuali dell'VIII, il IX e le clausole dei privilegi e delle immunità e di eguaglianza del XIV. E perciò dedica la quasi totalità del suo primo

---

<sup>424</sup> È proprio HÄBERLE, *Verfassung*, cit., p. 114 a denominarla *Verfassungstheorie der verfahren und praktischen Alternativen*.

<sup>425</sup> Cfr. WELLINGTON, *The importance of being elegant*, in *Ohio State Law Journal*, 1981, 42, p. 427.

<sup>426</sup> L'opera, che è del 1980, fu tuttavia anticipata da una serie di articoli pubblicati quasi simultaneamente nel 1978: *Constitutional interpretativism: its allure and impossibility*, in *Indiana Law Journal*, 1978, 53, p. 399; *On discovering fundamental values*, in *Harvard Law Review*, 1978, 92, p. 5; *Toward a representation reinforcing mode of Judicial Review*, in *Maryland Law Review*, 1978, 37, p. 451. Chi scrive sta curando l'edizione italiana del volume che dovrebbe uscire, per i tipi di Giappichelli di Torino, nel 2025.

<sup>427</sup> Cfr. GREY, *Do we have and unwritten Constitution?*, in *Stanford Law Review*, 1975, 27, p. 705.

<sup>428</sup> Cfr. ELY, *Democracy and distrust*, cit., p. 11.

lavoro ad una retrospettiva storica sull'origine di queste clausole e, in concreto, al concetto aperto del *due process* e talvolta al concetto aperto dei principi di cui al XIV emendamento. Il *due process* risulta così limitato al suo aspetto procedimentale, dominante dopo l'eccesso perpetrato dalla Corte Suprema nel periodo precedente il 1937. Naturalmente, più problemi offre il testo, che non la storia, del IX emendamento e il principio in esso contenuto. Di quest'ultimo si avvale Ely per giustificare l'esistenza di un metodo non interpretativo. Paradossalmente, in relazione con lo sviluppo giurisprudenziale di questi precetti, Ely vede il riferimento al metodo non interpretativo nei principi che la Corte Suprema aveva bloccato fin dall'origine,<sup>429</sup> mentre a quello che normalmente la Corte utilizzava — il *due process* — riconosce un carattere procedimentale che è ciò che generalmente sembra indicare il linguaggio e l'origine storica. In ogni caso, però, ciò che a noi sembra importante far rilevare è che Ely segnala che il metodo interpretativo rappresenta un fallimento, giacché tanto il linguaggio quanto la stessa storia dimostrano incontrovertibilmente che esistono clausole aperte, clausole, cioè, la cui concretizzazione è lasciata alla discrezione dei giudici.

Una volta riconosciuta l'esistenza di clausole aperte e, per ciò, l'“inganno” di coloro i quali credono applicabile il metodo interpretativo alla totalità dei precetti costituzionali, Ely sposta la sua indagine sull'esame di ciò che dovrebbe rappresentare il contenuto del metodo non interpretativo.

Ely conduce il suo ragionamento in due distinte fasi: una negativa, la critica dei valori fondamentali<sup>430</sup> e l'altra positiva, la difesa dei valori procedimentali.<sup>431</sup>

Prendiamo in considerazione, per il momento, quest'ultima. Per Ely possono essere inclusi nella categoria dei valori soggettivi dei giudici non solo i lavori di Tribe, ma anche le diverse posizioni della c.d. *political jurisprudence* e noi ci permettiamo di aggiungere in parte anche l'opera di Mc Dougal, cocreatore della *policy-oriented school of jurisprudence*. Tutti vengono “liquidati” da Ely con l'affermazione assolutamente realistica secondo la quale i valori sono

---

<sup>429</sup> Cfr., *supra*, quanto abbiamo detto a proposito del IX emendamento.

<sup>430</sup> Cfr. ELY, *On discovering*, cit.

<sup>431</sup> Cfr. ELY, *Toward a representation*, cit.

“inconciliabili con i postulati più elementari del nostro sistema democratico di governo”. Ciò malgrado, non gli sfugge che la forma usuale di respingere questo suo attacco consiste nell’affermare che a lungo termine i valori della Corte Suprema non possono imporsi al resto del Paese a causa dell’esistenza di controlli politici quali quelli del Congresso, sui presupposti, sulla giurisdizione di appello, sulle nomine, sulla composizione della Corte, nonché il potere di revisione costituzionale e, infine, la stessa reazione popolare; in una parola, tutta la pletora di argomentazioni hamiltoniana,<sup>432</sup> utilizzata piuttosto di frequente da chi sostiene il carattere democratico del *judicial review*.<sup>433</sup> A Ely basta segnalare che questi controlli semplicemente non funzionano, sono più nominali che reali, mentre l’attivismo giudiziario, concetto ripreso da Karst e Horowitz, “si alimenta di per sé”,<sup>434</sup> creando nei gruppi sociali la illusione secondo cui la Corte Suprema può e deve combattere contro tutti gli abusi aventi o meno carattere costituzionale<sup>435</sup> e con ciò invadendo e superando i poteri del sistema democratico di governo. “D’altra parte” — conclude — “sono molto pochi coloro i quali difendono apertamente la esclusività dei valori sostanziali del giudice come fonte del diritto costituzionale. Al contrario, la ricerca deve essere ‘obiettiva’ e ‘neutrale’; il riferimento è a qualcosa ‘li fuori’ che spera di essere scoperta!”

Ely riconosce che il giusnaturalismo è stato un fenomeno esteso negli Stati Uniti durante tutto il XIX secolo, “quantunque non lo è stato tanto come si dice”; di fatto, si tratta, come è ovvio, di una questione abbastanza controversa. L’invocazione “interstiziale”<sup>436</sup> era, tutto sommato, abbastanza comune.<sup>437</sup> Comunque sia, il fatto è che il diritto naturale si invocava con tutta facilità da ambo le

---

<sup>432</sup> Cfr. *The Federalist*, n. 78 nel quale si sostiene che la Corte Suprema non detiene né il potere esecutivo né i presupposti (*power of the sword, power of the purse*), perciò sarebbe l’organo meno pericoloso (*the last dangerous Branch*).

<sup>433</sup> Cfr. ROSTOW, *The democratic character of Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, 1952, 6, p. 193; DAHL, *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as national policy-maker*, in *Journal of Public Law*, 1957, 6, p. 279.

<sup>434</sup> Cfr. KARST, HOROWITZ, *Reitman vs. Murkey*, cit., p. 79.

<sup>435</sup> Cfr. ELY, *On discovering*, cit., p. 22.

<sup>436</sup> Il termine ‘interstiziale’ è piuttosto comune e di uso costante nella tradizione della filosofia del diritto di scuola anglosassone. In quella esperienza assume un significato molto vicino a quello di ‘lacuna’ (quantunque la si intenda in un senso più ampio).

<sup>437</sup> Cfr. ELY, *On discovering*, cit., p. 27.

parti in qualunque disputa e, concretamente, per giustificare, per esempio, sia la schiavitù che la sua abolizione. L'assoluta vaghezza del concetto, che consente a chiunque di riempirne il contenuto come meglio crede, ha fatto sì che "il concetto era scomparso dal pensiero giuridico nordamericano". Traslando la questione verso la filosofia morale Ely ammette che oggigiorno si è cominciato a ragionare circa le questioni morali, "però sarebbe un errore portarlo addirittura alle estreme conseguenze fino a supporre che ragionare su questioni sarebbe la medesima cosa che scoprire una verità etica assoluta": a giudizio di Ely, insomma, non può esistere la pura obiettività.

Ely interpreta la ragione come equivalente ad uno schema logico per stabilire la 'grande' verità alla quale abbiamo fatto cenno più sopra: "tecnicamente, sono certo, la ragione di per sé stessa non significa nulla: può solo fungere da catalizzatore fra le premesse e le conclusioni". Se per ragione si intende il "metodo di ragionare caratteristico della filosofia morale",<sup>438</sup> secondo il quale i giudici dovrebbero essere, per antonomasia, i più competenti, allora Ely, ironicamente si domanda perché i giudici e non i chierici, i romanzieri, gli storici o, addirittura, i filosofi. Comunque, Ely, con astuzia, chiude tutte le possibili vie d'uscita nell'affrontare ugualmente il problema a livello istituzionale, poiché, in fondo, coloro i quali difendono la costituzionalizzazione della filosofia morale operata dalla Corte Suprema fanno ciò perché ritengono la stessa Corte Suprema come l'istituzione più competente a causa della sua struttura. Per Ely in questo caso siamo in presenza di un "duplice inganno". In primo luogo perché non abbiamo un metodo universale, neppure prevalente, di filosofia morale o politica e ciò provocherebbe veramente qualcosa di assolutamente impensabile e ridicolo: "A noi piace Rawls,<sup>439</sup> a voi Nozick.<sup>440</sup> Siamo sei contro tre. Dunque la legge è incostituzionale".<sup>441</sup> In secondo luogo, sostiene l'Autore, la storia ci insegna esattamente il contrario e in un

---

<sup>438</sup> Ely utilizza in questo caso il concetto di ragione inteso come filosofia morale astratta riprendendolo da BICKEL, *The Supreme Court and the idea of Progress*, New Haven, 1970, p. 87.

<sup>439</sup> Il riferimento è a RAWLS, *A theory of justice*, Cambridge Mass., 1971, tr. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, 1983.

<sup>440</sup> Cfr. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, 1974, tr. it. *Anarchia, Stato e utopia*, Firenze, 1981.

<sup>441</sup> Cfr. ELY, *On discovering*, p. 37.

senso, anche in questo caso, duplice: biografico: “quale giudice della Corte Taney superò Lincoln?”, e sociologico: “la storia ci suggerisce che vi sono sistematicamente pregiudizi nella scelta dei valori fondamentali compiuta dai giudici, pregiudizi che naturalmente favoriscono i valori della classe medio-alta, la classe dei professionisti da dove provengono la maggior parte degli avvocati e dei giudici”.<sup>442</sup> Nuovamente ironica la penna di Ely quando conclude enumerando i valori fondamentali costituzionalizzati dalla Corte Suprema (libertà accademica, intimità, autonomia personale, femminismo, ecc.) per sostenere che “però osservate come si provoca lo sbandamento di tutti i teorici dei valori fondamentali quando qualcuno menziona il diritto al lavoro, ad una degna sopravvivenza, all’abitazione; questi sono diritti importanti, ma non fondamentali”.<sup>443</sup>

Come indicava, molto opportunamente, il giudice White, nella sua *dissenting opinion* alla sentenza Moore vs. City of East Cleveland, la tradizione può servire per difendere qualsiasi causa: quale tradizione? La nordamericana? Quella anglosassone? Quella del mondo intero o solo l’Occidentale? Con riferimento a quale periodo storico? Le tradizioni del 1700? Del XIX secolo?... Lo spazio di manovra (cioè la potenziale capacità argomentativa) “non ha parametri spaziali né temporali”. Ma anche riuscendo nel tentativo di delimitarla, perché si dovrebbe presumere l’unicità della tradizione? Non si potrebbero avere due tradizioni, come per esempio quella razzista e quella egualitaria? “Semplicemente” — sostiene Ely — “non esiste una tradizione nordamericana che non sia ambigua”.

