

**Per una lettura della realtà giuridica dei sistemi costituzionali.
Giuspositivismo costituzionalista e neocostituzionalismo a confronto*.**

di Chiara di Marco – *Laureata in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Teramo*

ABSTRACT: In the constitutional State of law, can arguments by principles lead to a re-examination of the descriptive and explanatory theories of the current legal system? What are the most useful theoretical tools to understand the current constitutional system? This essay aims at analyzing some of the most interesting and significant perspectives about the constitutional State of law. The first one refers to Luigi Ferrajoli's constitutional positivism and the second one to Robert Alexy and Gustavo Zagrebelsky's neo-constitutionalism. This analysis compares the two perspectives on a theoretical and practical level with a specific focus on principles and balancing operations

Sommario: 1. Prospettive di analisi; 2. Il giuspositivismo costituzionalista di Luigi Ferrajoli; 3. Neocostituzionalismi; 4. Il bilanciamento dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: sentenza n. 178/2015 e sentenza n. 85/2013 a confronto; 5. Considerazioni conclusive.

1. Prospettive di analisi

Il processo di positivizzazione dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali ha avuto effetti pervasivi negli ordinamenti giuridici contemporanei, comportando mutamenti del concetto stesso di diritto nella sua dimensione ontologica (concernente i criteri di individuazione delle norme), fenomenologica (concernente i criteri di attuazione e applicazione) ed epistemologica (concernente i criteri e le modalità di conoscenza delle norme). I criteri formali di individuazione delle norme che si esprimono nell'aderenza a regole di procedura e competenza, sono integrati, nello Stato costituzionale di diritto, da criteri di carattere materiale consistenti nella conformità

* Scritto sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

della produzione normativa ai diritti fondamentali espressi nella Costituzione. L'attuazione ed applicazione del diritto sono sempre più condizionate dai valori di cui i diritti fondamentali sono espressione e il ragionamento giuridico, dunque, sembra configurarsi sempre più quale accertamento della *ratio*, dello scopo della disposizione, nel contesto di un sistema in cui il riferimento ai principi è inevitabile.

L'apertura dei sistemi giuridici a principi e valori ha mutato l'esperienza istituzionale europea, inducendo a considerare la previsione di obiettivi etico-politici quali possibili contenuti delle disposizioni fondamentali dell'ordinamento giuridico. La "costituzionalizzazione" del diritto ha indotto alla considerazione che nel diritto positivo possano essere contenuti criteri morali giuridicamente sanzionati come fini della politica e della società che li ha scelti¹.

La legge ha perso il ruolo tradizionale di perno nel sistema delle fonti²; il concetto stesso di fonte del diritto che è identificato generalmente, secondo l'impostazione kelseniana, nei modi e metodi di produzione del diritto, ossia negli atti e i fatti da cui dipende la creazione delle norme giuridiche, è in crisi in quanto cela una valenza ideologica. L'ambiguità del termine fonte del diritto è insita in tre elementi fondamentali: la convinzione che diritto sia solo quello emanato secondo determinate procedure, l'intenzione di stabilire una gerarchia tra le norme dell'ordinamento, il convincimento che la concezione del diritto risultante, corrisponda alla descrizione oggettiva della realtà di fatto³.

Alla luce del mutamento di paradigma determinato dallo Stato costituzionale, ci si chiede quali siano le teorie del diritto in grado di contribuire ad un'utile comprensione della sua struttura. Partendo dal positivismo giuridico, di cui è noto esistono plurime accezioni, uno dei contributi più recenti ed originali di giuspositivismo costituzionalista è dato dalla proposta di Luigi Ferrajoli.

2. Il giuspositivismo costituzionalista di Luigi Ferrajoli

¹Dell'opposizione concettuale tra Stato legislativo e Stato costituzionale di diritto si occupano, a titolo esemplificativo, J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, trad. it. *L'inclusione dell'altro*, Milano, Feltrinelli, 2013; ID., *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, trad. it. *La costellazione postnazionale*, Milano, Feltrinelli, 1999; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

²L'uso ambiguo del termine fonte è osservato anche da R. GUASTINI in *Produzione ed applicazione del diritto: lezioni sulle preleggi*, Torino, Giappichelli, 1989. In tale contesto l'autore precisa come per fonte si possa intendere un'autorità normativa, ossia un soggetto investito del potere di creare diritto come l'organo legislativo; un atto normativo, cioè un atto di linguaggio umano di contenuto prescrittivo, come l'atto del legiferare; un documento normativo, cioè il prodotto o il risultato di un atto normativo, come il testo scritto di una legge; il contenuto di significato di un documento normativo, quale risulta dall'interpretazione, come le norme di una legge.

³Ciò rispecchia quanto sostiene E. PATTARO in *Temi e problemi di Filosofia del Diritto*, Bologna, CLUEB, 1994. Di diversa opinione V. CRISAFULLI in *Fonti del diritto, Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, per il quale i dubbi relativi all'impiego della metafora non rappresentano una ragione sufficiente a rinunciare a valersene, interrompendo una consolidata tradizione scientifica. L'autore riduce il problema a quello di stabilire preliminarmente che cosa si intenda per fonte e cosa si intenda per diritto. Altri autori quali P. G. MONATERI con *Fonti del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VIII aggiornamento, Torino, Utet, 1992, preferiscono definire le fonti come "meccanismi istituzionali" seguiti dagli interpreti per raggiungere decisioni giuridiche.

Il punto di partenza nell'elaborazione teorica del giurista è il concetto di validità della norma giuridica: qualora quest'ultima soddisfi criteri di appartenenza posti dall'ordinamento, può considerarsi valida. Tali criteri, nello Stato di diritto, avevano solo carattere formale in quanto funzionali a vincolare il giurista ad essi; non vi erano limiti materiali alla funzione legislativa, nell'accezione di limiti concernenti il contenuto delle disposizioni in riferimento ai principi fondamentali⁴. Nello Stato costituzionale, invece, essendo posti limiti materiali e sostanziali alla produzione giuridica, il concetto stesso di validità subisce profondi mutamenti: quest'ultima non trova più riscontro nella mera positività, non basta la conformità a determinate procedure, ma è richiesta anche l'attuazione dei limiti sostanziali previsti dalla Costituzione: «La nozione kelseniana (...) di validità come esistenza o appartenenza di una norma all'ordinamento in forza della semplice conformità fattuale dell'atto normativo alle norme procedurali sulla sua produzione, sottintende un sistema di diritto positivo unidimensionale basato sull'onnipotenza del legislatore; e suggerisce un ruolo meramente ricognitivo della scienza giuridica. Ma un simile concetto non sarà in grado di dar conto della struttura di quei sistemi giuridici complessi che sono le odierne democrazie costituzionali, per la cui esplicazione la nozione di validità delle norme dovrà includere anche la coerenza dei loro contenuti o significati ai principi di carattere sostanziale enunciati nella costituzione, come l'uguaglianza e i diritti fondamentali⁵».

