

## Costituzione «per regole», Costituzione «per principi», Costituzione «per valori»

GIORGIO PINO

SOMMARIO: 1. *Excusatio non petita*. – 2. La Costituzione «per regole». – 2.1. Il testo e la sua interpretazione. – 2.2. La divisione del lavoro giuridico. – 3. La Costituzione «per principi». – 3.1. Il testo e la sua interpretazione. – 3.2. La divisione del lavoro giuridico. – 4. La Costituzione «per valori». – 4.1. Dalle norme ai valori. – 4.2. Interpretazione e applicazione dei valori. – 5. Tirando le fila. – 5.1. Specificità dell'interpretazione costituzionale? – 5.2. Costituzione dei diritti o Costituzione dei poteri? – 5.3. Modelli alternativi o concorrenti? – 5.4. Modelli descrittivi o normativi? – 5.5. La normatività della Costituzione, una nozione a geometria variabile.

1. Intendo ricostruire ed esplorare tre concezioni o modi di intendere la Costituzione – specialmente, ma non esclusivamente, la parte «sostanziale» della Costituzione, quella che contiene la proclamazione dei principi e diritti fondamentali. Mi riferirò a queste tre concezioni utilizzando rispettivamente le formule «Costituzione come limite» (o modello della Costituzione «per regole»), «Costituzione come fondamento» (o modello della Costituzione «per principi»), e «Costituzione come assiologia» (o modello della Costituzione «per valori»). Questa tripartizione, a mia conoscenza, non è stata finora impiegata nelle ricerche di teoria costituzionale, anche se ovviamente incorpora e rielabora alcuni spunti già presenti nella letteratura costituzionalistica e filosofico-giuridica<sup>1</sup>. Essa però

---

<sup>1</sup> Alcuni elementi della tripartizione qui proposta sono reperibili ad es. in G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1980, pp. 335-337; e in G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quad. fiorentini*, 2002, pp. 865-897; ID., *Intorno alla legge*, Bologna, 2008, cap. V; e si vedano anche V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, pp. 501-595 (sulla distinzione tra concezioni «difensive» e concezioni «espansive» della Costituzione), e M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 2ª ed., Torino, 1995 (sulla distinzione tra «Costituzione-indirizzo» e «Costituzione-garanzia»). Nonostante le assonanze terminologiche, invece, non c'è un rapporto diretto tra la tipologia qui elaborata e ciò che Ronald Dworkin chiama «modello delle regole» (cfr. R.

ha il pregio di mettere in luce e spiegare alcune importanti caratteristiche dell'interpretazione costituzionale così come teorizzata e praticata attualmente in Italia e in altri ordinamenti contemporanei<sup>2</sup>.

Quelli che ricostruirò qui sono, per l'appunto, tre «modelli», o tipi ideali: cioè ricostruzioni necessariamente schematiche e semplificate di fenomeni (in questo caso: pratiche interpretative, discorsi dottrinali, costrutti teorici...) che, nella realtà, si presentano in maniera inevitabilmente assai più disordinata e intrecciata di quanto l'analisi modellistica (cioè la riconduzione di tali fenomeni a modelli astratti) potrebbe a prima vista lasciar pensare<sup>3</sup>. Di conseguenza, la ricostruzione che sarà proposta nelle pagine che seguono scontrerà necessariamente un certo margine di semplificazione: come è peraltro inevitabile in ogni ricostruzione teorica che non voglia cadere nello stesso errore dei cartografi di cui narra Borges, che intrapresero l'impresa inutile e disperata di disegnare una mappa dell'Impero grande quanto l'Impero stesso<sup>4</sup>.

Se ogni ricostruzione teorica incorpora inevitabilmente alcune semplificazioni, proprio perché mira a rendere più facilmente accessibile un certo fenomeno – o a rendere maggiormente visibili alcune sue componenti, e alcune sue implicazioni – che si presenta come articolato, complesso, stratificato, disordinato, ciò non significa che tali ricostruzioni si risolvano necessariamente in indebite forzature o in sterili esercizi di stile: quantomeno a condizione *a*) che i modelli teorici abbiano ad oggetto fenomeni realmente esistenti; e *b*) che i modelli proposti non eccedano nella

---

DWORKIN, *The Model of Rules I* (1967), pp. 14-45, in ID., *Taking Rights Seriously*, 2<sup>a</sup> ed., London, 1978).

<sup>2</sup> Rispetto ai punti che saranno trattati nel testo, si possono rintracciare importanti affinità tra la cultura giuridica italiana e la cultura giuridica tedesca, spagnola, in parte quella francese, e in parte in quella statunitense. Tuttavia, in questo lavoro farò quasi esclusivamente riferimento alla cultura giuridica italiana, e i riferimenti a questi altri contesti resteranno ad un livello del tutto superficiale.

<sup>3</sup> Sulla nozione di «modello», e sui suoi impieghi euristici, v. E. DI ROBILANT, *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968.

<sup>4</sup> «In quell'impero, l'Arte della Cartografia raggiunse una tale Perfezione che la mappa di una sola Provincia occupava tutta una Città e la mappa dell'Impero tutta una Provincia. Col tempo codeste Mappe Smisurate non soddisfecero e i Collegi dei Cartografi eressero una mappa dell'Impero che uguagliava in grandezza l'Impero e coincideva puntualmente con esso»: J.L. BORGES, *L'artefice*, in *Tutte le opere*, Milano, 1986, p. 1253 (l'esperimento è ulteriormente rielaborato da U. ECO, *Dell'impossibilità di costruire la carta dell'impero 1 a 1*, in *Il secondo diario minimo*, Milano, 1992, pp. 157-163).

semplificazione, diventando in realtà delle banalizzazioni<sup>5</sup>.

Ora, che la ricostruzione teorica qui proposta soddisfi o meno il requisito *sub b)*, non potrà che valutarlo il cortese lettore. Di contro, quanto al requisito *sub a)*, mi pare fuor di dubbio che i modelli che verranno qui ricostruiti rinvino a fenomeni agevolmente riscontrabili nella realtà: essi infatti rimandano a modi di intendere la Costituzione tutti variamente rintracciabili nella cultura giuridica italiana recente – diciamo, degli ultimi quaranta anni – e questo sarà il contesto giuspolitico e temporale che in linea di massima farà da sfondo al mio discorso.

Prima di addentrarci nella descrizione di questi tre modelli, e delle loro implicazioni (in particolare sul posto della costituzione nell'ordinamento, sulla redazione dei testi costituzionali, e sul ruolo degli interpreti), sono opportune alcune precisazioni preliminari a mo' di vademecum.

La prima precisazione è che – come risulta chiaro già dal fatto che mi occuperò della cultura giuridica italiana recente, più o meno degli ultimi quaranta anni – cercherò di ricostruire tre modi di guardare alla Costituzione come documento *propriamente giuridico*, da cui si possono e si devono trarre norme giuridiche, anziché – ad esempio – come documento politico, o come regime politico di uno stato, o come struttura fondamentale di un ordinamento, e simili<sup>6</sup>. In altre parole, farò riferimento

---

<sup>5</sup> Un altro rischio in agguato in ricostruzioni di questo tipo è quello di sovrapporre un quadro coerente e razionale ad un fenomeno che, in ipotesi, può essere del tutto privo di coerenza e razionalità: ad esempio, per rimanere in ambito affine all'oggetto di questo lavoro, è del tutto possibile che in certa misura le attività interpretative e argomentative svolte dagli operatori giuridici in un certo contesto giuspolitico non siano affatto guidate da un insieme coerente di direttive metodologiche, ma piuttosto procedano irrimediabilmente «caso per caso»: se questo fosse il caso, allora sarebbe del tutto fuorviante cercare di ricondurre tali pratiche sotto un qualche modello «razionalizzante». Questa ipotesi è ampiamente esplorata da E. DICHIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2007, pp. 9-42; in proposito si vedano anche G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 460; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2014, pp. 199-200.

<sup>6</sup> Il passaggio, nella cultura giuridica italiana, dalla concezione della Costituzione come *loi politique* alla concezione della Costituzione come norma giuridica è ben ricostruito in S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004; M. GREGORIO, *Quale costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in *Quad. fiorentini*, 35, 2006, pp. 849-913; M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, II, pp. 295-308. Per una ricognizione di alcuni dei significati non strettamente giuridici – o più politici che giuridici – di «Costituzione», v. V. CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, I, Roma, 1975, pp. 1030-1039; M. DOGLIANI,

ad un contesto culturale in cui la Costituzione è inequivocabilmente percepita *come fonte del diritto*, e soprattutto come fonte *superiore* (in un senso da precisare)<sup>7</sup>, alla legge e in generale alle altre fonti del diritto. Anzi, le tre concezioni di cui ci occuperemo non solo danno per scontata la giuridicità della Costituzione, ma come vedremo si presentano come modelli alternativi e tra loro in concorrenza in vista dell'obiettivo di assicurare il maggior grado di normatività o prescrittività della Costituzione stessa (*infra*, § 5.5).

La seconda precisazione è che le varie concezioni della Costituzione che passerò in rassegna hanno immediate ripercussioni anche e soprattutto sulla scelta delle tecniche interpretative e argomentative<sup>8</sup>. Questo dato, per certi versi abbastanza ovvio, diventa interessante se si nota che talvolta l'uso di certe tecniche interpretative o stili di argomentazione è la principale spia, e talvolta l'unica, della concezione della Costituzione presupposta dall'interprete: spesso si può capire se un interprete adotta l'una o l'altra concezione della Costituzione proprio grazie al tipo di tecniche

---

*Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982; G. FLORIDIA, 'Costituzione': il nome e le cose, in *Analisi e diritto*, 1994, pp. 131-152; P. COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello, I. Saggi storici*, Milano, 1990, pp. 173-208; ID., *Interpretazione della costituzione*, in *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, pp. 97-123; R. GUASTINI, *Fonti del diritto*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO e V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 133-139.