Ely affronta, quindi, criticamente, il pensiero di uno dei massimi esponenti di quella che viene definita la teoria del *consensus*, Wellington. E lo fa con forme e modi del tutto simili a quelli utilizzati per criticare Perry o per controbattere le tesi degli esponenti della parte più democratica della *policy-oriented school of jurisprudence*.<sup>444</sup>

Ely sostiene, semplicemente e ‘radicalmente’, che non esiste un metodo per la constatazione del *consensus*. Il più approssimativo

---

<sup>442</sup> Cfr., altresì, FRIEDMAN, *History of american law*, New York, 1973, tr. it. *Storia del diritto americano*, Milano, 1995.

<sup>443</sup> Cfr. ELY, *On discovering*, cit., pp. 37-38.

<sup>444</sup> Cfr., *supra*, quanto si è detto a proposito dell’influenza delle dottrine politiche sulla giurisprudenza della Corte Suprema.

che conosciamo è quello che si può ottenere attraverso l'utilizzazione di alcune particolari tecniche analitiche moderne applicate al diritto costituzionale; però il diritto costituzionale è abbastanza distante dal normale campo di applicazione di tali tecniche.<sup>445</sup> D'altra parte, "non ha senso utilizzare i giudizi di valore della maggioranza (che ragionevolmente rappresenta la base del *consensus*) come veicolo per proteggere le minoranze contro i giudizi di valore della stessa maggioranza (che si esprime attraverso la legge)".<sup>446</sup> Il destino di chi cerca i valori fondamentali è segnato: "una domanda mal formulata non produce alcuna risposta".

Il modello procedimentale che Ely propone e che, come lo stesso Autore indica, giustifica la legittimità della giurisprudenza della Corte Warren nel momento in cui condanna l'attivismo libertario della Corte Burger,<sup>447</sup> si basa su due diversi processi logici: il primo semifunzionale, ossia la congiunzione della democrazia con la giustizia costituzionale, l'altro legalista (testualista ovvero originalista), che consiste nell'esame, da questo punto di vista, sezione per sezione, emendamento per emendamento, della Costituzione americana. È manifesta, in questo suo modo di agire, l'intenzione di non allontanarsi dalle argomentazioni giuridiche in senso stretto, quantunque, come vedremo, questo suo sforzo risulterà vano. A nostro avviso, comunque, tale approccio seduce molto il lettore, anche per la eccellente ed ironica forma espositiva, configurando il suo lavoro come l'opera tecnicamente migliore fra quelle dedicate alla critica della giurisprudenza dei valori.

---

<sup>445</sup> Ely si riferisce all'utilizzazione di altre discipline (come la psicologia) per misurare i comportamenti dei consociati. Fra le più famose determinazioni di queste discipline ci limitiamo a fare menzione del c.d. *chilling effect* e del c.d. *deterrent effect*. Cfr., a tal proposito, AUERBACH, *Issues of legal policy in social sciences perspective*, in *Law and Society Review*, 1968, 2, p. 499; VAN DEN HAAG, *Punishing Criminals: concerning a very old painful question*, intervento presentato al Simposio intitolato *Statistical evidence on the deterrent effect of capital punishment*, in *Yale Law Journal*, 1975, 85, p. 164.

<sup>446</sup> Cfr. ELY, *On discovering*, cit., p. 52. Sulla critica del *consensus* come fondamento dei valori l'Autore concorda, come già abbiamo posto in rilievo, con le teorie di Tribe.

<sup>447</sup> Ely aveva già avuto modo di polemizzare, in passato, in occasione della dichiarazione di legittimità costituzionale dell'aborto. Cfr. ELY, *Wages of crying wolf: a comment on Roe vs. Wade*, in *Yale Law Journal*, 1973, 82, p. 920, in cui criticò l'uso oltre modo eccessivo della giurisprudenza dei valori attraverso il *substantive due process*.

La celeberrima nota di Carolene Products, che è già riprodotta quasi integralmente in altra parte del lavoro, ha rappresentato per Ely un punto di riferimento costante. Egli sostiene che la nota fornisce con tutta chiarezza le due metodologie possibili di applicazione giurisprudenziale della Costituzione americana.

Il primo paragrafo accoglie la regola generale: l'interpretativismo. Il secondo ed il terzo, partendo dal concetto secondo cui l'applicazione dell'interpretativismo non è possibile in tutti i casi, descrive minuziosamente il non interpretativismo: "il paragrafo 2 suggerisce l'adeguata funzione della Corte Suprema, nei termini di controllare che la macchina della democrazia maggioritaria funzioni a dovere, e di assicurarsi che i canali di partecipazione e di comunicazione politica rimangano aperti".<sup>448</sup> "Il paragrafo 3, a sua volta, suggerisce che la Corte Suprema deve anche occuparsi di ciò che la maggioranza fa per la tutela della minoranza, facendo menzione in concreto dell'esistenza di leggi le cui finalità possono arrecare un danno alle stesse minoranze,<sup>449</sup> nonché la possibilità che l'isolamento e lo svantaggio politico di un qualche gruppo sociale possa giustificare una maggiore diligenza nel controllo di costituzionalità delle leggi che *prima facie* possano pregiudicarlo".<sup>450</sup> Le potenzialità della nota, sostiene Ely, non sono mai state sviluppate del tutto.

Il modello di Ely si basa sulla sostituzione dei valori sostanziali (che egli intende come soggettivi) con quelli procedurali, che invece sarebbero, a suo avviso, oggettivi: l'unico valore da proteggere è quello di assicurare che i giudizi di valore sostanziali che si producono nell'arena politica siano quelli che autenticamente la maggioranza dei cittadini desidera, in modo da non disattendere questo sostanziale giudizio espresso dalla maggioranza. In altri termini, vigilare affinché gli accessi alla rappresentazione e al processo politico siano reali per tutti gli individui. Ely non discute sul fatto che qualcuno possa argomentare nel senso che questi valori possano essere, *sic et simpliciter*, sostanziali (il valore della democrazia sopra il valore di contenuto sostanziale, vale a dire, il risultato

---

<sup>448</sup> Cfr. ELY, *Toward a representation*, cit., p. 345.

<sup>449</sup> Il termine più comune è quello di *individuous classification*, equivalente a quello di *suspect classification* (categoria sospetta), fondamento della speciale protezione riconosciuta alle diseguaglianze specifiche.

<sup>450</sup> Cfr. ELY, *Toward representation*, cit., p. 455.

dell'esercizio della democrazia stessa), però sostiene che cade in errore chi lo equipari ai rimanenti valori, giacché concettualmente è perfettamente separabile il *come* si prendono le decisioni dal *cosa* si decide. E la primazia di tale valore democratico o partecipativo ha una tripla fonte di legittimazione, giacché questi sono i valori “a) di cui la nostra Costituzione si è occupata fin da subito e con più successo; b) la cui ‘imposizione’ non solo non contraddice bensì rafforza il sistema nordamericano di democrazia rappresentativa e c) per la cui ‘imposizione’ i tribunali, in quanto organi separati dal processo politico, sono situati istituzionalmente in un posizione ideale”.

Il contenuto concreto del modello proposto da Ely consiste in una analisi acuta del problema cardine della teoria politica: la rappresentanza. Essa implica due realtà fattuali: il controllo da parte dei cittadini dell'operato dei governanti (principio maggioritario) e il fatto che gli eletti rappresentino gli interessi della totalità di essi (divieto di mandato imperativo), in guisa che il rappresentante, quantunque conservi il vincolo della rappresentanza, non debba seguirlo quando questo interesse meramente maggioritario pregiudichi la minoranza senza alcun motivo (la volontà generale non è la metà più uno dei cittadini, ma la globalità di essi).

I costituenti reagirono di fronte all'ipotetico eccesso del primo principio con il *Bill of Rights*, spazio di potere individuale — e statale nei confronti dell'Unione — che assicurava una tutela della minoranza. Ma la prima metà del XIX secolo dimostrò che il secondo principio non era sufficientemente protetto. Il principio di eguaglianza presupponeva, semplicemente, il ‘drammatico’ riconoscimento di quanto era insufficiente, nel *Bill of Rights*, la tutela delle minoranze, giacché quella norma non assicurava la partecipazione delle stesse minoranze al fine di evitare la tirannia della maggioranza. Tanto la Dichiarazione di Indipendenza,<sup>451</sup> quanto il *corpus* della originaria Costituzione — che “si preoccupa interamente di disegnare le strutture, descrivendo chi fra i diversi attori...

---

<sup>451</sup> Ely riconosce che la Dichiarazione di Indipendenza parla di diritti naturali, però lo fa esclusivamente per rafforzare l'idea che “per assicurare questi diritti si costituiscono i governi fra gli uomini, derivando i suoi giusti poteri nel consenso dei governati”, operazione che per Ely significa positivizzazione degli stessi diritti naturali.

ha il potere per fare un qualcosa”<sup>452</sup> — come lo stesso *Bill of Rights* e i diversi emendamenti presi nella loro totalità, che Ely si preoccupa di ripercorrere clausola per clausola, rafforzano la sua tesi in ogni senso, con l’unica eccezione, e nuovamente l’ironia prende il sopravvento, della schiavitù e del proibizionismo, costituzionalizzato nel 1918 e naturalmente emendato successivamente poiché “costituzionalizzare un valore sostanziale (la moderazione) era assurdo”. Proprio la storia della stessa giurisprudenza della Corte Suprema avrebbe dovuto insegnarle di non commettere l’errore di costituzionalizzare apertamente valori sostanziali: la costituzionalizzazione della schiavitù in *Dred Scott*<sup>453</sup> e della libertà contrattuale in *Lochner*<sup>454</sup> sono oggi considerate delle aberrazioni giurisprudenziali. E, sostiene Ely,<sup>455</sup> a tre anni dalla sentenza *Roe* la Corte Suprema comincia ad avere dubbi e a cambiare orientamento.<sup>456</sup> La conclusione non poteva essere più tagliente: “La nostra Costituzione è rimasta in gran parte come una Costituzione dovrebbe essere, preoccupata di questioni costitutive — principalmente di meccanismi di decisione — però anche del problema se il popolo è tutto realmente rappresentato o se, al contrario, si esclude qualcuno dai processi o dai benefici di cui la maggioranza effettiva gode. Ciò che ha distinto la Costituzione americana e gli stessi Stati Uniti è stato il sistema di governo, non una ideologia al potere”.<sup>457</sup>

Prima di ultimare l’esposizione conviene descrivere bene l’aspetto della *minority-protecting*, che è forse il punto più debole del modello di Ely, poiché propone la protezione di coloro i quali non sono esclusi (*outsiders*) dalla partecipazione al sistema e godono di garanzie affinché le loro scelte abbiano lo stesso valore di quelle degli altri consociati. Proprio a ciò Ely dedica un intero capitolo del suo

---

<sup>452</sup> Cfr. ELY, *Toward representation*, cit., p. 473.