Discostandosi da Kelsen, ma anche da Bobbio e dai maggiori teorici del normativismo, Ferrajoli sostiene che la validità preveda una doppia dimensione: quella "formale", che è propria della teoria generale e quella "sostanziale", che si pone a fondamento della comprensione delle dinamiche della democrazia⁶. Il profilo formale della validità, quindi, connota tutto il diritto esistente, in vigore; quello sostanziale, connota solo il diritto propriamente valido. Nonostante ciò, Ferrajoli non si discosta totalmente dall'orientamento positivista⁷, ma attualizza la portata empirica del principio di positività del diritto, mostrandone le implicazioni in riferimento ad ordinamenti articolati su più livelli normativi, al cui vertice è posta la Costituzione, fonte superiore a tutte le

⁴ In merito alla problematica dell'invalidità della legge in regime di costituzione flessibile si ricorda il classico di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi, e il controllo giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1964. Sul punto si veda anche R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 237, «Anche in regime di costituzione flessibile è invalida la legge che sia stata creata in modo difforme da quanto prescritto in costituzione (essendo la legge formalmente, benché non materialmente, subordinata alle norme costituzionali sulla legislazione). In regime di costituzione rigida è altresì invalida la legge il cui contenuto sia in contrasto con norme costituzionali (essendo la legge subordinata anche materialmente alla costituzione).»

⁵ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 109. Diversamente da tale interpretazione del positivismo giuridico, si guardi, invece, M. ATIENZA, *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*, in L.FERRAJOLI, J.J. MORESO, M. ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, p. 147; J. AGUILÓ REGLA, *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, in *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 30, 2007, pp. 672 ss.

⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 5.

⁷ Per una sua utile ricostruzione si veda a titolo esemplificativo G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 16.02. 2018; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2006; M. LA TORRE, *On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: «Exclusive» versus «Inclusive»*, in *Ratio Juris*, vol. XIX, n. 2, 2006; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, p. 85, riguardo l'uso strumentale del concetto di metodo da parte di molti positivisti.

altre. Nel modello teorico costruito da Ferrajoli, il diritto positivo non è altro rispetto a ciò che intendeva il formalismo giuspositivista: esso consiste, infatti, nell'insieme delle disposizioni normative in vigore, identificate indipendentemente dalla loro validità sostanziale che può essere accertata soltanto attraverso un procedimento interpretativo. Pertanto dal diritto positivo, dalle disposizioni normative in vigore nell'ordinamento, potrà distinguersi il diritto valido, ossia legittimo.

Esisterebbe secondo il giurista, quindi, un “nesso isomorfo”, ossia reciproco tra la dimensione politica della democrazia e le condizioni di validità, non più solo formali, della legge: «la normatività consiste (...) nella virtuale divaricazione deontica tra dover essere e essere, tra norme e fatti. Ove questa divaricazione non esistesse perché ciò che è argomento della regola è necessario (come per esempio nella norma ‘è obbligatorio respirare’) vivremmo in un mondo deonticamente perfetto, che sarebbe però un mondo non deontico, nel quale non avrebbe senso parlare di regole. Ove poi questa divaricazione fosse non virtuale ma necessaria e insuperabile, perché ciò che è argomento della regola è impossibile (come per esempio nella norma ‘è vietato respirare’), vivremmo in un mondo deonticamente irrealizzabile, ma parimenti non avrebbe senso parlare di regole⁸». Per il giurista quindi l'ordinamento giuridico deve la sua prescrittività alla “divaricazione deontica” tra ciò che è e ciò che deve essere, ossia, nella realtà dello Stato costituzionale, tra l'essere legislativo e il dover essere costituzionale, tra il diritto esistente e il diritto legittimo.

La dimensione sostanziale della validità condiziona la struttura stessa della democrazia⁹, la quale non trova più una legittimazione esclusiva nel suffragio universale e nel principio di maggioranza, come avveniva nello Stato di diritto, bensì nella conformità alle disposizioni costituzionali sostanziali. In secondo luogo, è lo stesso regime di validità delle norme a essere condizionato dalla nuova struttura democratica, configurando la possibilità di un diritto illegittimo in quanto invalido o lacunoso.

Muovendosi dalle diverse dimensioni da cui deriva la democrazia costituzionale, Ferrajoli ridefinisce le categorie delle garanzie e dei diritti caratterizzanti lo Stato di diritto. Dalle dimensioni formali della democrazia, basate sull'autodeterminazione della sfera pubblica e privata, derivano i diritti politici e i diritti civili. Con riferimento a questi ultimi il giurista ne evidenzia la capacità di interferire con l'altrui sfera giuridica, fondando su questo la loro sottoposizione alle norme formali sulla produzione, volte a garantire l'autonomia e la libera determinazione di tutte le parti. Dalla dimensione sostanziale derivano i diritti fondamentali e il requisito della coerenza delle decisioni del legislatore con le regole e i principi costituzionali. La violazione dei precetti costituzionali così sanciti dà luogo ad antinomie e a lacune. L'apparato delle norme costituzionali sostanziali costituisce per Ferrajoli il vincolo supremo e il limite ultimo per ogni maggioranza e per lo stesso

⁸ Ivi, p. 71.

⁹ A tal proposito si segnalano le seguenti letture seppur profondamente differenti tra loro, H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2004; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984; G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957; R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, Editori Riuniti, 1990; M. BOVERO, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

potere sovrano del popolo. Secondo il giurista, la rigidità costituzionale costituirebbe lo strumento di permanente e costante salvaguardia della sovranità popolare, che si esprime attraverso i diritti. Infatti, partendo da una definizione della struttura delle disposizioni diversa da quella normativista, Ferrajoli giunge ad affermare «I diritti fondamentali non sono predisposti da norme, ma sono essi stessi norme¹⁰» la cui titolarità, proprio in quanto previsti da disposizioni costituzionali, spetta a ciascuno e a tutti contemporaneamente, risultando così indisponibili alle decisioni di una parte. Ferrajoli sostiene che nello Stato costituzionale le categorie giuridiche sono profondamente influenzate dai valori espressi nelle disposizioni costituzionali: «L'idea del carattere avalutativo e descrittivo della scienza giuridica è contraddetta dal carattere prescrittivo che ai discorsi dei giuristi proviene dai principi di coerenza e completezza, ai quali essi sono ovviamente vincolati in contrasto con le antinomie e con le lacune generate dai dislivelli normativi e non superabili (...) per via interpretativa¹¹». Quindi operare con i principi implica l'impossibilità del punto di vista descrittivo e avalutativo, ma non comporta affatto l'assunzione del punto di vista morale. Pur rimanendo non cognitivista, tuttavia, Ferrajoli si distingue da Kelsen e dai suoi seguaci per i quali non è ammissibile un ruolo che non sia esclusivamente descrittivo e avalutativo, ma critico e normativo della scienza giuridica. Questa differenza viene spiegata da Ferrajoli sostenendo la mancata comprensione, da parte di Kelsen, delle due grandi novità introdotte dal paradigma del costituzionalismo contemporaneo: la presenza del diritto illegittimo e quindi il ruolo anche normativo e non solo descrittivo della scienza giuridica.