<sup>7</sup> È noto che il concetto di «superiorità», di una fonte o di una norma rispetto ad altre fonti o ad altre norme, non è univoco: si possono dare relazioni di superiorità di diversi tipi, che producono conseguenze differenti (in argomento, v. quantomeno R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, pp. 241-254; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. II; ID., *Teoria analitica del diritto I*, cit., cap. VII). Alcune importanti differenze tra i modelli che ricostruirò in questo lavoro dipendono esattamente dal differente tipo di rapporto gerarchico che viene di volta in volta valorizzato tra la Costituzione e il resto dell'ordinamento.

<sup>8</sup> Per l'idea che l'interpretazione della Costituzione sia condizionata dalla sottostante concezione della Costituzione, v. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, pp. 173-204. Cfr. anche E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritti fondamentali come norme di principio*, in *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006, pp. 146-148 (con specifico riferimento all'interpretazione dei diritti fondamentali); e A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, p. 76: «al fondo, le teorie della Costituzione [...] si riducono, *in nuce*, a dottrine dell'interpretazione o – il che è praticamente lo stesso – a dottrine del metodo».

interpretative e argomentative che egli mette in campo. Non solo. Oltre ad un effetto di selezione delle tecniche interpretative e argomentative praticabili, le diverse concezioni della Costituzione influiscono anche sull'individuazione degli interpreti privilegiati della Costituzione, e sulla divisione del lavoro istituzionale che ne deriva.

Ciò detto, proviamo ora a ricostruire i nostri tre modelli di Costituzione.

2. La concezione della Costituzione come limite può essere riassunta nell'idea che la funzione della Costituzione consista nell'operare come una sorta di cassaforte, dentro la quale vengono assicurati certi beni che vengono sottratti alla libera disponibilità del legislatore.

La raffigurazione della Costituzione come un limite alla legislazione riflette una divisione dello spazio giuridico secondo un modello «geografico», un modello cioè in cui l'ordinamento giuridico è composto da «spazi» distinti e separati<sup>9</sup>: una parte dello spazio giuridico è occupata dalla Costituzione, un'altra dalla legislazione ordinaria (e poi dalla normazione infra-legislativa, che attua la legge a livello amministrativo, o è prodotta sulla base di autorizzazione legislativa). Nell'ambito di questa concezione, lo spazio costituzionale e quello infra-costituzionale vengono concepiti come separati e tutto sommato indipendenti l'uno dall'altro: rispetto alla Costituzione, il diritto civile, il diritto commerciale, il diritto amministrativo, il diritto tributario, il diritto penale, i diritti processuali, vengono raffigurati come ambiti del tutto autonomi e distinti (e ulteriormente distinti al loro interno in sotto-sistemi), ciascuno con le proprie «logiche», i propri istituti caratteristici e i propri principi ispiratori (i «principi generali» a cui fa riferimento l'art. 12 delle preleggi, nell'interpretazione tradizionale di quella locuzione). Ovviamente, nello spazio infra-costituzionale la legislazione gode di piena autonomia ma solo fino a quando non entri in diretto conflitto con una norma costituzionale: quello è il limite «esterno» che la legislazione ordinaria comunque non può violare.

Ora, l'idea della Costituzione come limite si basa su una intuizione in fin dei conti piuttosto ovvia e condivisibile su cosa sia una Costituzione: a che altro può servire una Costituzione rigida e garantita, se non a «legare le

---

<sup>9</sup> Riprendo l'idea del modello «geografico» dei rapporti tra la Costituzione e il resto dell'ordinamento giuridico da L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, p. 57.

mani» al legislatore ordinario, a collocare certe cose al di là della portata dei giochi quotidiani della politica politicante legata al principio di maggioranza<sup>10</sup>? Tuttavia, questa semplice idea dà luogo ad una fitta serie di implicazioni: relativamente alla formulazione e all'interpretazione delle disposizioni costituzionali, e alla divisione del lavoro tra legislatore ordinario, giudici comuni, e Corte costituzionale. Vediamo.

2.1. Affinché questo modello funzioni, affinché la Costituzione possa ergersi come limite (esterno) alla legislazione ordinaria, è necessario che il confine tra lo spazio giuridico costituzionale e quello infra-costituzionale (per proseguire con questa metafora geografica) sia chiaramente tracciato. Ciò significa che questo modello pone dei requisiti innanzitutto sul modo in cui è formulato *il testo in sé* della Costituzione (e probabilmente anche sui suoi contenuti), e poi ovviamente su come tale testo deve essere interpretato.

Ebbene, per quanto riguarda la formulazione testuale delle disposizioni costituzionali, una concezione della Costituzione come limite, o secondo il modello delle regole, richiede che il testo costituzionale sia formulato ricorrendo a enunciati e formule linguistiche chiare, precise<sup>11</sup>; ancora meglio poi se si tratta di una Costituzione «breve», che codifica solo pochi diritti, dall'ambito di applicazione ben delimitato. Per quanto riguarda poi il modo in cui gli interpreti si dovrebbero rapportare al testo costituzionale, questa concezione richiede che gli interpreti trattino la Costituzione come un insieme di *regole*, anziché come un insieme di principi<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. ad es. S. HOLMES, *Constitutions and Constitutionalism*, in M. ROSENFELD e A. SAJÓ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 189. Si vedano inoltre le definizioni dei diritti fondamentali come «sfera dell'indecidibile» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 1, Roma-Bari, 2007, pp. 822, 847-849; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, p. 48), o come «coto vedado» (E. GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*, in *Doxa*, 6, 1989, pp. 143-164).

<sup>11</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, spec. p. 2815; ma v. già A.C. JEMOLO, *Che cos'è la costituzione* (1946), Roma, 1996, pp. 59-60.

<sup>12</sup> Cfr. in tal senso A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI, (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, pp. 83-113; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., (ma per un successivo aggiustamento di questa idea v. ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 112-122). Cfr. anche A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 1989, 56, pp. 1175-1188.

Per comprendere più chiaramente questo punto, è opportuno tenere a mente alcune nozioni di teoria generale delle norme giuridiche. Regole e principi sono tipi di norme; in particolare, una regola è una norma giuridica caratterizzata da relativa *precisione e determinatezza*, sia nella fattispecie sia nella conseguenza giuridica ad essa associata; mentre un principio è una norma giuridica caratterizzata da relativa *genericità e indeterminatezza*, sia nella fattispecie sia nella conseguenza giuridica ad essa associata<sup>13</sup>. Le norme, a loro volta, sono il frutto dell'interpretazione di enunciati linguistici presenti nelle fonti del diritto (disposizioni)<sup>14</sup>: una norma è il significato che viene ascrivito a un enunciato delle fonti a seguito di interpretazione. Da ciò segue che per affermare che un enunciato delle fonti esprime una regola oppure un principio (cioè: che esprima una norma che ha le caratteristiche di regola oppure di principio) è necessario esperire una apposita attività interpretativa; dunque, è l'interprete, in ultima analisi, a decidere se una norma debba essere qualificata come regola o come principio.

Rispetto a questa decisione interpretativa, il testo di partenza può certamente offrire indicazioni: una disposizione formulata in maniera precisa, con termini tendenzialmente univoci (ad esempio termini che esprimono grandezze numeriche) si presterà più agevolmente ad essere tradotta in una norma qualificabile come regola; di contro, una disposizione formulata con termini vaghi, indeterminati, dotati di connotazione valutativa, si presterà più agevolmente ad essere tradotta in una norma qualificabile come principio. Tuttavia, le indicazioni fornite dal testo hanno

---

<sup>13</sup> Quella esposta nel testo è solo una (a mio parere la più plausibile) delle possibili articolazioni della distinzione tra regole e principi, tema alquanto controverso nella letteratura giuridica degli ultimi decenni; per una più precisa ricostruzione delle posizioni in campo, e una più ampia difesa della tesi esposta nel testo, v. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., cap. IV. Inoltre, come si legge nel testo, assumo che la struttura standard della norma giuridica, come proposizione condizionale che lega un antecedente (fattispecie) ad un conseguente (conseguenza giuridica), sia perfettamente applicabile alle norme di principio. Questa idea è rifiutata da chi ritiene che i principi siano «norme senza fattispecie» (M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, Barcelona, 1996, pp. 30-31; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 149; ID., *Intorno alla legge*, cit., p. 96; R. BIN, *Principi costituzionali: uso e applicazione*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2013, 34, p. 222). Non intendo approfondire qui questo punto: mi limito però a rilevare che mi sfugge cosa mai possa essere una norma senza fattispecie, quantomeno se definiamo la fattispecie come il campo di applicazione della norma stessa.

<sup>14</sup> Salvo il caso delle norme «implicite», che non sono ricavate dall'interpretazione di un enunciato testuale delle fonti.

un valore relativo. Infatti, per un verso è del tutto possibile che la formulazione del testo sia tale da lasciare aperte entrambe le possibilità: è possibile cioè che la norma da esso ricavabile possa essere qualificata tanto come regola quanto come principio<sup>15</sup>. E per altro verso è possibile che, tramite idonee tecniche interpretative, gli interpreti traggano una regola da una disposizione vaga e indeterminata, e un principio da una disposizione precisa: e l'unico criterio per decidere dell'accettabilità di queste operazioni deriverà dalle convenzioni interpretative diffuse nella cultura giuridica di riferimento.

