

II.1

INTRODUZIONE AI PRINCIPI FONDAMENTALI

Simone Pajno

SOMMARIO: II.1.1. Questioni metodologiche e preliminari. – II.1.2. Cos'è un "principio": breve genealogia di un concetto. – II.1.3. Principi e regole tra distinzioni forti e distinzioni deboli. – II.1.4. Il nodo del bilanciamento. – II.1.4.1. Aspetti strutturali. – II.1.4.2. Aspetti procedurali e sostanziali. – II.1.5. Difficoltà contromaggioritaria e difficoltà metaetiche. – II.1.6. Le teorie dei valori, i valori e i principi supremi. – II.1.7. La "fondamentalità" dei principi contenuti nei primi dodici articoli della Costituzione. – II.1.8. Nota bibliografica.

II.1.1. *Questioni metodologiche e preliminari*

Il tema dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano è particolarmente complesso e sfaccettato. Questa può forse apparire un'affermazione scontata, ma nell'introdurre il tema è difficile non prendere le mosse da tale constatazione. Le questioni problematiche con le quali ci si trova a confrontarsi sono infatti numerose e impegnative e sollecitano alcuni snodi centrali del sistema costituzionale. La natura di principi delle norme di esordio della Costituzione italiana, del resto esplicita nella intitolazione del "raggruppamento" costituito dai suoi primi dodici articoli, conduce innanzitutto ad interrogarsi sulle caratteristiche di tale tipo di norme.

Sul tema, com'è risaputo, molta strada è stata percorsa dai tempi dell'Assemblea costituente, tanta da far senz'altro ritenere che il modo in cui la letteratura costituzionalistica e giusfilosofica di oggi intende le norme-principio, e in particolare i principi costituzionali, sia molto differente dal modo in cui tradizionalmente si pensava ai "principi"¹. È altrettanto noto come, al riguardo, si sia accumulata una vastissima letteratura, che parte dalla distinzione di questo tipo di norme rispetto ai precetti giuridici più tradizionali – ossia le "regole" – costruiti quali norme ipotetiche caratterizzate dalla struttura se-

¹ Bobbio, 1966, 807 ss.; Bartole, 1986, 494 ss.; D'Atena, 1997, 3065 ss.

allora, e che tenta di illustrare i numerosi e diversi aspetti che differenziano queste ultime dai princìpi. Il primo nodo problematico che il tema del presente volume solleva è dunque inevitabilmente quello della distinzione tra princìpi e regole; un nodo che non è agevole sciogliere, poiché, a dispetto della pressoché generale acquisizione alla comune cultura giuridica di tale distinzione e della diffusione della “logica principlista” non solo nella letteratura scientifica ma anche, e sempre di più, nella pratica quotidiana delle corti costituzionali e delle aule di tribunale, l’individuazione degli aspetti che differenziano i primi (i princìpi) dalle seconde (le regole) è un tema sommamente incerto e dibattuto, tant’è che si fatica davvero a trovare, ad oggi, un’opinione al riguardo, che abbia un consenso, se non vagamente maggioritario, anche solo robustamente diffuso.

È noto, peraltro, che la modalità tramite cui i princìpi sono solitamente applicati al fine di risolvere i casi concreti è rappresentata dalla c.d. tecnica del bilanciamento. Quest’ultima, tuttavia, rappresenta a sua volta un nodo problematico di non scarso rilievo. Come procedere a un bilanciamento tra princìpi, se vi siano delle operazioni logico-giuridiche attraverso le quali il ragionamento debba necessariamente dipanarsi, ovvero se non ci si possa che affidare al “prudente apprezzamento” di chi decide, sono domande che non paiono ancora avere ottenuto risposte sufficientemente condivise. Nonostante alcune riflessioni dottrinali di assoluto rilievo, rimane peraltro oscuro come evitare che in frangenti decisivi delle operazioni di bilanciamento – e, dunque, dell’argomentare per princìpi – si annidino significativi elementi valutativi a carattere spiccatamente politico e morale. Per tali operazioni, dunque, parrebbero valere le famose parole di Scalia, secondo cui problemi di questo tipo assomigliano alla domanda «se una certa linea è più lunga di quanto sia pesante una certa roccia»². Non sembrerebbe esistere, dunque, altra strada se non quella di un giudizio di moralità politica per sciogliere i nodi interpretativi di alcune questioni giuridiche apicali del contemporaneo vivere associati.

Tale ultimo rilievo è talvolta presentato alla stregua di un aspetto, per così dire, fisiologico e intrinseco del modo di procedere della Corte costituzionale italiana (e forse anche dei tribunali costituzionali in generale)³. In questa chiave, ci si muove nell’ambito della classica lettura dell’organo di giustizia costituzionale come istituzione «ibrida» (Cheli, 1996, 30), divisa tra un’anima giurisdizionale e un’anima politica⁴, dalla quale discenderebbe, conseguentemente, quella esigenza di «legittimazione politica» (Mezzanotte, 1984, *passim*) ma-

² «Whether a particular line is longer than a particular rock is heavy» (SCUS, 486 U.S., 888, *Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises*, 1988).

³ Spadaro, 2017, 121.

⁴ Romboli, 1997, 1 ss.

gistralmente messa a fuoco da Mezzanotte nel 1984 (§ IV.8.1). Non bisogna però nascondersi che tale questione rappresenta, in effetti, a sua volta un rilevantissimo nodo problematico. Il punto è che l'interpretazione dei principi costituzionali – e ancor di più di quelli ascritti al novero dei “principi fondamentali” – pur al netto dell'esistenza di un nucleo di consenso indispensabile anche solo perché i diversi interlocutori capiscano di parlare del medesimo argomento, è notoriamente un ambito caratterizzato da intensi disaccordi.

