

**SUSSIDIARIETÀ E FRATERNITÀ ALLA PROVA: DUE DECLINAZIONI SINTOMATICHE DELLA CRITICA ANTIFORMALISTICA\***

Sommario: 1. Premesse. Sussidiarietà e fraternità vs. formalismo giuridico: la «rivolta contro la rivolta» 2. La caratteristica comune ai due principî: «un altro ordine» 3. Il principio di sussidiarietà 4. Il principio di fraternità 5. Considerazioni conclusive

1. Premesse. Sussidiarietà e fraternità vs. formalismo giuridico: «la rivolta contro la rivolta»

L'intento di questo studio è quello di dimostrare l'asserzione secondo la quale il principio di sussidiarietà e il principio di fraternità – almeno nelle accezioni qui impiegate – possono essere considerati come due declinazioni sintomatiche degli atteggiamenti critici attualmente diffusi nei confronti della scienza giuridica tradizionale – identificata col positivismo giuridico – il cui carattere fondamentale, dal punto di vista degli atteggiamenti critici medesimi, sarebbe il formalismo giuridico, espressione, quest'ultima, di per sé tecnicamente neutrale, ma impiegata, da quel punto di vista, in un'accezione negativa.

L'analisi condotta si pone l'obiettivo ulteriore di svelare come il ruolo assegnato ai principî di sussidiarietà e di fraternità nel dibattito in corso – che consiste, in ultima analisi, nella pretesa di *ordinare*, secondo modalità *informali*, l'ordinamento giuridico, sostituendo i tratti peculiari dei due principî alla forza direttiva e ordinatoria della legge formale (perché, in fondo, è questo l'obiettivo ultimo della critica antiformalistica) – contribuisca a svalutare il ruolo della decisione collettiva pubblica e a rafforzare quello della decisione concreta (contratto o sentenza). I conflitti, spesso drammatici, che caratterizzano il tempo presente, e le tensioni alle quali gli ordinamenti sono sottoposti, dimostrano, però, che «il costituzionalismo democratico ha bisogno invece, per essere difeso, di un'egemonia culturale, cioè di una lotta sul terreno dell'immaginario, che non può certo essere rimessa ai giudici e alle procedure. E, soprattutto, di essere rilanciato politicamente, prendendo sul serio, però, i vincoli realistici e i limiti interni che la crisi dei presupposti del progetto moderno ha reso evidenti», nella consapevolezza della perdurante necessità della funzione di sintesi della politica democratica rispetto al pluralismo di interessi: «l'immagine di un mondo unificato dall'economia e dalla tecnica, e perciò *liberato* dalla politica, non più bisognoso di forme di

ordinamento istituzionale della vita sociale, oltre a essere smentita dai fatti, ha rivelato ormai appieno tutta la sua carica mistificante e niente affatto innocente»<sup>1</sup>.

Rispetto alla dicotomia formalismo/antiformalismo, intorno alla quale ruota il dibattito teorico che sta sullo sfondo di questo studio, si vuole qui ricordare la insuperata lezione di Norberto Bobbio, secondo la quale «[l]a storia non è nuova: formalismo e antiformalismo sono le posizioni estreme, e sempre ricorrenti, tra cui oscilla il pendolo della giurisprudenza, come, in estetica, classicismo e romanticismo. Quando la mia generazione si affacciò agli studi», racconta Bobbio, «il tecnicismo giuridico – così come si chiamava la nuova incarnazione del formalismo – stava celebrando il suo trionfo sulle tendenze sociologiche, sulla scuola del diritto libero, sulla libera ricerca scientifica: una vera e propria rivolta contro l'antiformalismo. La rivolta contro la rivolta, a cui oggi assistiamo, non è che un momento normale dell'alterna vicenda degli studi giuridici: coloro che, abbracciando a cagione dell'età il corso di due generazioni, hanno vissuto sia i giorni fasti sia i giorni nefasti del tecnicismo non se ne meravigliano; anzi, alzandosi a contemplare il processo storico nel suo vario e complesso moto, hanno appreso a guardarsi dagli ardori troppo iconoclasti, dalle impazienze troppo frementi, dalle attese troppo fiduciose. Il loro compito oggi può esser quello di fare in modo che nella reazione al passato non vada perduto quel che vi era di valido, di degno di essere conservato; di evitare che, in odio a qualche eccesso, si voglia ricominciare tutto da capo, e per amore del nuovo per il nuovo si facciano passare per scoperte le riesumazioni. Mi rendo perfettamente conto che la storia procede a sbalzi; e del resto sono sin troppo evidenti le ragioni storiche, sociali, ideali della trasformazione anche nel pensiero giuridico, per giustificare un atteggiamento d'incomprensione, di resistenza, o peggio di sfida. Ma, appunto, uno dei compiti dell'uomo di ragione e di scienza è far sì che gli sbalzi non siano troppo bruschi»<sup>2</sup>.

