

## CAPITOLO I

# COSTITUZIONALISMO E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. La Dichiarazione d'indipendenza degli Stati nordamericani e la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. – 2. Il cammino dei diritti nella sistematica dei documenti costituzionali. – 3. Il rapporto «costitutivo» tra la Costituzione ed i diritti fondamentali. – 3.1. Le tecniche giuridiche. – 3.1.1. La «copertura organizzativa» dei diritti fondamentali. – 3.1.2. La superiorità della Costituzione. – 3.1.3. L'autosufficienza del riconoscimento dei diritti di libertà. – 4. L'avvento dei diritti sociali e la modificata percezione della Costituzione. – 5. L'internazionalizzazione della tutela dei diritti umani e le sue incidenze costituzionali.

### *1. La Dichiarazione d'indipendenza degli Stati nordamericani e la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*

La tutela dei diritti fondamentali costituisce il baricentro, il cuore, del costituzionalismo.

Ciò si riflette sui caratteri della fonte del diritto nella quale questo ha trovato la propria espressione emblematica: la Costituzione. La quale, pur essendo riconducibile alla categoria generale degli atti normativi (degli atti, cioè, idonei a produrre risultati prescrittivi conformi al proprio contenuto), presenta alcune irripetibili specificità. Ai fini che qui interessano, va sottolineata una specificità di tipo contenutistico. La Costituzione, infatti, per essere tale (per corrispondere al paradigma proprio della tradizione del costituzionalismo), deve avere un certo contenuto, in difetto del quale non è una Costituzione.

Per quanto riguarda tale contenuto, il pensiero non può non andare ai due grandi documenti dai quali è stata solennemente inaugurata la stagione storica che sarebbe poi proseguita con la diffusione delle Carte costituzionali in tutto il mondo: la Dichiarazione d'indipendenza degli Stati nor-

damericani (la Dichiarazione di Filadelfia del 1776) e la *Déclaration* francese (la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789).

La Dichiarazione di Filadelfia è un documento formidabile, rivoluzionario, nel quale si afferma, in modo assolutamente perentorio: «Noi consideriamo queste verità auto-evidenti: che tutti gli uomini sono stati creati eguali; che essi sono stati dotati dal loro Creatore di certi inalienabili diritti; che tra tali diritti figurano la vita, la libertà, e il perseguimento della felicità»<sup>1</sup>. Questa enunciazione è il manifesto del costituzionalismo. La pretesa dei coloni americani, che, nel corso della guerra d'indipendenza, sentono il bisogno di adottare questo documento, è di costruire una nuova società, un mondo che non sia «nuovo» soltanto in senso geografico, ma anche per i valori posti alla sua base, frontalmente contrapposti a quelli contemporaneamente in auge nelle società europee dell'*ancien régime*.

La dichiarazione francese è un documento meno ispirato, è un documento laico, privo del substrato religioso che così profondamente impronta la dichiarazione di Filadelfia. È, però, tecnicamente ineccepibile: un fulgido esempio di chiarezza cartesiana. «Uno Stato – vi si legge – nel quale non è assicurata la garanzia dei diritti né è determinata la separazione dei poteri è privo di Costituzione»<sup>2</sup>. È una definizione folgorante.

Il dato che emerge da queste due dichiarazioni è che non c'è Costituzione senza tutela dei diritti. Il che significa che i documenti degli Stati autoritari che si autoqualificano «Costituzione», Costituzioni non siano, come ebbe a dire Peter Häberle, a proposito della Costituzione della Repubblica democratica tedesca, in un seminario presso l'Università di Roma «Tor Vergata», al quale era stato invitato dallo scrivente all'indomani del crollo del muro di Berlino.

## 2. *Il cammino dei diritti nella sistematica dei documenti costituzionali*

La Dichiarazione di Filadelfia e la Dichiarazione francese, pur essendo documenti fondamentali, non erano autentiche costituzioni. Non erano, cioè, atti normativi rivolti a disciplinare il rapporto tra l'autorità e la libertà

---

<sup>1</sup>«We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness».

<sup>2</sup>«Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

nella linea indicata dal citato art. 16 della *Déclaration* francese.

Essi, tuttavia, hanno esercitato una profonda influenza sui successivi documenti costituzionali: a partire dalle due Costituzioni che storicamente hanno segnato il punto di non ritorno nel processo di affermazione del costituzionalismo: la Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787 e la Costituzione francese del 1791.

Non è – d'altra parte – un caso che comunemente si faccia coincidere con questi eventi la nascita dello *Stato moderno*. Il quale è così intrinsecamente compenetrato con la Costituzione, da essere frequentemente definito *Stato costituzionale*.

Un altro punto non controverso è rappresentato dal riconoscimento che – sulla scia delle due «Dichiarazioni» ricordate nel paragrafo precedente, le costituzioni moderne intrattengano un *rapporto costitutivo* con i diritti fondamentali: traendo proprio dall'esigenza di tutelare questi ultimi la loro più profonda ragion d'essere.

In relazione a questo punto va, tuttavia, segnalato un paradosso. Ci si riferisce alla circostanza che le due costituzioni appena ricordate contenevano una disciplina eminentemente organizzativa: si occupavano, cioè, più del potere sovrano che dei diritti da far valere nei confronti di esso.

Si tratta, però, di un paradosso soltanto apparente.

Non tanto – si badi – perché in una di tali costituzioni la disciplina dei diritti non fosse del tutto assente. Ci si riferisce alla Costituzione francese del 1791, che dedicava alle libertà l'art. 1 del Titolo I, da cui erano contemplate: la libertà personale, la libertà di circolazione, la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di riunione.

Non deve, infatti, dimenticarsi che, in entrambi gli ordinamenti, discipline scritte dei diritti fondamentali, quand'anche non formalmente inserite nel testo della Costituzione, erano contenute in documenti costituzionali che, in qualche modo, facevano corpo con esso.

In Francia questa funzione era adempiuta dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

Dietro questa scelta, c'è la dottrina del diritto naturale, improntata, com'è noto, dalla convinzione che i diritti non spettino all'uomo perché ad esso concessi da un legislatore positivo, ma per la sua qualità di essere umano. Di qui, la preoccupazione che l'inserimento in Costituzione di una compiuta disciplina dei diritti fondamentali potesse accreditare l'idea che i diritti traggano la propria origine dalla Costituzione (e che, pertanto, siano disponibili dal legislatore costituzionale, il quale, come li ha concessi, potrebbe revocarli). Coerente con questa preoccupazione è stata la scelta di non collocare la disciplina dei diritti nella Costituzione, in un documento,

cioè, che «costituisce» – e, quindi, crea – le situazioni giuridiche soggettive da esso contemplate, ma in una «dichiarazione», provvista di valore ricognitivo, essendo chiamata ad elencare diritti già esistenti<sup>3</sup>.

Può non essere inutile segnalare di passaggio che in Francia questa sensibilità giusnaturalistica si è rivelata un elemento persistente, come confermano – per limitare l'attenzione ai documenti costituzionali più recenti – i preamboli alle Costituzioni del 1946 e del 1958. Nel secondo – che è quello vigente – si legge che «il popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo ed ai principi della sovranità nazionale così come sono stati definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946»<sup>4</sup>.

Per l'esperienza nord-americana, il discorso è parzialmente diverso.

Non che fossero del tutto assenti motivi analoghi a quelli sviluppati in Francia. Si pensi al numero 84 dei *Federalist Papers*, dovuto alla penna di Alexander Hamilton, nel quale si illustrano le ragioni per le quali la Costituzione federale non deve occuparsi della libertà di manifestazione del pensiero. La previsione del divieto di censura, infatti, come sottolinea l'autore, postulerebbe l'esistenza del potere della Costituzione federale di occuparsene (e, quindi, anche di revocare la decisione originaria)<sup>5</sup>. Preferibile, quindi, che il testo costituzionale mantenga in proposito un assoluto silenzio.