<sup>453</sup> Cfr. *Dred Scott vs. Sanford*, 19 How 393 (1857).

<sup>454</sup> Cfr. *Lochner vs. New York*, 198 US 45 (1905).

<sup>455</sup> Cfr. ELY, *Toward representation*, cit., p. 484.

<sup>456</sup> *Roe vs. Wade*, 410 US 113 (1973) non è compatibile con *Maher vs. Roe*, 432 US 464 (1977) (né, a nostro avviso con *Harris vs. McRae*, 448 US (1980)). Proprio i difensori della teoria dei valori sostanziali ammettono questa incompatibilità. Cfr., per esempio, TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pp. 933-934, n. 77.

<sup>457</sup> Cfr. ELY, *Toward representation*, cit., pp. 484-485.

libro.<sup>458</sup> Sebbene, già prima di lavorare specificamente sul tema, l'Autore aveva manifestato i caratteri fondamentali del suo pensiero, che ai fini della nostra esposizione sembra risultare di grande utilità: "Insieme a coloro i quali sono tecnicamente rappresentati, possono incontrarsi soggetti funzionalmente incapaci e perciò si rende necessario un qualche tipo di "rappresen-tazione virtuale" di altri soggetti che sono più potenti di questi".<sup>459</sup> Si tratta "di quei gruppi che per essere minoranza abitualmente sono sottomessi ad un insieme di legislazione privativa più onerosa di quella alla quale sono soggetti volontariamente quelli che abitualmente prevalgono".

Il pensiero diviene molto più complesso in *Democracy and distrust*.<sup>460</sup> La razza serve come qualificazione primaria, atteso che ad essa era diretta la clausola dell'eguaglianza. Il carattere "isolato e discreto" della sentenza Carolene è un ulteriore punto di partenza, ma qualunque gruppo che perda una battaglia legislativa lo è. In realtà, la celebre nota voleva indirizzarsi a "quei gruppi sociali i cui desideri e le cui necessità non sembra che creino un interesse attendibile da parte dei rappresentanti eletti".

Ma ciò che, a questo punto, viene spontaneo domandarsi è come l'Autore traduce questi criteri in principi operativi. Il test che Ely configura è quello della ostilità notoria: devono essere oggetto di sospetto le leggi che discriminano coloro i quali "sappiamo essere oggetto della generale denigrazione". Tuttavia, tale metodo non risolve che in parte i problemi: come si verifica l'esistenza di questa ostilità! Normalmente l'isolamento, ovvero l'assenza di relazioni sociali generalizzate rappresentano degli indicatori. In ogni caso, il pregiudizio può non essere la ragione sufficiente come accade, per esempio, per alcune discriminazioni, di carattere occupazionale a carico di soggetti con precedenti penali di un certo tipo. In buona sostanza, la sua discussione, se calata nel reale, rappresenta una prova della relativa solidità delle argomentazioni.

Se, come abbiamo appena detto, Ely è alle prese con qualche problema con la clausola dell'eguaglianza, il fondamento non interpretativista della libertà di cui al I emendamento è, al contrario,

---

<sup>458</sup> Cfr. ELY, *Democracy and distrust*, cit., cap. VI.

<sup>459</sup> Cfr. ELY, *Toward representation*, cit., p. 466

<sup>460</sup> Cfr. ELY, *Democracy and distrust*, cit., p. 149.

impeccabile. Questi diritti, al di là della loro avvenuta o meno costituzionalizzazione, “devono essere in ogni modo protetti dai giudici con fermezza, poiché rappresentano i punti critici per il funzionamento di un processo democratico aperto ed effettivo”. Le barriere ai diritti di libertà di espressione, di stampa e di associazione possono bloccare il funzionamento del processo democratico e, quindi, l’apertura dei canali di partecipazione politica esige il loro smantellamento giurisprudenziale. “Non possiamo fidarci (in questo campo) dei rappresentanti eletti, giacché coloro i quali stanno ‘dentro’ hanno la tendenza a far sì che quelli che sono ‘fuori’ vi restino”, o, in altre parole, “quelli hanno un interesse acquisito alla conservazione dello *status quo*”.



## CAPITOLO III

# LA RAGIONEVOLEZZA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

### 1. *Considerazioni generali*

Quando ci accosta, con approccio comparativo, al tema della c.d. ‘ragionevolezza’ uno dei problemi fondamentali risulta essere, come ha potuto notare Luther<sup>461</sup>, quello terminologico. La questione è tutt’altro che semplice poiché tali problemi sono ancora oggi oggetto di feroci controversie (di carattere dottrinale, ma anche nella giurisprudenza) fra gli studiosi dei vari paesi. Illuminante, a tal proposito, è l’affermazione di Costantino Mortati, secondo cui “apparrendo il termine ‘eccesso di potere’ *choquant*, si ricorre a quello di ragionevolezza e così l’etichetta è salva”<sup>462</sup>.

Di certo possiamo dire che, nonostante i grandi sommovimenti a cui si faceva testé riferimento, quando ci si vuole riferire alla ragionevolezza e alla razionalità (*rationality, reasonableness*) o alla arbitrarietà (*Willkür, Verhältnismäßigkeit*, ecc.) si intende, più in generale, discutere di logiche e tecniche interpretative della Costituzione in quei sistemi che riconoscono il controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Quel che qui importa sottolineare è che esse si pongono *de facto* come limiti allo stesso controllo di costituzionalità, limiti che si sostanziano nel merito (art. 28 della legge n. 87 del 1953) e, in altre esperienze, nella *political question*, nell’*opportunité*, nella *Zweckmäßigkeit*. Comunque sia, come si è giustamente sostenuto, “i modelli di riferimento sembrano soprattutto

---

<sup>461</sup> Jörg Luther, “costituzionalista europeo”, ci ha lasciati, troppo presto, il 3 marzo del 2020 per una malattia tanto grave quanto fulminante. Brillante, ortodosso ma dissacrante, colto, intransigente, ha per primo approfondito i temi più interessanti della giurisprudenza costituzionale tedesca. Ci ha lasciato numerosissime e preziosissime pubblicazioni. Postuma è uscita la sua autobiografia, scritta nei suoi ultimi cento giorni di vita: *Il corso della vita mia*, Aracne, Roma 2020.

<sup>462</sup> Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1414.

la dottrina francese dell'*exces de pouvoir*, ambientata nel diritto amministrativo, e la dottrina anglosassone della *reasonableness*, ambientata nelle istituzioni del *judicial review*.<sup>463</sup>

Sui termini utilizzati dal *Bundesverfassungsgericht* (e sulla loro traduzione in lingua italiana) è necessario, almeno, operare una distinzione fra *Verhältnismäßigkeit* e *Willkür*.

Mentre *Willkür* può essere, senza particolari problemi, tradotto con “arbitrio”, *Verhältnismäßigkeit*, termine piuttosto recente, crea qualche difficoltà anche a causa dell'uso che ne ha fatto e ne fa la Corte Costituzionale tedesca.

La dottrina sembra concordare nel rendere il termine con “proporzionalità” anche se, come si diceva poc'anzi, la giurisprudenza suole distinguere fra proporzionalità in senso stretto e proporzionalità in senso lato.<sup>464</sup>

Orbene, la proporzionalità in senso stretto è data dalla c.d. *Güterabwägung*, il bilanciamento dei beni (ossia la ponderazione), tecnica decisionale che fa riferimento a due situazioni diverse che, in qualsivoglia fattispecie, trovansi in adeguato rapporto fra esse. Più spesso, si parla di relazioni intercorrenti fra individuo e comunità e tale ponderazione si sostanzia nella ‘misura’ di diritti e doveri *ex parte individui* ed *ex parte societatis*.<sup>465</sup>

Più in generale possiamo notare che il criterio della proporzionalità (e del bilanciamento) viene utilizzato per sottoporre a verifica leggi “che producono o incidono su collisioni tra diversi diritti fondamentali individuali o di gruppo”.<sup>466</sup>

---

<sup>463</sup> Cfr. per ciò che concerne il tema della discrezionalità amministrativa, BULLINGER (a cura di), *Verwaltungsmessen im modernen Staat*, Baden-Baden, 1985; ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 147 ss; HUBER, *Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1977, I, p. 1 ss.

<sup>464</sup> Cfr. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln, 1961.

<sup>465</sup> Cfr. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. Soc.*, 1993.

“Al principio di proporzionalità spetta una funzione di difesa della sfera individuale dei diritti e delle libertà”. BVerfGE 81, 310.

<sup>466</sup> “Il principio di proporzionalità ha rango costituzionale nella Repubblica federale di Germania. Esso deriva dal principio dello Stato di diritto, in sostanza già dall'essenza degli stessi diritti fondamentali. Questi ultimi, in quanto espressione del diritto alla libertà generale del cittadino nei confronti dello Stato, possono essere limitati dal potere pubblico di volta in volta soltanto fino a quando risultati indispensabile per la tutela degli interessi pubblici”. BVerfGE 19, 342.

Il concetto di proporzionalità in senso lato è tale per cui unitamente alla proporzionalità ristretta vi si possono rinvenire altri due criteri, quello della *Tauglichkeit* (idoneità dell'atto al perseguimento di determinati scopi, *ergo*, forse più correttamente, finalità), nonché quello della *Notwendigkeit* (che potremmo rendere, con una certa approssimazione, con necessità, nel senso di relazione fra norma di legge e disponibilità di mezzi alternativi per il legislatore).

Lo stesso *Bundesverfassungsgericht* fa spesso cenno, a proposito di tale secondo criterio, alla formula "*Gebot des mildesten Mittels*" (ossia regola del mezzo più mite).

In una parola, dunque, idoneità, necessità e proporzionalità formano insieme la proporzionalità in senso lato.<sup>467</sup>

Non vi è, infine, identità di vedute fra dottrina e giurisprudenza a proposito di un altro dei criteri che a tal riguardo viene utilizzato: l'*Übermaßverbot*. Infatti, mentre qualche studioso lo collega alla proporzionalità in senso lato, i giudici di Karlsruhe, al contrario, lo riferiscono alla proporzionalità in senso stretto.<sup>468</sup>

Se la ragionevolezza dell'esperienza italiana e l'arbitrarietà di quella tedesca possono essere considerati quali naturali concetti catalizzatori del principio di eguaglianza — in entrambe le Costituzioni, come è ovvio, tutelato e protetto — la proporzionalità, al contrario, nasce e si sviluppa precipuamente nell'essenza dei diritti di libertà.

Infatti, il concetto affonda le sue radici addirittura nella giurisprudenza dell'*Oberverwaltungsgericht* dello Stato prussiano, a proposito del c.d. diritto di polizia. Non a caso, illustri studiosi di diritto amministrativo del secolo scorso sostennero che la responsabilità

---

<sup>467</sup> "L'idoneità del mezzo, nel senso della possibilità di favorire il raggiungimento dello scopo perseguito, non significa... che in ogni singolo caso il risultato debba essere effettivamente raggiunto o raggiungibile. È sufficiente la possibilità astratta di un raggiungimento dello scopo". BVerfGE 67, 157.