Di recente è stata elaborata la categoria dei “disaccordi interpretativi profondi” per spiegare questa importante caratteristica dell'interpretazione giuridica e costituzionale in particolare⁵. Sul tema non è possibile soffermarsi in questa sede. Può essere però utile evidenziare come tale approccio provi a proiettare nella specifica dimensione del diritto costituzionale altri percorsi, ben noti alla dottrina giusfilosofica, come quelli che conducono agli *essentially contested concepts*⁶ – ossia a nozioni che, pur avendo una comune base concettuale, sono caratterizzate da interpretazioni e valutazioni che le declinano in modo diverso, senza che sia possibile sbarazzarsi sbrigativamente di tali differenti interpretazioni⁷ – o anche ai «concetti interpretativi» (Dworkin, 2008, 13) di Dworkin e alla ormai ben nota differenza tra i concetti e le concezioni, in base alla quale si usa designare con il primo termine il nucleo semantico condiviso di un sintagma, una clausola o un principio costituzionale e con il secondo le diverse articolate teorie volte ad interpretarlo e a svilupparlo in tutti i suoi aspetti⁸. I risultati di tali percorsi – al netto delle pur sussistenti differenze – sono accomunati dall'evidenziazione della necessità di far ricorso a elaborazioni complesse, articolate e, soprattutto, a carattere valutativo al fine di individuare la portata concreta di diritti e clausole costituzionali. Si tratta sovente di elaborazioni in competizione tra loro ed anche molto distanti quanto a premesse e risultati, che rinviano a complessi e alternativi sistemi di valore e, talvolta, anche a diverse premesse di carattere metaetico. I disaccordi di tal genere sono ben noti a chi si occupa di questi temi, e anche i saggi pubblicati in questo volume ne danno ovviamente conto, ad esempio con riferimento al principio democratico-repubblicano (§ II.2), al principio di laicità (§ II.10) o ad alcuni aspetti del principio internazionalistico (§ II.11), segnalandone inoltre con efficacia il legame con i conflitti culturali che sempre più caratterizzano le società occidentali anche per effetto dei fenomeni migratori (§ II.7.3.3.4).

Se le questioni accennate, pur essendo massimamente pressanti per i “prin-

⁵ Villa, 2016, 1 ss.; Villa, 2017, 1 ss.

⁶ Gallie, 1955-1956, 167 ss.

⁷ Villa, 1993, 12.

⁸ Hart, 1961, 185 ss.; Rawls, 1971, 23 ss.; Dworkin, 1986, 90 ss.

cipi fondamentali” della Costituzione italiana, non sono certo peculiari di questi ultimi, esiste, infine, un ulteriore ordine di nodi problematici che invece li riguardano specificamente. Con riferimento all’oggetto proprio del presente volume è infatti possibile chiedersi, innanzi tutto, in che senso e in che modo i “principi fondamentali” si distinguano dai “comuni” principi costituzionali e se vi siano delle peculiarità che, nelle operazioni di bilanciamento, caratterizzino i primi differenziandoli dai secondi. Ancora, ci si può interrogare sul rapporto tra i “principi fondamentali” e i principi supremi che, com’è noto, secondo l’impostazione fatta propria dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 1146/1988, si oppongono alla revisione costituzionale. In questo quadro, ci si può chiedere in che rapporto stiano i “principi fondamentali” con le disposizioni che li esprimono e se l’eventuale coincidenza (anche parziale) tra “principi fondamentali” e principi supremi impedisca la modifica delle disposizioni che esprimono i primi, o se invece – almeno in una certa misura – tale modifica sia possibile (§ V.2.4.2.2).

Molti dei problemi accennati emergono con una certa nitidezza dai contributi presenti nel volume, talvolta esplicitamente, più spesso solo tra le righe. Tali contributi consentono di apprezzare la dimensione concreta delle questioni sul tavolo, ovviamente di volta in volta con riferimento a quello tra i “principi fondamentali” cui specificamente ci si dedica. Nelle pagine che seguono si cercherà, invece, di fornire un inquadramento generale a tali temi, ovviamente nei limiti di spazio consentiti dalla presente sede.

II.1.2. *Cos’è un “principio”: breve genealogia di un concetto*

È noto a tutti che quella dei “principi” è una nozione tradizionale della scienza giuridica. E, tuttavia, come si accennava (§ II.1.1), la contemporanea esperienza costituzionale ne sperimenta una declinazione del tutto particolare, le cui caratteristiche sul piano teoretico e operativo appaiono per certi versi nuove e tali da connotare tale esperienza in modo del tutto peculiare rispetto al passato. Tali particolarità vennero in qualche modo intuite già agli albori del costituzionalismo contemporaneo. Già Rossi nel 1939 discorreva di una naturale «elasticità» (Rossi, 1939, 1 ss.) delle costituzioni, non facendo differenza al riguardo tra costituzioni rigide e flessibili, anche se per vero rivolgendo tali considerazioni sia alle norme che oggi consideriamo “principi” che a quelle che, invece, chiamiamo “regole”. Questa sensazione di “novità”, con riferimento all’esperienza italiana, emerse in tutta la sua evidenza nell’Assemblea costituente. Che tra le disposizioni costituzionali più innovative dal punto di vista economico e sociale fossero presenti previsioni non riconducibili alle norme giuridiche, così come le si era intese comunemente fino ad al-