<sup>3</sup> Sul punto, ad esempio: TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris 1994, cap. XX.

<sup>4</sup> Per completare il quadro, è il caso di aggiungere che, sin dall'inizio, alla Dichiarazione del 1789 si è riconosciuta una portata giuridicamente impegnativa. Il preambolo di tale atto, infatti, chiariva che la funzione dello stesso non fosse soltanto quella di «ricordare senza posa ai membri del corpo sociale i loro diritti», ma anche – si badi – quella di «consentire che gli atti del potere legislativo e gli atti del potere esecutivo fossero in ogni istante raffrontati a questi».

<sup>5</sup> «I go further, and affirm that bills of rights, in the sense and in the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed constitution, but would even be dangerous. They would contain various exceptions to powers which are not granted; and on this very account, would afford a colourable pretext to claim more than were granted. For why declare that things shall not be done which there is no power to do? Why for instance, should it be said, that the liberty of the press shall not be restrained, when no power is given by which restrictions may be imposed? I will not contend that such a provision would confer a regulating power; but it is evident that it would furnish, to men disposed to usurp, a plausible pretence for claiming that power. They might urge with a semblance of reason, that the constitution ought not to be charged with the absurdity of providing against the abuse of an authority, which was not given, and that the provision against restraining the liberty of the press afforded a clear implication, that a power to prescribe proper regulations concerning it, was intended to be vested in the national government. This may serve as a specimen of the numerous handles which would be given to the doctrine of constructive powers, by the indulgence of an injudicious zeal for bills of rights».

Ciò che faceva la differenza tra l'impostazione nord-americana e l'impostazione francese era la struttura dello Stato fondato dalla Costituzione del 1787. Che non era uno Stato unitario centralizzato, ma uno Stato federale: uno Stato, cioè, composto – a propria volta – da Stati. Nella specie, infatti, tali Stati – le 13 ex colonie emancipatesi dalla madrepatria inglese a seguito della guerra d'indipendenza – non solo si erano precedentemente dotati di costituzioni, ma avevano in tali atti dettato discipline molto articolate dei diritti fondamentali. Tra il 1776 ed il 1784, infatti, otto Stati su tredici avevano adottato la propria carta costituzionale, disciplinando i diritti con norme fortemente anticipatrici delle discipline costituzionali successive. Si pensi – ad esempio – che nella Costituzione del North Carolina del 1776 era contenuta una disciplina del «giusto processo» provvista di impressionanti punti di contatto con quella che sarebbe stata introdotta nella Costituzione italiana nel 1999, in sede di revisione dell'art. 111. Ci si riferisce alla norma in forza della quale: «in ogni processo penale, ciascuno ha diritto di essere informato dell'accusa contro di lui e di mettere a confronto gli accusatori ed i testimoni con altri testimoni»<sup>6</sup>.

L'esistenza di discipline costituzionali locali ha contribuito al consolidamento dell'idea che, in un ordinamento federale, la materia dei diritti fosse una materia *riservata* alle Costituzioni degli Stati membri; e, quindi, sottratta alla Costituzione federale. Onde – tra l'altro – la configurazione di quest'ultima come Costituzione parziale (*Teilverfassung*, secondo la terminologia tedesca), destinata a combinarsi con le Costituzioni locali. E destinata, quindi, a dar vita – in virtù appunto di tale combinazione sistematica – ad una disciplina costituzionale completa (risultante dalla somma tra i due livelli costituzionali): una disciplina che copriva anche la materia dei diritti (sul punto, *infra*, cap. IV, par. 11.3).

Tale impostazione ha influenzato profondamente anche il costituzionalismo federale europeo. Come confermano le Costituzioni federali elvetiche del 1848 e del 1874 e le due costituzioni federali tedesche del 1867 e del 1871, che non contenevano discipline dei diritti e delle libertà.

È, peraltro, noto che essa è stata superata dall'evoluzione costituzionale

---

<sup>6</sup>Per rendersi conto delle assonanze tra tale disciplina e quella che sarebbe stata introdotta in Italia 223 anni dopo dalla legge cost. n. 2/1999, è sufficiente ricordare che quest'ultima – tra l'altro – prevede che, «nel processo penale, la legge [assicuri] che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; ... [e che essa] abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore».

successiva. Nella quale si è registrata la progressiva *nazionalizzazione* della disciplina dei diritti fondamentali, per effetto del suo inserimento nel testo costituzionale federale. Il che, mentre negli Stati Uniti d'America ed in Svizzera (fino alla Costituzione del 1999) è avvenuto mediante emendamenti costituzionali, in Germania si è verificato nel passaggio dalla Costituzione del 1871 (la Costituzione bismarckiana) alla Costituzione di Weimar del 1919. Quest'ultima, infatti, a differenza della prima, conteneva un'organica disciplina dei diritti.

Se si tiene conto di tutto ciò, non può sorprendere che, nel mondo contemporaneo, la disciplina costituzionale dei diritti fondamentali e delle libertà abbia raggiunto un tale grado di diffusione da configurarsi come un'autentica *costante*. Né può sorprendere che essa abbia profondamente influenzato la stessa *architettura sistematica* dei documenti costituzionali. I quali contengono normalmente una sezione – variamente denominata (parte, titolo, capitolo, ecc.) – specificamente dedicata ai diritti spettanti ai singoli ed ai gruppi nei confronti dello Stato (nonché, di regola, ai doveri su essi incombenti).

### 3. *Il rapporto «costitutivo» tra la Costituzione ed i diritti fondamentali*

Per evitare equivoci, deve, a questo punto, aggiungersi che il riconoscimento di un *rapporto costitutivo* tra la Costituzione ed i diritti fondamentali non si risolve nella constatazione che tra gli oggetti regolati dalla prima rientri la materia dei diritti, ovvero in quella che la Costituzione si configuri come una tecnica di protezione dei diritti fondamentali. Con tale riconoscimento si allude infatti ad un dato più pregnante: alla circostanza che i diritti fondamentali diventano tali (e, cioè: *diritti in senso giuridico*) proprio in virtù della disciplina costituzionale.

Per rendersene conto, è sufficiente rilevare che la libertà esisteva anche anteriormente all'avvento delle prime costituzioni. I sudditi dell'*ancien régime* non vivevano in catene, o, in altri termini, non erano materialmente privati della loro libertà. La libertà di cui fruivano, tuttavia, era una libertà *effettuale*. La quale non formava oggetto di un *diritto* nei confronti dello Stato. Per riprendere le celeberrime parole dedicate all'argomento da Alexis de Tocqueville nel classico *L'ancien régime et la révolution*<sup>7</sup>, può dirsi

---

<sup>7</sup> TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution* (1856), vol. 4 delle *Oeuvres complètes*, VII ed., Paris 1866, cap. XI, nel quale l'autore si intrattiene su *l'espèce de liberté qui se rencontra sous l'ancien régime*.

che essa era «una specie di libertà irregolare ed intermittente [...] legata ad un'idea di eccezione e di privilegio, che [...] non giungeva mai a concedere a tutti i cittadini le garanzie più naturali e più necessarie». Tale libertà, quindi, non tutelava i singoli nei confronti del potere sovrano. Il quale, a proprio capriccio, poteva farla cessare, mediante un semplice ordine di traduzione alla Bastiglia.

Con le Costituzioni, invece, le libertà assunsero al rango di diritti: configurandosi come limiti all'azione del potere sovrano.