Scrivendo Ferrajoli: «L'equivoco consiste nell'identificazione tra (teoria) formale o pura e (teoria) avalutativa e/o descrittiva. Formale invece, quale termine metateorico, non equivale affatto a avalutativa, né tanto meno a descrittiva. Certamente la teoria del diritto è una teoria formale - come sostiene Bobbio, o pura, come dice Kelsen (...) Lo è nel senso che, di per sé, essa è soltanto una sintassi - la sintassi di quell'universo linguistico che è il diritto positivo - la quale non ci dice nulla sui contenuti dei concreti ordinamenti, cioè su ciò che il diritto dispone, o su ciò che è giusto che disponga, o su come di fatto funziona, ma si limita a stipulare concetti e tesi in grado di spiegare e di analizzare la struttura di qualunque fenomeno giuridico. Ma proprio per questo - e non, semplicemente, nonostante questo - essa non può essere né puramente avalutativa né esclusivamente descrittiva¹²».

Tale teoria non può essere solamente descrittiva proprio per il tratto distintivo del sistema costituzionale, caratterizzato dall'assorbimento nella Carta dei principi etico-politici, trasformati così da fonti di legittimazione politica o esterna in fonti di legittimazione anche giuridica o interna. Il paradigma costituzionale postula, quindi, una teoria del diritto normativa e una scienza giuridica non puramente ricognitiva ma anche critica e progettuale nei confronti della virtuale presenza di antinomie e di lacune: cioè una teoria del diritto e una dogmatica giuridica che non possono più limitarsi a dire, ciò che il diritto è, non potendo non dire anche ciò che il diritto deve essere.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 40.

¹¹ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, op. cit., p. 102; si consulti inoltre ID. *La sovranità nel modo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

¹² L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, op. cit., p. 86.

3. Neocostituzionalismi

Una diversa impostazione teorica che parte dal tentativo di contribuire ad un'utile comprensione della struttura normativa dello Stato costituzionale è quella del cosiddetto neocostituzionalismo che, tuttavia, rappresenta un percorso non ancora classificato e sistematizzato nella teoria del diritto, non suscettibile di univoca definizione. Nonostante le molteplici differenze anche tra i principali autori considerati neocostituzionalisti, quali Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Nino, il punto comune di tale elaborazione giusfilosofica è il rifiuto di un approccio avalutativo al diritto in seguito all'emersione dello Stato costituzionale.

Nell'ambito della sistematizzazione tentata da Susanna Pozzolo¹³, i punti salienti del neocostituzionalismo sono costituiti da: 1- una particolare nozione di Costituzione riconducibile al "modello precettivo della Costituzione concepita come norma"¹⁴; 2- l'importanza della presenza nella Costituzione non solo di regole sulla produzione, ma soprattutto di norme esprimenti valori; 3- una distinzione qualitativa in senso forte tra regole e principi; 4- la necessità di una particolare modalità interpretativa riservata alla Costituzione; 5- la centralità della funzione giurisdizionale al fine di realizzare tale obiettivo.

Il rifiuto della rigida separazione tra diritto e morale pone il problema dell'interpretazione corretta delle esigenze giuridiche e morali presenti nei sistemi costituzionali. Questo problema riguarda, in particolare, i nuovi strumenti interpretativi sviluppati dalle Corti costituzionali con riferimento all'applicazione dei principi: ciò vale, in primo luogo, per il bilanciamento tra principi e, in generale, per le tecniche interpretative riassumibili nella valutazione della "ragionevolezza" della legge. Nell'ambito del dibattito teorico sui principi possono essere individuati due grandi orientamenti: quello che afferma una distinzione forte, qualitativa, ontologica, tra regole e principi e quello che afferma una distinzione debole, qualitativa, di grado, senza tralasciare tuttavia l'esistenza di teorie intermedie. Le teorie della distinzione forte si basano sull'idea che esistono determinate

¹³ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001. Il termine neocostituzionalismo è stato coniato da SUSANNA POZZOLO (*Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación*, in *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. II, n. 21, 1998), nell'ambito della scuola genovese, con particolare riferimento al lavoro di MAURO BARBERIS (cfr. *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto*, 2011) e PAOLO COMANDUCCI (cfr. *Constitution y teoria del derecho*, México, Fontamara, 2007). Sulla questione si veda anche T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

¹⁴ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994. La Costituzione è qui concepita come un insieme di regole giuridiche positive, espresse e fondamentali rispetto alle altre norme. La loro elevazione a norme di rango costituzionale dipende dal loro contenuto, dal loro significato e non dalla natura del soggetto che ha istituito il documento. Dogliani ritiene che questo modello si affermi dopo l'esperienza rivoluzionaria francese e che solo la Costituzione che preveda la "tutela dei diritti e la separazione dei poteri" può definirsi tale. Si veda anche Id., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in www.costituzionalismo.it, 17.01.2018.

caratteristiche costantemente esibite dai principi, caratteristiche necessarie e sufficienti a distinguere i principi dalle regole. I principi hanno le seguenti caratteristiche distintive:

- sono norme particolarmente importanti, sono i valori fondanti e costitutivi dell'ordinamento; e pertanto ad essi si aderisce, mentre alle regole si ubbidisce;

- hanno un notevole grado di generalità, indeterminatezza (sono norme con fattispecie aperta, o addirittura norme senza fattispecie), mentre le regole sono norme che connettono conseguenze giuridiche ad una precisa fattispecie;

- proclamano o comunque sono portatori di un valore, mentre le regole sono opache rispetto al valore che intendono tutelare: si limitano ad associare una modalità deontica (divieto, permesso, obbligo) ad una condotta;

- la loro applicazione è condizionata da considerazioni di importanza (più principi possono essere applicati in un medesimo caso concreto, e al fine della decisione se ne dovrà individuare il più importante); tali considerazioni sono invece assenti nell'applicazione di regole (una regola si applica o non si applica, non si "pesa");

- sono soggetti ad eccezioni implicite, non chiaramente determinate in anticipo (sono norme defettibili), e quindi sono ragioni non conclusive, applicabili solo *prima facie*, poiché la loro applicazione può essere differita una volta considerati tutti i fattori rilevanti; di contro, le regole sarebbero soggette ad applicazione categorica, tutto o niente, una volta verificatesi le circostanze fattuali previste nella fattispecie;

- sono "mandati di ottimizzazione": i principi cioè prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore, nella maggior misura possibile a seconda delle concrete possibilità fattuali e normative;

- sono norme categoriche, mentre le regole sono norme ipotetiche¹⁵.

La teoria della distinzione debole si basa sull'osservazione che tutte le norme, siano esse regole o principi, sembrano possedere in qualche misura almeno alcune delle caratteristiche sopra indicate. Ciò che differenzia regole e principi, secondo questa posizione, è il grado in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi: così, i principi sono norme più generiche, più aperte ad eccezioni implicite rispetto alle regole¹⁶.