<sup>468</sup> "Il principio dello stato di diritto richiede che il singolo sia tutelato da interventi inutili da parte del potere pubblico; tuttavia, se tale intervento nella forma di un divieto o precetto legislativo risulta indispensabile, devono esserne circoscritti i presupposti in modo possibilmente chiaro e comprensibile per il cittadino. Quanto più l'intervento legislativo tocca le forme elementari di espressione della libertà di azione dell'uomo, tanto più accuratamente le ragioni addotte per la sua giustificazione devono essere bilanciate con il diritto generale alla libertà del cittadino. Questo significa innanzi tutto che i mezzi dell'intervento devono essere idonei al raggiungimento del fine del legislatore e non devono gravare oltre misura sul singolo. BVerfGE 17, 306

personale e la “proporzionalità della difesa” costituiscono i “naturali” limiti del potere di polizia.<sup>469</sup>

Vi è chi si è spinto sino ad affermare che tale istituto avrebbe origini ancora più antiche, rinvenibili negli scritti di Svarez, il quale sostenne che gli uomini non lascerebbero lo stato naturale “per rinunciare interamente alla loro libertà naturale e per sottoporsi da schiavi al mero arbitrio di un sovrano illimitato, che lo scopo della società civile e quindi anche dello Stato è piuttosto quello di riparare i difetti e le imperfezioni dello stato naturale e di limitare la libertà nella misura in cui risulta necessario per garantire la libertà di tutti alla realizzazione della propria felicità contro turbamenti e interferenze”.<sup>470</sup>

Non si può non cogliere lo stretto legame che si instaura fra le tesi appena esposte e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nella parte in cui afferma che “*la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société*” (art. 5) e “*la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits*” (art. 4). Più avanti si fa riferimento al principio del-le “*peines strictement et évidemment nécessaires*” (art. 8) evidentemente ripreso da Beccaria (“proporzione tra i delitti e le pene”) e dalla *Magna Charta* (pene “*secundum magnitudinem delicti*”).<sup>471</sup>

A questo proposito Luther ha avuto modo di evidenziare che “esiste quindi una linea di sviluppo dalla proporzionalità delle pene alla proporzionalità delle misure di polizia e infine alla proporzionalità di tutti gli atti amministrativi e legislativi”.<sup>472</sup>

Lo stesso Autore sostiene che una tale concezione sembrerebbe trovare ispirazione nelle idee giusnaturalistiche di Balckstone, quando affermava che “*natural liberty so far restrained by human laws and no further, as it necessary and expedient for the general advantage of the people*”.

---

<sup>469</sup> Cfr. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, p. 267 ss.

<sup>470</sup> Cfr. SVAREZ, *Vorträge über Recht und Staat*, Köln, 1961, p. 65.

<sup>471</sup> Si veda, altresì, la Dichiarazione dei diritti della Repubblica romana del 1849: “Quelli che procurano, spediscono, sottoscrivono, eseguono o fanno eseguire atti arbitrari, sono colpevoli e devono essere puniti” (art. IX).

<sup>472</sup> Cfr. LUTHER, *Ragionevolezza*, cit. p. 5.

Orbene, intendere la proporzionalità nel senso “liberale” di cui si è appena detto significa *restrittivamente ed esclusivamente* “necessità” e “idoneità”, e non già “bilanciamento dei beni”, oggetto di tante dispute e polemiche, che rappresenta lo strumento attraverso il quale si “pesa” la proporzionalità delle disposizioni normative in un moderno stato sociale di diritto.

Il nesso logico consequenziale esistente fra proporzionalità e bilanciamento (o ponderazione) dei beni è stato sottolineato dalla Corte Costituzionale tedesca in alcune, ormai, classiche e famose sentenze degli anni ‘50, in particolar modo nella *Lüth Urteil* (del 15 gennaio 1958)<sup>473</sup> e nella *Apotheken Urteil* (dell’11 giugno dello stesso anno).<sup>474</sup>

Il caso Lüth si riferiva alla presentazione di un *Verfassungsbeschwerde* nei confronti di una sentenza di un tribunale ordinario che imponeva al soggetto (Lüth, appunto) di non perseguire nelle sue dichiarazioni dirette ad incitare il boicottaggio di un film con tendenze antisemite. Il *Bundesverfassungsgericht* decise per l’annullamento della sentenza del tribunale motivandolo sulla base di una incompatibile interpretazione di un principio generale di diritto civile (*neminem laedere*, art. 826 BGB) con la libertà di opinione espressamente riconosciuta e tutelata dalla Legge Fondamentale. La Corte dichiarò che detta libertà incontra, *ex art. 5 GG*, la sola limitazione delle ‘leggi generali’. Di dette leggi, però, è necessario dare una interpretazione “alla luce del significato di questo diritto fondamentale”.

Si è anche detto, a proposito di questa sentenza, che il bilanciamento in essa operato non si attergerebbe come caratteristica astratta — rapporto fra libertà di opinione e libertà di commercio (di opera d’arte) — quanto piuttosto nel concreto intersecarsi degli “interessi” sulla corta delle scelte della c.d. *Interessenjurisprudenz*.<sup>475</sup>

Certo è che il *Bundesverfassungsgericht* articola, per la prima volta, una sua decisione attraverso l’idea, le cui radici affondano nella dottrina giuspubblicistica degli anni ‘20, dell’esistenza di un *objective*

---

<sup>473</sup> BverfGE 7, 198.

<sup>474</sup> BVerfGE 7, 377.

<sup>475</sup> Cfr. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1975, p. 17.

*Wertordnung*, ordinamento di valori oggettivi dal quale far derivare una loro gerarchia (*Wertrangordnung*).<sup>476</sup>

Nella sentenza in esame la ponderazione si risolverebbe — come è stato autorevolmente sostenuto — in una “presunzione di libertà a favore del libero discorso”.<sup>477</sup> Il bilanciamento dei valori, dunque, non consisterebbe nella costruzione di una rigida gerarchia di valori assoluti — rispetto alla quale abbiamo avuto modo di argomentare ampiamente — bensì in un “ordine morbido di preferenze *prima facie* a favore di determinati valori o principi”. La Corte aggiunge che il bilanciamento va effettuato caso per caso, avendo riguardo a tutte le particolarità della fattispecie concreta ed, innanzi tutto, avuto riguardo alla natura del pensiero manifestato.

L’altrettanto famoso caso delle farmacie (*Apotheken Urteil*) conferma e sviluppa il modello argomentativo del *Bundesverfassungsgericht*. Il caso riguardava un farmacista dell’Est che chiedeva di esercitare la sua professione in Baviera. La licenza all’apertura della farmacia gli fu negata sulla scorta di alcune direttive amministrative (piano commerciale) ed economiche (saturazione del numero degli esercenti) dettate da una legge di quel *Land*. La Corte dichiarò l’illegittimità costituzionale di tale disposizione perché non conforme all’art. 12 GG che, come è noto, tutela la libera scelta della professione (*Beruf*), il posto di lavoro e la sede di formazione professionale.

Nella motivazione si afferma che “il contenuto e la portata del potere normativo del legislatore ai sensi dell’art. 12, primo comma, alinea 2, GG possono essere determinati in modo sufficientemente oggettivo (*sachgemäß*) sulla base di una interpretazione che tiene conto del senso del diritto fondamentale e del suo significato nella vita sociale; quindi non occorre il richiamo al limite del contenuto essenziale (art. 19, secondo comma, GG)”. Questa interpretazione ha appunto dato inizio a quella che viene definita la *Stufentheorie* (teoria dei gradini).<sup>478</sup>

Il *Bundesverfassungsgericht*, insomma, opera un bilanciamento fra la tutela della salute pubblica (operata dal legislatore bavarese) e la

---

<sup>476</sup> Cfr. la dottrina sviluppata da SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1968, p. 89 ss.

<sup>477</sup> Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1985, p. 143.

<sup>478</sup> BVerfGE 7, 377.

limitazione alla libertà di apertura di nuove farmacie. È bene, comunque, far notare che la stessa teoria dei gradini è stata, successivamente, dalla stessa Corte parzialmente modificata e, in qualche caso, addirittura disattesa. Ma quel che qui preme sottolineare è che in questa sentenza può rinvenirsi la prima formulazione della c.d. 'legge del bilanciamento' (*Abwägungsgesetz*): "La pretesa di libertà del singolo è tanto più forte, quanto più viene messa in questione il suo diritto alla libera scelta della professione; la tutela della comunità è tanto più urgente, quanto maggiori sono gli svantaggi e i rischi per la comunità stessa che potrebbe comportare un esercizio totalmente libero della professione".

La sentenza offre, come si sostiene, una importante motivazione inerente il controllo di 'necessarietà' di una legge, motivazione "che cerca una difesa contro i critici del bilanciamento dei beni".<sup>479</sup>

## 2. La ragionevolezza nelle decisioni della Corte costituzionale italiana

La Corte italiana, come autorevolmente si sostiene,<sup>480</sup> ha adottato, in tema di decisioni fondate sulla ragionevolezza, uno stile di giudizio, per così dire, 'intermedio' fra quello tedesco e quello statunitense.

Per certi versi, dunque, il giudice costituzionale ha alterato, se non superato, l'originaria formula dell'interpretazione della Costituzione nonché quella della struttura del controllo di legittimità passando da un atteggiamento si direbbe 'statico' e di mera obbedienza al significato letterale delle relative disposizioni, ad uno ben più discrezionale che propone "l'immagine della legislazione come attività funzionalizzata".<sup>481</sup>

La Corte ha finito per adottare un reticolo di parametri, peraltro ben noto in dottrina grazie agli studi di Lavagna, Mortati e Sandulli, consistenti in clausole generali, quali quella della razionalità o ragionevolezza del precetto, quella della congruenza o coe-

---

<sup>479</sup> Cfr. LUTHER, *Ragionevolezza*, cit., p. 9.

<sup>480</sup> Cfr. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, p. 192.