Gli atteggiamenti critici diffusi, nei quali si dispiegherebbe questa «rivolta contro la rivolta», si riscontrano in ogni ramo del diritto, ma acquistano una forza e un significato peculiari nel diritto costituzionale, a causa della natura propria del suo oggetto: *sin dall'inizio*, infatti, il diritto costituzionale si sarebbe presentato come incompatibile con le categorie del formalismo giuridico, date le caratteristiche proprie delle disposizioni costituzionali, espresse in gran parte con formulazioni lessicali altamente sottodeterminate: «in ogni prospettiva non positivista, l'indeterminatezza delle formule e dei concetti non è un difetto ma una

---

\*Il presente studio è stato svolto in occasione di un seminario organizzato dall'Università degli Studi del Piemonte orientale ed è destinato alla raccolta dei relativi atti (in M. Cavino – C. Tripodina (a cura di), *Giudici e legislatore tra casi facili e difficili*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione).

<sup>1</sup> G. Preterossi, *La politica negata*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. XV e XX.

<sup>2</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, pp. 78-79. Sui significati dell'espressione «formalismo giuridico», v. spec. pp. 80 ss.; sul rapporto tra formalismo giuridico e positivismo, v. spec. pp. 101 ss.

Sul formalismo interpretativo in particolare, cfr. M. Cavino, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 21 ss..

necessità (...). La pretesa di “trattare” positivisticamente il materiale costituzionale rappresentato dai suoi principî di giustizia (tra i quali i diritti fondamentali) è insostenibile e comporta veri e propri abusi concettuali, come quello compiuto da chi pensa che i principî costituzionali siano facilmente riducibili a norma della stessa natura delle regole positivistiche. Ma ciò non è possibile, non solo per la loro diversa struttura espressiva (norme senza fattispecie), ma anche per la diversa natura del loro contenuto, spesso semplice allusione a grandi concezioni della vita collettiva che trova la propria sostanza nell’esperienza storica e nel riconoscimento attuale del suo valore. Non si è riflettuto a sufficienza, in Italia, sulle trasformazioni categoriali del diritto che la presenza dei principî costituzionali ha comportato. Non si è colto appieno il significato del “diritto per principî” (invece che per regole) che domina il nostro tempo. Si è rimosso il tema. Forse, sulla base di un presupposto nesso inscindibile tra positivismo giuridico e democrazia, si è temuto un ambiguo ritorno a tematiche giusnaturalistiche. L’inclusione nel diritto dei contenuti di giustizia per il tramite delle norme costituzionali di principio valorizza certamente il ruolo della giurisprudenza. Si potrà vedere in questa rimozione una manifestazione dell’antica avversione per il ruolo creativo della giurisprudenza: un’avversione, invero, per la quale è facile trovare mille e fondati argomenti. Si può temere un “pensiero elitario” che trama per insidiare i meccanismi della rappresentanza politica che producono la legge e per sostituire a essi commissioni di tecnici irresponsabili, i giudici. Ma non si può non vedere che la crisi della legge è nelle cose di ogni giorno e che il principio elettorale-rappresentativo non riesce a sostenere l’immenso peso del reggimento normativo della vita sociale e anche, soprattutto, a impersonare integralmente le pretese di legittimità delle società attuali, che sono pretese di giustizia costituzionale materiale»<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Così G. Zagrebelsky, *Introduzione*, in R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Alber GmbH, Freiburg im Breisgau, München, 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. XIII e pp. XX-XXI.