### 3.1. *Le tecniche giuridiche*

Passando a considerare le tecniche impiegate, è il caso di osservare preliminarmente che si tratta di tecniche giuridiche di straordinaria efficacia, le quali realizzano una sintesi felicissima tra lo scopo e il mezzo. Non si pecca di enfasi, se si afferma che il momento della nascita delle prime Costituzioni è stato un momento magico nella storia dell'umanità, un momento di grande creatività. Il quale può essere accostato a quello vissuto da Atene nell'età di Pericle: un'età, in cui, non solo si tenne a battesimo la democrazia, come oggi siamo abituati a pensarla, ma alla quale si deve l'elaborazione di molte delle regole che governano i processi di decisione democratica, come quelle che presiedono alle tecniche di voto, al computo delle maggioranze, alla fissazione dell'ordine del giorno<sup>8</sup>.

#### 3.1.1. *La «copertura organizzativa» dei diritti fondamentali*

La prima tecnica di cui il costituzionalismo fa uso per garantire i diritti di fondamentali è quella della loro copertura organizzativa<sup>9</sup>. In genere, si parla di copertura finanziaria, alludendo al fatto che le leggi debbono indi-

---

<sup>8</sup>In argomento, per tutti: LANZILLOTTA, *Sulla formazione del concetto di democrazia*, in D'ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma 1998, 20 s.; LANZILLOTTA, *Correnti costituzionali nel IV secolo a. C.*, in D'ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Da Omero alla Costituzione europea. Costituzionalismo antico e moderno*, Tivoli 2003, 133 ss. Ricca di informazioni, al riguardo, la parte dedicata alla Costituzione democratica ateniese da Margherita Guarducci in un'opera ormai classica: GUARDUCCI, *Epigrafia greca. II. Epigrafi di carattere pubblico*, Roma 1969, 5 ss.

<sup>9</sup>Il concetto di «copertura organizzativa» usato nel testo è una trasposizione del concetto di «copertura amministrativa», elaborato da Romano Bettini (BETTINI, *Il teorema della copertura amministrativa delle leggi*, in *Sociologia del diritto*, 1990).

care i mezzi finanziari per far fronte alle spese che esse prevedono. Parlando, nel contesto del costituzionalismo, di copertura organizzativa, si fa riferimento alla circostanza che né la Costituzione né la tutela costituzionale dei diritti si risolvono senza residui in un catalogo dei diritti stessi (o delle libertà). Il catalogo, infatti, *riceve senso* dalla disciplina organizzativa contestualmente dettata dal medesimo documento costituzionale. E solo se tale disciplina presenta certi caratteri, assolve alla sua funzione garantistica. Del che – sia detto per inciso – mostravano piena consapevolezza gli autori della citata Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, quando, all'art. 16, affermavano che alla sussistenza della costituzione fossero necessarie, tanto la disciplina dei diritti quanto la divisione dei poteri. Come si ricorderà, infatti, in essa si legge che «una società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti né è determinata la separazione dei poteri è priva di costituzione».

Traducendo questa enunciazione in termini contemporanei, può dirsi che le due parti in cui la disciplina costituzionale può essere sistematicamente scomposta – la *parte sostanziale* (disciplina dei diritti e dei doveri) e la *parte organizzativa* (disciplina del potere sovrano) – non possono essere considerate come variabili indipendenti, combinabili a piacimento.

Una conferma – a suo modo – esemplare di tale relazione è offerta dalle costituzioni dei paesi socialisti, le quali – a partire da un certo momento (in URSS dal 1936) – hanno iniziato a riconoscere i diritti fondamentali.

È vero che in molti casi tali diritti erano strutturati diversamente dai corrispondenti diritti del costituzionalismo occidentale: non essendo configurati come *diritti individualistici*, ma come *diritti funzionali* (e, cioè, come diritti riconosciuti, non nell'interesse del singolo ma in quello della collettività, o – più realisticamente – del regime) [*infra*, cap. III, par. 4.2]. Prevedere, ad esempio – come faceva l'art. 50 della Costituzione del 1977 –, che le libertà di parola e di stampa fossero garantite ai cittadini dell'URSS «*ai fini del rafforzamento e dello sviluppo dell'ordinamento socialista*», significava garantire (se di garanzia si tratta) solo le manifestazioni del pensiero conformi all'ideologia del regime ed alla *linea* dettata dagli apparati governanti. E significava, quindi – com'è tragicamente noto –, condannare la cultura del dissenso – il *Samizdat* – alla persecuzione ed alla clandestinità.

Deve, tuttavia, segnalarsi che, in altri casi, questa differenza strutturale non esisteva: i diritti essendo riconosciuti in termini non dissimili da quelli riscontrabili nel costituzionalismo liberale. Mantenendo il riferimento alla Costituzione sovietica del 1977, può dirsi che tale situazione ricorreva sia per la libertà personale che per la libertà e segretezza della corrispondenza,



contemplate dagli artt. 54 e 56. I quali prevedevano, rispettivamente, quanto segue: «Si garantisce ai cittadini dell'URSS l'inviolabilità della persona. Nessuno può essere arrestato altrimenti che per sentenza del tribunale o con la ratifica del procuratore»; «La vita privata dei cittadini e il segreto della corrispondenza epistolare, delle conversazioni telefoniche e delle comunicazioni telegrafiche sono tutelati dalla legge».

Cionondimeno, neanche relativamente a tali casi si determinava un'omologazione – quanto al godimento dei diritti – tra la disciplina sovietica e quella occidentale. E questo perché? Per la ragione che profondamente diversa era la disciplina dell'organizzazione costituzionale. È, infatti, evidente che garanzie come la riserva di legge e la riserva di giurisdizione hanno un valore se ricorrono alcune condizioni irrinunciabili: la sussistenza di libere elezioni e l'indipendenza della magistratura. Condizioni, che – com'è noto – nel sistema sovietico non si davano.

### 3.1.2. *La superiorità della Costituzione*

Il secondo elemento che concorre a determinare la qualità della tutela costituzionale dei diritti è un elemento di ordine *formale*. Che può condensarsi nella formula della *superiorità della Costituzione*.

In questa sede non intende affrontarsi la questione se le costituzioni siano *naturalmente* rigide, in quanto non modificabili con legge (per riprendere una suggestiva tesi avanzata da Alessandro Pace) – una questione, peraltro, con riferimento all'esperienza costituzionale italiana, non provvista di particolare rilievo pratico: poiché lo Statuto albertino è stato storicamente considerato un documento costituzionale di tipo *flessibile* (non sovraordinato, cioè, ai comuni atti legislativi del Parlamento) –. Quello che intende dirsi è che la costituzione, al momento della sua storica apparizione, ha privato il potere sovrano dell'assoluta libertà d'azione di cui originariamente godeva, sottoponendolo a limiti di ordine *giuridico*. E, quindi – in ultima analisi – modificandone la natura.

È, peraltro, noto: da un lato, che la prima grande costituzione – la Costituzione degli Stati Uniti d'America –, contemplando un procedimento di revisione aggravato (anzi: fortemente aggravato) rispetto al procedimento legislativo ordinario, era sicuramente una costituzione di tipo rigido; d'altro lato, che, a far data dalla fine della prima guerra mondiale, la previsione di procedimenti siffatti da parte delle costituzioni è divenuta la regola.

In conseguenza di ciò, nel costituzionalismo contemporaneo, la superiorità della costituzione si configura come una garanzia nei confronti della stessa legge ordinaria. In particolare – come ha posto, tra gli altri, in luce

Veziò Crisafulli con riferimento all'esperienza italiana – il passaggio dalla costituzione flessibile (così – come si è detto – era inteso lo Statuto albertino) alla costituzione rigida ha determinato la trasfigurazione della posizione del legislatore ordinario. Per effetto di tale innovazione, infatti, al dogma dell'*onnipotenza del Parlamento* (risalente all'esperienza inglese) si è sostituita l'estensione alla legislazione del principio di legalità: la legalità costituzionale essendo, per il legislatore, quello che la legalità «legislativa» è per l'esecutivo.