lora, si era ben consapevole anche in quella sede. Per rendersene conto è sufficiente ripercorrere brevemente il dibattito suscitato dalle vistose critiche di Calamandrei a quelli che riteneva meri «propositi» o «velleità» (Calamandrei, 1947, 85), in tema, ad esempio, di diritto al lavoro e di proprietà⁹. E, qualche anno dopo, Chiarelli offriva una reinterpretazione dell'elasticità delle disposizioni costituzionali¹⁰, ritenendola connessa soprattutto all'enunciazione di «principi generali» (Chiarelli, 1952, 44 ss., 48 e 51 ss.) capaci di influenzare l'intero ordinamento, ma non in grado di dettare norme immediatamente regolatrici di rapporti giuridici, in quanto bisognosi di integrazione ad opera di successive e più specifiche regole. Anche i contributi presenti in questo volume, del resto, sottolineano efficacemente tale aspetto (§ II.13.2.1).

Sul punto, nella cultura giuridica italiana rivestono una grandissima importanza la notissima sent. 1/1956 della Corte costituzionale – che supera definitivamente la tesi della non immediata precettività delle c.d. norme programmatiche – nonché, in dottrina, il contributo di Crisafulli¹¹, anche se la svolta nel modo di formalizzare il *quid novum* presente nei principi costituzionali proviene soprattutto da tutt'altro ambito culturale. È noto il debito che la riflessione e la pratica costituzionalistica contemporanea hanno, al riguardo, nei confronti di Dworkin, il quale – per vero senza riferirsi in particolare alla dimensione costituzionale – negli anni sessanta del Novecento ha abbozzato quella distinzione tra *rules* e *principles* nella quale per grandi linee ci si ritrova ampiamente ancora oggi¹². Com'è risaputo, secondo l'elaborazione di Dworkin, nella soluzione dei casi concreti i giudici non si limiterebbero ad applicare regole identificate tramite un ben preciso *test di pedigree* – che corrisponde alla *rule of recognition* di matrice hartiana – facendo viceversa uso anche di *standard* diversi, ossia i principi¹³ (tra i quali bisognerebbe distinguere i principi “in senso generico” dai principi “in senso stretto”: ma qui si può prescindere del tutto da tale questione). Per Dworkin i principi si differenziano dalle regole essenzialmente per due motivi. In primo luogo, a differenza di queste ultime, avrebbero una dimensione ultrapositiva, non essendo identificabili tramite il *test di pedigree* ed attingendo invece in via diretta ad una dimensione morale. La seconda differenza è legata alle modalità di applicazione dei primi e delle seconde: gli uni e le altre «orientano a particolari decisioni,

⁹ Barile, 1980, 15 ss.

¹⁰ Bartole, 1997, 13 ss.; Patruno, 2012, *passim*.

¹¹ Crisafulli, 1952, 123 ss.

¹² Bartole, 1980, 185 ss.; Pintore, 1982, *passim*; Schiavello, 1995, 159 ss.; Schiavello, 1998, 206 ss.

¹³ Dworkin, 1967, 91.

in particolari circostanze... ma differiscono per il carattere dell'orientamento che suggeriscono» (Dworkin, 1967, 93). Le regole, infatti – e qui Dworkin forgia un'espressione che avrà una grande fortuna nei decenni successivi – vanno applicate «nella forma del tutto-o-niente», poiché, «se si danno i fatti stabiliti da una regola», la stessa deve senz'altro essere applicata e «si deve accettare la risposta che essa fornisce» (Dworkin, 1967, 93). Nel caso opposto, invece, la regola non va applicata e «non influisce sulla decisione» (Dworkin, 1967, 93). I principi funzionano, invece, in modo molto differente. Essi «non indicano conseguenze giuridiche, che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste» (Dworkin, 1967, 94): viceversa, un principio «afferma una ragione che spinge in una direzione, ma che non necessita di una particolare decisione» (Dworkin, 1967, 95). Di questa ragione sarà necessario tener conto, e tuttavia «ci potrebbero essere altri principi o politiche che muovono in un'altra direzione» e per questa ragione il primo principio «potrebbe non prevalere» (Dworkin, 1967, 95), ma ciò non nega in alcun modo né la sua appartenenza al sistema giuridico, né la sua applicabilità al caso di specie. Quando tale appartenenza si verifica, infatti, il principio deve comunque «essere preso in considerazione, se è rilevante, per decidere in un senso o in un altro» (Dworkin, 1967, 95); in ogni caso, i principi «indirizzano ad una decisione, ma non in modo conclusivo, e sopravvivono infatti quando non prevalgono» (Dworkin, 1967, 108).

Per capire come le decisioni possano essere prese in tali situazioni, però, per Dworkin è necessario essere consapevoli di un'altra caratteristica che distingue i principi dalle regole, ossia la dimensione «del peso o dell'importanza» (Dworkin, 1967, 96), che connota i primi ma non le seconde. Si tratta di una dimensione essenziale, senza la quale non si può comprendere il ruolo e la natura dei principi, che conduce dritta alla necessità di operazioni di bilanciamento per la loro applicazione. Sulla tecnica per procedere a tali operazioni Dworkin tace, anche se risulta evidente un rinvio all'opinabilità dei loro esiti, dal momento che la stessa identificazione delle norme-principio, non essendo frutto della norma di riconoscimento, è materia controvertibile, su cui «uomini ragionevoli possono discordare» (Dworkin, 1967, 109).