<sup>481</sup> Cfr. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996, p.109.

renza, quella della pertinenza del mezzo rispetto allo scopo, parametri che, nel superare definitivamente lo schema di giudizio (originario) del *tertium comparationis*, rappresentato, oggi, un ambito autonomo che proietta la giurisprudenza costituzionale italiana verso i giudizi sulla proporzionalità e sulla adeguatezza della legislazione.<sup>482</sup>

“Nella maggior parte dei casi l’individuazione del limite è possibile grazie alla utilizzazione di una norma costituzionale assunta come parametro il cui contenuto semantico è arricchito, specificato dalla clausola generale di ragionevolezza. Tipico esempio è l’utilizzazione del principio in tema di rapporti tra Stato e Regioni: qui l’esercizio del controllo di ragionevolezza è svolto in nome dell’art. 97 Cost. relativo al buon andamento della pubblica amministrazione, e la ragionevolezza, che di fatto opera come principio di organizzazione dello Stato integra la norma costituzionale violata, che sarebbe altrimenti insufficiente a giustificare alcune pronunce di incostituzionalità”.<sup>483</sup>

La non pertinenza, parametro spesso utilizzato dalla nostra Corte nei giudizi sulla ragionevolezza, può essere definita come il non equilibrato rapporto fra obiettivi perseguiti dal legislatore e mezzi utilizzati nel concreto.<sup>484</sup> La Corte, in questi casi, adotta categorie della idoneità che, diversamente dalla omologa figura germanica, non necessariamente deve interessare i diritti fondamentali, ma finisce per risolversi in un mero apprezzamento tecnico della norma impugnata.

Diversa è la fattispecie della imperizia, nella quale il giudice costituzionale finisce per prendere in considerazione questioni di fatto (apprezzamenti di merito) che, in quanto tali, dovrebbero esulare dalla sua competenza. Ciò nonostante, in più di una occasione, in particolare quando viene investito della risoluzione di casi piuttosto controversi da un punto di vista squisitamente tecnico, il giudice, nell’emanare decisioni processuali aventi carattere istrut-

---

<sup>482</sup> Cfr. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991.

<sup>483</sup> Cfr. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, cit., p. 110.

<sup>484</sup> Cfr. le sentt. nn. 207 del 1988 in *Giur. Cost.*, 1988, p.774 e 18 del 1989 in *Giur. Cost.*, 1989, p. 62, quest’ultima annotata da FAZZALARI, *Una legge difficile*, e da BELVEDERE, *Dal giudice funzionario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice*.

torio, ha compiuto apprezzamenti di fatto, circostanza che ha trovato favorevole riscontro nella più recente dottrina.<sup>485</sup> La stessa Corte ha, però, in via di principio, in più di una occasione, escluso la propria competenza su quelli che essa stessa ha definito questioni tecniche e di fatto.<sup>486</sup>

L'incongruenza rappresenta un altro dei vizi rilevato dal giudice delle leggi e riguardante la *ratio legis*. "Il giudizio di congruenza stabilisce una relazione tra lo scopo perseguito dal legislatore (*ratio legis*) ed i mezzi utilizzati, ma rispetto alla non pertinenza o all'imperizia, la valutazione non è svolta alla stregua di conoscenze tecnico-specialistiche, bensì alla stregua di finalità o valori"<sup>487</sup>. Come è noto, secondo gli studiosi di teoria generale del diritto, la congruenza rappresenta la proprietà di un complesso omogeneo di disposizioni che proprio nella loro omogeneità assumono un senso ed un significato: la valutazione di congruenza sarebbe, dunque, il porre in relazione quelle norme con principi e valori di 'grado' superiore, laddove principi e valori, estensionalmente se non proprio etimologicamente, tendono ad equivalersi.<sup>488</sup>

Altre tipologie di vizi rilevati dal giudice attraverso l'utilizzazione del principio di ragionevolezza sono quelle della incoerenza (vizio della dimensione sintattica disposizione),<sup>489</sup> dell'inosservanza del limite teleologico statuito da clausole generali<sup>490</sup> nonché

---

<sup>485</sup> Cfr. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.

<sup>486</sup> Cfr. la sent. n. 914 del 1988, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 4241 e la polemica nota di VIOLINI, *Vuoto normativo, disparità di fatto e scelte tecniche*.

<sup>487</sup> Cfr. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, cit., p. 115.

<sup>488</sup> Cfr., per tutti, MCCORMICK, *Coherence in legal justification*, Oxford, 1978.

<sup>489</sup> Per una ricostruzione del significato dell'incoerenza cfr., per tutti, PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990. Per una particolare applicazione di tale concetto nella giurisprudenza costituzionale v. la sent. n. 241 del 1987, in *Giur. Cost.*, 1987, p. 1774.

<sup>490</sup> Cfr. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti Giuridici*, Napoli, 1990. Cfr., altresì, le sentt. nn. 11 del 1960, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 90, con nota di CHELI, *Le "centrali del latte": profili costituzionali*, 388 del 1992, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 3121; 129 del 1970, in *Giur. Cost.*, 1970, p. 1586 annotata da PATALANO, *Affissione abusiva di scritte o disegni e libertà di manifestazione del pensiero*.

quello della evidenza e conformità del dato normativo al fatto (*Natur der Sache*) che ha visto fiorire di recente un particolare interesse da parte della dottrina.<sup>491</sup>

### 3. *Necessità e idoneità nella giurisprudenza costituzionale tedesca*

Il *Bundesverfassungsgericht*, nella sua ormai più che quarantennale produzione di giurisprudenza (ma forse sarebbe meglio dire dal 1958, dalla data, cioè, della sentenza Lüth) ha più di una volta puntualizzato i criteri di idoneità e di necessità, precisando, altresì, l'uso che di essi deve farsi nei confronti dell'attività discrezionale del legislatore.

Sull'idoneità e sulla necessità sembra esserci sostanziale convergenza di idee a proposito della loro utilizzabilità al fine della scelta del mezzo più idoneo e non già e non anche per il perseguimento di determinati scopi. In altre parole, in conformità alle disposizioni costituzionali, il legislatore sarebbe libero di scegliere gli scopi (e gli indirizzi) di una legge, mentre al giudice di costituzionalità spetterebbe il compito di controllare i mezzi, cioè i mezzi di cui il legislatore potrebbe avvalersi. Non a caso, la Corte ha avuto modo di precisare che “il mezzo è idoneo se con il suo ausilio può essere favorito il raggiungimento del risultato desiderato. È necessario se il legislatore non aveva la scelta di un mezzo alternativo che sia ugualmente efficace, ma che non sia o comunque sia sentito meno pregiudizievole per il diritto fondamentale”.

Idoneità e necessità (nella accezione del “mezzo più mite”), dunque, si fondano da una parte sui *legislative facts* e, dall'altra, sulla prognosi (previsione) delle conseguenze che l'atto normativo potrà provocare sui fatti stessi. È, di norma, il legislatore che è investito del duplice potere di accertamento e di prognosi, anche se, non di rado, si può assistere ad una sorta di delega di funzioni (maturata attraverso la tecnica dei concetti e delle clausole generali) all'amministrazione e alla giurisdizione. Non a caso, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* fa poi riferimento ad una presunzione *iuris*

---

<sup>491</sup> L'opera che meglio fa il punto sulle questioni delle logiche argomentative e, in particolare, sulla conformità del dato normativo al fatto (anche in termini di necessità di bilanciamento) è dovuta a BIN, *Diritti e argomenti*, cit.

*tantum* in favore dell'attività di accertamento e di prognosi del legislatore. L'intensità del controllo sui fatti, nonché quella sullo stesso bilanciamento è variabile dipendente sia rispetto ai valori sia rispetto alle potenzialità pratiche della stessa Corte. Infatti, si suole distinguere il semplice controllo di evidenza (*Evidenzkontrolle*), da quello di plausibilità (*Vertretbarkeitskontrolle*) fino a giungere ad un controllo sostanziale intensificato (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*).<sup>492</sup>

In generale la Corte tedesca riconosce al legislatore la possibilità di errore per ciò che attiene alla sua prognosi. Ciò malgrado, per il legislatore stesso vige da una parte l'onere di osservare l'applicazione della legge e, dall'altra, una volta accertato l'errore, intervenire per correggerlo. Tale ultimo 'obbligo' viene sancito dal *Bundesverfassungsgericht* mediante una pronuncia di mera incompatibilità ovvero mediante una pronuncia che dichiara l'incostituzionalità sopravvenuta.<sup>493</sup>

Sul criterio della necessità si è esercitata ampiamente la dottrina, anche più di recente, con una attenzione particolare al criterio del mezzo più mite. A tal fine, la stessa Corte ha avuto modo di precisare che "idoneità e necessità delle misure prese non possono essere messe in questione con l'argomento che altre misure sarebbero ancora più efficienti o più idonee".<sup>494</sup>

Come autorevolmente è stato sostenuto, "la proporzionalità intesa come giusto bilanciamento dei beni è uno degli aspetti più

---

<sup>492</sup> Cfr., per tutti, SCHLAICH, *Corte costituzionale e controllo sulle norme*, in *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 583 ss.

"La Legge Fondamentale concede al legislatore un ampio spazio di discrezionalità nella determinazione delle misure idonee e necessarie al perseguimento dei suoi scopi". BVerfGE 81, 156.

<sup>493</sup> Cfr. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973, p. 572.

"Al legislatore che adotta misure di ordine economico restrittive dello spazio di libertà degli operatori economici spetta un ampio margine di discrezionalità nella scelta e configurazione tecnica; non ogni singolo vantaggio di una soluzione alternativa rispetto a quella scelta dal legislatore deve comportarne l'incostituzionalità. Rispetto al raggiungimento dello scopo, l'equivalenza sostanziale dell'intervento meno incisivo proposto come alternativa deve risultare evidente sotto tutti i profili". BVerfGE 81, 70.

<sup>494</sup> BVerfGE 75, 102.

"Abrogando o modificando delle posizioni giuridiche tutelate, il legislatore è tenuto, in virtù del principio di proporzionalità nello Stato di diritto, a predisporre una disciplina transitoria adeguata, anche se l'intervento fosse di per sé conforme alla Costituzione". BVerfGE 43, 242.

controversi della giurisprudenza costituzionale tedesca”.<sup>495</sup> Peraltro, ci rendiamo perfettamente conto di non essere in grado di esporla e di discuterla in maniera esaustiva.

Certo è che le numerose critiche di almeno tre generazioni di costituzionalisti hanno avuto l'effetto di rendere meno frequente, ma non di modificare, il comportamento del giudice costituzionale tedesco.<sup>496</sup>

Su 155 sentenze (tante sono quelle pubblicate negli ultimi volumi della raccolta ufficiale delle decisioni del *Bundesverfassungsgericht*), 26 si occupano nel merito della proporzionalità della legge, 10 accertano una violazione di tale principio. Di queste 5 sono riferite ad una legge e le restanti 5 ad una sentenza di un tribunale impugnata per mezzo del *Verfassungsbeschwerde*.

Non è nostra intenzione, in questa sede, sostituire la dimensione qualitativa con quella, per la verità, più sterile, quantitativa. Di sicuro vi è che anche dal dato numerico si può riscontrare una certa difficoltà del bilanciamento che si sostanzia semplicemente nel fatto che in due casi si è assistito ad un rigetto senza maggioranza (4 contro 4) e in altri due sono state espresse opinioni dissenzienti.

È importante sottolineare, comunque, che il controllo sulla proporzionalità in senso lato tende a diversificarsi sulla scorta dei diritti fondamentali che vi si trovano coinvolti. Ulteriore distinzione può farsi quando le differenze riguardano rami (o settori) diversi quali il diritto penale, quello civile, quello amministrativo ovvero quello tributario.