Le potenziali interferenze tra principi rendono necessario ricorrere ad operazioni di bilanciamento, armonizzazione, specificazione, concretizzazione dei principi rilevanti. Di solito,

¹⁵ Sul punto si veda G. ZAGREBSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 149, il quale sostiene che: «le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principi non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengono a determinarsi concretamente».

¹⁶ Uno dei più importanti momenti di riflessione sul rapporto tra principi e valori è il confronto che si svolge in ambito tedesco tra R. Alexy e J. Habermas. Si tratta di un dibattito che vede due posizioni antitetiche: da un lato, Alexy che sostiene la "parentela" tra principi e valori e, dall'altro lato, Habermas che nega tale affinità e sostiene la necessità della loro distinzione per la riflessione giuridica. Questa disputa ha importanti conseguenze per il problema dell'interpretazione del diritto: le diverse risposte implicano, infatti, visioni differenti delle modalità dell'interpretazione, del ruolo del bilanciamento, delle caratteristiche e della funzione dell'interpretazione costituzionale. Si veda sul punto R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, per il quale principi e valori sono strettamente affini e J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996, pp. 302 ss.

l'esito di queste operazioni assume la forma di una regola, legislativa o giurisprudenziale, a seconda del soggetto che ha svolto quelle operazioni¹⁷.

Poiché non sono esattamente predeterminabili tutte le occasioni di collisione tra principi, e poiché il peso dei principi interessati può variare a seconda delle circostanze, anche l'esito ottimale di quelle operazioni di bilanciamento, armonizzazione, non è del tutto predeterminabile. Nulla assicura che una regola, individuata come bilanciamento, concretizzazione e sintesi di più principi, sarà considerata ottimale in tutte le circostanze in cui è destinata ad applicarsi: vi potranno essere circostanze in cui il bilanciamento tra principi richiederebbe una regola diversa, così come è possibile che in circostanze non previste quella regola entri in conflitto con altri principi. La misura in cui la regola, o più probabilmente il *corpus* di regole, prodotta come bilanciamento di più principi sarà tendenzialmente aperta a successive revisioni, oppure tendenzialmente impermeabile ad esse, dipenderà da vari fattori principalmente sintetizzabili nel "peso" che in quella cultura giuridica è attribuito per un verso alla fedeltà al tipo di autorità che ha prodotto quelle regole, e per altro verso alle esigenze sostanziali di giustizia e di adattamento delle regole ai casi concreti, nonché ovviamente ai singoli principi sostanziali rilevanti nel caso.

Il neocostituzionalismo assegna un ruolo centrale ai principi basato sull'assunto della distinzione "forte" tra regole e principi. La presenza dei principi, la necessità di una legittimità sostanziale delle decisioni, fanno emergere un duplice problema: individuare i vincoli del giudice nelle operazioni di bilanciamento e quindi il problema dei suoi margini di intervento, ma anche quello del suo rapporto con il legislatore. Ciò si evince soprattutto in relazione alla Corte costituzionale che ha il compito di «rendere concreta la costituzione, di affermare i diritti fondamentali in essa contenuti¹⁸» e soprattutto di interpretare i principi costituzionali.

L'individuazione di criteri di razionalità della decisione giudiziale, che permettano di trovare soluzioni al problema della "valutatività" e della indeterminatezza dei processi interpretativi, è uno degli aspetti decisivi del neocostituzionalismo. Quest'ultimo elabora tali canoni in relazione alla individuazione di criteri "procedurali" di correttezza e perciò con riferimento alla dimensione "argomentativa" dell'interpretazione. Queste soluzioni si pongono quali criteri razionali del discorso e dell'argomentazione e implicano una forma di oggettività del discorso pratico. Il neocostituzionalismo sviluppa perciò un approccio razionale non legato all'idea classica di verità dei giudizi pratici, ma basato sull'individuazione di esigenze razionali delle procedure argomentative. La ricerca di criteri di correttezza dei giudizi pratici viene quindi sviluppata in una dimensione prevalentemente procedurale nella quale vengono fissate le condizioni del raggiungimento di un accordo razionale. Si tratta di identificare una serie di condizioni razionali del discorso che, a partire dalla dimensione pragmatica del linguaggio, offrono criteri per il

¹⁷ J. J. MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Diritto&questioni pubbliche*, n. 2, 2002; B. CELANO, *Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, *ivi*; L. PRIETO SANCHÍS, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, in *Derechos y libertades*, n. 8, 2000; ID., *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in *Ragion pratica*, n. 18, 2002; ID., *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, in *Diritto&questioni pubbliche*, n. 2, 2002; G. MANIACI, *Note su coerenza e bilanciamento nella teoria di Robert Alexy*, *ivi*.

¹⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 19.

raggiungimento di un accordo razionale. L'oggettività quindi dipende dal rispetto di un insieme di regole della razionalità discorsiva ed epistemica.

Tra gli autori neocostituzionalisti è Alexy principalmente che accoglie questa intuizione fondamentale e sviluppa, in un'accezione più ampia, una teoria dell'etica che definisce il ragionamento pratico come un processo essenzialmente discorsivo e d'interazione in cui l'argomentazione costituisce il criterio razionale per ogni giustificazione normativa.

Alexy sostiene che anche nel discorso giuridico «ha luogo un'argomentazione rivolta alla soluzione di questioni pratiche» e viene avanzata una «pretesa di correttezza¹⁹» nelle motivazioni delle decisioni assunte. Qualunque precetto, inteso come atto linguistico, avanza pretese di validità e di giustizia, e la verifica di tali pretese può realizzarsi attraverso la manifestazione di un consenso della comunità dei parlanti. Tale consenso, tuttavia, non consiste in una sovrapposizione di volontà in quanto la giustificazione pratica è assicurata dalla razionalità che ogni argomentazione deve presupporre e non dalle buone ragioni che ogni individuo può avanzare.

Le regole argomentative su cui si fonda il riconoscimento della validità di un giudizio di valore, costituiscono dei presupposti pragmatico- universali di ogni discorso e di ogni forma di comunicazione orientata all'intesa. E' la logica del discorso, quindi che stabilisce dei limiti di irrazionalità interna al sistema. Tali regole, tuttavia, individuano soltanto i criteri per il riconoscimento delle norme in quanto valide, non riferendosi alla dimensione normativa della validità in quanto tale, ma alla razionalità e alla correttezza del processo che porta al giudizio di validità²⁰.

La moralità espressa nella teoria del discorso di Alexy, dunque, rinvia a una dimensione di correttezza comunicativa in cui le pretese di non-contraddittorietà costituiscono i presupposti stessi del dialogo.