Ciò chiarito sul senso della distinzione tra regole e principi, è evidente che le esigenze associate al modello della Costituzione «come limite» saranno meglio soddisfatte se le norme costituzionali sono qualificate (e usate, come fra poco vedremo) dagli interpreti come regole: norme dotate di un campo di applicazione preciso, ben delimitato, e da cui derivano conseguenze giuridiche ben determinate, «chiuse», non suscettibili né di eccezioni né di estensioni. E al fine di qualificare la norma estraibile da una disposizione costituzionale come una regola, occorrerà fare ricorso a tecniche interpretative idonee a delimitare con precisione sia l'ambito di applicazione della norma costituzionale sia le sue conseguenze giuridiche. Così, questo modello incoraggia l'interprete a mantenersi fedele alla formulazione strettamente letterale delle disposizioni costituzionali (se la formulazione delle disposizioni è precisa), oppure ad assoggettare le disposizioni a interpretazione restrittiva (se la formulazione delle disposizioni è vaga e indeterminata). Le tecniche argomentative utili a tale riguardo potranno essere l'argomento del significato letterale, l'argomento dell'intenzione del legislatore (costituzionale), l'argomento *a contrario*, l'argomento storico, l'argomento della costanza terminologica, e l'interpretazione della Costituzione «alla luce della legge» (per cui ad un termine potenzialmente vago presente in costituzione viene attribuito il significato che a quello stesso termine è attribuito quando figura in fonti

---

<sup>15</sup> V. in proposito L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, cit., p. 178; V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, p. 29; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, 1996, p. 20; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 62-63.



infra-costituzionali)<sup>16</sup>.

Dal fatto che una norma costituzionale sia stata qualificata come regola, seguono poi alcune importanti conseguenze sul piano applicativo e argomentativo: tipicamente, le regole si prestano ad applicazione sussuntiva e sono tendenzialmente resistenti di fronte a possibili eccezioni implicite. In tal modo, la costituzione conterrà un insieme di diritti fondamentali «forti», non esposti a eccezioni implicite: ogni volta che si verifichi un caso che ricade nell'ambito di applicazione di un diritto, il diritto dovrà essere applicato con una semplice operazione sussuntiva. D'altro canto, in questo modello un diritto fondamentale acquista forza solo a condizione di vedersi ristretto il proprio campo di applicazione: i diritti fondati su regole sono diritti ben determinati, ma dotati di un campo di applicazione e di conseguenze giuridiche probabilmente più ristretti di quanto risulterebbe a prima vista dalla formulazione testuale degli enunciati costituzionali (ad esempio, la formulazione testuale dell'art. 21 cost. verrebbe tradotta in una norma che stabilisce esclusivamente il divieto di censura; la formulazione testuale dell'art. 19 cost. verrebbe tradotta in una norma che ha come contenuto esclusivamente il divieto di stabilire una religione di Stato; e così via)<sup>17</sup>.

Infine, il modello della Costituzione come limite non incide solo sulla formulazione e sull'interpretazione delle disposizioni costituzionali, ma può

---

<sup>16</sup> Sul ricorso all'intenzione dei costituenti nell'interpretazione costituzionale, v. M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 525-544 – oltre ovviamente alla letteratura statunitense sull'*original intent*, che ha ormai assunto un notevole livello di sofisticazione. Per un esempio di ricorso all'argomento storico, a quello dell'intenzione del legislatore, e al modo in cui i termini rilevanti vengono intesi a livello legislativo, al fine di giustificare un'interpretazione restrittiva del termine "famiglia" nell'art. 29 cost., v. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1604.

<sup>17</sup> Esempi di questo modello di amministrazione dei diritti fondamentali sono particolarmente visibili nella giurisprudenza costituzionale statunitense: cfr. F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. NOLTE (a cura di), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, pp. 49-69; L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. CHOUDHRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007, pp. 83-113; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013, spec. capp. 3 e 5; A. BARAK, *Proportionality*, Cambridge, 2012, pp. 502 ss. Ma anche la giurisprudenza costituzionale italiana aveva adottato un approccio di questo tipo con la dottrina dei «limiti naturali» dei diritti costituzionali: cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 158.

anche investire il loro contenuto – in altre parole, che cosa ci si può aspettare di trovare dentro una Costituzione. In primo luogo, come ho già anticipato, questo modello preferirà una Costituzione «breve», che contiene una lista ristretta di (ben determinati) diritti: infatti, quanto più si amplia l'elenco dei diritti fondamentali, e degli altri beni dotati di riconoscimento costituzionale, tanto più la Costituzione è destinata a debordare su tutto l'ordinamento giuridico, perdendo la sua funzione di limite alla legislazione. In secondo luogo, questo modello porta con sé una intuitiva preferenza per la garanzia costituzionale dei soli diritti di libertà (libertà di manifestazione del pensiero, di religione, di iniziativa economica, diritto di proprietà, *habeas corpus*...), in quanto diritti che – secondo questo modo di vedere – richiedono una mera astensione da parte del legislatore, e non anche un suo intervento attivo, promozionale. La Costituzione avrà allora il compito di sottrarre questi diritti alla libera disponibilità del legislatore, al quale sarà vietato (o sarà sottratta la competenza) di legiferare in contrasto con i diritti protetti in Costituzione. Pertanto, nelle sue versioni più radicali e conseguenti, questo modello porta a screditare la presenza in Costituzione dei diritti sociali, i quali evidentemente non possono funzionare solo come limite negativo per il legislatore, ma sono bisognosi di interventi positivi di sviluppo e di attuazione. Per il legislatore, i diritti sociali non funzionano come barriere invalicabili, ma come guida per l'azione futura. E questo render più confusa e sfumata quella divisione del lavoro, o dello spazio giuridico, tra Costituzione e legislazione su cui questo modello si basa<sup>18</sup>. La quadratura del cerchio, nel caso specifico, viene di solito trovata negando natura propriamente giuridica, o comunque la giustiziabilità, ai diritti sociali: che vengono declassati a diritti “di carta”, proprio perché nessuna conseguenza propriamente giuridica sembra seguire dall'inadempienza del legislatore verso queste parti della Costituzione.

2.2. Oltre alle ricadute sulla redazione del testo costituzionale, sulla sua interpretazione, e sui suoi contenuti, il modello della Costituzione «per regole» produce importanti conseguenze anche sul piano della divisione del lavoro tra i diversi operatori giuridici: legislatore, Corte costituzionale e

---

<sup>18</sup> Cfr. V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, cit., *passim*, per l'idea che il passaggio da una concezione «difensiva» ad una concezione «espansiva» dei diritti fondamentali sia stato favorito proprio dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali.

giudici comuni.

In questo quadro, infatti, *la legislazione* viene concepita come un'attività tendenzialmente libera nei fini, rimessa al libero gioco della politica democratica, e che può solo subire dei limiti *esterni* (i diritti previsti nella Costituzione). In base a questo modello il legislatore si muove, liberamente, in uno spazio «costituzionalmente indifferente», legittimato dall'investitura democratica, e il suo margine di manovra si estende fino a che, occasionalmente, non vada ad incidere su un bene protetto dalla Costituzione. La Costituzione svolge la sua funzione di limite per la legislazione solo in caso di manifesto e diretto contrasto con un chiaro precetto costituzionale. Nelle versioni più radicali di questo orientamento, il legislatore ha nei confronti della Costituzione un ruolo passivo, di mera astensione, coniugato ad un obbligo di attivarsi per assicurare solamente le infrastrutture di tutela giuridica (apparati giurisdizionali e di ordine pubblico) dei diritti costituzionali stessi; in altre parole, in questa accezione il legislatore non è chiamato ad attuare «in prima persona» i diritti costituzionali, ma piuttosto a predisporre solo le «garanzie secondarie», che entrano in gioco quando i diritti sono violati<sup>19</sup>. Nelle versioni meno radicali (che cominciano a sfumare verso il secondo modello, che vedremo tra poco) al legislatore spetta invece un ruolo di primo piano, e sostanzialmente monopolistico, nell'amministrazione dei diritti costituzionali<sup>20</sup>; beninteso, il legislatore dovrà occuparsi solo della necessaria *regolamentazione* dei diritti costituzionali (ad esempio, dovrà assicurare le condizioni di compatibilità tra diritti, predisporre quelle reciproche limitazioni che consentono a ciascuno di esercitare i propri diritti senza ledere i diritti degli altri), con scelte sostanzialmente discrezionali e rimesse alla sua responsabilità politica.

Ai *giudici comuni* spetta innanzitutto l'applicazione della legge, e la sua interpretazione *iuxta propria principia*: come abbiamo visto, il diritto infra-costituzionale è articolato in sotto-sistemi relativamente autonomi – autonomi rispetto al livello costituzionale, e autonomi anche tra di loro. Ai giudici comuni è inoltre preclusa l'applicazione diretta delle norme

---

<sup>19</sup> Per la nozione di garanzia (primaria e) secondaria, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 196-198, 668-701.

<sup>20</sup> Per l'idea che tutti i diritti (e non solo i diritti sociali) abbiano bisogno di attuazione legislativa, cfr. L. FERRAJOLI, *La teoria del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, II, spec. p. 244; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 68, 69, 113; A. PINTORE, *Note intorno all'attuazione dei diritti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, 21, pp. 1-22.

costituzionali: anche in caso di lacune, di inerzia del legislatore nel dare attuazione ai diritti costituzionali, i giudici comuni dovranno restare in fiduciosa (o rassegnata) attesa dell'intervento del legislatore<sup>21</sup>. La Costituzione entrerà nel ragionamento giuridico dei giudici comuni solo se essi si trovano a dover applicare una legge che eccede i limiti dell'innocua e anche inevitabile regolamentazione dell'esercizio dei diritti, andando ad incidere sulla sostanza dei diritti stessi (cioè mettendo in atto una *violazione* dei diritti coinvolti<sup>22</sup>): in tal caso, i giudici comuni dovranno denunciare la violazione alla Corte costituzionale, per attivare la funzione difensiva che in questo modello è propria della Costituzione.