Ai diritti fondamentali coinvolti corrisponde una diversa intensità sul controllo di costituzionalità che tenteremo di schematizzare come segue:

a) libertà di professione: controllo molto intenso per la libertà di scelta della professione, medio per quelle disposizioni che disciplinano la libertà di prosecuzione della professione, poco intenso per la libertà di esercizio;

---

<sup>495</sup> Cfr. LUTHER, *Ragionevolezza*, cit., p. 11.

<sup>496</sup> “Tirannia dei valori”, ha sostenuto Schmitt; “dissoluzione di una concezionalità chiara in chiacchiere” (FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971); “stato di giurisdizione” (BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1981); “epifania inarrestabile” (RIDDER, *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, Neuwied, 1984).

b) libertà di azione: nucleo della personalità intangibile, conseguente controllo molto intenso per i diritti della personalità, controllo poco intenso, ovvero non esercitato, per i diritti di iniziativa economica;

c) libertà di comunicazione, opinione, informazione, stampa: controllo intenso attraverso il bilanciamento dei beni sulla base della dottrina dell'azione reciproca (*Wechselwirkung*) (*Liith Urteil*);

d) proprietà: controllo molto intenso per espropriazioni e interventi di carattere ablativo aventi conseguenze sull'esistenza del patrimonio (*Be-standsgarantie*), controllo meno intenso per gli interventi che disciplinano il contenuto della proprietà e i vincoli sociali (*Inhaltsbestimmung*).

Per ciò che concerne le diversificazioni nei vari settori del diritto in generale possiamo senz'altro affermare che la situazione si presenta nella maniera seguente:

a) nel diritto civile: il principio di proporzionalità si presume non violabile nell'ambito della c.d. "autonomia dei privati", ma conserva una certa efficacia sulla base della dottrina della *Drittwirkung* mediata da alcune leggi che prevedono una speciale tutela e dalle clausole generali (dignità dell'uomo, *in primis*);<sup>497</sup>

b) nel diritto (e processo penale): accanto alle regole particolare della presunzione di innocenza e al divieto *ne bis in idem* il principio di proporzionalità diviene principio della colpa (*Schuldprinzip*) con un controllo intenso sulla corrispondenza tra colpa e offensività del reato da un lato e misura della pena dall'altro e un controllo quasi inesistente sulla necessità della sanzione penale; un controllo intenso viene altresì esercitato sulle misure coercitive nel processo penale (carcerazione preventiva);<sup>498</sup>

---

<sup>497</sup> "Il *Bundesverfassungsgericht* ha ripetutamente sottolineato che il principio di proporzionalità ha rango costituzionale e deve quindi essere rispettato in caso di interventi del potere pubblico che tocchino la sfera di libertà del cittadino. Qui non si tratta tuttavia di un intervento di questo genere. I tribunali dovevano semplicemente giudicare la pretesa civile di un rapporto di diritto civile in un caso particolare. Per giudicare il fondamento e l'ammontare di una pretesa civile, per esempio, al risarcimento dei danni, le regole che la Costituzione chiede di osservare nei rapporti tra il cittadino e lo Stato non possono essere applicate, neppure in via di analogia. Il compito del diritto privato consiste in primo luogo nella risoluzione di conflitti di interessi tra soggetti giuridici considerati eguali nel modo più equo possibile". BVerfGE 30, 173.

<sup>498</sup> "Dai principi generali della Legge Fondamentale e specialmente dal principio dello Stato di diritto deriva nel diritto penale la regola che la pena minacciata

c) nel diritto amministrativo: la proporzionalità si applica ai rapporti esterni e non a quelli interni della pubblica amministrazione, né tanto meno ai rapporti di competenza fra federazione e regione; l'esercizio di diritti fondamentali può essere disciplinato non soltanto da leggi che autorizzano l'amministrazione attraverso un divieto (*Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt*), ma anche da leggi che prescrivono autorizzazioni amministrative (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*), a condizione che in questo caso si riconosca un diritto soggettivo pubblico (interesse legittimo) al rilascio dell'autorizzazione e che il procedimento autorizzatorio sia finalizzato ad un controllo preventivo da considerarsi "necessario" rispetto ad un controllo successivo; il principio di proporzionalità può esigere norme che riconoscano eccezioni e prevedano le c.d. "clausole di durezza" (*Härteklauseln*); "il principio di proporzionalità riduce la discrezionalità e vincola non soltanto l'attività normativa (proporzionalità rispetto al caso tipico) ma anche gli atti individuali (proporzionalità rispetto al caso singolo) della pubblica amministrazione";<sup>499</sup>

d) nel diritto tributario, infine, la proporzionalità si intreccia con il principio di eguaglianza, richiedendosi per la configurazione della fattispecie della tassazione una relazione proporzionata tra i

---

deve trovarsi in una relazione giusta rispetto alla gravità del reato e alla colpa del reo; non deve essere del tutto sproporzionata rispetto al tipo e alla misura della condotta sanzionabile, né tantomeno crudele". BVerfGE 6, 389.

"Il principio di proporzionalità nel processo penale richiede soprattutto che la misura sia indispensabile, che abbia una relazione adeguata con la gravità del reato e che sia giustificata dall'intensità del sospetto. In questa misura, la gestione del processo è sottoposta all'obbligo di tutelare i diritti fondamentali. E così non rientra più nell'ambito della mera opportunità. In questo senso la Costituzione può imporre una determinata gestione del processo in cui gli aspetti di opportunità di per sé rispettabili per l'andamento del processo, devono cedere il passo alla tutela dei diritti fondamentali. In questa misura, il *Bundesverfassungsgericht* è autorizzato anche a controllare la gestione concreta del processo". BVerfGE 17, 108.

<sup>499</sup> "Nell'esercizio di un potere autorizzato deve essere rispettato il principio della proporzionalità tra scopo e mezzo". BVerfGE 8, 274.

"Se il legislatore subordina l'esercizio di diritti inerenti alla libertà generale di azione al rilascio di un'autorizzazione amministrativa, occorre che il mezzo impiegato corrisponda ai principi ai quali si ispira l'attività amministrativa in uno stato di diritto, specialmente al principio di proporzionalità. Un procedimento di accertamento deve essere adeguato rispetto al pericolo da affrontare. Tipo e misura del controllo statale devono essere adeguati rispetto alla situazione per la quale sono previsti". BVerfGE 20, 150.

benefici della tipizzazione e gli effetti di inevitabili discriminazioni.<sup>500</sup>

L'ultimo degli argomenti testé descritti pone in evidenza, qualora ve ne fosse stato bisogno, che la proporzionalità e il principio di eguaglianza vivono, almeno nel diritto tributario (tedesco e non) un rapporto di decisa simbiosi.

Avevamo più sopra detto come la proporzionalità si collocasse in una posizione ben distante da quella ricoperta dalla clausola dell'eguaglianza, atteso che per quest'ultima poteva farsi valere la famosa formula leibholziana del divieto di arbitrio. A questo riguardo dobbiamo segnalare che in dottrina si fa sempre più strada la convinzione che un tale indirizzo possa essere considerato superato o, quanto meno, ampiamente riformato alla luce delle nuove e più incisive considerazioni che la Corte va facendo in questo ultimo periodo.

L'opinione dissenziente di uno dei giudici della Corte sembra riassumere magnificamente i termini della questione: "il collegio ritiene sulla base della nuova giurisprudenza costante che l'art. 3, primo comma, GG è violato se un gruppo di destinatari viene trattato diversamente rispetto ad altri destinatari della norma nonostante tra entrambi non esistano differenze di un genere e rilievo tali da giustificare la disparità di trattamento. Rispetto alla precedente "clausola dell'arbitrio"... questo significa l'estensione del controllo della giurisdizione costituzionale al rispetto del *principio di proporzionalità*".

Anche sulla scorta di quanto abbiamo affermato, è dato constatare come vi sia una sostanziale convergenza fra tali indirizzi di controllo del principio di eguaglianza e le tecniche, tipiche dell'esperienza della Corte Suprema americana, del *reasonableness test*, del *substantial-rationality test* e dello *strict-scrutiny test*.

Proporzionalità e ragionevolezza, dunque, sempre più vicini. Il *trait d'union* secondo quanto la dottrina aveva posto in rilievo, sarebbe rappresentato dalla clausola dell'eguaglianza. La questione

---

<sup>500</sup> "La regola ricavabile dall'art. 2, primo comma, LF secondo cui le prestazioni tributarie possono essere richieste soltanto nell'ambito di un regime giuridico conforme alla Costituzione implica il divieto di eccessi di misura dedotto dal principio dello stato di diritto, per cui al contribuente non deve essere imposta una tassa patrimoniale sproporzionata". BVerfGE 48, 102.

stessa relativa alla discriminazione (per riprendere un esempio ampiamente citato quando abbiamo discusso della teoria dei valori) può essere, alla luce di quanto si è detto, considerata una scelta ‘irragionevole’ poiché non necessaria e sproporzionata.

Ma ciò, e siamo profondamente d'accordo con chi lo ha sostenuto di recente, non deve indurci a sottovalutare le profonde differenze esistenti fra il principio di proporzionalità e la ragionevolezza.

“Il giudizio sulla ragionevolezza delle discriminazioni (o parificazioni) si basa in genere su una relazione tra norme, utilizzando un'altra norma che in Italia viene definita *tertium comparationis* e in Germania *Vergleichs paar* (coppia del paragone). Il principio di proporzionalità affronta invece una relazione tra mezzi e scopi”, basandosi esclusivamente sulle intenzioni e le finalità previamente stabilite dal legislatore.

#### 4. La ragionevolezza nella elaborazione della Corte Suprema degli Stati Uniti

Il c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti d'America è stato invocato ed utilizzato in ambiti piuttosto diversi. Almeno due di questi ambiti possono essere, secondo la dottrina più autorevole, in un certo qual modo ‘comparati’ ai diritti della persona, ai rapporti fra l'individuo (e i gruppi) e lo Stato, nel senso continentale del termine.<sup>501</sup> Essi sono, come è noto, riferibili al *due process of law* e alla *equal protection clause*.

La Corte Suprema ha utilizzato la ragionevolezza — almeno per ciò che riguarda le due aree appena citate — non già per ‘colpire’ (ed espungere dall'ordinamento) la legislazione federale e statale, come verrebbe da pensare a prima vista, quanto, piuttosto, per proteggere le prerogative e la sovranità del legislatore.

Tentiamo una sommaria ricostruzione cominciando dalla clausola del *due process* che peraltro è stata già ampiamente invocata nel corso del lavoro.

---

<sup>501</sup> Cfr. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994.

Dal combinato disposto del V e del XIV Emendamento della Costituzione americana si ricava la clausola secondo cui quando sono in discussione la vita, la libertà e la proprietà, occorre rispettare principi essenziali e riconosciuti di giustizia. Da ciò la famosa contrapposizione fra Corte ed Esecutivo nel corso degli anni '30.<sup>502</sup> La Corte si spinse, nella quasi totalità dei casi, fino al punto di invocare la necessità, ove il legislatore ritenesse di dover intervenire nel senso della compressione di detti principi, di una eccezionale normativa posta a tutela di un bene di grande rilievo per l'intera collettività.