La prospettiva neocostituzionalista viene costruita sulla base della critica e del superamento del positivismo giuridico, il quale non sarebbe più in grado di dare risposte significative alla realtà dei sistemi costituzionali. Le critiche fondamentali al positivismo concernono il postulato della separazione tra diritto e morale, l'avalutatività della scienza giuridica e la disciplina dell'interpretazione. Per quello che concerne il primo punto, ossia la separazione tra diritto e

¹⁹ R. ALEXY, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, vol. XV, 2010, p. 17. Il principale argomento che Alexy utilizza per provare la validità di questa tesi è quello della "contraddizione performativa": una contraddizione logica fra ciò che è (esplicitamente) detto e ciò che è (implicitamente) presupposto da un atto normativo. La prova consisterebbe nel verificare se, generando un contenuto contrario a quello della presupposizione implicita e agganciandolo all'enunciato proferito da una qualsiasi autorità giuridica, si verifici realmente una contraddizione. La dimostrazione è condotta tramite taluni "esperimenti mentali" come quello che fa riferimento alla Costituzione di un ipotetico Stato X che contenga la seguente disposizione: "X è uno Stato sovrano, federale e ingiusto". Qui la Costituzione qualifica esplicitamente lo Stato X come ingiusto: ebbene, secondo Alexy tale disposizione sarebbe tanto assurda quanto un'asserzione del tipo "Il gatto è sul tappeto ma io non ci credo". Ciò dovrebbe essere sufficiente per dimostrare che l'atto linguistico collettivo di adozione di una costituzione sollevi necessariamente la pretesa che la Costituzione sia giusta. Si noti bene: secondo Alexy, qui non si tratta semplicemente della violazione di una convenzione, per così dire, stilistica su come scrivere una costituzione; le norme costituzionali si presentano necessariamente come corrette (condizione costitutiva), e dobbiamo presumere che chi le promulga abbia i titoli per farlo (condizione giustificativa).

²⁰ L'insieme delle regole della procedura discorsiva razionale sono elaborate da R. ALEXY nella *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998.

morale, tale tesi è sostenuta sulla base dell'idea che il diritto sia individuabile oggettivamente e si possa considerare come una categoria delimitata ed inquadrabile in modo univoco. Ciò comporta, per il positivismo giuridico, che il diritto possa essere studiato e descritto in modo avalutativo e che costituisca un sistema chiuso ed autonomo.

Nell'ottica neocostituzionalista, invece, la qualificazione positivista della dimensione giuridica a prescindere dal contenuto e dalla "correttezza" delle norme si traduce nella incapacità di dare conto degli effettivi processi dei sistemi contemporanei e si rivela incapace di spiegare le questioni della validità, dell'applicabilità e dell'interpretazione delle norme costituzionali.

Tale posizione è condivisa da Gustavo Zagrebelsky il quale sostiene che le costituzioni del secondo dopoguerra istituiscono una più intensa correlazione tra diritto e morale, non limitandosi a predisporre enunciati che presuppongono scelte di valore, ma giungendo a formulare espressamente valori etico-politici²¹. Tra Stato costituzionale e principi fondamentali sussiste un rapporto di corrispondenza biunivoca in quanto la locuzione Stato costituzionale designa non solo un ordinamento dotato di una Costituzione rigida e garantita, ma anche l'esigenza di realizzare la concordanza delle diverse anime presenti in una democrazia pluralista, realizzabile solo in modo dinamico²².

Muovendo da questa impostazione, Zagrebelsky rielabora la distinzione formulata da Dworkin ed Alexy fra principi e regole: i principi sono dotati del carattere dell'indeterminatezza, che si esprime nella presenza di una fattispecie aperta, nella defettibilità e nella genericità, «pretendono non un'azione conforme alla fattispecie, come è per le regole, ma una presa di posizione conforme al proprio ethos, di fronte a tutte le non precisate né preventivamente precisabili evenienze concrete della vita in cui può essere sollevata, per l'appunto, una questione di principio. I principi non esauriscono perciò affatto la loro efficacia in direzione delle regole giuridiche ma hanno una loro autonoma ragion d'essere rispetto alla realtà²³». Ciò rende i principi precetti identificativi e caratterizzanti dell'ordinamento giuridico in quanto essi rappresentano la proclamazione, in forma giuridica, di valori. I valori sono beni finali, che fungono da autorizzazione all'azione e ne rappresentano anche il punto di orientamento, ma non costituiscono parametri di legittimità a causa dell'assolutezza del punto di vista che essi esprimono. La traduzione giuridica dei valori costituita dai principi, invece, ha natura teleologica in quanto esige la sua realizzazione tramite una condotta. Valori e principi costituiscono dunque realtà diverse che, tuttavia, si intersecano tra loro ed è proprio da questo nesso che dipende la validità materiale del diritto. I principi dunque cessano di essere invocati solo in presenza di lacune, ma operano costantemente in funzione di criteri di validità. Inoltre «(...) solo i principi svolgono un ruolo propriamente costituzionale, cioè costitutivo dell'ordine giuridico. Le regole, ancorché scritte nella Costituzione,

²¹ G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. LVI, n. 1, 2011, pp. 965 ss.

²² G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXI, n. 31, 2002, pp. 865 ss.

²³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 160. Si veda in proposito P. GROSSI, *Il diritto mite di Gustavo Zagrebelsky, una rilettura ventidue anni dopo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Vol. XCI, n. 2, 2014.

non sono altro che leggi rinforzate dalla loro forma speciale. Esse infatti esauriscono in se stesse la loro portata, non hanno cioè alcuna forza costitutiva di qualcosa al di fuori di loro²⁴». Tutto ciò secondo Zagrebelsky suggerisce il ripensamento della tesi che sostiene la separazione tra diritto e morale, in quanto, se la validità materiale dipende dalla conformità a norme superiori, i principi, formulati in modo da includere concetti morali, è inevitabile che l'attività interpretativa esiga una forma di ragionamento morale. Esiste, dunque, un orizzonte molto più aperto e incerto di quello che caratterizzava l'epoca del positivismo statualistico: il diritto non è un dato, ma «un farsi incessante, nel quale confluiscono esigenze molteplici poste da numerosi e talora contraddittori principi che pretendono di essere realizzati nel contatto con la realtà viva delle esperienze sociali²⁵». La molteplicità di principi è motivo d'impossibilità, secondo Zagrebelsky, di un approccio formalistico che, determinando una gerarchia di valori, sarebbe incompatibile con il carattere pluralistico della società. In caso di conflitto tra principi, non vi è infatti una scienza rigorosa che prevede l'applicazione esclusiva di un principio piuttosto che un altro, ma una prudente attività di ponderazione e bilanciamento.

4. Il bilanciamento dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: sentenza n. 178/2015 e sentenza n. 85/2013 a confronto

Volgendo lo sguardo al risvolto pratico di tali elaborazioni teoriche si evince che nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, il giudizio di bilanciamento dei diritti²⁶ è conosciuto e praticato ormai diffusamente come strumento indispensabile per l'attuazione di una Costituzione pluralista.