Alla *Corte costituzionale*, infine, competerà esclusivamente un compito «difensivo», da «legislatore negativo»<sup>23</sup>. Ciò significa che di fronte ad un contrasto tra legge e Costituzione la Corte costituzionale dovrà puramente e semplicemente annullare la legge, espungerla dall'ordinamento; mentre non potrà esercitare alcun ruolo di tipo correttivo, o integrativo, o propulsivo, o propositivo: in questo modello la Corte costituzionale (così come il potere giudiziario in generale) non può partecipare attivamente al processo di attuazione della Costituzione – compito che spetta solo, eventualmente, al legislatore<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. ancora Corte cost., n. 138 del 2010, punto 8: «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette...»; e anche Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, cc. 371 ss. (caso Welby: si ammette l'esistenza a livello costituzionale del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma si evidenzia la mancanza di specifici strumenti legislativi per il suo esercizio).

<sup>22</sup> Per la distinzione, notoriamente problematica, tra regolamentazione e violazione di un diritto, v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 108-114; ID., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, cap. V; A. PINTORE, *Note intorno all'attuazione dei diritti*, cit., *passim*.

<sup>23</sup> Per l'idea della Corte costituzionale come mero «legislatore negativo» cfr. H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 172-173; e R. GUASTINI, *Giustizia costituzionale v. democrazia*, in *Distinguendo ancora*, Madrid, 2013, pp. 243-248.

<sup>24</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., p. 2793: «Nel modello del costituzionalismo giuspositivista, la riparazione delle lacune e delle antinomie nelle quali esse si manifestano non è affidata all'attivismo interpretativo dei giudici, *ma solo alla legislazione*, e perciò alla politica per quanto riguarda le lacune, e all'annullamento delle norme invalide, e perciò alla giurisdizione costituzionale per quanto riguarda le antinomie» (corsivo aggiunto).

3. Il secondo modello di Costituzione considera le norme costituzionali non piú (solo) come un limite alla legislazione, ma piuttosto come il «fondamento» di tutto l'ordinamento giuridico<sup>25</sup>: la Costituzione è vista come un insieme di principi capaci di penetrare in tutti i settori del diritto, e di rimodellare le categorie giuridiche proprie dei vari settori del diritto infra-costituzionale. La Costituzione, in questo modello, non è considerata come la disciplina di una ben delimitata «materia costituzionale», separata dal resto dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto come un progetto di società giusta, che come tale è destinato a dispiegare i suoi effetti su tutta la società, sulle relazioni giuridiche e su quelle politiche<sup>26</sup>.

In base a questo modello, dunque, non c'è una netta divisione dello spazio giuridico tra la Costituzione e il resto dell'ordinamento giuridico, ma anzi una tendenziale compenetrazione: la Costituzione «fa sistema» con il resto dell'ordinamento<sup>27</sup>, contiene principi destinati ad irradiarsi su tutto l'ordinamento senza che siano configurabili – almeno in linea teorica – spazi giuridici totalmente immuni dall'influenza della Costituzione. La legge, a sua volta, non è assistita da una presunzione di libertà d'azione (che si estenderebbe fino al punto in cui non entri palesemente in contrasto con una norma costituzionale); al contrario, essa è sottoposta ad una continua verifica di compatibilità, e a un continuo processo di adeguamento dei suoi contenuti, con i principi costituzionali.

3.1. Affinché questo modello possa funzionare ha bisogno di alcuni presupposti, che riguardano la struttura del testo costituzionale e la sua interpretazione; e anch'esso porta con sé varie conseguenze interpretative e argomentative.

Un primo presupposto, dunque, riguarda la formulazione del testo costituzionale: una Costituzione che risponde al modello del «fondamento» conterrà disposizioni fraseggiate in termini vaghi, generici, indeterminati, e ricche di termini valutativi che rimandano a concetti etico-politici (libertà,

---

<sup>25</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 335-337.

<sup>26</sup> Cfr. ad es. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991 p. 2. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., p. 57, parla a questo proposito di «modello argomentativo» del rapporto tra Costituzione e resto dell'ordinamento.

<sup>27</sup> F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, p. 68.

eguaglianza, dignità, democrazia, ecc.; conterrà inoltre un elenco piuttosto lungo ed eterogeneo di diritti, interessi, beni costituzionalmente rilevanti, obiettivi sociali ecc.: sarà una Costituzione «lunga».

Un secondo presupposto riguarda la struttura delle norme costituzionali: questo modello tenderà infatti a qualificare le norme costituzionali (non come regole, ma) appunto come principi<sup>28</sup>. E come abbiamo visto i principi sono norme caratterizzate da un elevato grado di genericità, indeterminatezza, e importanza, la cui applicazione non può essere direttamente sussuntiva (come invece nel caso delle regole) ma richiede successive, e discrezionali, attività di concretizzazione<sup>29</sup>. Queste caratteristiche dei principi – esattamente come nel caso delle regole – per un verso sono frutto di scelte interpretative<sup>30</sup>, e per altro verso condizionano le successive attività argomentative e applicative nelle quali i principi vengono impiegati. Più precisamente, per ottenere una norma che ha le fattezze di un principio si metteranno in campo tecniche quali: il rifiuto dell'interpretazione letterale (e, a maggior ragione, il rifiuto dell'interpretazione restrittiva) delle disposizioni costituzionali, il ricorso all'interpretazione estensiva, l'uso dell'interpretazione evolutiva e teleologica, l'analogia, il rifiuto dell'argomento *a contrario*. Il risultato complessivo sarà un'interpretazione espansiva, e talvolta una sovra- o iper-interpretazione, delle disposizioni

---

<sup>28</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 148 ss.; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 205 («le norme tipicamente costituzionali, sono norme di principio»), 227; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 29 («il diritto costituzionale è il regno dei principi»).

<sup>29</sup> Un'idea di questo tipo è verosimilmente alla base della notissima definizione di E. BETTI, secondo la quale i principi sono caratterizzati «da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)»: cfr. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 316 (corsivi nell'originale); si vedano anche V. CRISAFULLI, Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, p. 249 (sulla «virtuale inesauribilità» dei principi); G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in *Ragion pratica*, 1998, 11, p. 145; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, p. 98 (i principi sono norme «a virtualità indefinita» o «inesauribile»); G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 219 (un principio può generare «un numero [...] imprevedibile e non predeterminabile di norme particolari»).

<sup>30</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 881 («anche norme costituzionali formulate come regole sono spesso intese, nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali, come principi»).

costituzionali<sup>31</sup>, che porta ad includere nel piano costituzionale innumerevoli norme implicite (norme, cioè, non chiaramente espresse dal testo della Costituzione<sup>32</sup>), ma ricavate per via di concretizzazione o «sviluppo» dei principi costituzionali.

L'idea che le norme costituzionali siano essenzialmente principi è strettamente associata all'idea che la Costituzione non sia un universo normativo strettamente e chiaramente delimitato, ma sia piuttosto un ambito dinamico, che si evolve nel tempo, e che si espande contemporaneamente in una duplice direzione: al di fuori dei rigidi confini del testo della Costituzione stessa, e verso tutti i settori dell'ordinamento giuridico<sup>33</sup>. Questo modello determina così la possibilità di fare appello a principi costituzionali pressoché in ogni possibile contesto della vita sociale, in ogni possibile conflitto di interessi, e di ridurre o forse eliminare gli spazi costituzionalmente «vuoti»: «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali [...] Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti»<sup>34</sup>; ciò, ovviamente, al

---

<sup>31</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 337; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 284-294; ID., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006, pp. 245-246.

<sup>32</sup> Se ne vedano alcuni esempi in R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 254-257.

<sup>33</sup> Infatti, «è sempre considerata giustificata l'interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale» (R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. GIANFORMAGGIO e E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, p. 192). V. anche V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, in *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, p. 128: «la costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati»; sulla «presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali» v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 41.

<sup>34</sup> R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2002, 2, p. 123; cfr. anche L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., p. 51; ID., *Constitucionalismo y garantismo*, in M. CARBONELL e P. SALAZAR (a cura di), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, 2005, p. 248. Da questo punto di vista, in questo modello la Costituzione tende a diventare «totale» o «totalizzante»: V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, pp. 305-310; M. KUMM, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization*

prezzo di un notevole indebolimento del vincolo derivante dalla formulazione testuale delle disposizioni costituzionali.

Dunque, in base al modello della Costituzione come fondamento, o «per principi», sono praticamente infinite le possibilità di qualificare un caso come giuridicamente rilevante alla luce dei principi costituzionali. Questo perché i singoli principi costituzionali sono, come abbiamo visto, vocati all'espansività, e inoltre perché l'insieme dei principi costituzionali è considerato, nel suo complesso, come tendenzialmente esaustivo: una volta che il catalogo costituzionale includa un richiamo generale all'eguaglianza (formale e sostanziale: art. 3), alla libertà (art. 13), alla dignità umana, oltre poi a numerosi diritti e principi più specifici, ogni possibile pretesa diventerà *prima facie* giuridicamente – e costituzionalmente – rilevante<sup>35</sup>. Tuttavia, il fatto che la Costituzione, per le ragioni appena indicate, renda innumerevoli casi giuridicamente (e costituzionalmente) rilevanti, non implica automaticamente che la Costituzione contenga anche *una precisa risposta* per tali casi: la risposta potrà essere data solo dopo un'attività, inevitabilmente discrezionale, di concretizzazione e di bilanciamento di tutti i principi costituzionali di volta in volta rilevanti.