La sanzione di questa assimilazione è rappresentata dall'introduzione – avvenuta nel continente europeo con la Costituzione austriaca del 1920 (*infra*, cap. VI, par. 1) – del sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi. Per suo effetto – come si vedrà (*infra*, cap. III, par. 5.5) – la funzione legislativa è stata integrata – per intero – nel calco dello Stato di diritto: ad essa essendosi estesa, sia la soggezione al principio di legalità, sia la garanzia della tutela giurisdizionale avverso le violazioni (con riconoscimento al giudice del potere di restaurare la legalità violata).

La conseguente assimilazione – a questo riguardo – dell'atto legislativo all'atto amministrativo è particolarmente evidente negli ordinamenti che conoscono il ricorso costituzionale diretto dei cittadini per violazione dei diritti fondamentali (nella forma della *Verfassungsbeschwerde* degli ordinamenti mitteleuropei, od in quella del *Juicio de Amparo* latino-americano o spagnolo).

### 3.1.3. *L'autosufficienza del riconoscimento dei diritti di libertà*

Il terzo punto di forza della tutela dei diritti fondamentali garantita dal primo costituzionalismo va ravvisato nell'efficacia della corrispondente disciplina normativa. Non ci si riferisce all'efficacia formale dell'atto-costituzione (un'efficacia, destinata a variare in funzione del carattere rigido o flessibile rivestito da tale atto), ma ad un'efficacia che potrebbe qualificarsi «sostanziale», dovuta alla capacità della costituzione di creare, in modo assolutamente autosufficiente, senza, cioè, bisogno di ulteriori interventi normativi, il diritto fondamentale.

Tale efficacia si legava alla struttura dei diritti garantiti dal primo costituzionalismo, come la libertà personale, la libertà religiosa, la libertà di manifestazione del pensiero. Si tratta, infatti, di diritti che presentavano (e presentano) un contenuto eminentemente negativo, configurandosi come «libertà da», le quali esigono un'astensione da parte dello Stato (e degli altri consociati)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> In argomento, fondamentale: GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 235 ss.

Libertà di stampa, ad esempio, significa divieto di censura.

Particolarmente illuminanti, a questo riguardo, sono alcuni passi contenuti nella prolusione romana di Carlo Esposito. Il quale confutava l'opinione, non priva di seguito nella giurisprudenza ordinaria all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione del 1947, che l'art. 21 di questa (la norma sulla libertà di manifestazione del pensiero) presentasse carattere meramente programmatico (e si risolvesse, quindi, nel mero rinvio al legislatore). In senso contrario, egli rilevava che «il riconoscimento di una libertà giuridica non richiede specifica attività legislativa per tradursi in atto, ma [...] che le leggi si astengano dal disporre contro la libertà». E questo perché? Perché – spiegava – le libertà giuridiche «non richiedono [...] specifica regolamentazione, ma astensione dalla regolamentazione»<sup>11</sup>.

È questa la ragione per la quale, in materia di diritti di libertà, può parlarsi di *autosufficienza* del riconoscimento costituzionale. Il quale produce la totalità degli effetti in funzione dei quali è effettuato per propria esclusiva virtù: indipendentemente, cioè, da qualsiasi intervento attuativo. Onde: *l'immediatezza* – per riprendere la terminologia di Pierfrancesco Grossi – dei diritti in parola.

#### 4. *L'avvento dei diritti sociali e la modificata percezione della Costituzione*

È questo, tuttavia, un punto rispetto al quale nella successiva stagione del costituzionalismo si registra un'evoluzione, la quale coincide con l'inizio di quello che Eric Hobsbawm qualifica il secolo breve: il XX secolo<sup>12</sup>, il quale, da un punto di vista cronologico, dura 100 anni come tutti i secoli, ma, dal punto di vista storiografico, ha una durata inferiore. Esso ha inizio con due eventi che cambiano la storia del mondo: la rivoluzione sovietica del 1917 e la prima guerra mondiale (1914-1918).

Tali eventi si riflettono profondamente sul costituzionalismo.

Non è, ad esempio, un caso che, all'indomani della prima guerra mondiale, la Costituzione di Weimar sia stata la prima Costituzione europea ad

---

<sup>11</sup> ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1957), ora in *Diritto costituzionale vivente*, con presentazione di Damiano Nocilla, Milano 1992, 109 ss.

<sup>12</sup> HOBBSAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, London 1994.

introdurre un dispositivo di adattamento automatico al diritto internazionale, prevedendo, all'articolo 4, che «le norme generalmente riconosciute del diritto internazionale sono vincolanti elementi costitutivi del diritto dell'Impero tedesco».

È la risposta del costituzionalismo allo sconquasso in cui sono precipitate le illusioni dei nazionalismi ottocenteschi, i quali erano costruiti sull'idea che il maggiore strumento per risolvere i conflitti di interesse tra gli Stati fosse la guerra. Si deve a questa disposizione weimariana, che avrebbe trovato un seguito, nel 1931, nella Costituzione della seconda Repubblica spagnola<sup>13</sup>, l'apertura dello Stato, precedentemente rinchiuso entro le mura di cinta della sua sovranità, al diritto internazionale.

Per il tema dei diritti, l'elemento di maggior impatto è rappresentato dalla rivoluzione sovietica e dal pensiero da cui essa ha tratto alimento: il marxismo. Un pensiero, il quale lancia una sfida mortale al costituzionalismo, ponendo al centro del proprio universo assiologico la libertà dal bisogno, senza la quale le libertà della tradizione settecentesca e ottocentesca sarebbero nullo altro che privilegi, fondati sulla disegualianza tra gli esseri umani<sup>14</sup>. Di qui, storicamente, negli Stati del c.d. socialismo reale, la contrapposizione dell'eguaglianza alla libertà, considerate in termini alternativi.

Questa sfida non poteva lasciare indifferente il costituzionalismo, il quale ha reagito ad essa immediatamente. La prima risposta ha preceduto di pochi mesi la rivoluzione sovietica. Essa si deve alla Costituzione messicana del gennaio 1917, seguita dalla Costituzione di Weimar del 1919. Entrambe le Costituzioni hanno integrato la questione sociale, che era ignorata dallo Stato liberale di diritto ottocentesco, nel sistema costituzionale, aggiungendo ai cataloghi dei diritti della tradizione settecentesca ed ottocentesca i diritti sociali<sup>15</sup>. Diritti, che presentano una differenza strutturale rispetto ai precedenti diritti di libertà. Non sono «libertà da» ma «diritti a». Si pensi al diritto al lavoro, al diritto alla salute, al diritto alla previdenza sociale, al diritto alla retribuzione sufficiente, i quali non chiamano in causa un'astensione dello Stato, ma un suo intervento positivo. Un eminen-

---

<sup>13</sup> Art. 7°: «El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo».

<sup>14</sup> Sul punto: BATTAGLIA, *Dichiarazioni dei diritti*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 417 ss.

<sup>15</sup> Sui problemi che il riconoscimento dei diritti sociali pone, v., nella letteratura italiana: BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1988 (ora in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 123 ss.); PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, II ed., Padova 1990, 59 ss.; LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*, Padova 1995, 97 ss.

te padre costituente italiano ed insigne giurista, Piero Calamandrei, ha espresso il concetto in termini di icastici, affermando, che, per questa parte, la Costituzione italiana si configurerebbe come una «rivoluzione promessa», che, pur prefigurando un assetto dei rapporti sociali, diverso da quello esistente, non sarebbe in condizione, da sola, di realizzarlo<sup>16</sup>.