Analogamente, si vedano, a mero titolo esemplificativo, M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell’età repubblicana*, in *Astrid Rassegna*, 2008, 65, [www.astrid-online.it/rassegna](http://www.astrid-online.it/rassegna): «la Costituzione del 1948 è nata dotata della formidabile virtù della elasticità»; G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*. Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant’anni dall’incontro di Ebrach*, Roma, 26 ottobre 2009, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), p. 5: «La presenza di una struttura normativa “aperta” all’integrazione giudiziale, lungi dal costituire un difetto della legge, può divenire in quest’ottica una delle più apprezzate virtù. Si spiega così come disposizioni le quali, per la loro inequivoca chiarezza o per la presenza di automatismi legali, sottraggono ogni apprezzamento alle autorità dell’applicazione, sono state sovente colpite da declaratorie di illegittimità costituzionale».

La ricostruzione delle norme costituzionali di principio come norme a fattispecie aperta o, addirittura, come norme senza fattispecie, in contrapposizione alle regole, è stata diffusa in dottrina da R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, spec. pp. 90 ss..

Sulla distinzione tra regole e principî la letteratura è vastissima: cfr. almeno S. Bartole, *In margine a «Taking Rights Seriously» di Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 185 ss.; Id., *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 494 ss.; A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982; L. Gianformaggio, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1985, 1, pp. 67 ss.; R. Guastini, *Sui principi di diritto*, in *Dir. Soc.*, 1986, pp. 601 ss.; Id., *Principi di diritto*, in *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 143 ss.; Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 115 ss.; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 271 ss.; Id., *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 199 ss.; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1985, spec. pp. 71 ss.; F. Sorrentino, *I principi generali dell’ordinamento giuridico nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto*, in *Dir. Soc.*, 1987, pp. 181 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, cap. VI; Id., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, cap. VI; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 9 ss.; M. Atienza – J. Ruiz Manero, *Tre approcci ai principi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, pp. 9-29; Id., *Las piezas del Derecho*, cit., cap. I; G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, spec. pp. 35 ss..

Tenendo sullo sfondo questo dibattito teorico, al quale qui si può solo rinviare per ulteriori approfondimenti, è necessario dichiarare, in via preliminare, la ragione per la quale i principî di sussidiarietà e di fraternità sono evocati in questa sede quali declinazioni sintomatiche della critica antiformalistica. E, ancor prima, è la stessa possibilità di un accostamento tra principio di sussidiarietà e principio di fraternità che deve essere dimostrata. Tale accostamento costituisce, infatti, un nodo problematico, se non altro perché, mentre il principio di sussidiarietà è stato esplicitamente positivizzato nel nostro ordinamento, e, nonostante le perduranti difficoltà interpretative che continua a suscitare, è ora indiscutibilmente un principio costituzionale positivo<sup>4</sup>, l'espressione principio di fraternità non compare nella Costituzione italiana. Come noto, l'art. 2 si riferisce espressamente a un principio di solidarietà, laddove prevede che «La Repubblica (...) richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Peraltro la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 si riferisce espressamente a un principio di fratellanza, laddove l'art. 1 afferma che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

In questa sede si impiega una specifica accezione del principio di fraternità – che sarà illustrata nel § 4 – la cui riconducibilità a disposizioni costituzionali scritte non può essere qui argomentata e deve pertanto essere data per presupposta<sup>5</sup>.