3.2. Cosa comporta questo modello per la divisione del lavoro tra legislatore, giudici comuni, e Corte costituzionale? In linea di massima, se nel primo modello (la Costituzione come limite), il ruolo da protagonista spetta al legislatore, come soggetto dotato di ampia libertà di azione nei limiti del rispetto della Costituzione, oppure (nelle versioni meno radicali) come soggetto dotato in via esclusiva del compito di attuare la Costituzione, con il potere giudiziario relegato ad un ruolo puramente «difensivo», in questo secondo modello è proprio il potere giudiziario ad assumere un ruolo da protagonista, o quantomeno da co-protagonista. Vediamo perché.

Nel modello della Costituzione come fondamento, il *legislatore* non è un soggetto libero nei fini: i fini infatti sono già stati posti sotto forma di principi costituzionali (poco importa se si tratta di principi espressi o

---

*of Private Law*, in *German Law Journal*, vol. 7, 2006, pp. 341-369; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI e G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione «inattuata» alla Costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, 2013, p. 61.

<sup>35</sup> Per alcuni esempi, E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 2, pp. 292-293; M. KUMM, *Who's Afraid of the Total Constitution?*, cit., p. 348.



inespressi), e al legislatore spetta di attuarli. La legislazione è dunque vista come una attuazione, uno sviluppo, anche se non necessariamente uno sviluppo logico-deduttivo, o meramente esegetico, dei principi costituzionali. Mentre nel modello della Costituzione «per regole» la legge può tutto, tranne violare la Costituzione, nel modello della Costituzione «per principi» la legge può solo attuare la Costituzione<sup>36</sup>.

I *giudici ordinari*, a loro volta, potranno e dovranno utilizzare i principi costituzionali in giudizio, a seconda dei casi in maniera «diretta» oppure «indiretta»<sup>37</sup>. Ciò significa che, per un verso (applicazione «diretta» della Costituzione), se un dato caso non risulta regolato, o chiaramente regolato, a livello legislativo, il giudice ordinario potrà colmare la lacuna ricercando la disciplina di un certo rapporto direttamente in uno o più principi costituzionali, eventualmente anche inespressi (e quindi sfruttando una lettura «costituzionalmente orientata» dell'art. 12 preleggi)<sup>38</sup>; in questo caso, dunque, il giudice ordinario utilizzerà direttamente uno o più principi costituzionali come premessa maggiore del suo ragionamento giuridico, e ciò richiederà di effettuare operazioni come l'individuazione di principi inespressi, la concretizzazione dei principi (la loro traduzione in regole), e il bilanciamento giudiziale tra principi confliggenti. Oppure, per altro verso (applicazione «indiretta» della Costituzione), se esiste una disciplina legislativa per il caso da decidere, il giudice ordinario potrà e dovrà: *a*) valutare il modo in cui il legislatore ha attuato (concretizzato, bilanciato) i principi costituzionali rilevanti; *b*) interpretare la legge in modo da renderla compatibile con i principi costituzionali (interpretazione adeguatrice); *c*) utilizzare i principi costituzionali al fine di integrare il significato di clausole

---

<sup>36</sup> Questi due modelli di rapporti tra Costituzione e legge trovano un parallelo in altrettanti modelli, storicamente conosciuti, di rapporti tra legge e amministrazione: secondo un primo modello, l'amministrazione può fare tutto tranne ciò che è *contra legem*; secondo un secondo modello l'amministrazione può fare solo ciò che la legge la autorizza a fare. In proposito, G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, pp. 14-17.

<sup>37</sup> Cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit., pp. 69-71. Sulle varie possibili modalità di applicazione diretta e indiretta delle norme costituzionali, v. T. MAZZARESE, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione «politicamente scorretta»*, in *Ragion pratica*, 2010, 35, pp. 525-527.

<sup>38</sup> Sulla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 12 preleggi, v. L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, pp. 19-39. M. RUOTOLO, *Interpretare*, Napoli, 2014, cap. I. Per alcuni esempi, v. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pp. 166-174; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, cap. III.

generali e di concetti elastici<sup>39</sup>; d) considerare, in generale, la Costituzione come la fonte dei principi informatori dei vari sotto-settori disciplinari – eventualmente effettuando una riconfigurazione, alla luce della Costituzione, di specifici istituti e dei principi settoriali di una certa materia<sup>40</sup>. In altre parole, in questo modello il giudice ordinario non si accontenterà di una semplice assenza di contraddizioni tra la legge e la Costituzione, ma richiederà che la prima sia congruente con la seconda (e si adopererà direttamente a questo fine)<sup>41</sup>.

Tutto ciò porterà ad attribuire al controllo di costituzionalità un carattere tendenzialmente «diffuso»: infatti, anche in un sistema in cui sia formalmente in vigore il controllo accentrato di costituzionalità delle leggi, il massiccio utilizzo delle tecniche sopra indicate fa sì che l'attuazione giudiziaria dei principi costituzionali (e l'opera di conformazione della legislazione ad essi) si svolga ben prima dell'instaurazione di un giudizio di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale. In questo modello le corti assumono su di sé il compito (o parte del compito) di attuare la Costituzione, ponendosi quasi in una posizione di concorrenza rispetto al legislatore – concorrenza che può arrivare anche a dare luogo a vere e proprie disapplicazioni delle leggi ove ritenute in contrasto con la Costituzione (magari dietro l'apparenza di interpretazioni conformi a Costituzione<sup>42</sup>).

---

<sup>39</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83-125.

<sup>40</sup> Per alcuni esempi, G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, pp. 475-494.

<sup>41</sup> La distinzione richiamata nel testo tra assenza di contraddizioni e congruenza è debitrice del modo in cui N. MACCORMICK ha impostato l'alternativa tra *consistency* (compatibilità logica) e *coherence* (congruenza sostanziale) tra norme: cfr. *Coherence in Legal Justification*, in A. PECZENIK *et al.* (a cura di), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984, pp. 235-251.

<sup>42</sup> Cfr. ad es. Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, n. 191, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), in cui l'interpretazione conforme a Costituzione della l. n. 40 del 2004 si spinge fino a diventare una vera e propria disapplicazione della legge; in merito, C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2010. Quella stessa legge era già stata oggetto di interpretazioni adeguate molto spinte da parte di Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 579 ss.; e Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 591 ss. V. anche M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della «interpretazione conforme a ...»*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1222.

La *Corte costituzionale*, infine, in questo modello non sarà (solo) un legislatore negativo, ma dispiegherà un insieme di tecniche decisorie che la metteranno in condizione di svolgere di volta in volta un ruolo da vero e proprio co-legislatore (sentenze manipolative: additive, sostitutive...), oppure un ruolo propulsivo sia verso i giudici comuni sia verso lo stesso legislatore (sentenze monito, sentenze additive di principio, sentenze interpretative...): la Corte costituzionale non avrà un ruolo puramente difensivo, di annullamento delle leggi incostituzionali, ma parteciperà attivamente al processo di attuazione/applicazione dei principi costituzionali<sup>43</sup>.

4. La terza concezione considera la Costituzione come l'espressione di un insieme (non precisamente determinato) di valori fondanti, fondativi, ecc. Sotto alcuni aspetti, questo modello non è chiaramente distinguibile rispetto al modello della Costituzione «per principi»: si tratta in un certo senso di una versione potenziata, o portata all'eccesso, di quel modello – come peraltro suggerisce la circostanza che molti giuristi e la stessa Corte costituzionale tendono ad usare «principi» e «valori» in maniera promiscua o pressoché come sinonimi. Ciononostante, è possibile ricostruire un modello che ha una sua riconoscibilità, e che è anche piuttosto diffuso e influente nella cultura giuridica recente.

4.1. Più in particolare, il modello della Costituzione «per valori», o come assiologia, si accompagna principalmente alle idee seguenti.

L'universo costituzionale è popolato non solo da regole o principi, ma anche da valori. Questi ultimi non sono vere e proprie norme; piuttosto, sono la ragion d'essere delle norme costituzionali (regole e principi), e dunque – pur non essendo entità propriamente giuridiche – rappresentano (paradossalmente) il livello più fondamentale e più autentico della Costituzione.

I valori talvolta emergono chiaramente dal testo costituzionale (l'esempio più ricorrente al riguardo è la proclamazione dell'inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13 cost.). Più spesso, però, la

---

<sup>43</sup> Sulla «funzione di conformazione dell'ordinamento legislativo al dettato costituzionale» che spetta alla Corte costituzionale, v. Corte cost., 22 aprile 1992, n. 185, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1333.

formulazione del testo costituzionale è considerata solo una spia, un indizio dei valori sottostanti, i quali ultimi sono ciò che per l'interprete deve realmente contare. I valori sottostanti trascendono il testo, e possono essere attinti attraverso una interpretazione sistematica, olistica, della Costituzione, e in ogni caso non si identificano necessariamente soltanto con quelli chiaramente desumibili dal testo costituzionale<sup>44</sup>.