I diritti sociali, infatti, configurandosi come «diritti a prestazione», attendono dal successivo intervento del legislatore la propria realizzazione<sup>17</sup>.

Di qui, il formidabile problema dell'efficacia delle norme che li riconoscono (v. *infra*, cap. II, par. 8).

L'introduzione nelle costituzioni di diritti di questo tipo ha prodotto due conseguenze del massimo rilievo.

Anzitutto, *ha attenuato la relazione costitutiva tra la costituzione e i diritti fondamentali* (di cui s'è detto sopra). È, infatti, evidente che rispetto ai diritti sociali la disciplina costituzionale non è *autosufficiente*, dovendo trovare il proprio sviluppo nella normativa d'attuazione. Per tali diritti, quindi, non può ripetersi quanto Esposito affermava per la libertà di manifestazione del pensiero. E, cioè, che il loro riconoscimento «non richiede specifica attività legislativa per tradursi in atto»<sup>18</sup>.

La seconda conseguenza dell'introduzione dei diritti sociali nelle costituzioni può essere ravvisata nella *modificata percezione della costituzione*.

<sup>16</sup> CALAMANDREI, *La Costituzione*, in AA.VV., *Dieci anni dopo. 1945-1955*, Bari 1955, 212 ss. Lo stesso Calamandrei, in una conferenza agli studenti milanesi del 1950, aveva qualificato la parte della Costituzione dedicata ai diritti sociali come una *polemica contro il presente*: contro una realtà sociale, che i padri costituenti intendevano avviare a superamento.

<sup>17</sup> Ad es. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 274 ss., nonché, già MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 802 ss., spec. 804. V., peraltro, sugli interventi positivi rivolti ad assicurare il più pieno esercizio degli stessi diritti di libertà: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 28, nota 1.

<sup>18</sup> Per evitare equivoci, è, comunque, il caso di chiarire che tale *non autosufficienza* non va intesa nel senso che le disposizioni costituzionali che riconoscono diritti di questa natura siano da ritenere totalmente inefficaci, sino a che il legislatore non le attui. Non è, infatti, contestabile che esse abbiano la capacità di produrre l'invalidità giuridica, sanzionabile dalla Corte costituzionale, delle norme legislative con le medesime confliggenti – si pensi, ad esempio, all'ipotetica norma che introducesse l'istituto del licenziamento per maternità, la quale andrebbe considerata illegittima per violazione dell'art. 37 Cost. (*infra*, cap. II, par. 8) –. Resta, comunque, il fatto che la piena esplicazione del diritto richiede uno sviluppo nella normativa attuativa. È, infatti, evidente – per riprendere l'esempio appena fatto – che, senza le disposizioni sui congedi per maternità, il *diritto* all'adempimento della funzione familiare delle lavoratrici madri non produce gran parte degli effetti in funzione dei quali è stato costituzionalmente riconosciuto.

Quest'ultima, infatti, tende ad essere intesa come una disciplina preliminare, non solo, dipendente – quanto alla sua efficacia pratica – dalla disciplina attuativa e di svolgimento, ma anche aperta ad operazioni di bilanciamento da parte delle giurisdizioni costituzionali. Le quali, chiamate a risolvere i conflitti assiologici tra le norme programmatiche contenute nelle Carte costituzionali (come quelle che riconoscono i diritti sociali), tendono a generalizzare l'approccio per valori, attenuando, così, l'autosufficienza prescrittiva delle norme costituzionali, anche quando esse riconoscono e regolano diritti di libertà in senso stretto (*infra*, cap. II, par. 10).

### 5. *L'internazionalizzazione della tutela dei diritti umani e le sue incidenze costituzionali*

Ma il processo di attenuazione del rapporto costitutivo tra Costituzione e diritti non si è fermato a questo punto. Le aberranti esperienze istituzionali maturate nel periodo compreso tra i due conflitti mondiali hanno, infatti, posto sul tappeto – come Auschwitz sta tragicamente a ricordare – la consapevolezza che, se la tutela dei diritti è affidata esclusivamente allo Stato, la garanzia può essere illusoria, poiché lo Stato può essere il primo persecutore, il primo violatore dei diritti umani: di quei diritti – si badi – l'auto-evidenza dei quali aveva contrassegnato, sul nascere, la prima stagione del costituzionalismo.

La risposta alla questione così posta sul tappeto è costituita dall'ancoraggio internazionale della garanzia dei diritti fondamentali.

Questa nuova stagione è stata inaugurata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla quale ha fatto seguito una nutritissima serie di convenzioni, accordi e trattati rivolti a garantire i diritti fondamentali<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup>Per limitare l'attenzione ai principali atti di questo tipo, possono ricordarsi: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU), la Carta sociale europea (Torino 1961), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (aperto alla sottoscrizione a New York nel dicembre del 1966 ed entrato in vigore dieci anni dopo), il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (anch'esso aperto alla sottoscrizione a New York nel dicembre del 1966 ed entrato in vigore nel 1976), la Convenzione americana sui diritti umani (San José, 22 novembre 1969), la Carta di Banjul dei diritti dell'uomo e dei popoli (Nairobi, 20 giugno 1981). Con riferimento all'Europa, non può, infine, dimenticarsi la Carta dei diritti dell'Unione europea, alla quale l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha riconosciuto «lo stesso valore giuridico dei Trattati».

Le incidenze costituzionali di tale processo non possono sfuggire.

Esso, infatti, decreta il tramonto dell'idea che la tutela dei diritti fondamentali rientri tra gli interessi esclusivi degli Stati (e debba trovare, quindi, la propria esclusiva *sedes materiae* nelle Costituzioni di cui questi si dotano). Alla disciplina costituzionale, infatti, si affianca un nuovo circuito regolativo, il quale, interagendo con la Costituzione, esige da essa una presa di posizione, una reazione.

In certi casi, la risposta è rappresentata dalla costituzionalizzazione della disciplina internazionale. È quanto, ad esempio, è accaduto in Austria nel 1964, per effetto della recezione, con legge costituzionale, della convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>20</sup>.

Altre volte la tecnica usata è una tecnica diversa. È quella della previsione, in Costituzione, di clausole interpretative espresse, le quali impongono all'interprete di «leggere» la disciplina costituzionale dei diritti fondamentali, sulla falsariga della disciplina internazionale. Tali clausole fanno la loro prima apparizione in una stagione di costituzionalismo più maturo rispetto a quella del secondo dopoguerra: la stagione che si è sviluppata in Europa negli anni '70.

A questo riguardo, non può non essere segnalata la Costituzione portoghese del 1976, che, in materia, detiene un primato storico, prevedendo, al comma 2 dell'art. 16, che «i precetti costituzionali e legali relativi ai diritti fondamentali debbono essere interpretati e integrati in armonia con la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo»<sup>21</sup>. Per effetto di questa disposizione, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo diventa un coefficiente integrativo dell'interpretazione della Costituzione, in linea con un'impostazione che affondava le sue radici nella rivoluzione del 1974<sup>22</sup>.

Segue subito dopo la Costituzione spagnola del 1978, nella quale si può ravvisare un'eccellente testimonianza di quei processi di produzione e recezione che – come insegna Peter Häberle – scandiscono l'intera storia del costituzionalismo<sup>23</sup>. Le Costituzioni successive, infatti, si appropriano di

<sup>20</sup> *Bundesverfassungsgesetz* 4.3.1964, in *BGBI*, n. 59/1964.

<sup>21</sup> «*Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*».

<sup>22</sup> MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, vol. I, cit., 86 s., nonché, con riferimento allo ius-universalismo della Costituzione portoghese: ID., *O Estado constitucional cooperativo e o jus-universalismo da Constituição Portuguesa*, in *Revista de la Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2014, 91 ss.