Il “lascito” dworkiniano in tema di principi, se così si vuol dire, è dunque scomponibile in due differenti parti. La prima evidenza la diversità strutturale dei principi dalle regole: una diversità che attiene sia alla loro struttura logica – come si dirà successivamente (§ II.1.3), i primi sono «norme categoriche», mentre le seconde sono «norme ipotetiche» (Martínez Zorrilla, 2010, 142) – che alle loro dinamiche di applicazione. La seconda parte, invece, punta a sottolineare la stretta derivazione dei principi dalla dimensione morale del diritto, a tal punto da negarne, invece, la loro scaturigine positiva. Per certi versi, si può dire che quest'ultima rappresenta la “parte caduca” del lascito di

Dworkin su questi temi, anche se, come si vedrà, qualche precisazione al riguardo sarà necessaria. La prima ha infatti senz'altro messo radici nella pratica degli ordinamenti costituzionali contemporanei e nelle loro teorizzazioni più diffuse e condivise, anche se non è certo priva di nodi problematici. Dal fronte giuspositivista – e, in particolare, da parte di chi, nella disputa tra giuspositivismo esclusivo e giuspositivismo inclusivo¹⁴, si riconosce nel secondo¹⁵ – si è infatti osservato, in primo luogo, come nulla impedisca che la norma di riconoscimento richieda di individuare il diritto facendo ricorso anche a criteri di tipo sostanziale, magari ad alto contenuto morale e aventi la struttura logica dei principi¹⁶. E, ancora, si è efficacemente fatto notare che nulla, nell'idea di norma di riconoscimento, impedisce che essa conduca all'individuazione di norme-principio e che, probabilmente, il “primo” Dworkin abbia equivocato quel che Austin intendeva per “commands” e Hart per “rules”¹⁷. In quest'ottica, è dunque possibile leggere il costituzionalismo moderno come un'esperienza che è stata in grado di introiettare nella dimensione del diritto positivo – e, per di più, di quel diritto positivo collocato al vertice del sistema delle fonti – la dimensione morale tramite il ricorso a norme-principio, le quali hanno, dunque, le caratteristiche logiche e operative cui faceva riferimento Dworkin, ma costituiscono diritto positivo a tutti gli effetti.

Non è tuttavia così agevole liberarsi di quella che più sopra si è definita la “parte caduca” del lascito di Dworkin, ove si considerino le numerose e sfaccettate posizioni teoriche incluse nel vasto *genus* del “neocostituzionalismo”, al cui interno lo stesso Dworkin viene del resto solitamente collocato. Com'è noto, con l'espressione “neocostituzionalismo” si allude, infatti, ad un insieme di elaborazioni dottrinali generalmente caratterizzate dall'enfasi sulla pervasività delle costituzioni contemporanee nei rispettivi ordinamenti giuridici, sulla loro forte “densità” dal punto di vista morale e sul conseguente necessario ricorso a un punto di vista morale per procedere all'interpretazione costituzionale, nonché sulla diffusione dell'interpretazione costituzionale presso i giudici comuni e sul crescente rilievo del peso della funzione giurisdizionale nel contesto degli ordinamenti contemporanei¹⁸. Nel novero degli autori che solitamente vengono collocati nell'ambito del neocostituzionalismo si trovano, per vero, posizioni anche molto differenti le une dalle altre, alcune riconducibili

¹⁴ Schiavello, 2004, *passim*.

¹⁵ Waluchow, 2021, *passim*.

¹⁶ Waluchow, 1994, 80 ss.; Coleman, 2001, 185 ss.

¹⁷ Raz, 1972, 845.

¹⁸ Barberis, 2000, 203 ss.; Pozzolo, 2001, *passim*; Comanducci, 2002, 96 ss.; Perini, 2003, 15 ss.; Schiavello, 2003, 37 ss.; Dogliani, 2010, 1 ss.; Rimoli, 2015, 1 ss.

alla tradizione positivista, altre che, invece, sembrano distaccarsene in modo piuttosto evidente¹⁹. Per quel che è qui di più prossimo interesse, occorre comunque notare come nel contesto sopra accennato siano state sviluppate elaborazioni teoriche che indicano tra i propri punti qualificanti proprio la distinzione tra regole e principi, che indicano nel bilanciamento il modo “naturale” in cui questi ultimi sono destinati ad operare e che individuano nei principi costituzionali il punto qualificante della connessione tra diritto e morale, che anima i sistemi giuridici contemporanei.

Tra i più noti autori che sono stati ricondotti al novero dei neocostituzionalisti e ai quali si devono note ed influenti elaborazioni teoriche in tema di principi vanno citati soprattutto Alexy e Zagrebelsky. Il primo ne ha approfondito gli aspetti nomologici, teorici e applicativi, provando ad offrire quella che ancora oggi è probabilmente la più articolata teoria del bilanciamento presente nel dibattito scientifico²⁰. Il secondo ha il grande merito di collocare la distinzione dworkiniana tra regole e principi in un contesto teorico capace di illustrare efficacemente le peculiarità degli ordinamenti costituzionali contemporanei, aggiungendo, inoltre, qualche tassello che avrà una fortuna significativa nei percorsi dottrinali successivi, quale la qualificazione dei principi come norme «senza fattispecie» (Zagrebelsky, 1992, 149; Zagrebelsky, 2008, 213), su cui sarà necessario tornare più avanti (§ II.1.3).