Ma proprio in una di queste occasioni che fu, per la prima volta, — nonostante l'ennesima sconfitta per il legislatore — introdotto il criterio della ragionevolezza.<sup>503</sup> Finalmente, sia pure in posizione minoritaria, un giudice della Corte si schierò dalla parte del legislatore invocando, appunto, tale concetto. Holmes osservò, nel caso di specie, che “uomini non irragionevoli” avrebbero potuto ritenere quel tipo di normazione (oggetto del giudizio) un utile strumento per tutelare la salute dei lavoratori (bene supremo per quell'ordinamento) ovvero per promuovere iniziative che riportassero in una posizione di relativo equilibrio le posizioni dei contraenti. Come ha emblematicamente osservato Boggetti, “sotto tali profili, la legislazione, a meno che risultasse proprio irrazionale, avrebbe dovuto venir salvata”.<sup>504 505</sup>

La Corte, nonostante la pronuncia negativa per il legislatore, non si mostrò del tutto insensibile alle argomentazioni holmesiane. Nacque, come conseguenza, e sulla scorta della brillante in-

---

<sup>502</sup> Come è noto in pieno regime liberale e durante la presidenza Roosevelt il giudice suprema statunitense aveva invocato — come conseguenza di una interpretazione giudicata successivamente fin troppo rigida o, se si vuole, anche piuttosto miope — le norme del V e del XIV Emendamento. Da esse dedusse, non senza forzature, anelastici parametri di tutela costituzionale ad esclusivo vantaggio della iniziativa economica provata, della libertà contrattuale e della proprietà.

<sup>503</sup> Si tratta della più volte citata sentenza *Lochner vs. New York* del 1905 e, in particolare della *dissenting opinion* del giudice Holmes.

<sup>504</sup> Cfr. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza*, cit., p. 44.

<sup>505</sup> Il caso *Lochner* riguardava una legge dello Stato di New York che introduceva delle rigide limitazioni nella prestazione lavorativa notturna dei panettieri. Con ciò sacrificando la libertà contrattuale del datore di lavoro a favore di una ben più giustificata tutela dell'integrità del dipendente.

tuizione di un avvocato (successivamente divenuto, peraltro, giudice), Brandeis, la prassi di inserire nel contenzioso costituzionale una articolata memoria difensiva volta a dimostrare la conformità (oggi si direbbe ‘ragionevolezza’) dell’intervento dello Stato nell’economia con le disposizioni della Costituzione. Il c.d. *Brandeis brief* che, sia detto per inciso, non ebbe grandissima fortuna, fu definitivamente superato nel 1937, allorquando la Corte, sorprendentemente, inaugurò una rivoluzionaria svolta andata nel senso della presunzione di ragionevolezza di tutta la legislazione limitativa delle libertà economiche. La Corte pose in essere, da allora, una sorta di *self-restraint* che nello stroncare drasticamente il contenzioso ormai pluridecennale, favorì l’avvento di una parvenza di Stato sociale di diritto, sia pure in una accezione notevolmente diversa rispetto a quella tipica di alcuni paesi europei.

Un tale comportamento provocò, come può immaginarsi, anche decise e, a volte, non del tutto ingiustificate critiche, in particolar modo quando la presunzione di ragionevolezza ‘salvava’ disposizioni normative obiettivamente non poco dannose.<sup>506</sup>

Dopo la seconda guerra mondiale la Corte ha praticamente esteso alle libertà non economiche lo schema interpretativo di quelle economiche in uso prima del 1937, provocando una loro assai forte estensione in termini di tutela. Ha, in particolare, identificato un largo ed intangibile nucleo di esse tale per cui ogni legge (statale o federale) che tenta di comprimere tale nucleo viene per ciò stesso giudicata incostituzionale.

In questo settore, in verità, la Corte, nel fissare e limitare i confini di tali libertà, lascia obiettivamente poco spazio anche alla ragionevole intenzione del legislatore. Valga, per tutti, al riguardo, l’esempio del riconoscimento del diritto alla *privacy* e la conseguenziale facoltà, riconosciuta alla donna e garantita costituzionalmente, di abortire nei primi sei mesi di gravidanza.

Esclusivamente nei casi in cui vi è una contrapposizione fra più libertà personali culturali la Corte opera, sul modello tipicamente tedesco, una valutazione ragionevolezza e un aperto ‘arbitrario’ bilanciamento fra valori. Invero, però, ciò non accade molto di frequente.

---

<sup>506</sup> A solo titolo esemplificativo si potrebbero citare quelle disposizioni che, di fatto, difendevano interessi squisitamente corporativi ovvero quelle che avevano introdotto ingiustificate distorsioni della libera concorrenza.

La *equal protection clause* del XIV Emendamento — non dissimile, per certi aspetti, dall'europeo principio di eguaglianza — si afferma negli Stati Uniti con caratteristiche già non esclusivamente formali, fin dalla metà del secolo scorso. Mentre, però, fino ad almeno la prima metà di questo secolo essa veniva invocata mediante una visione squisitamente aristotelica (il trattare in modo analogo casi simili e, al contrario, in modo diverso casi dissimili) con la pronuncia *Brown vs. Board of Education* del 1954 il quadro di riferimento ha subito un netto e radicale mutamento.<sup>507</sup>

La Corte ha infatti statuito, tranne rare eccezioni, che quando il legislatore opera e, di conseguenza, pone in essere — con riguardo ai diritti fondamentali — trattamenti differenziati fra gruppi e situazioni, il medesimo legislatore deve fornire adeguata motivazione avente il carattere dell'impellenza e comunque direttamente collegata ad una norma costituzionale. Di conseguenza, l'esame di queste eccezioni, operato dalla Corte, avviene mediante l'utilizzo del c.d. *strict scrutiny*, una particolare forma procedurale che presuppone un esame severissimo.

Altrettanto severo è, come abbiamo già detto in altra parte del lavoro, l'esame relativo alle c.d. categorie sospette, fra le quali hanno assunto particolare rilievo quelle razziali e quelle religiose. In tutti questi casi, come è ovvio, non opera la presunzione di ragionevolezza a favore del legislatore.

---

<sup>507</sup> “Verso la metà di questo secolo, nella maggior parte delle scuole pubbliche del Sud era stata imposta una forma di segregazione razziale per mezzo di leggi statali o locali. Nel Nord la segregazione vigea in un certo numero di scuole sia per costume che per effetto dei modelli di organizzazione urbanistica dei nuclei di popolazione di stirpe caucasica o afro-americana, tendenti a concentrarsi separatamente. Nel caso *Brown vs. Board of Education* la Corte Suprema prese in esame quattro diversi casi riguardanti l'abolizione della segregazione razziale, incluso quello di Oliver Brown, un afro-americano residente a Topeka, Kansas, il quale aveva citato in giudizio il Board of Education locale per conto della figlia Linda, chiedendo un ordine di desegregazione delle scuole di Topeka. Scrivendo a nome di una Corte Suprema unanime, il Chief Justice Warren rigettò la dottrina ‘separati ma eguali’ enunciata nel caso *Plessy vs. Ferguson* e seguita ancora dalla Corte nel caso *Cumming vs. County Board of Education*, anche esso relativo a questioni scolastiche. L'opinione di Warren sosteneva che la segregazione privasse i querelanti dell'eguale protezione della legge garantita dal XIV Emendamento. Il fatto che questa opinione si basasse su fonti non legali citate nelle note a piè pagina, causò notevoli polemiche”. Cfr. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale*, cit., p. 1.

Le difficoltà sono, però, rappresentate dalla relativa impossibilità di individuare, in modo certo ed inequivocabile, sia i diritti fondamentali che le categorie sospette. Si è assistito, a tal proposito, nel corso degli anni, ad un andamento altalenante che ha visto il suo momento di massima espansione verso gli anni '60. In quel periodo tra i diritti fondamentali fu incluso quello, oggetto di polemiche e di dotte controversie dottrinarie, della libera circolazione sul territorio nazionale, mentre fra le categorie sospette fu introdotta quella del sesso. In quest'ultimo caso, però, la Corte si è trovata nella non facile situazione di differenziare la sua giurisprudenza rispetto alla categoria sospetta per antonomasia, quella della razza. Il controllo sulla legittimità delle differenziazioni riguardanti le donne divenne, per ciò, un po' meno severo. "I commentatori identificarono allora, nei tipi di *scrutiny* adoperati dalla Corte, un livello intermedio tra quello del vaglio *strict* e quello del vaglio a mano leggerissima: un livello in cui faceva capolino, con possibili esiti significativi, ancora una volta, la valutazione della ragionevolezza della legislazione differenziante e il bilanciamento dei valori".<sup>508</sup>

La giurisprudenza costituzionale statunitense si è sempre caratterizzata per una dichiarata rigidità dei suoi indirizzi garantistici, sia pure di diversa intensità nel corso degli anni. In questo contesto il principio di ragionevolezza ha finito per occupare un posto di relativo secondo piano data la sua intrinseca flessibilità anche concettuale. È stato, in fondo, una categoria concettuale di cui il giudice supremo si è avvalso secondo le esigenze, con parsimonia. In altre esperienze, come la nostra, il medesimo criterio ha visto, come è noto, una utilizzazione decisamente più abbondante. Ma ciò non deve affatto sorprendere, stante la profondità delle differenze che, anche in questo caso, e nonostante i continui richiami dottrinari, si devono registrare fra gli ordinamenti costituzionali dei due paesi.

##### 5. Interpretazione, ragionevolezza, bilanciamento nella dottrina tedesca

Nelle pagine che precedono si è, in più di una occasione, fatto cenno alle tendenze 'omologatrici' delle corti costituzionali

---

<sup>508</sup> Così si esprime BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza*, cit., p. 49.

nell'uso, talvolta spregiudicato, di tecniche argomentative che, con il chiaro intento di risolvere la controversia insorta, tendono a mettere in primo piano il bilanciamento fra principi e il confronto fra 'valori'.

Tale comune atteggiamento ha segnato più o meno giustificatamente la crisi della 'universalità' della ermeneutica giuridica quantunque deve pur ammettersi, almeno in linea di principio, che l'interpretazione della norma fondamentale ad opera delle corti non può non farsi rientrare — come peraltro si è già detto — nel quadro dei canoni del Savigny.<sup>509</sup>

Sulla base di tali incontrovertibili considerazioni molti autori invece di trarre la conclusione — certo frettolosa, ma non del tutto priva di fondamento — di dichiarare la estraneità delle nuove tecniche rispetto ai tradizionali canoni, ha preferito e privilegiato l'approfondimento di esse e la ricerca di quella sottile logica che le sorregge, principalmente attraverso l'approccio comparativo. In questo senso un contributo di estremo rilievo è pervenuto dalla dottrina di lingua tedesca.