Un esempio dei più recenti può essere rappresentato dalla sentenza del 24 giugno 2015 n. 178 sulla rivalutazione delle retribuzioni dei dipendenti dello Stato. Attraverso la questione di legittimità sollevata nei confronti dell'art. 9 commi 1,2-bis, 17 primo periodo e 21 ultimo periodo del d.l. 78/2010 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), e dell'art. 16 comma 1 del d.l. 98/2011 (disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), in violazione degli articoli 2,3 comma 1, 35 comma 1, 36 comma 1, 39 comma 1, 53 della Costituzione, la Corte ha espresso una forma di bilanciamento dei diritti costituzionali. Le norme impugnate disponevano il blocco dei rinnovi contrattuali del pubblico impiego per il triennio 2010-2012, con possibilità di proroga fino al 2014, "congelando" il trattamento economico percepito dai dipendenti.

²⁴ Ivi, p. 148.

²⁵ Ivi, p. 168.

²⁶ Sul tema si guardi R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992. Tale problematica, tuttavia, era già stata introdotta da L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 57, 1985, pp. 65 ss. In particolare, per quanto riguarda la nozione di giustificazione razionale e di razionalità limitata, G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, n. 25, 2005, pp. 335 ss.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sopravvenuta, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, del regime del blocco della contrattazione collettiva per il lavoro pubblico, quale risultante dalle norme impugnate e da quelle che lo hanno prorogato, respingendo le restanti censure proposte. Viene così adottata una sentenza di accoglimento ad effetto *ex nunc*, operante solo per il futuro: facendo coincidere il *dies a quo* dell'effetto ablativo con il momento stesso della declaratoria di incostituzionalità, la Corte costituzionale colloca l'insorgenza del vizio in un momento successivo rispetto a quello del suo effettivo manifestarsi.

Nella sentenza la Corte ha stabilito che il rinnovo del blocco per il triennio 2013-2015 e la norma che blocca l'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale fino al 2018, integrano una violazione della libertà sindacale di cui all'art. 39 comma 1 della Costituzione. La legge di stabilità del 2015 (legge 23 dicembre 2014, n. 190), «prorogando il blocco negoziale», avrebbe «reso strutturali i blocchi contrattuali introdotti con i precedenti provvedimenti legislativi²⁷», determinando così una situazione di illegittimità costituzionale sopravvenuta. La Corte ha evidenziato come il blocco pluriennale della dinamica salariale non sia di per sé illegittimo: esso richiede il bilanciamento tra la pretesa dei lavoratori pubblici all'aumento delle retribuzioni e le esigenze di programmazione economica in relazione alla grave crisi internazionale e alla previsione del pareggio di bilancio e di risanamento economico imposto dall'art. 81 Cost.²⁸ Prima della sentenza n.178 del 2015, la Corte costituzionale si era già occupata di equilibrio di bilancio in almeno tre importanti occasioni, sfociate nelle sentenze n. 264 del 2012, n. 10 e n. 70 del 2015. Ad accomunare tali precedenti, la necessità di decidere se i sacrifici economici richiesti, in tempo di crisi, a determinate categorie di cittadini fossero o meno conformi a Costituzione.

Nel primo e nel secondo caso l'equilibrio di bilancio è risultato prevalente, rispettivamente, sul diritto alla previdenza (art. 38 Cost.) e sul diritto del contribuente (art. 53 Cost.); nel terzo caso il diritto alla previdenza (art. 38 Cost.) è risultato prevalente sull'equilibrio di bilancio.

Nell'ipotesi della sentenza n. 178, invece, l'equilibrio di bilancio e il diritto di libertà sindacale sono risultati prevalenti il primo per il passato, il secondo per il futuro; annullando la norma impugnata la Corte ha infatti ridotto gli effetti di tale annullamento escludendone la retroattività al fine di non esporre le Casse dello Stato ad un serio problema finanziario e bilanciando, così, il diritto dei dipendenti alla retribuzione con il diritto dello Stato tutelato dall'art. 81 della Costituzione.

La Corte ha sostenuto che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma non possa determinare paradossalmente effetti ancora più incompatibili con la Costituzione. La conseguenza è che la retroattività della sentenza non vale, non solo per le situazioni giuridiche divenute

²⁷ Corte cost. sent. n. 178/2015.

²⁸ Riflessioni sull'art. 81 Cost., G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 22.03.2018; A. PIROZZOLI, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio*, in www.rivistaaic.it, 11.11.2017; C. BUZZACCHI, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime obbligate?*, ivi, 23.10.2017.

irrevocabili e per i c.d. rapporti esauriti (a tutela del principio della certezza del diritto), ma anche per i rapporti pendenti quando vi sia la necessità di salvaguardare diritti di rango costituzionale.

Ancora il bilanciamento, questa volta concernente i diversi ambiti della tutela della salute, del lavoro e dell'ambiente, costituisce il nucleo centrale della sentenza n. 85 del 2013 relativa al c.d. caso "Ilva"²⁹.

Nei giudizi di legittimità costituzionale degli articoli 1 e 3 del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207 (Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), come convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 231 del 2012, promossi dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Taranto e dal Tribunale ordinario di Taranto, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate in riferimento agli artt. 25, comma 1., 27, comma 1, e 117, comma 1 Cost. e ha dichiarato non fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 9, comma 2, 24, comma 1, 32, 41, comma 2, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112 e 113 Cost.

L'art. 1 del d.l. n. 207 del 2012 fa riferimento agli stabilimenti dei quali sia riconosciuto l'interesse strategico nazionale con decreto del Presidente del Consiglio e che occupino almeno duecento persone; in tali stabilimenti l'esercizio dell'attività di impresa, quando sia indispensabile per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione, può continuare per un tempo non superiore a 36 mesi, anche nel caso sia stato disposto il sequestro giudiziario degli impianti, nel rispetto delle prescrizioni impartite con una autorizzazione integrata ambientale, al fine di assicurare adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili.

L'impugnazione dell'art. 3 dello stesso decreto legge si fonda sull'applicabilità della disciplina ivi prevista alla specifica fattispecie dell'impianto siderurgico Ilva di Taranto, che costituisce uno stabilimento di interesse strategico nazionale. Fra i parametri individuati dal giudice rimettente, si segnala la violazione del principio d'eguaglianza, la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e la violazione del diritto alla salute.

La Corte dichiara inammissibile la questione relativa alla violazione dell'art. 117, comma 1, poiché il rimettente non ha illustrato né motivato in maniera adeguata i profili di incompatibilità individuati rispetto all'art. 6 CEDU, agli artt. 3 e 35 della Carta di Nizza, all'art. 191 del TFUE, relativamente al principio di precauzione da osservare in materia ambientale: «Il rimettente si limita in effetti ad evocare una generica corrispondenza tra le norme di tutela dei diritti fondamentali contenute nella Carta costituzionale, asseritamente violate dalle disposizioni oggetto di censura, ed alcune norme sovranazionali, comprese nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo o nell'ordinamento dell'Unione europea. Non viene proposta alcuna puntuale considerazione, però, sulle specifiche ragioni di conflitto tra il diritto nazionale ed i parametri interposti, dei quali non è

²⁹ In riferimento a tale sentenza di veda L. GABRIELE, *Caso Ilva: il d. lgs. n. 231 del 2001, il problema occupazionale ed i poteri del giudice penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.02.2018; F. VIGNANÒ, *Il caso Ilva (e molto altro) nel nuovo numero della rivista trimestrale*, ivi, 21.02.2018; R. BIN, *L'Ilva e il soldato Baldini*, ivi, 21.02.2018.

illustrata, neppure in termini sommari, la concreta portata precettiva³⁰». Insufficienti sono state considerate anche le argomentazioni relative alle violazioni dell'art. 25, comma 1, e 27, comma 1, Cost.