<sup>23</sup> V., ad es.: HÄBERLE, *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates*, in JEKE-

formulazioni contenute in Costituzioni precedenti, ma, appropriandosene, le riplasmano, dando vita a formulazioni più evolute (Häberle direbbe: «più intelligenti», perché hanno compreso di più della realtà<sup>24</sup>). Ed è quello che, appunto, fa la Costituzione spagnola, la quale si riferisce, oltre che alla Dichiarazione universale, ai trattati internazionali sui diritti umani. Questa la formulazione del comma 2 dell'art. 10: «Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la costituzione riconosce si interpreteranno in conformità con la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e con i trattati e accordi internazionali sulla stessa materia ratificati dalla Spagna»<sup>25</sup>.

Le Costituzioni nate all'indomani del secondo conflitto mondiale, come la Costituzione italiana del 1948 e la legge fondamentale tedesca del 1949, non comprendevano clausole di questo tipo. Tali clausole, tuttavia, assenti dalla Costituzione, sono state create dalla giurisprudenza costituzionale, grazie alla quale è venuta ad attenuarsi una distinzione classica del costituzionalismo: quella tra i diritti dell'uomo e i diritti del cittadino<sup>26</sup>.

Limitando l'attenzione ad un esempio italiano, può ricordarsi il comma 1 dell'art. 3 Cost., il quale, prevedendo l'eguaglianza davanti alla legge di «tutti i cittadini», esclude gli stranieri dal riconoscimento. Ciononostante, la Corte costituzionale afferma, con giurisprudenza costante, che, con riferimento ai diritti fondamentali, il diritto di eguaglianza vale anche per gli stranieri. Ad esempio, nella sentenza n. 120/1967 si legge: «Se è vero che

---

WITZ (a cura di), *Festschrift für Karl Joseph Partsch zum 75. Geburtstag*, Berlin 1989, 555 ss.; ID., *Das Textstufenparadigma, komparatistische und kulturwissenschaftliche Öffnung der Verfassungslehre – erarbeitet an der Sache Europa*, in HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, cit., 4 ss.

<sup>24</sup> Per la locuzione tra virgolette: HÄBERLE, *Problemi attuali del federalismo tedesco*, in D'ATENA (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano 1994, 112 s. Questo il passo integrale: «i testi costituzionali recepiti sono letteralmente “più intelligenti” di quelli originari. La realtà non scritta, successiva alla redazione del testo originario, assume forma scritta nei nuovi e rielaborati testi costituzionali. Essi rappresentano, nella cornice del tipo “Stato costituzionale”, pezzi di realtà “coagulata”, comprendendo quanto dell'originario testo, col passar del tempo, da “*law in the books*” si è trasformato in “*law in action*”».

<sup>25</sup> «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

<sup>26</sup> Su queste tendenze interpretative, con riferimento, rispettivamente, alla Germania e all'Italia: STARCK, in MANGOLDT, KLEIN, STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, I Präambel, Artikel 1 bis 19*, München 1989, sub Art. 1 Abs. 3, 127 ss.; RUOTOLO, *La “funzione ermeneutica” delle convenzioni sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e società*, 2000.



l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [i] diritti fondamentali [menzionati dall'art. 2 e dall'art. 10]»<sup>27</sup>.

Questi sviluppi sono testimonianza di un processo di grandiose proporzioni che mette in discussione la configurazione tradizionale dello Stato, un processo, il quale si svolge nel segno della cooperazione internazionale e sovranazionale.

Si tratta, tuttavia, di un processo che non presenta un percorso lineare, ma va avanti con cadute e battute d'arresto.

Non possiamo, ad esempio, dimenticare le serie minacce alle quali la tavola dei valori del costituzionalismo è attualmente esposta in tanta parte del mondo. Basti qui ricordare le sospensioni dall'incarico e gli arresti di massa di giornalisti e professori universitari ai confini della nostra Europa. Né possiamo dimenticare le derive illiberali che si registrano anche in Stati appartenenti all'unione europea, come l'Ungheria e la Polonia (*infra*, cap. III, par. 4).

Tutto questo rende evidente che non è finita la funzione storica del costituzionalismo. Il quale resta un riferimento essenziale e una speranza.

---

<sup>27</sup> Analogamente, ad es.: Corte cost., sent. n. 46/1977: «La giurisprudenza della Corte ha ripetutamente ammesso l'applicabilità allo straniero del principio di eguaglianza, riconoscendone la validità a favore delle situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà».



## CAPITOLO II

# I PRINCIPI ED I VALORI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. L'equazione principi-valori. – 2. I principi della prima generazione. – 3. I principi della seconda generazione. – 4. I valori. – 5. I valori e l'interpretazione. – 6. I valori e la produzione normativa. – 7. L'impronta assiologica dei testi costituzionali contemporanei e la specifica qualità della legalità costituzionale. – 8. La questione della prescrittività delle disposizioni programmatiche della Costituzione. – 9. La Costituzione come sistema di principi e valori in reciproca tensione. Il problema delle priorità. – 10. *Segue*: L'alternativa tra legislazione e giurisdizione. – 11. Le esigenze di sviluppo della disciplina costituzionale e l'introduzione di procedimenti *«ad hoc»*.

### 1. *L'equazione principi-valori*

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, il titolo di questo capitolo sarebbe stato probabilmente diverso. Infatti, mentre era largamente frequentata la tematica dei principi (portata con prepotenza alla ribalta dal nuovo testo costituzionale), la nozione dei valori era praticamente estranea alle riflessioni costituzionalistiche.

È, tuttavia, sufficiente scorrere la giurisprudenza costituzionale e la produzione dottrinale degli ultimi anni, per rendersi conto che il panorama è decisamente cambiato. Limitando l'attenzione alla seconda, è facile constatare come gli studi dedicati ai valori costituzionali, o, comunque, gli studi nei quali trova impiego l'approccio per valori, siano sempre più numerosi.

All'emersione dei valori corrisponde un parallelo declino dei principi. I quali, o vengono trascurati, o, più semplicemente, vengono identificati con i valori. Nella letteratura più recente è, infatti, frequente l'equazione tra le due entità. Con la conseguenza che la ricorrente formula «principi e valori costituzionali» viene sempre più spesso intesa come un'endiadi.

Tali orientamenti denunciano una progressiva perdita di percezione del

senso dei principi, la quale è confermata dal fatto che di questi ultimi vengono sovente date definizioni che sono ben lontane dalla nozione giuridicamente più rigorosa. In una ricognizione della metà degli anni '80, ad esempio, Riccardo Guastini individuava, nell'uso dei giuristi italiani, alcune accezioni del termine prive di qualsiasi legame con la configurazione tradizionale<sup>1</sup>. Si pensi – in particolare – all'identificazione dei principi con le norme costituzionali o con le regole sull'interpretazione e l'applicazione delle norme. E, più di recente, Gustavo Zagrebelsky ha sostenuto che vada reciso ogni legame tra i principi e le norme (o regole), poiché i primi, a differenza delle seconde, mancherebbero di fattispecie. Onde la drastica conclusione che, mentre alle regole «si obbedisce», ai principi «si aderisce»<sup>2</sup>.

Queste impostazioni, o dilatano eccessivamente il concetto di cui fanno uso, privandolo, così, di ogni capacità definitoria, o, attraendo i principi nell'orbita dei valori, si lasciano sfuggire il *proprium* dei principi stessi<sup>3</sup>. I quali – come risulta da un'elaborazione più che cinquantennale, avviata, tra i costituzionalisti italiani, soprattutto da Vezio Crisafulli<sup>4</sup> –, qualificando la realtà in termini di dover essere, si configurano – a tutti gli effetti – come strutture prescrittive. E sono, pertanto – se così può dirsi –, parenti delle norme in senso stretto.