Ad ogni modo, qui interessa soprattutto evidenziare che, a partire dallo spunto presente in Dworkin, nella teoria giuridica concernente gli ordinamenti costituzionali contemporanei l'approccio “principalista” si è diffuso a macchia d'olio, coinvolgendo – come si è provato a mostrare – percorsi anche molti differenti tra loro, magari divisi dall'accettazione o meno della tesi della connessione necessaria tra diritto e morale, negata dai giuspositivisti (anche di taglio inclusivo) e, invece, senz'altro accettata almeno da alcuni autori comunemente ascritti al neocostituzionalismo, come Alexy²¹.

Questa convergenza da diversi fronti non è peraltro rimasta senza conseguenze sulla pratica giuridica di matrice giurisdizionale, che anzi si è ormai largamente adeguata a quella che può probabilmente definirsi la contemporanea *koiné* costituzionale. Anche se non mancano forti voci critiche contro quelli che sono stati definiti i «giusmoralisti» (Carrino, 2019, *passim*) – rei di determinare una grave “invasione di campo” a scapito dell'ambito che dovrebbe restare riservato alla legislazione democratica – l'approccio per principi, il bilanciamento e il vasto ricorso alle risorse della moralità politica per sciogliere importanti nodi giuridici del contemporaneo vivere associato rappresentano

¹⁹ Comanducci, 2002, 96 ss.

²⁰ Alexy, 1994, 102 ss.; Alexy, 2002a, 27 ss.; Alexy, 2003, 433 ss.; Alexy, 2011, 11 ss.

²¹ Sieckmann, 2021, 720 ss.

oggi altrettanti pilastri non solo delle giurisdizioni costituzionali, ma anche di quelle comuni e sovranazionali.

II.1.3. *Principi e regole tra distinzioni forti e distinzioni deboli*

Come spesso accade, tuttavia, l'ampio consenso su determinati approdi teorici nasconde altrettanto ampi disaccordi sol che i temi in questione vengano osservati con un grado maggiore di dettaglio. Così accade anche per il tema qui trattato. A dispetto della pressoché generale acquisizione alla comune cultura giuridica della distinzione tra regole e principi e della diffusione della "logica principialista" non solo nella letteratura scientifica, ma anche, e sempre di più, nella pratica quotidiana delle corti costituzionali e delle aule di tribunale, l'individuazione degli aspetti che differenziano le prime dalle seconde è tema sommaramente incerto e dibattuto²². Già Alexy evidenziava come la distinzione tra principi e regole fosse caratterizzata da «confusione e dispute», venendo offerta, al riguardo, una «molteplicità sconcertante di criteri di distinzione» (Alexy, 1994, 102); ma si può dire che la situazione non è molto mutata da allora. La confusione è anzi forse aumentata, di pari passo con la diffusione dell'argomentazione per principi nella dottrina e nella giurisprudenza.

In questa sede, è impossibile procedere ad un'analitica mappatura dei vari modi in cui la distinzione in questione è stata presentata. Ci si deve quindi limitare soltanto all'elencazione dei vari profili – peraltro, come dovrebbe risultare intuitivo, spesso fortemente legati tra loro – che, secondo le elaborazioni dottrinali maggiormente diffuse, distinguono regole e principi²³. A tale riguardo, si può fare riferimento: *a*) al maggiore livello di generalità dei secondi rispetto alle prime; *b*) al maggior valore assiologico delle norme-principio nell'ambito dell'ordinamento (o del settore) considerato; *c*) al rapporto con le c.d. giustificazioni di fondo, nel senso che i principi proclamano il valore verso il quale tendono, senza tuttavia individuare lo specifico comportamento da seguire nelle varie situazioni, mentre, al contrario, le regole individuano un comportamento da seguire in vista di un determinato valore, ma non individuano il valore stesso, rispetto al quale sono opache; *d*) al carattere "aperto" delle condizioni di applicazione dei principi, a fronte del carattere "chiuso" delle condizioni di applicazione delle regole; *e*) alla diversa struttura del precetto, nel senso che i principi sarebbero qualificabili come "norme categoriche", in

²² Gianformaggio, 1985, 69 ss.; Comanducci, 1988, 81 ss.; Bin, 1992, 9 ss.; Mengoni, 1996, 126 ss.; Moreso, 1998, 79 ss.; Zagrebelsky, 2008, 210 ss.

²³ Guastini, 2006, 154 ss.; Martínez Zorrilla, 2010, 139 ss.; Pino, 2010, 52 ss.; Luzzati, 2012, 29 ss.; Pino, 2016, 85 ss.

ragione della difficoltà (o addirittura dell'impossibilità) di individuare il presupposto di fatto della loro applicazione, mentre le regole avrebbero senz'altro la struttura di norme ipotetiche, del tipo *se-allora*; *f*) al grado di definizione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla loro applicazione, chiaramente predeterminato per le regole, a differenza di quel che accadrebbe per i principi; *g*) alla defettibilità dei principi – ossia la loro idoneità, in determinate circostanze, a cedere rispetto a principi concorrenti – a fronte della non defettibilità delle regole; *h*) alle modalità operazionali, essendo i principi destinati ad operare tramite il meccanismo del bilanciamento, mentre le regole opererebbero tramite la tecnica della sussunzione, in forza della quale la riconduzione della fattispecie concreta oggetto del giudizio alla fattispecie astratta prevista dalla parte ipotetica della regola (il “*se*”) determinerebbe senz'altro il prodursi della conseguenza giuridica (l’“*allora*”).