Parte della dottrina di quel Paese sostiene che l'interpretazione costituzionale sarebbe indissolubilmente collegata al contesto storico-politico nel quale i principi trovano applicazione e che “quanto più intenso è il tentativo di sottoporre al diritto i conflitti politici..., tanto maggiore sarà l'impegno della dottrina giuridica nel definire i criteri di interpretazione costituzionale”.<sup>510</sup>

Altri insistono prepotentemente sulla necessità/opportunità di pervenire ad una rinnovata elaborazione di una dogmatica giuridica che possa risultare adeguata alla complessità dei problemi

---

<sup>509</sup> Non v'è dubbio che l'avvento del controllo di costituzionalità delle leggi ha provocato un affinamento di quelle tecniche interpretative tali da porre in risalto i concetti di coerenza interna nelle scelte operate dal legislatore, di adeguatezza e di ponderazione, ma sempre e comunque nell'ambito di regole interpretative certe e precostituite. Cfr. a tal proposito CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di costituzionalità delle leggi: cenni di diritto comparato*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 131.

<sup>510</sup> Cfr. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e "bilanciamento" fra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 60. Cfr., altresì, HESSE, *Grundzüge*, cit.; HÄBERLE, *Wesenshaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, cit.

nuovi posti dal moderno diritto costituzionale, ponendo, nel contempo, precisi limiti alla interpretazione ad opera degli organi di giustizia costituzionale.<sup>511</sup>

La logica indubbiamente garantistica che governa queste ultime posizioni rischia però di indebolirne, per ciò stesso, la sua struttura. Il fatto è che in questo ultimo scorcio di secolo (e di millennio) le risposte che si pretendono dalle carte costituzionali sono notevolmente aumentate e che in termini di complessità esse presentano caratteristiche del tutto ignote agli studiosi e alle stesse corti costituzionali. Di conseguenza si fanno largo e prepotentemente tecniche interpretative del tutto diverse che, superando il dato meramente letterale, guardano con una attenzione assai particolare alle conseguenze di un tale approccio ‘pragmatico’ e fanno del controllo dell’attività interpretativa il canone ineludibile della loro azione. Con ciò rispondendo negativamente sia agli autori che sostengono i tradizionali, astorici e dogmatici canoni dell’ermeneutica classica, sia a quelli che troppo frettolosamente difendono, spesso in modo apodittico, la centralità della teoria dei valori supremi come valori immanenti all’ordine costituzionale.<sup>512</sup>

Helmut Ridder è forse l’autore che più radicalmente in Germania ha messo in discussione la legittimazione democratica degli organi di giustizia costituzionale ad interpretare la norma fondamentale sulla base, come egli stesso sostiene, di “criteri materiali”. Una tale attività è considerata da Ridder una minaccia grave per lo Stato di diritto e per l’ordine democratico che fu alla base del patto costituente sottoscritto dalle forze politiche immediatamente dopo il secondo conflitto mondiale. L’Autore contesta quell’uso spregiu-

---

<sup>511</sup> Cfr., in particolare, STARCK, *Die Verfassungsauslegung*, in ISENSEE, KIRKHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1992.

<sup>512</sup> Illuminanti, al riguardo, le parole di Hesse, quando sostiene che “è compito dell’interpretazione della Costituzione di pervenire al ‘giusto’ risultato conforme a Costituzione, attraverso un procedimento razionale e controllabile, di motivare questo risultato in modo razionale e controllabile e di creare in questo modo certezza e prevedibilità”. Cfr. HESSE, *Grundzüge*, cit.

dicato che la Corte fa dell'“ordine basato sui valori” e di quel “sistema dei valori della Legge Fondamentale”<sup>513</sup> “che viene, a seconda delle circostanze, reso flessibile o gerarchizzato”.<sup>514</sup>

L'ordine dei valori fondato, anche sulla scorta delle fantasiose elaborazioni d'oltreoceano, sulle cui influenze la dottrina non sembra essersi soffermata sufficientemente,<sup>515</sup> si verrebbe a collocare perciò ben al di sopra (e al di là) della stessa Costituzione formale, svuotando quest'ultima di ogni significato e pervenendo a soluzioni molto spesso del tutto inaccettabili.<sup>516</sup>

Secondo il Maestro di Giessen l'unico rimedio, oggi prospettabile, posto alla base della necessaria garanzia del principio di libertà, è quello che privilegia una interpretazione letterale delle enunciazioni in tema di diritti fondamentali, evitando quelle letture della Costituzione dall'esito imprevedibile basate esclusivamente sul bilanciamento dei valori in gioco. “Egli insiste sull'esigenza di un rispetto della lettera della costituzione non in omaggio a un vieto positivismo, che mitizzi il tenore letterale delle singole disposizioni costituzionali, ma proprio in nome di un approfondimento del senso storico e politico del patto costituzionale e del significato politico e giuridico delle singole enunciazioni”.<sup>517</sup>

---

<sup>513</sup> Cfr. RIDDER, *Die neueren Entwicklungen des “Rechtsstaats”*, in *Wahrheit und Wahraftigkeit in der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1987, p. 467; Cfr., altresì, AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale*, cit., che per primo sollevò le medesime obiezioni a proposito del c.d. metodo scientifico-spirituale.

<sup>514</sup> Cfr. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” fra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.

<sup>515</sup> Solo AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione*, cit., ha proposto una puntuale riflessione sulle influenze che il sistema giuridico statunitense, nel senso più ampio, ha avuto sui paesi usciti sconfitti dall'ultimo conflitto bellico mondiale.

<sup>516</sup> In un fondamentale saggio del 1977, l'Autore giunge ad affermare che la dottrina costituzionalistica oggi prevalente in Germania è colpevole di avere favorito un atteggiamento tale da rendere evanescente tanto la portata dei diritti fondamentali quanto il limite entro il quale può e deve esercitarsi la giurisdizione costituzionale. Cfr. RIDDER, *Wendekreis der Grundrechte*, in *Leviathan*, 1977.

<sup>517</sup> Cfr. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” fra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.

La critica ridderiana dell'interpretazione costituzionale muove da presupposti del tutto particolari, da una visione dell'ordinamento giuridico molto distante da quelle di ispirazione kelseniana che però giungono a conclusioni non dissimili. Come è stato osservato, Ridder privilegia un approccio al cui centro è posta la ricostruzione storica della democrazia e dello Stato di diritto e, per questi motivi, egli mette in seria discussione la legittimazione del *Bundesverfassungsgericht* a scegliere in modo arbitrario valori e a ricomporre i conflitti attraverso un confronto fra i valori medesimi.<sup>518</sup>

Ridder ha, a nostro sommosso avviso, il grande merito di avere espresso un profondo dissenso rispetto alle odierne dominanti posizioni della dottrina, tutto fondato non già sulle astratte quanto noiose evoluzioni delle tecniche processuali o, ancora, sui richiami alla necessità di un arretramento della legge (e quindi dello Stato) da alcuni settori della società, quanto sulle trasformazioni dello Stato di diritto nonché sulla non secondaria genesi della Legge Fondamentale nella parte relativa alla ricostruzione del significato dei principi costituzionali e sui limiti derivanti dalla scarsa legittimazione democratica degli organi costituzionali diversi da quelli rappresentativi. Egli si sofferma, in particolare, sull'uso giurisprudenziale che la Corte fa del principio del libero sviluppo della personalità di cui all'art. 2, secondo comma, della Legge Fondamentale, criticando quella "immagine dell'uomo" ultratemporale e immune dalla politica "che il giudice delle leggi suole dare". Contesta la stessa ideologia che è posta alla base dei valori così come sono definiti dalla Corte, quando fornisce una "immagine dell'uomo della Legge Fondamentale" che "secondo lo stesso testo costituzionale non può essere 'giuridicizzata'".

La Corte, dunque, mina "il concetto di democrazia della *Grundgesetz*", arrogandosi "il ruolo di costituente" poiché definisce "un universo di valori" e dispone sovranamente delle "decisioni sui valori", in realtà già prese dal costituente.

"Esiste solo un metodo legittimo che può essere all'altezza del compito del giurista che deve determinare il diritto positivo. Esso porta ingiustamente il nome offensivo di 'positivismo'. Verosimil-

---

<sup>518</sup> Cfr. HÄBERLE, *Rechtspositivismus als Historismus?*, in ID., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, cit., p. 322.

mente nel nostro tempo il numero delle violazioni e delle deviazioni perpetrate in suo nome è minore di quelle realizzate seguendo tutti gli altri ‘metodi’ e corrispondentemente il danno da esso prodotto è relativamente minore. Non è il caso perciò di eliminarlo per sostituirlo con miseri sociologismi, che hanno assunto la funzione di fuochi fatui giusnaturalistici estinti o in via di estinzione, ma di venire in soccorso alle sue manchevolezze, gravi dal punto di vista della democrazia. Esso deve essere corretto e modificato con integrazioni, deve aprire gli occhi colpiti da parziale cecità storica, politica e sociologica, deve diventare realistico nella sua conoscenza della realtà, al contrario di quel che avviene per le cosiddette ‘teorie realistiche del diritto’, che non lo sono affatto, nelle loro sterili posizioni antidialettiche”.<sup>519</sup>

---

<sup>519</sup> RIDDER, *Die Soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen, 1975, p. 11. La traduzione italiana è ripresa da CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” fra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.



## Indice

Introduzione.....	7
CAPITOLO I .....	23
L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	
1. Introduzione .....	23
2. Le varie posizioni dottrinarie in tema di interpretazione .....	25
3. Ipotesi dottrinarie sulla interpretazione costituzionale.....	34
4. Le disposizioni sulle fonti e la loro natura giuridica.....	46
5. Le lacune dell'ordinamento giuridico e i metodi utilizzabili per colmarle.....	63
6. Interpretazione sistematica e Costituzione.....	87
CAPITOLO II.....	103
VALORI, PRINCIPI E NORME IN ALCUNE ESPERIENZE COMPARATE	
1. Introduzione .....	103
2. Teoria dei valori e Corte Suprema .....	104
5. Il fondamento giuridico dei valori .....	113
6. I valori nella giurisprudenza del Tribunale europeo dei diritti dell'uomo.....	128
7. La difesa dei valori fra diritto e argomentazioni “metagiuridiche” .....	131
8. La polemica intorno alla giurisprudenza dei valori .....	141
9. La difesa dottrinale della teoria dei valori.....	143
10. I critici della giurisprudenza dei valori.....	154
CAPITOLO III .....	167
LA RAGIONEVOLEZZA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE	
1. Considerazioni generali.....	167
2. La ragionevolezza nelle decisioni della Corte costituzionale italiana .....	173
3. Necessità e idoneità nella giurisprudenza costituzionale tedesca.....	176

4. La ragionevolezza nella elaborazione della Corte Suprema degli Stati Uniti.....	182
5. Interpretazione, ragionevolezza, bilanciamento nella dottrina tedesca .....	186



Stampato per conto di  
Youcanprint