## 2. I principi della prima generazione

Un simile giudizio si attaglia, anzitutto, a quelli che potrebbero chiamarsi i principi della prima generazione: i principi generali (o, in altri termini, i principi non scritti, che si ricavano da una pluralità di norme particolari)<sup>5</sup>. In genere, il processo logico di individuazione dei principi è un

<sup>1</sup> GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Dir. e soc.*, 1986, 601 ss.

<sup>2</sup> ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 147 ss.

<sup>3</sup> Un suggestivo rovesciamento di prospettiva è offerto da un bel saggio di Franco Modugno (MODUGNO, *Divagazioni su "principi" e "valori". Dai principi ai valori costituzionali o viceversa?*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, III, Milano 2015, 1995 ss.), nel quale si sostiene, in modo molto argomentato, la possibilità anche di un percorso inverso, il quale dai valori riconduca i principi.

<sup>4</sup> CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa 1943, 175 ss.; nonché: ID., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940; ID., *In tema di Carta del Lavoro e di principi generali del diritto*, in *St. e dir.*, 1941, 232 ss.

<sup>5</sup> In argomento: BARTOLE, *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV,

processo di *astrazione generalizzatrice*, rivolto ad estrarre da una serie di norme analoghe la prescrizione ad esse comune. Non mancano, tuttavia, casi in cui il principio viene individuato mediante un'operazione diversa: traendolo da norme che logicamente lo presuppongono. Come vedremo di qui a poco, questo secondo procedimento trova applicazione in Italia, con riferimento al principio di legalità dell'Amministrazione.

Benché presentino, al pari delle norme, una valenza prescrittiva, i principi non coincidono – a tutti gli effetti – con esse. Rispetto alle norme in senso stretto, infatti, i principi generali presentano un'incontestabile differenza qualitativa: *l'eccedenza di contenuto deontologico* (secondo un'icastica formulazione di Emilio Betti<sup>6</sup>): e, cioè, la capacità di applicarsi a situazioni o rapporti non contemplati dalle disposizioni da cui si inducono<sup>7</sup>.

Questa qualità consente ai principi di assolvere alla loro funzione principale, che è quella di colmare le lacune; e, quindi, di dar regola a rapporti privi di una disciplina espressa. Non è, del resto, casuale che proprio in questa prospettiva i principi generali siano presi in considerazione dall'art. 12, comma 2, prel. c.c. (che ad essi si richiama per l'ipotesi che una controversia non possa essere risolta alla luce di una «precisa disposizione» o di «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe»<sup>8</sup>).

Non è contestabile che principi della prima generazione siano presenti anche nel diritto costituzionale. Le disposizioni contenute nelle costituzio-

---

Milano 1986, 494 ss.; ID., *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. cost.*, 1983, 573 ss.; MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, 730 ss.; SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. e soc.*, 1987, 181 ss.; A. COSTANZO, *Condizioni di incoerenza. Un'analisi dei discorsi giuridici*, Milano 1992, 65 ss. V., inoltre, per un esempio di induzione di principi impliciti da una pluralità di norme particolari: D'ATENA, *Regioni, eguaglianza e coerenza dell'ordinamento (alla ricerca di principi generali in materia di indicizzazione delle retribuzioni)*, in *Giur. cost.*, 1977, 1281 ss. (ora in D'ATENA, *Costituzione e Regioni. Studi*, Milano 1991, 175 ss.).

<sup>6</sup>BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1949, 211 s. In proposito, v. anche: LASERRA, *L'interpretazione della legge*, Napoli 1955, 102 ss.

<sup>7</sup>Sulla tensione tra il riconoscimento della natura normativa dei principi e la tesi bettiana dell'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico): MODUGNO, *Divagazioni su "principi" e "valori"*, cit., 1999 s.

<sup>8</sup>Per il chiarimento che anche il ricorso a «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe» implichi la deduzione della norma da applicare al caso concreto dai principi (sottesi alle disposizioni predette), v. ancora CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., 210 (e ivi ampi riferimenti); *adde*: M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, 51 s.; CAIANI, *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 358 ss.; BARTOLE, *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, cit., 496 s.

ni, infatti, al pari della generalità delle disposizioni normative, hanno la vocazione a comporsi in sistema, concorrendo, così, ad esprimere principi non scritti. In Italia – ad esempio – l'ipotesi ricorre per il principio di legalità dell'Amministrazione. Nella Costituzione, infatti, l'unica enunciazione diretta del principio di legalità è riferita alla funzione giurisdizionale: si tratta dell'art. 101, nella parte in cui prevede che «il giudice è soggetto soltanto alla legge»<sup>9</sup>. Nella medesima Costituzione, tuttavia, sono presenti disposizioni da cui si induce l'estensione di tale principio alla funzione amministrativa. Si tratta di disposizioni strumentali alla legalità dell'Amministrazione o che, comunque, la presuppongono, come, rispettivamente: *a*) quella che enuncia il principio dell'imparzialità dei pubblici uffici (art. 97, comma 1); *b*) le norme sulla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica Amministrazione e quelle sui controlli di legittimità di cui questi possono essere fatti oggetto (rispettivamente contenute nell'art. 113 e nell'art. 100, comma 2).

### 3. I principi della seconda generazione

È, peraltro, noto che non sono i principi non scritti il contrassegno specifico del costituzionalismo moderno.

In esso, infatti, si incontrano con enorme frequenza principi di tipo diverso, che possono essere convenzionalmente qualificati principi della seconda generazione. Si tratta di principi formulati (e, pertanto, scritti).

La loro più vistosa manifestazione è costituita dalle disposizioni di principio contenute nei documenti costituzionali, dei quali rappresentano uno degli elementi più tipici e caratteristici. Tali disposizioni, da un lato, intendono dar forma, in modo solenne ed impegnativo, alle basi ideali dell'ordine che la costituzione aspira a fondare, d'altro lato, fissano le regole fondamentali di tale ordine.

Questa tecnica giuridica è coeva all'avvento delle prime costituzioni moderne. Basti pensare che, nelle più antiche tra esse (che sono le costituzioni di cui si sono dotate otto delle 13 ex colonie nord-americane dopo la dichiarazione d'indipendenza), trovavano enunciazione, in apposite disposizioni: il principio di eguaglianza<sup>10</sup>, il principio dell'irretroattività delle

<sup>9</sup> Cfr. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 673 ss.

<sup>10</sup> Artt. I Cost. Vermont del 1777 e I Cost. Massachusetts del 1780.

leggi (o delle leggi penali)<sup>11</sup>, il principio della divisione dei poteri<sup>12</sup>, il principio della frequenza delle elezioni<sup>13</sup>.

Da allora, le disposizioni di principio rappresentano una costante del costituzionalismo, essendo presenti nella generalità delle Costituzioni contemporanee. Alla categoria appartengono – per concentrare l'attenzione sull'ordinamento italiano – le disposizioni che, rispettivamente, enunciano il principio di imparzialità dell'Amministrazione (di cui s'è detto), il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), il principio dell'irretroattività delle leggi penali (art. 25, comma 2, Cost.), il principio della segretezza del voto (art. 48 Cost.). E si potrebbe continuare ...

Ma le costituzioni non si limitano a porre direttamente disposizioni di principio. Talvolta esse prevedono che disposizioni di questo tipo siano adottate dal legislatore. A tale tecnica si ricorre normalmente, in funzione delle ripartizioni di competenza normativa tra fonti diverse. Si tratta di ripartizioni di tipo verticale, in forza delle quali ad una fonte è riservata la fissazione dei principi (in genere, qualificati fondamentali) ed alla fonte con essa concorrente la posizione delle prescrizioni che principi non sono<sup>14</sup>.