Se si accetta dunque che sussidiarietà e fraternità – nelle accezioni qui impiegate – siano due principî costituzionali positivi, la ragione per la quale vengono accostati in questa sede, risiede nella volontà di metterne in luce un carattere fondamentale che spiegherebbe la loro appartenenza a quella che sopra si è definita sinteticamente come la critica antiformalistica: il loro carattere fondamentale consiste nel fatto che i due principî non prescrivono in modo diretto contenuti materiali, per quanto indeterminati, da interpretare, da sviluppare, da attuare, bensì *modalità informali per ordinare* altri principî che prescrivono, questi sì, contenuti materiali da interpretare, da sviluppare, da attuare. Sussidiarietà e fraternità potrebbero considerarsi, in estrema sintesi, come due meta-principî che pretendono di creare *ordine* nell'ordinamento giuridico, ma secondo modalità *diverse* rispetto a quelle che sono considerate proprie della scienza giuridica tradizionale, ritenute formalistiche, appunto<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Si vedano i riferimenti al principio di sussidiarietà negli artt. 118, commi 1 e 4, e 120, comma 2, della Costituzione.

<sup>5</sup> Sul punto si rinvia a I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale*, Jovene, Napoli, in corso di pubblicazione.

Ma anche rispetto al principio di sussidiarietà, non è qui possibile neppure accennare alla molteplicità delle sue accezioni, delle sue matrici culturali e delle sue implicazioni giuridico-costituzionali. Anche la relativa bibliografia è assai vasta. Si vedano, almeno, G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003.

<sup>6</sup> Ovviamente quelli di sussidiarietà e di fraternità non sono gli unici principî che potrebbero essere annoverati tra quelli che rivendicano la pretesa di *ordinare*, secondo modalità *informali*, l'ordinamento giuridico, sostituendo i loro rispettivi tratti peculiari alla forza direttiva e ordinatoria della legge formale (perché, in fondo, sarebbe questo l'obiettivo ultimo della critica antiformalistica). Lo stesso principio della dignità umana, quale formula riassuntiva e fondante i diritti della persona, è stato a ragione indicato quale

Si cercherà di dimostrare che, al fondo di questo nuovo *ordine*, sta l'idea fondamentale che la decisione collettiva generale e astratta non è più assistita da una forza razionale e da un valore morale superiori rispetto alla decisione concreta (contratto o sentenza)<sup>7</sup>, secondo l'insegnamento che si poteva ricavare, invece, da quelli che sono stati definiti i paradigmi della modernità, ossia il paradigma hobbesiano e quello weberiano<sup>8</sup>.

## 2. La caratteristica comune ai due principî: «un altro ordine»

«Quello che è accaduto (...) con le nuove Costituzioni democratiche e sociali, è molto di più dell'affermarsi di un nuovo livello superiore di legalità, come se l'edificio fosse rimasto il medesimo, solo sopraelevato di un piano. Né si è trattato semplicemente di mettere la Costituzione al posto della legge al centro del sistema, mantenendo fermo tutto il resto. La trasformazione in atto è più profonda perché implica lo sgretolarsi della logica stessa del centro, per lo meno nella sua versione tradizionale di punto da cui tutto deriva, ed il ricostruirsi di un ordine non più comprensibile nella sua interezza in una sola dimensione, e che

---

categoria in grado di svalutare il ruolo della decisione collettiva pubblica: «Occorre anzitutto muovere, al più alto livello di generalità, dalla constatazione che nella *proclamazione* costituzionale di valori riferibili alla persona umana è già insita una qualche svalutazione della forza direttiva e ordinatoria della legge. Il riconoscimento dei diritti inviolabili e della dignità dell'uomo come postulati eterni di ogni comunità politica, come principi primi immutabili di ogni consociazione umana muove, difatti, dalla premessa che sul fondamento inconcusso e inoppugnabile di un a-priori meta-legislativo ed extrasociale si possa erigere una sorta di "legalità cosmopolitica", una legalità "universale". Ma questa perenne spinta universalista, questa vocazione interna a vincere gli stessi confini della sovranità politica ha quale inevitabile effetto un certo disancoramento del diritto dalla sua dimensione storica contingente. Il costante appello all'universalità "impolitica" del valore distacca il diritto dalla sua dimensione politica. Inoltre, per potersi meglio integrare in ordinamenti sovranazionali, in sistemi a sovranità condivisa che presiedono alla regolazione di ambiti crescenti della vita nazionale, lo stesso diritto di fonte politica deve assumere una struttura normativa meno rigidamente prescrittiva e più duttile, deve porsi come diritto "per principi", finendo così per lasciare alle istanze giurisdizionali un margine di apprezzamento discrezionale inevitabilmente più ampio» (così G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 4). Del medesimo A. v. altresì *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, in *Nova juris interpretatio*, 2007, pp. 286 ss.. In argomento cfr. F. Ciaramelli, *Legislazione e giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. p. 96.