Per ciò che concerne la violazione del principio d'eguaglianza, il giudice *a quo* rileva che la norma impugnata introduce una discriminazione illegittima tra cittadini esposti ad emissioni inquinanti, a seconda che, sulla base del provvedimento del Presidente del Consiglio dei ministri, gli stabilimenti dai quali provengono le emissioni siano o no dichiarati “di interesse strategico nazionale”, dato che solo nel primo caso sarebbero inibite le azioni a tutela dei diritti delle persone interessate. A tale proposito, inoltre, viene rilevata anche la violazione degli artt. 2, 9, 32 e 41 Cost. in quanto, consentendo l'esercizio dell'iniziativa economica privata con modalità tali da recare danno alla sicurezza ed alla dignità umana, la disciplina in questione annullerebbe la tutela del diritto fondamentale alla salute e all'ambiente salubre³¹.

Nell'escludere la violazione dell'art. 112 Cost., la Corte evidenzia che la norma impugnata «traccia un percorso di risanamento ambientale ispirato al bilanciamento tra la tutela dei beni indicati e quella dell'occupazione, cioè tra beni tutti corrispondenti a diritti costituzionalmente protetti». La Corte sostiene che «La *ratio* della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso.» Ciò in quanto «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (...) se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.» La Corte precisa ancora «la qualificazione come primari dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale³²».

³⁰ Corte cost. sent. n. 85/2013.

³¹ Si legga in proposito M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 170 ss; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; M. DOGLIANI, *Il “posto” del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, che scrive «l'attività dello scegliere è guidata da canoni definiti e gerarchizzati, il cui rispetto è giuridicamente dovuto, oppure l'atto dell'interprete è una “decisione” che spazia tra tutte le possibilità consentite dalle espressioni linguistiche contenute nel testo (costituzionale), per cui gli argomenti sono solo le giustificazioni che sorreggono e rendono accettabile la scelta effettuata, ma non i vincoli che hanno condotto ad essa?»; A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993.

³² Corte cost. sent. n. 85/2013.

La prosecuzione dell'attività produttiva è subordinata all'osservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento autorizzatorio, che costituisce l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici ed amministrativi, in cui devono trovare applicazione i principi di prevenzione, precauzione, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale.

Per quanto attiene ai rapporti tra discrezionalità tecnica e amministrativa e controllo giurisdizionale: «Lo stesso atto, peraltro, non può essere contestato nel merito delle scelte compiute dalle amministrazioni competenti, che non possono essere sostituite da altre nella valutazione discrezionale delle misure idonee a tutelare l'ambiente ed a prevenire futuri inquinamenti, quando l'esercizio di tale discrezionalità non trasmodi in un vizio denunciabile nelle sedi giurisdizionali competenti. Il punto di equilibrio contenuto nell'AIA non è necessariamente il migliore in assoluto, essendo ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi più efficaci per conseguire i risultati voluti, ma deve presumersi ragionevole, avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'iter formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista».

«La normativa censurata (...) è pertanto ispirata alla finalità di attuare un non irragionevole bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell'occupazione, e non al totale annientamento del primo».

«Il legislatore ha ritenuto di dover scongiurare una gravissima crisi occupazionale, di peso ancor maggiore nell'attuale fase di recessione economica nazionale e internazionale, senza tuttavia sottovalutare la grave compromissione della salubrità dell'ambiente, e quindi della salute delle popolazioni presenti nelle zone limitrofe³³».

5. Considerazioni conclusive

Da questa sintetica esemplificazione del giudizio di bilanciamento dei diritti si possono estrarre alcuni elementi che lo connotano: anzitutto, nessuno dei diritti costituzionali ha carattere assoluto, ma tutti possono e debbono essere temperati con gli altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti; in secondo luogo, non esiste una gerarchia predeterminata in astratto tra i diritti e i valori costituzionali, ma il bilanciamento richiede criteri di ragionevolezza e proporzionalità; infine, l'esito del bilanciamento non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco, perché di ciascuno deve essere preservato il nucleo essenziale.

Alcuni giuristi, estranei al panorama neocostituzionalista, accomunati da una vocazione al positivismo temperato, vale a dire al positivismo come metodo anziché come teoria o ideologia, guardano in maniera preoccupata ai possibili esiti del bilanciamento: tra questi Giorgio Pino sostiene che «è assolutamente banale che i legislatori effettuino continui bilanciamenti tra diversi

³³ Corte cost. sent. n. 85/2013.

beni meritevoli di riconoscimento e regolamentazione giuridica» tuttavia «le perplessità cominciano quando a bilanciare non sono più, o non solo, i soggetti che creano le leggi usando tutta la ponderata prudenza che è loro consentita (ed eventualmente anche con l’ausilio scientifico di appositi comitati tecnici) ma i soggetti che quelle leggi dovrebbero, meccanicamente, applicare: i giudici³⁴». Ciò manifesta il timore che l’apparato giudiziario, attraverso la tecnica del bilanciamento, possa svolgere una funzione paralegislative. Inoltre, «dire che i diritti costituzionali non sono degli assoluti non implica che possano essere sempre bilanciati: dire che un diritto possa entrare in conflitto con altri diritti o interessi non vuol dire che qualsiasi interesse possa sempre essere portato a bilanciamento con i diritti costituzionali. Pertanto, (...) il bilanciamento richiede agli interpreti un adeguato sforzo argomentativo per esplicitare e giustificare le varie scelte (sull’individuazione dei casi paradigmatici, sulla rilevanza di casi nuovi e imprevisi, sulle conseguenze della limitazione di un diritto a favore di un altro, sull’importanza dei diritti in competizione, ecc.) che esso implica. Ciò richiederebbe, credo, di delineare i requisiti minimi di una teoria dell’argomentazione razionale, e altresì di una teoria del contenuto essenziale dei diritti costituzionali³⁵».

Altri autori quali Massimo Luciani, in riferimento al rapporto tra bilanciamento di diritti ed esigenze finanziarie, hanno parlato di bilanciamento “ineguale” sostenendo che : «fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un bilanciamento ineguale, o meglio ancora che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l’efficienza economica) (...) Bilanciamento ineguale, poi, significa che il fine è sempre e solo il soddisfacimento dei diritti della persona, non mai l’efficienza economica in sé e per sé. Ciò non toglie che questa non possa essere sacrificata al di là di un limite ragionevole, che tuttavia non è identificato da improbabili calcoli sui bisogni delle generazioni future, ma dalla applicazione dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività (...).