Tale tecnica trova impiego soprattutto nelle costituzioni degli Stati federali e regionali.

Quanto alle prime, è da ricordare che essa, introdotta dalla Costituzione bismarckiana del 1871 (la quale, all'art. 4, n. 3, demandava al legislatore federale la fissazione dei principi fondamentali – *Grundsätze* – in materia di emissione della carta-moneta), ha trovato largo impiego nel costituzionalismo successivo. Si consideri – ad esempio – la Costituzione austriaca del 1920-29, il cui art. 12, nelle materie da esso contemplate, attribuisce alla Federazione il potere di stabilire i principi fondamentali (*Grundsätze*) ed ai legislatori dei *Länder* quello di adottare la disciplina legislativa d'esecuzione (*Ausführungsgesetze*). Si consideri inoltre la Costituzione svizzera<sup>15</sup> che, con riferimento a certi oggetti, demanda al legislatore centrale il potere di porre principi fondamentali, lasciando la restante disciplina agli organi legislativi delle entità sub-statali (i Cantoni). È da segnalare che una competenza analogamente costruita era prevista anche dalla Legge fonda-

<sup>11</sup> Così, rispettivamente, l'art. XXIII Cost. New Hampshire del 1784 e gli artt. XXIV Cost. North Carolina del 1776 e XXIV Cost. Massachusetts, cit.

<sup>12</sup> Artt. VI Cost. Maryland del 1776 e IV Cost. North Carolina, cit.

<sup>13</sup> Art. XX Cost. North Carolina, cit.

<sup>14</sup> Su tale tecnica v. D'ATENA, *L'impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1997, 16 ss. (e ivi riferimenti) nonché *infra*, cap. VI, par. 4.

<sup>15</sup> Cfr. gli artt. 76, comma 2; 77, comma 2; 88, comma 1; 89, comma 2.

mentale tedesca<sup>16</sup>, dalla quale, tuttavia, è caduta, per effetto della riforma del federalismo del 2006.

Per ciò che attiene agli Stati regionali, ci si può limitare a ricordare che tale tecnica distributiva, accolta dal testo costituzionale cui si deve l'invenzione del regionalismo – la Costituzione della seconda repubblica spagnola del 1931<sup>17</sup> –, è stata costantemente utilizzata dai testi successivi: dall'art. 117, comma 3, Cost. it. (che – com'è noto – riserva allo Stato il potere di stabilire i «principi fondamentali» al cui rispetto sono tenute le leggi regionali); dall'art. 227, comma 1, lett. c), Cost. portoghese (che, nelle materie non riservate alla legge della Repubblica, affida alle Regioni il compito di sviluppare le leggi di base – *leis de bases* – statali); dagli artt. 149 e 150 della Costituzione spagnola, che, con riferimento a materie specifiche, o, comunque, in funzione di armonizzazione, demandano allo Stato la fissazione di principi o di norme di base.

Ma l'uso della distribuzione di competenze fondata sulla contrapposizione tra principi e norme di dettaglio non è limitato alle Costituzioni degli Stati a base decentrata (federali o regionali che siano). La vigente Costituzione francese, ad esempio, all'art. 34, comma 4, prevede che, in alcune materie, alla legge sia riservata la posizione dei «principi fondamentali» ed al regolamento la disciplina specificativa<sup>18</sup>.

I principi delle ultime due categorie (quelli che si sono denominati principi della seconda generazione) presentano maggiori punti di contatto, con le norme in senso stretto, dei principi non scritti. Anzitutto, sono formulati in disposizioni; inoltre, mancano dell'eccedenza di contenuto deontologico propria dei principi non scritti. In relazione al secondo punto, è da rilevare che i confini delle rispettive fattispecie sono individuati dalle disposizioni che li pongono<sup>19</sup>. Le quali, a questo riguardo, non si comportano diversamente dalle comuni disposizioni normative (ci si riferisce al loro carattere costitutivo, nel senso chiarito da Vezio Crisafulli<sup>20</sup>). Quando, ad esempio, l'art. 25, comma 2, Cost. enuncia il principio secondo cui nessuno può essere punito se non

<sup>16</sup> Artt. 75, 91a, comma 2; 109, comma 3, GG.

<sup>17</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla norma che – anticipando una soluzione che sarebbe stata successivamente accolta dall'art. 150, comma 3, della Cost. del 1978 – riconosceva allo Stato il potere di fissare con legge le «basi» nel cui rispetto si sarebbe dovuta esercitare la competenza legislativa delle Regioni (art. 19).

<sup>18</sup> Sull'elaborazione giurisprudenziale al riguardo, v. l'ampia rassegna di DONNARUMMA, *Lo Stato di diritto e la V Repubblica in Francia*, Milano 1993, 331 ss.

<sup>19</sup> *Contra*: MODUGNO, *Divagazioni su "principi" e "valori"*, cit., 2035 ss.

<sup>20</sup> CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 195 s.



in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, pone una prescrizione di cui fissa direttamente l'ambito d'efficacia.

La differenza che tali principi presentano rispetto alle comuni norme è di ordine eminentemente quantitativo<sup>21</sup>. Si tratta, infatti: *a*) di prescrizioni a spettro molto ampio (strutturalmente corrispondenti ai principi non scritti, che talora canonizzano); *b*) di prescrizioni suscettibili di specificazione normativa<sup>22</sup> (di qui – tra l'altro – il loro impiego nei riparti verticali di competenza, in funzione del riconoscimento di un complementare *domaine réservé* in favore delle fonti con le quali è previsto il concorso).

#### 4. I valori

I valori, invece, di per sé, non esprimono un dover essere giuridico.

In via empirica, può osservarsi che chi fa uso della categoria, mediante essa si riferisce ad entità diverse, quali: i beni tutelati (o da tutelare), gli interessi protetti (o da proteggere), gli scopi (o gli ideali) da perseguire, le esigenze da soddisfare<sup>23</sup>.

Vero è che tali entità presentano, in genere, una connotazione teleologica (che si esprime nella tensione alla realizzazione)<sup>24</sup>. Non si tratta, infatti, di entità statiche ed inerti, ma di entità dinamiche, ciascuna delle quali esige la propria concretizzazione. Si pensi, ad esempio, al valore della salubrità dell'ambiente naturale, il quale – in sé e per sé considerato – contiene una pretesa di affermazione esclusiva, suscettibile di scontrarsi con le pretese sottese ad altri valori (come il benessere o lo sviluppo economico).

Questo, tuttavia, non rende utilizzabile, nei confronti dei valori, il paradigma tipico della prescrittività: «se c'è A ci deve essere B»<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> In argomento, per tutti: CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., 237, 241, nota 1.

<sup>22</sup> In relazione a questo profilo, v. soprattutto: SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, cit., 191 ss.

<sup>23</sup> Sul rapporto tra valori e fini: MODUGNO, *Divagazioni su "principi" e "valori"*, cit., 2051 ss.

<sup>24</sup> Su tale connotato, cfr. OPOCHER, *Valore (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993, spec. 117 ss.; cui *adde* ARCE Y FLOREZ-VALDÈS, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid 1990, 108 ss., 130, al quale si rinvia per i riferimenti al dibattito in Spagna (è, peraltro, da segnalare che tale A. – facendo leva sulla codificazione dei «valori superiori», di cui all'art. 1, comma 1, della Costituzione spagnola del 1978 – tende ad assimilare i valori ai principi; così spec. 120 ss.).

<sup>25</sup> Nell'ambito della sterminata letteratura in argomento, può qui limitarsi il rinvio alle sintesi di GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino 1970, 29 s., e di MODUGNO,