Inoltre, fa normalmente parte di questa concezione l'idea che l'insieme dei diritti e principi espressi dal testo costituzionale abbia una sua intrinseca armonia, che confluisca in una trama assiologica complessa ma comunque lineare e dotata di una sua intrinseca intelligibilità<sup>45</sup>; parimenti, in questo modello i valori costituzionali vengono raffigurati in una strutturazione gerarchica: ad esempio, i valori della dignità e inviolabilità della persona sono normalmente considerati preminenti rispetto a tutti gli altri<sup>46</sup>. Infine, fa parte di questo modo di vedere anche una certa venatura oggettivistica o cognitivistica, in base alla quale i valori (incorporati o richiamati dalla Costituzione) hanno una esistenza oggettiva e sono oggettivamente conoscibili: ad esempio perché emergono dalla società, dalla «coscienza sociale»<sup>47</sup> - ma ovviamente non mancano versioni giusnaturaliste (o cripto-giusnaturaliste di questa idea.

Le espressioni più compiute di questo modo di pensare si possono rinvenire nella dottrina formulata dalla Corte costituzionale tedesca sull'ordine oggettivo dei valori (*objektive Wertordnung*) incorporato dal testo costituzionale, e in particolare dalle disposizioni che proclamano diritti fondamentali<sup>48</sup>. In Italia, questa posizione è riferibile a quella che è

---

<sup>44</sup> Così N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 865-878. Sostengono invece che l'indagine sui valori costituzionali debba essere legata al testo della Costituzione, M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, p. 176; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, pp. 639-658.

<sup>45</sup> Cfr. ad es. M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, cit., p. 176; A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. 1, Napoli, 2008, pp. 367-415. Parla di «armonica unità del sistema posto dalla legge fondamentale della Repubblica», tra le tante, Corte cost., 19 dicembre 1962, n. 106, in *Giur. cost.*, 1962, p. 1408.

<sup>46</sup> Così, quasi alla lettera, P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, pp. 39, 41, 62, 68; A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, cit.

<sup>47</sup> M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 173.

<sup>48</sup> Una delle prime formulazioni di questa teoria risale al c.d. «caso Lüth»: BverfGE 7,

conosciuta come «teoria dei valori» o «interpretazione costituzionale per valori»<sup>49</sup>: una strategia argomentativa scopertamente etico-sostanziale, che impegna l'interprete a portare alla luce la struttura assiologica profonda della Costituzione, e a fare direttamente riferimento a essa nelle sue operazioni interpretative e argomentative. Questa concezione è chiaramente visibile nelle argomentazioni della Corte costituzionale italiana (organo nel quale hanno operato, e operano tuttora, autorevoli esponenti di questo orientamento): ad esempio, nell'insistenza con cui i diritti fondamentali, o altri «beni» costituzionali, sono qualificati come «valori»<sup>50</sup>; o nell'idea (che come abbiamo visto è strettamente associata a questa concezione) dei c.dd. principi costituzionali supremi, ossia i principi costituzionali dotati di un valore gerarchico superiore a tutti gli altri principi costituzionali; o nell'idea che il bilanciamento (ovviamente, tra «valori» costituzionali) consista non in una decisione, ma nella scoperta di un ordine preesistente.

4.2. Dal punto di vista delle tecniche interpretative e argomentative, le principali ricadute di questo modello sono le seguenti. Innanzitutto, ogni valore ha un campo di estensione non delimitato né delimitabile: ogni valore reclama una tutela «integrale»<sup>51</sup>, fino a diventare potenzialmente

---

198 (1958). Su questa giurisprudenza, v. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 172-176, 555-559; A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, pp. 131-161; D. KOMMERS, *Germany: Balancing Rights and Duties*, in J. GOLDSWORTHY (a cura di), *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, 2006, pp. 179-183.

<sup>49</sup> Per alcuni esempi di questa posizione, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit.; ID., *L'interpretazione della costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 215-230; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, cit.; A. FALZEA, *La costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I, Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 453-517; P. PERLINGIERI, *Valori costituzionali e loro gerarchia. Una replica dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 789-823; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, cit.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit. Per una valutazione critica di questo orientamento, A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit.

<sup>50</sup> Per alcuni esempi recenti, tra i moltissimi che si potrebbero fare, Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2940 e Corte cost., 20 dicembre 2002, n. 536, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 605 (l'ambiente come valore costituzionale).

<sup>51</sup> N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pp. 413-426. E v. Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, 2, p. 731 ss.: «la stretta attinenza

«tirannico»<sup>52</sup>; dunque l'interpretazione per valori richiede una iper-interpretazione, relativamente libera da vincoli testuali, delle disposizioni costituzionali che racchiudono o proclamano un valore. Per altro verso, siccome la Costituzione racchiude più valori (la Costituzione è pluralista) tutti in cerca di realizzazione<sup>53</sup>, essi dovranno essere applicati con una logica «flessibile» e compromissoria, la logica della ragionevolezza e del bilanciamento<sup>54</sup>: andrà cercato, per ogni caso concreto, il migliore (il più giusto, il più adeguato) equilibrio tra i valori in gioco<sup>55</sup>. Ovvero: ciascun valore potrà essere limitato in sede interpretativa fintanto che quel limite appare ragionevole alla luce di un altro valore, a prescindere da ciò che dice in proposito il testo costituzionale<sup>56</sup>.

Inoltre i valori, ancorché «oggettivi», sono però molto astratti; sono dunque destinati ad «inverarsi» solo nei casi concreti: essi richiedono che si trovi sempre la soluzione più «adeguata al caso». In connessione a ciò, in questo modello la «ragionevolezza» non è più solo un criterio di valutazione

---

della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità [...] comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo».

<sup>52</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.

<sup>53</sup> Tra i moltissimi esempi che si potrebbero fare, cfr. Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2142 (conflitto tra libertà personale ed esigenze relative alla giustizia, entrambe qualificate come valori costituzionali supremi o primari).

<sup>54</sup> Così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, pp. 99-100; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit.; ID., *L'interpretazione della costituzione*, cit.; A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pp. 1-33 p. 23. Si legga inoltre questo passo della sentenza della Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1424 (c.d. caso Ilva), in cui significativamente compare anche una terminologia di derivazione direttamente schmittiana: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Cfr. anche Corte cost., 1 aprile 1992, n. 149, in *Giur. it.*, 1992, 1, c. 1602.

<sup>55</sup> Sostiene trattarsi di una forma di giudizio di equità M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, cit., p. 532; in senso analogo anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 144.

<sup>56</sup> Cfr. ad es. A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della costituzione*, cit., p. 226, sulla possibilità di limitare ad es. la libertà di manifestazione del pensiero o i diritti di difesa («valori individuali»), alla luce di «valori comunitari» non necessariamente formulati in maniera esplicita nella Costituzione.

del bilanciamento (come accade già nel modello dei principi), ma tende a diventare un canone generale di interpretazione giuridica: non solo della Costituzione ma anche della legge<sup>57</sup>. L'interpretazione deve sempre aspirare alla soluzione ragionevole dei casi. Di conseguenza l'attività interpretativa (non solo della Corte costituzionale, ma anche dei giudici comuni) tenderà ad assumere una connotazione spiccatamente casistica ed equitativa. Il diritto (sia il diritto costituzionale, sia qualunque ramo del diritto) tenderà ad assumere una spiccata dimensione giurisprudenziale, perché sarà proprio nel momento giurisprudenziale che i valori acquisteranno concretezza<sup>58</sup>.

Infine, questo orientamento incoraggia l'instaurazione di un «dialogo» tra le corti di diversi ordinamenti (il ricorso al c.d. argomento comparatistico nell'argomentazione giuridica e anche nell'argomentazione costituzionale). Il legame tra il fenomeno del dialogo tra le corti e il modello della costituzione per valori è evidente: se la Costituzione è a ben vedere il riflesso di un ordine di valori, e se – come è altamente probabile – anche altre Costituzioni riflettono il medesimo ordine di valori, o comunque incorporano gli stessi valori (la dignità, l'eguaglianza, la libertà, l'autonomia, ecc.), allora è scontato che corti di diversi ordinamenti si potranno trovare a dover decidere casi concreti in cui vengono in considerazione gli stessi valori; e che, nella necessaria opera di concretizzazione di quei valori molto astratti, una corte trovi utile far riferimento al modo in cui le corti di altri ordinamenti hanno dato concretizzazione a quegli stessi valori.

5. Ho provato a ricostruire tre modelli o concezioni della Costituzione, cercando di evidenziare soprattutto le ripercussioni di tali modelli sulle tecniche interpretative e argomentative utilizzate dai giuristi. Credo che questa tripartizione abbia innanzitutto un'utilità descrittiva o ricostruttiva: può aiutare a capire le pratiche discorsive e argomentative presenti nella nostra cultura giuridica (così come in altre). Inoltre, questi modelli possono

---

<sup>57</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Per un'ermeneutica rinnovata*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, pp. 2240-2241, 2251; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, pp. 332-334.

<sup>58</sup> A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, cit. Per una critica del carattere spiccatamente giurisprudenziale che il diritto (costituzionale ma non solo) assume secondo questo modello, G. BOGNETTI, *Teorie della costituzione e diritto giurisprudenziale*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2003; G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. soc.*, 2011, pp. 135-157.

funzionare come «test di coerenza», per così dire, nei confronti delle pratiche interpretative e applicative o anche per le direttive di politica del diritto dei giuristi. Intendo dire che ciascun modello, se è ben costruito, può mostrare che a partire da certi presupposti non si possono poi abbracciare certe conclusioni o certe direttive metodologiche; ad esempio, se si adotta il modello delle regole non si può allo stesso tempo rivendicare una Costituzione «lunga», o difendere o praticare l'interpretazione conforme a Costituzione, o il dialogo tra corti: sono cose che non quadrano concettualmente, e che danno luogo a esiti contraddittori.