Una questione sulla quale è importante soffermarsi è quella della diversa relazione che intrattengono regole e principi con i comportamenti prescritti e con la “giustificazione di fondo” dalla quale sono sostenuti²⁴, ossia l'obiettivo verso il quale tendono. Come osserva Ávila²⁵, le prime individuano in via diretta e immediata il comportamento da seguire, in vista del raggiungimento di un determinato fine. Tuttavia – e qui è invece possibile fare riferimento al contributo di Schauer – se in molti casi l'applicazione di una regola condurrà a un risultato coincidente a quello che si otterrebbe applicando direttamente al caso concreto la giustificazione di fondo della regola, in un numero significativo di situazioni il risultato sarà peggiore, meno soddisfacente e, in definitiva, diverso da quello che si otterrebbe utilizzando direttamente la menzionata giustificazione di fondo²⁶. In queste circostanze, la regola è subottimale, in quanto caratterizzata da sovrainclusione – ossia dalla circostanza di comprendere nel proprio ambito di applicazione anche casi in relazione ai quali il collegamento con il fine o il valore cui la norma tende appare debole o, comunque, non sufficientemente solido da “resistere” alla pressione derivante da un principio concorrente – ovvero, al contrario, da sottoinclusione, escludendo dal proprio ambito di applicazione casi che invece la giustificazione di fondo spingerebbe a ricomprendervi. L'approccio per regole, dunque, paga la certezza del precetto giuridico con il rischio della sua subottimalità²⁷.

Al contrario, i principi individuano uno «stato di cose» (Ávila, 2014, 53) giuridicamente meritevole di essere realizzato e prescrivono l'adozione di tutte quelle condotte e di quei comportamenti di volta in volta necessari a rag-

²⁴ Schauer, 1991, 166.

²⁵ Ávila, 2014, 53 ss.

²⁶ Ávila, 2014, 56.

²⁷ Schauer, 1991, 166 ss.

giungere tale obiettivo. Come si è detto (§ II.1.1), sono “trasparenti” rispetto ai valori sottostanti²⁸. In tale ottica, si è fatto notare come la loro applicazione richieda essenzialmente una valutazione circa la necessità dei comportamenti di volta in volta considerati in vista del raggiungimento dell’obiettivo: ciò che evidentemente comporta un minor grado di determinazione delle condotte prescritte rispetto a quanto accade nell’approccio «per regole» (Ávila, 2014, 57), anche se le virtù adattative dei principi consentono di individuare, nelle diverse classi di casi, il comando giuridico maggiormente adeguato alla situazione considerata nel suo complesso.

Dalla circostanza da ultimo citata dipende, inoltre, quella che è possibile chiamare la “forza iusgenerativa” dei principi, ben evidenziata, ad esempio, tra i contributi presenti nel volume, da quello di Olivito sulla garanzia delle minoranze (§ II.12). I principi sono norme che – proprio per il fatto di imporre il raggiungimento di un obiettivo “al massimo possibile” – sono in grado di “generare” un numero indeterminato di precetti giuridici aventi la struttura delle regole, con riferimento alle specifiche classi di casi che vengono di volta in volta in considerazione, proprio al fine di identificare i comportamenti che, in tali circostanze, devono essere seguiti. Si tratta di un aspetto che li differenzia significativamente dalle regole, le quali, com’è stato autorevolmente osservato, «esauriscono in se stesse la loro portata», non avendo «alcuna forza costitutiva di qualcosa al di fuori di loro» (Zagrebel'sky, 1992, 148).

La veloce (e inevitabilmente sommaria) mappatura sopra proposta, ad ogni modo, non può in alcun modo essere considerata soddisfacente, se non si considera che le differenti proposte di distinzione appena richiamate – peraltro suscettibili di essere combinate tra loro in vario modo – vengono, per così dire, percorse trasversalmente dalla divisione, che si registra in dottrina, tra le teorie della distinzione “forte” o “qualitativa” e le teorie della distinzione “debole” o “quantitativa”²⁹. Per il secondo gruppo di teorie, gli aspetti sopra illustrati non indicherebbero caratteristiche senz’altro esclusive dei principi o delle regole, bensì caratteri che tendenzialmente sarebbero propri, rispettivamente, degli uni ovvero delle altre, ma dai quali, a ben guardare, nessuna delle due categorie di norme potrebbe ritenersi del tutto esclusa.

Particolarmente significativa è, sul punto, la questione della defettibilità, che a prima vista parrebbe dover essere rigorosamente limitata ai principi, in ragione della struttura se-allora delle regole, le quali non potrebbero dunque “cedere” dinanzi ad una norma concorrente nel caso in cui si verifichi la circostanza dedotta nella premessa. I sostenitori della tesi della distinzione debole sostengono, al riguardo, che, invece, nella pratica giuridica si darebbero ca-

²⁸ D’Atena, 1997, 3071.

²⁹ Comanducci, 1988, 86 ss.; Pino, 2016, 76 ss.