Non va dimenticato, poi, che spesso il bilanciamento non va compiuto fra le ragioni dell’economia e quelle dei diritti della persona, ma addirittura all’interno di questi ultimi. E’ ciò che accade quando, una volta che si siano determinate, grazie all’applicazione dei criteri ora ricordati, le risorse da destinare alla spesa sociale, si deve scegliere se soddisfare l’uno o l’altro bisogno. In questo caso, si applicheranno le usuali tecniche del bilanciamento, epperò sta volta ponendo, ovviamente, le situazioni da bilanciare su di un piano di parità³⁶». In questo senso quindi viene

³⁴ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa di problemi*, in *Etica & Politica*, n. 1, 2006, p. 23. Si veda anche A. VESPAZIANI, *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in *Diritto pubblico*, vol. III, 2001; L. B. FRANTZ, *The First Amendment in the Balance*, in *Yale Law Journal*, vol. LXXI, 1962; ID., *Is The First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson*, in *California Law Review*, vol. LI, 1963. R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2003, che illustra una visione critica dell’idea che la valutazione comparativa degli interessi trovi nella norma una soluzione chiara, univoca, senza necessità di richiedere un intervento costruttivo da parte dell’interprete.

³⁵ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa di problemi*, op. cit., p. 41.

³⁶ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in A. PACE (a cura di), *Scritti in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol II, Padova, CEDAM, 1995, pp.126 ss.

affermata la sicura intangibilità, da parte del legislatore, di un contenuto minimo concernente i diritti sociali, anche se nella giurisprudenza costituzionale sussistono non poche incertezze in ordine alla sua individuazione.

La possibilità di una formula “aritmetica” del bilanciamento è oggetto di un ampio dibattito. Il tentativo più sistematico di pervenire ad una forma di razionalità giuridica del bilanciamento, è stato compiuto da Robert Alexy³⁷.

Nella prospettiva di Alexy la ragionevolezza del risultato delle argomentazioni giuridiche non è garantita dalla corrispondenza con alcuna morale sostanziale, quanto piuttosto da una prassi di carattere procedurale. Il giudizio di bilanciamento, dunque, rappresenta una procedura razionale di applicazione del diritto. Il giurista si prefigge di sottoporre l’attività di ponderazione ad alcune regole generali, non esclusivamente basate su valutazioni personali dell’interprete, ma valide sul piano intersoggettivo.

L’intera riflessione dell’autore sul tema può essere vista come un tentativo di formalizzare la struttura logica del bilanciamento in termini matematici, attraverso l’elaborazione di una formula da impiegare all’occorrenza per decidere i casi in cui differenti principi entrino in competizione. Un primo dato che emerge dall’analisi della sua teoria della ponderazione è che Alexy sembra riporre un’eccessiva fiducia nella possibilità di tradurre in termini tecnico-scientifici, quantitativi, le operazioni interpretative dei giudici e in particolare le tecniche ponderative. Gli elementi coinvolti nel giudizio di bilanciamento non appaiono predeterminabili; il suo esito non sembra poter essere stabilito in via generale e astratta, dipendendo anche, dalle circostanze del caso specifico, dalle condizioni di applicazione dei principi.

Ci si può chiedere se cercare un approccio razionalistico al problema del bilanciamento abbia davvero senso, soprattutto considerando che le attuali carte costituzionali, non sono riconducibili ad un omogeneo sistema di principi, per la loro natura pluralista molto lontana dal rappresentare una tavola di valori coerente ed omogenea: «per il pluralismo etico, i valori, e anche le ragioni o argomentazioni giuridiche, non sono riducibili a un unico valore fondamentale, e non possono neppure essere ordinate in una gerarchia che permetta di risolvere i loro conflitti in generale³⁸».

Il merito delle due differenti impostazioni teoriche delineate: quella giuspositivista-costituzionalista di Luigi Ferrajoli e quella neocostituzionalista di Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, sta nell’aver abituato il dibattito sulla natura e i problemi dello Stato costituzionale, a liberarsi dal dogma dell’avalutatività della scienza giuridica. E’ necessario, per il giurista che opera nella realtà dello Stato costituzionale, imparare ad avere uno sguardo disincantato nei confronti del mito della purezza e razionalità della scienza giuridica. Come si evince dalla sentenza citata e da

Si veda inoltre S. SCAGLIARINI, *Diritti e risorse: bilanciamento ineguale o ineguaglianza all’esito del bilanciamento?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015.

³⁷ Per un’analisi dell’argomento ed un raffronto con il pensiero di Habermas si veda anche G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in *Ars interpretandi*, 2005; ID, *Il neocostituzionalismo e la razionalità dell’interpretazione*, in *Costituzione e ragionamento giuridico*, Bologna, 2012.

³⁸ M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull’argomentazione dell’interpretazione*, in *Etica e Politica*, n. 1, 2006, p. 1.

altre pronunce della Corte, nel momento in cui si arriva a doversi confrontare con la Costituzione, non è possibile non considerare la realtà culturale e sociale da cui proviene un principio da applicare, non è possibile agire come se il diritto fosse avulso da contaminazioni extra-giuridiche, come se il caso dinnanzi alla Corte fosse un problema di aritmetica che segue solo variabili predeterminate. La razionalità dell'interpretazione appare solo un ideale normativo piuttosto che una realtà effettiva.

Inevitabilmente questo approccio teorico e pratico apre nuovi profili critici, quali il ruolo essenziale della giurisprudenza, in particolare quella costituzionale, nell'elaborazione e nella configurazione del diritto da un punto di vista sostanziale: «Se già questo quadro generale si palesa tutt'altro che ostile a una valorizzazione del diritto giurisprudenziale, due specifici fattori concorrono nel rafforzare ulteriormente la tendenza ad assegnare una funzione nomo-poietica alla giurisdizione: da un lato, la crisi di razionalità procedurale della legge, ossia la sua crescente incapacità di trasmettere un principio d'ordine alla prassi politica; dall'altro, la difficoltà per il legislatore di operare le mediazioni sui valori in presenza di società fortemente pluralizzate sul piano etico e religioso. Questi due fenomeni, lungi dal produrre il rifiuto della normazione eteronoma e l'apertura di spazi di autoproduzione spontanea del diritto, stanno finora trovando uno sbocco e direi un surrogato nella produzione giudiziaria del diritto³⁹».

Detto ciò resta aperto il dibattito sul problema dei limiti e sul ruolo della giurisprudenza nella realtà dei contemporanei sistemi costituzionali, ma non è questo il luogo idoneo per addentrarsi in un simile percorso d'indagine; ciò che preme ai fini della presente trattazione è di fornire un punto di partenza alla discussione e alla comprensione della situazione giuridica attuale, per la quale le armi del formalismo positivista e del giusnaturalismo risultano essere ormai inadeguate.

³⁹ G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009, pubblicato e ampliato in versione inglese in *The Italian Law Journal*, vol. III, n. 1, 2017, p. 182.