Ciò detto, a consuntivo della ricostruzione fin qui proposta si possono fare alcune riflessioni conclusive.

5.1. Una prima riflessione è che tutti e tre i modelli determinano una tendenziale unificazione dei metodi interpretativi; ovvero, detto altrimenti, tutti e tre i modelli tendono a sconfessare l'idea che le tecniche interpretative debbano variare a seconda del tipo di oggetto da interpretare – in particolare, l'idea che l'interpretazione della Costituzione richieda tecniche del tutto distinte e peculiari rispetto all'interpretazione della legge.

Infatti: il modello delle regole porta ad applicare all'interpretazione della Costituzione le stesse tecniche tradizionalmente impiegate per l'interpretazione della legge (in particolare l'interpretazione letterale, e il ricorso all'intenzione del legislatore)<sup>59</sup>; il modello dei principi e il modello dei valori, di contro, portano ad estendere alla legge i metodi interpretativi e gli stili argomentativi normalmente usati nell'interpretazione costituzionale, come il bilanciamento, il test di proporzionalità, la ragionevolezza, l'interpretazione alla luce dei valori.

5.2. Una seconda riflessione riguarda l'individuazione dell'oggetto privilegiato di questi tre modelli. Come ho detto in apertura di questo lavoro, infatti, i tre modelli qui esaminati hanno soprattutto a oggetto la parte «sostanziale» della costituzione (il *Bill of Rights*, o la «Costituzione dei diritti»), anziché la parte «istituzionale» (il *Frame of Government*, o la

---

<sup>59</sup> V. in questo senso R. GUASTINI, *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in *Analisi e diritto*, 1996, pp. 169-185; ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, pp. 343 ss.; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, Torino, 2011.



«Costituzione dei poteri»<sup>60</sup>.

Ora, il «soprattutto», qui, è abbastanza interessante. Infatti, in primo luogo, la distinzione tra parte sostanziale e parte istituzionale della Costituzione, per quanto corretta da un punto di vista «topografico», è nella sostanza assai precaria: notoriamente, i cambiamenti che riguardano la parte istituzionale (anche quelli effettuati per via interpretativa) influenzano la determinazione e l'effettività dei contenuti della parte sostanziale<sup>61</sup>; e specularmente, i modi di intendere i contenuti della parte sostanziale possono produrre facilmente conseguenze anche importanti sulla parte istituzionale, cioè sulla distribuzione delle competenze tra gli organi dello Stato (ad esempio, una interpretazione espansiva dei diritti costituzionali determina anche un certo assetto dei rapporti tra legislatore, giudici comuni e Corte costituzionale, come abbiamo visto in questo saggio; e la qualificazione dei diritti fondamentali come «principi supremi» ha determinato un ampliamento delle competenze della Corte costituzionale, ad includere il giudizio di costituzionalità sulle leggi costituzionali e di revisione costituzionale).

E in secondo luogo, nonostante i tre modelli che ho provato a ricostruire vengano inizialmente pensati per la parte sostanziale della Costituzione, essi tendono poi ad essere esportati anche sulla parte istituzionale. Questo può dare luogo a risultati controversi in particolare quando i metodi interpretativi tipici della Costituzione «per principi» e «per valori» vengono applicati ad una porzione del testo costituzionale che appare per lo più formulata «per regole». Così, per fare giusto un esempio, un approccio argomentativo ispirato al modello dei valori tenderà ad impostare in termini di «ragionevolezza» non solo questioni attinenti ai diritti fondamentali, ma anche questioni di riparto di competenza tra Stato e Regioni, o tra altri poteri dello Stato.

5.3. Una terza riflessione riguarda i rapporti tra i tre modelli, e in particolare la loro possibile coesistenza. Questa domanda, a ben vedere,

---

<sup>60</sup> Per questa concettualità, cfr. M. LUCIANI, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri»*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985, pp. 497 ss.; v. anche M. TROPER, *La machine et la norme. Deux modèles de constitution*, in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001, pp. 147-162.

<sup>61</sup> Questa tesi è dettagliatamente sviluppata in A. PINTORE, *Note intorno all'attuazione dei diritti*, cit.

può essere intesa in due sensi diversi.

Per un verso, infatti, ci si può chiedere se, in una certa cultura giuridica (ad esempio la cultura giuridica italiana degli ultimi quaranta-cinquanta anni) questi modelli siano contemporaneamente presenti, ed eventualmente se uno di essi sia maggioritario. Per altro verso, poi, ci si può chiedere se per un giurista sia possibile (nel senso di: concettualmente coerente) utilizzare più di uno di questi modelli contemporaneamente.

Ebbene, riguardo alla prima domanda, e facendo riferimento al contesto italiano, in punto di fatto sembra di poter affermare che la diffusione dei tre modelli si collochi lungo un (vago) ordine cronologico: per prima sembra apparire il modello della Costituzione «per regole», poi il modello della Costituzione «per principi», poi ancora il modello della Costituzione «per valori». Questo peraltro sembra falsificare la tesi secondo cui le giurisprudenze costituzionali «giovani» tenderebbero maggiormente a fare ricorso a un approccio argomentativo di tipo «ponderativo» e casistico (che qui ho associato al modello dei principi, e in parte a quello dei valori), mentre le giurisprudenze costituzionali più «mature», come ad esempio quella statunitense, hanno potuto sviluppare nel corso del tempo un sofisticato apparato di specifiche *doctrines* che operano in maniera *rule-like*<sup>62</sup>. Nonostante questa scansione cronologica abbia, ritengo, una sua plausibilità descrittiva, non sarebbe comunque esatto pensare che ciascuna concezione successiva abbia interamente *rimpiazzato* quella precedente: ad oggi, per esempio, tutte e tre le concezioni sono rintracciabili nella cultura giuridica italiana<sup>63</sup>. E del resto è assai raro che nel diritto un modello culturale o concettuale scompaia completamente<sup>64</sup>; così come, all'opposto,

---

<sup>62</sup> Questa tesi è sostenuta ad esempio da F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States*, cit., p. 57 ss.

<sup>63</sup> Secondo C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Napoli, 2004, p. 1674, il modello delle regole è attualmente maggioritario quantomeno «in sede teorica». Non sono in grado né di corroborare né di confutare questa affermazione, ma noto solo che il modello dei principi ha avuto una schiacciante diffusione se non altro a livello giurisprudenziale, e che il modello dei valori è penetrato profondamente nello stile argomentativo della Corte costituzionale (grazie anche alla presenza all'interno della Corte di alcuni autorevoli esponenti di questo orientamento).

<sup>64</sup> Come nota M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. soc.*, 1993, p. 486, «il succedersi di modelli giuridici differenti non determina quasi mai una totale sostituzione dei vecchi con i nuovi, quanto, invece, una loro articolata e complessa stratificazione».

è raro che un certo modello culturale o concettuale prevalga completamente: più spesso (se non sempre) in uno stesso contesto giuspolitico operano giuristi che praticano metodologie giuridiche differenti, in competizione tra loro<sup>65</sup>.

Riguardo alla seconda domanda, è certamente possibile che tra le varie concezioni che ho isolato «allo stato puro», si diano in concreto anche commistioni, combinazioni, sovrapposizioni, zone grigie, e che certe tecniche interpretative siano utilizzabili sia nell'ambito di un modello sia nell'ambito di un altro; peraltro ho già notato a suo luogo che il modello della Costituzione «per valori» sembra distinguersi dal modello della Costituzione «per principi» più che altro per intensità; e anche quella tra principi e regole è una distinzione quantitativa e graduale, e non categoriale<sup>66</sup>. Più in generale, i tre modelli che ho cercato di isolare non devono essere intesi come tre monoliti: ciascuno di essi può avere, e di fatto ha, al proprio interno varie sfumature, tollera varie differenze di enfasi.

Ma quello che è più interessante è che sembra legittimo adottare un certo modello in alcuni ambiti del diritto, e un diverso modello in altri ambiti del diritto. Ad esempio, in alcuni settori del diritto in cui è opportuno che la disciplina giuridica sia quanto più possibile certa, stabile, facilmente accessibile al cittadino senza che siano necessari particolari sforzi argomentativi, è preferibile che la Costituzione funzioni effettivamente (solo) come limite (cioè secondo il modello della Costituzione «per regole»). Questo potrebbe essere il caso, in particolare, del diritto penale: un settore in cui è forse più opportuno – per esigenze di certezza e di conoscibilità del precetto penale per il cittadino – che la disciplina legislativa sia tendenzialmente al riparo da quella continua e «diffusa» opera giurisprudenziale di conformazione ai principi costituzionali che è tipica dei

---

<sup>65</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 249: «il pluralismo dei metodi è la condizione odierna della scienza del diritto». Detto altrimenti, i tre modelli di Costituzione qui ricostruiti sono parte integrante di altrettante «norme di riconoscimento» o «ideologie giuridiche» (cioè dell'insieme delle considerazioni metodologiche che guidano i giuristi nello svolgimento del loro lavoro), e di conseguenza è del tutto normale che si trovino ad operare in competizione tra loro. Su quest'ultimo punto, si vedano U. SCARPELLI, *Metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, IV, pp. 553-574; G. PINO, *La norma di riconoscimento come ideologia delle fonti*, in *Analisi e diritto*, 2015, pp. 183-201; ID., *Teoria analitica del diritto I*, cit., cap. VIII.