si in cui le regole cedono dinanzi a norme che in concreto appaiono concorrenti, in modo non dissimile da quanto accade per i principi, partecipando, dunque, a meccanismi di bilanciamento al pari di questi ultimi, anche se – e qui starebbe la differenza quantitativa – ciò accadrebbe in un numero limitato di casi. Secondo tale prospettiva – sostenuta tra gli altri, da Moreso³⁰, Comanducci³¹ e Ávila³² – si darebbero dunque casi in cui una regola *prima facie* applicabile si pone in conflitto con un principio, il quale, in considerazione del suo maggior rilievo assiologico, debba infine prevalere: in questi casi – così sostiene l'argomento in esame – la regola cede, in modo non dissimile da quanto farebbe un principio concorrente in una operazione di bilanciamento. Si può sintetizzare il punto con le parole di Moreso: «il giudice deve valutare se il dovere imposto da una regola giuridica non sia superato dal dovere imposto da un qualche principio, e solo se non è superato applicare la regola» (Moreso, 1988, 88). Solitamente tali argomenti sono accompagnati dall'elencazione di una serie di casi in cui in effetti – e con buona ragione – significative vicende giudiziarie si sono atteggiate nel modo accennato o di casi ipotetici che non potrebbero che essere risolti in tal modo³³. Ed anche lo stesso celebre caso *Riggs v. Palmer*³⁴ – utilizzato da Dworkin, com'è noto, per illustrare la distinzione tra principi e regole – viene riletto in questa chiave. In quella situazione, infatti, il principio secondo cui “nessuno può trarre profitto da un proprio atto illecito” determina la mancata applicazione da parte del giudice delle regole che disciplinano il fenomeno della successione *mortis causa* nello Stato di New York e consentirebbero invece al colpevole dell'omicidio del *de cuius* di ereditare da quest'ultimo³⁵. L'esempio mostrerebbe la defettibilità delle regole della successione *mortis causa*, e con essa l'assottigliarsi della distinzione tra principi e regole, che sarebbe – come si accennava – quantitativa, e non qualitativa: nel senso che la defettibilità, e il meccanismo del bilanciamento a cui la stessa è connessa, verrebbero in rilievo senz'altro più spesso nell'applicazione dei principi, e tuttavia le regole non ne sarebbero affatto escluse.

Di contro, i sostenitori della tesi della distinzione forte ritengono che, se non tutte, almeno alcune delle caratteristiche sopra illustrate siano possedute soltanto dai principi e in nessuna misura dalle regole. Rileverebbero in particolare – e questa è la classica prospettiva di Alexy³⁶ – le caratteristiche sopra

³⁰ Moreso, 1998, 88; Moreso, 2002, 19 ss.

³¹ Comanducci, 1988, 85 ss.

³² Ávila, 2014, 32 ss.

³³ Moreso, 1988, 79 ss.; Prieto Sanchís, 2013, *passim*; Ávila, 2014, 32 ss.

³⁴ Court of Appeals of New York, 115 NY, 22 N.E. 188, *Riggs v. Palmer* (1889).

³⁵ Moreso, 1988, 88.

³⁶ Alexy, 1994, 108 ss.

indicate *sub g)* e *b)*): solo i principi sarebbero suscettibili di essere oggetto di bilanciamento, mentre le regole potrebbero essere applicate soltanto tramite il meccanismo della sussunzione. Correlativamente, la “defettibilità” riguarderebbe solo i primi e non le seconde. Nel caso di conflitto tra una regola e un’altra norma sarebbe dunque possibile fare ricorso esclusivamente ai tradizionali criteri di soluzione delle antinomie normative.

Senza che sia possibile in questa sede approfondire più di tanto il tema, è possibile notare come tale ultimo approccio appaia nel complesso più convincente. Il meccanismo se-allora ha, infatti, una necessarietà logico-giuridica dalla quale non è possibile evadere, poiché non vi è nulla nella struttura logica delle regole che consente di evitare il prodursi della conseguenza giuridica nei casi in cui si verifichi la premessa. Ciò accade, invece, nella struttura logica dei principi: intendendo gli stessi quali precetti di ottimizzazione, che impongono di conseguire un risultato nella misura massima consentita dalle possibilità di diritto e di fatto³⁷, la possibilità della loro non applicazione in singole vicende giuridiche risalta subito agli occhi. Se si condivide questa premessa, si concorderà anche sulla necessità di andare alla ricerca di una diversa ricostruzione di ciò che avviene alle regole nei casi cui i sostenitori della tesi della distinzione debole vedono manifestazioni della loro supposta defettibilità. E, in effetti, tale diversa ricostruzione è a portata di mano.

Le circostanze in cui, nella pratica del diritto, parrebbe a prima vista che non si producano le conseguenze giuridiche prescritte da una regola per un caso, che pure rientra nel suo ambito di applicazione, devono infatti essere lette, piuttosto che come casi di defettibilità delle regole, alla stregua di vicende in cui si estrae in via interpretativa dalla disposizione considerata una prima ipotesi di norma-regola, che possiamo definire una “regola-*prima facie*”. Successivamente – ma qui la scansione è, evidentemente, più logica che temporale – si ritiene, però, la “regola-*prima facie*” gravata da un problema di sovrainclusione, nel senso specificato più sopra. Tale sovrainclusione può dipendere o da un debole collegamento con la giustificazione di fondo della regola o dalla considerazione di altre norme aventi carattere di principio, che per il caso concreto spingono in una direzione opposta rispetto a quella voluta dalla “regola *prima facie*”, o magari da una combinazione delle due ipotesi. La “regola *prima facie*”, in altre parole, appare caratterizzata dalla circostanza di comprendere nel proprio ambito di applicazione anche casi in relazione ai quali il collegamento con il fine o il valore cui la norma tende appare debole o addirittura inesistente, e magari per i quali un principio giuridico (che ben potrebbe essere di rango costituzionale) spinge verso una soluzione opposta a quella richiesta dalla regola. Ebbene, in simili circostanze l’interprete torna a riconsi-

³⁷ Alexy, 1994, 106.

derare la disposizione che esprime la regola in questione, rimodulando la fattispecie che individua il suo ambito di applicazione in modo tale da escludere il caso (meglio, la classe di casi) nella specie oggetto di valutazione.

In sintesi, si tratta di situazioni in cui, magari alla luce della considerazione di un'altra norma presente nell'ordinamento, si scarta la "regola *prima facie*" e si procede all'individuazione di una norma-regola che possiamo definire "regola *all thing considered*", con la quale si chiude il processo interpretativo. La regola così individuata non soffre eccezioni e viene applicata tramite un procedimento sussuntivo, anche se è ovviamente possibile che in futuro anche tale regola venga sfidata da un nuovo caso o da una nuova classe di casi, rispetto ai quali si ponga parimenti un problema di sovrainclusione. Se vi è un bilanciamento, in questi casi avviene a monte dell'applicazione della regola, tra il principio di cui questa è concretizzazione e un concorrente principio, ed è volto a guidare il procedimento interpretativo della regola stessa. Ma ciò non toglie che, una volta ridefinito l'ambito di applicazione di quest'ultima, sia necessario fare ricorso alla sussunzione.

Vista così la questione, non pare di essere di fronte a nulla di insolito: si tratta, infatti, di niente di diverso da casi in cui si sviluppano processi interpretativi caratterizzati da elementi di circolarità, conformemente all'insegnamento ermeneutico secondo il quale le operazioni di comprensione di un testo muo-
vono da un progetto iniziale esposto a successive revisioni a seguito di una più completa conoscenza dell'oggetto da comprendere³⁸. Nel nostro caso, nella misura in cui tali processi risultano orientati dalla considerazione di un principio, si ricade peraltro nell'ambito dell'interpretazione sistematica, poiché la norma-regola desunta da una disposizione viene individuata anche alla luce di altre norme esistenti nell'ordinamento. Anche *Riggs v. Palmer*³⁹, dunque, merita di esser letto in tal modo: lì il giudice dello Stato di New York, dopo aver considerato il principio secondo cui "nessuno può trarre profitto da un proprio atto illecito", individuò una regola inerente alla successione *mortis causa* che escludeva il diritto di succedere per l'omicida del proprio dante causa. Le regole, quindi, non tradiscono mai la propria vocazione: solo che il procedimento interpretativo volto a desumerle dalle disposizioni vigenti è complesso, e deve necessariamente considerare anche altre disposizioni, ed altre norme, sovente aventi le caratteristiche dei principi, i quali dunque intervengono (ed anche con un ruolo cruciale) nella definizione della regola giuridica. Ma una volta che tale definizione è avvenuta, le conclusioni cui giungeva Dworkin restano valide: l'applicazione avviene secondo le modalità del *tutto-o-niente*, e non c'è spazio per la defettibilità.

³⁸ Gadamer, 1986, 551 ss.

³⁹ Court of Appeals of New York, 115 NY, 22 N.E. 188, *Riggs v. Palmer* (1889).

II.1.4. *Il nodo del bilanciamento*

II.1.4.1. *Aspetti strutturali*

Se dunque si può convenire con chi sostiene che il bilanciamento sia la tecnica di applicazione propria dei principi (§ II.1.3), molta strada ancora si dovrebbe fare per chiarire come in concreto tale applicazione possa essere portata a termine. In questa sede, non è ovviamente possibile affrontare tutti gli aspetti rilevanti al riguardo. Pare però necessario soffermarsi almeno su alcuni profili strutturali, sostanziali e procedurali della tecnica della ponderazione.

Quanto al primo, deve innanzitutto essere “sfatato il mito”, che sovente riemerge con varie fattezze nei discorsi sui temi qui affrontati, della possibilità – o, addirittura, della necessità – di decidere singoli casi concreti tramite operazioni di bilanciamento, facendo “reagire” direttamente questi ultimi con i principi di volta in volta coinvolti e giungendo così a bilanciamenti c.d. *ad hoc*. In tale ottica, la ponderazione, in quanto imperniata su gerarchie assiologiche mobili, farebbe senz’altro a meno del ragionamento sussuntivo, esponendosi conseguentemente alle critiche di chi ha evidenziato il rischio di soggettivismo valutativo e di irrazionalità⁴⁰. Di contro, pare invece difficile negare che ogni decisione giurisdizionale, anche se fondata su principi, debba necessariamente “transitare” per l’individuazione di una regola, sia pure solo a livello giurisprudenziale, caratterizzata da una premessa e da una conseguenza⁴¹. Tale conclusione è basata sulla necessità di motivare la scelta effettuata tramite il ricorso ad argomenti intersoggettivamente condivisibili. Perché la decisione sia qualcosa di più del capriccio dell’interprete, infatti, dev’essere possibile individuare il complesso delle circostanze rilevanti che la rendono necessaria⁴². All’esito di ogni operazione di bilanciamento sarà dunque necessario individuare la classe di casi per la quale si ritiene giuridicamente obbligata la soluzione proposta, in modo tale da invocare il consenso dell’uditorio della decisione giurisdizionale sulla correttezza della scelta effettuata e proiettarla nel futuro per tutti i casi che condividono con quello deciso le caratteristiche essenziali. Tale approccio risulta evidente soprattutto in quelle ricostruzioni che hanno insistito più di altre sulla necessità che le decisioni adottate a seguito della ponderazione tra principi siano suscettibili di universalizzazione, anche al fine della loro controllabilità razionale, e che dunque – quale esito del giudizio di bilanciamento – sia necessario mettere a punto precetti condizionati (ossia regole) che per classi

⁴⁰ Guastini, 1996, 145; Guastini, 2006, 158.

⁴¹ Chessa, 2019, 107.

⁴² Moreso, 2002, 19 ss.