<sup>66</sup> Sulla distinzione quantitativa tra principi e regole, cfr. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., cap. IV; sulla distinzione tra principi e valori, v. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., spec. pp. 130-135.

modelli della Costituzione «per principi» e «per valori», e che il rispetto dei principi costituzionali sia fatto valere esclusivamente con pronunce «secche» (e accentrate) di incostituzionalità<sup>67</sup>. Ma evidentemente questo *caveat* non si pone negli stessi termini in altri settori del diritto, nei quali l'esigenza di certezza può essere meno stringente.

5.4. Una quarta riflessione riguarda lo statuto epistemologico, per così dire, delle tre concezioni che ho ricostruito. Come dovrebbe essere chiaro, quelli che ho ricostruito sono modelli marcatamente prescrittivi: ciascuno di essi fa parte di, e concorre a definire, una distinta ideologia giuridica o norma di riconoscimento, e in quanto tale ha la funzione di indicare gli stili di interpretazione e di argomentazione preferibili, la migliore distribuzione del potere di interpretare, attuare e applicare la Costituzione tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni, e perfino la tecnica ottimale di redazione del testo costituzionale.

Tuttavia, per strano che possa apparire, almeno a chi ha a cuore la distinzione tra essere e dover essere, questi modelli non sono *solo* prescrittivi: essi hanno anche una parte “descrittiva”. Questa parte descrittiva è presente nella pretesa da parte dei sostenitori di ciascun modello di sviluppare discorsi che in massima parte riguardano la Costituzione *così come essa di fatto è*. Vale a dire che, con l'eccezione delle tesi più spiccatamente riformatrici, di politica del diritto<sup>68</sup>, le proposte articolate all'interno di ciascuno dei tre modelli vengono sempre giustificate dai loro proponenti come richieste dalla Costituzione esistente, o al limite dall'esigenza di mettere quest'ultima, dworkinianamente, «nella sua luce migliore».

I tre modelli possono dunque essere valutati non solo sul piano dell'opportunità delle conseguenze applicative, argomentative, interpretative ecc. che ciascuno di essi comporta, ma anche sul piano della loro maggiore o minore aderenza alla fenomenologia della Costituzione vigente in un certo ordinamento. Da questo punto di vista, pur riconoscendo che ogni risposta a questa questione non può pretendere di

---

<sup>67</sup> Ho provato ad argomentare più ampiamente in favore di questa tesi in G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in G. PINO e V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, pp. 177-233.

<sup>68</sup> Quali ad es. quelle che auspicano una riscrittura della Costituzione in termini più esatti, precisi, ecc. (v. *supra*, nt. 11 e testo corrispondente).

essere «oggettiva» (una pura descrizione di come la costituzione oggettivamente è), mi pare che il modello della Costituzione «per principi» sia quello che aderisce maggiormente alla fenomenologia della Costituzione vigente in Italia, e in generale alla fenomenologia delle Costituzioni democratiche e pluralistiche contemporanee. Nel contesto delle democrazie costituzionali contemporanee, le Costituzioni hanno una serie di caratteristiche, e di aspirazioni, che fanno sì che sia sostanzialmente inevitabile che si presentino come Costituzioni «per principi»: queste Costituzioni, infatti, intendono offrire una fondazione complessiva di un nuovo ordine sociale dopo qualche evento socialmente e politicamente traumatico – una guerra, una rivoluzione, il crollo di un regime dittatoriale...; incorporano e garantiscono il pluralismo sociale e valoriale; hanno l'ambizione di durare a lungo; sono caratterizzate da una certa difficoltà dei procedimenti emendativi. A fronte di questo fondamento politico-culturale, e di queste ambizioni programmatiche tipicamente condivise dalle Costituzioni del costituzionalismo contemporaneo, è ben difficile che una costituzione sia formulata senza incorporare una serie di disposizioni di principio, e che non sia poi interpretata e applicata come un insieme di norme di principio.

5.5. Infine, una quinta riflessione riguarda il problema di quale tra questi tre modelli possa assicurare una maggiore normatività della Costituzione: è più «forte», più vincolante, più efficace, una Costituzione «per regole», una Costituzione «per principi», o una Costituzione «per valori»?

Questo è esattamente il problema che si pongono i sostenitori di ciascuna delle tre concezioni qui ricostruite: essi condividono tutti l'obiettivo di assicurare la più ampia normatività alla Costituzione, e anzi, in vista di questo obiettivo sono tra loro in concorrenza<sup>69</sup>. E ciascuno dei tre modelli ha, da questo punto di vista, punti forti e punti deboli: come mostrano le brevi considerazioni seguenti.

Il modello della Costituzione «per regole» restituisce dei diritti costituzionali «forti», dal campo di applicazione preciso, e sottratti a operazioni di bilanciamento giudiziale caso per caso; allo stesso tempo però questi diritti hanno un campo di applicazione piuttosto ristretto; e spesso

---

<sup>69</sup> Che i dibattiti sull'interpretazione costituzionale siano, al fondo, dibattiti sul grado di prescrittività della Costituzione è osservato anche da C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, cit., p. 1675.

in questo modello l'individuazione dei contorni di un diritto viene presentata, in maniera del tutto apodittica, come una mera operazione definitoria, semantica (come accade con la ormai obsoleta dottrina dei limiti «naturali» o «immanenti» dei diritti fondamentali); questo modello inoltre limita drasticamente la platea dei soggetti che contribuiscono attivamente all'attuazione della Costituzione, e dunque dei diritti costituzionali (di fatto, solo il legislatore, e la Corte costituzionale come «legislatore negativo»); infine, questo modello produce un irrigidimento, o addirittura una pietrificazione, del testo costituzionale, la cui interpretazione viene condotta tramite tecniche che privilegiano la fissità e la rigidità dei significati<sup>70</sup>.

Il modello della Costituzione «per valori», per parte sua, allenta eccessivamente il vincolo che per l'interprete può derivare dal testo della Costituzione, e si compromette con entità (i valori, per l'appunto) che non sono facili né da definire né da individuare; e di conseguenza apre le porte a stili di argomentazione e di interpretazione costituzionale opachi, e potenzialmente inappropriati per l'interpretazione dei diritti fondamentali: si pensi ad esempio allo stilema secondo cui i valori emergono o comunque vanno individuati a partire dalla «coscienza sociale»; ebbene, dietro questa formula apparentemente innocua si cela un atteggiamento potenzialmente regressivo per la tutela dei diritti fondamentali, i quali verranno ad essere individuati e definiti sulla base del sentire maggioritario della società: laddove il senso dei diritti fondamentali è proprio quello di proteggere certi interessi individuali anche contro la maggioranza – maggioranza parlamentare, certamente, ma anche sociale<sup>71</sup>; proteggere un diritto fondamentale solo nella misura in cui esso sia conforme al sentire comune significa svuotarlo di gran parte del suo contenuto. Inoltre, questo modello trasforma la Corte costituzionale in un «custode della ragionevolezza»<sup>72</sup>, e l'applicazione giudiziale del diritto in un giudizio casistico ed equitativo.

Il modello della Costituzione «per principi», infine, presenta una

---

<sup>70</sup> Si veda R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 111-158, che distingue tra teorie «statiche» e teorie «dinamiche» dell'interpretazione costituzionale.

<sup>71</sup> Per uno sviluppo più dettagliato di questo argomento, v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.

<sup>72</sup> A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001. V. anche M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., pp. 170-171, per l'idea che spetti preferenzialmente alla Corte costituzionale il compito di individuare i valori.

Costituzione dal contenuto estremamente ampio (addirittura una Costituzione «totale»), che si irradia potenzialmente su tutto l'ordinamento, e che richiede l'intervento di molteplici soggetti istituzionali; assicura la possibilità di un continuo adeguamento del diritto infra-costituzionale alla Costituzione; e inoltre permette un aggiornamento del contenuto della Costituzione in via interpretativa (grazie all'impiego di tecniche interpretative «dinamiche»), il che è cruciale per una Costituzione rigida, difficilmente emendabile per via «legislativa». Questi sono i punti forti di questo modello, che a mio parere lo rendono preferibile rispetto agli altri due, sia da un punto di vista descrittivo sia da un punto di vista normativo. Tuttavia anche questo modello ha le sue vulnerabilità: ad esempio, esso restituisce un panorama giuridico ricco, o addirittura saturo, di principi e diritti costituzionali, che però sono «flessibili», destinati a entrare in conflitto tra loro e a limitarsi reciprocamente, o anche ad essere limitati sulla base di considerazioni non chiaramente desumibili dalla Costituzione stessa<sup>73</sup>. Inoltre, come abbiamo visto questo modello può incentivare pratiche interpretative alquanto spericolate e, enfatizzando la pratica dell'interpretazione adeguatrice da parte delle corti ordinarie (che vale solo per il caso concreto), permette di mantenere in vigore norme e atti normativi contrari a Costituzione; simmetricamente, poiché questo modello accentua di fatto il carattere diffuso del controllo di costituzionalità, esso può inaridire il canale di accesso alla Corte costituzionale, che così vedrà limitata la propria possibilità di annullarli (e quindi espungerli definitivamente dall'ordinamento).

La preferibilità, nel merito, di un modello o di un altro dipenderà in definitiva dal modo in cui si ritenga di ponderare considerazioni come quelle qui sopra evocate (certezza del diritto, separazione dei poteri, flessibilità, adeguamento al caso concreto, ecc.); oltre che, ovviamente, da circostanze contingenti all'interno di ciascun ordinamento, prima tra tutte il grado di fiducia che si può riporre sui diversi operatori giuridici rispetto alla loro capacità di attuare le norme della Costituzione.

---

<sup>73</sup> Sul carattere «bifronte» dei principi, norme che sono allo stesso tempo più «deboli» e più «forti» delle regole, v. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, cit.; M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, cit.