<sup>7</sup> Cfr. G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, cit.; dello stesso A., e con specifico riferimento al principio di sussidiarietà, v. altresì *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, cit., p. 41; M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, spec. pp. 114-115: «la legislazione (...) perde centralità e l'assunzione di decisioni di varia natura su questioni di pubblico rilievo si affida anche a istituzioni diverse, capaci di corrispondere a un maggior decentramento. Le modalità contrattuali e giudiziarie hanno proprio questa capacità: possono staccarsi dalla misura unica dello stato e funzionare con unità di misura diverse e variabili. Guardate da questa prospettiva, queste due istituzioni sono chiamate a rimediare alla crescente incapacità del legislativo di dare risposte più articolate alla complessa rete di bisogni degli individui, della società, di piccoli gruppi e di minoranze di vario tipo, piuttosto che di maggioranze o collettività coese e gruppi omogenei ed estesi di soggetti. Inoltre, entrambe queste modalità si sono imposte anche per la loro capacità di assecondare la crescente propensione della cultura globale verso la privatizzazione. Non si tratta tanto del fatto che entrambe queste modalità prevedano, se pure in forme e misure diverse, il concorso dei privati nel processo di decisione. Si tratta piuttosto del fatto che entrambe prendano in carico la gestione diretta degli interessi. Oggi, in gran parte, la trasposizione del "linguaggio degli interessi" in ambito giuridico, che appare una tendenza tipica dell'epoca globale, avviene proprio attraverso la crescita di peso del diritto contrattuale e del diritto di fonte giudiziaria, che chiamano entrambi in causa apertamente una dinamica interattiva e una comunicazione improntata agli interessi».

Con specifico riferimento al principio di sussidiarietà, v. altresì G. Arena – G. Cotturri (a cura di), *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Carocci, Roma, 2010, spec. pp. 26 ss..

<sup>8</sup> M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 53 ss..

tende invece ad apparire in forme plurime e diverse, ora prevalentemente legislative, ora prevalentemente giurisdizionali, che solo sotto l'ombrello della Costituzione possono ritrovare un significato coerente, di misure che insieme concorrono a costruire, o perfezionare, o mantenere, il comune ordine giuridico e politico. Insomma, in una parola, *un altro ordine*, collocato al di là della esperienza storica, ormai conclusa, del modello monistico»<sup>9</sup>.

Se nello stato di diritto di matrice ottocentesca la funzionalità dei suoi principi strutturali (principio di legalità, riserva di legge, divisione dei poteri) era affidata prevalentemente al legislatore e agli organi politici in generale, «i moduli organizzativi dello Stato costituzionale contemporaneo “multilivello” (la proporzionalità e ragionevolezza, come generale istanza di adeguatezza concreta della norma al fatto regolato; la sussidiarietà come regola dei rapporti fra autorità e libertà e al contempo come criterio di organizzazione dinamica delle funzioni pubbliche che supera le rigidità del criterio di competenza; la dignità umana come formula riassuntiva e fondante i diritti della persona) sembrano rimettere principalmente alle istanze giurisdizionali le *chance* di una loro effettiva attuazione e ne sollecitano pertanto un coinvolgimento più diretto nell'attività di elaborazione creativa del diritto (...). E' dal giudice, in prima battuta, che gli individui pretendono l'immediata protezione di diritti e valori costituzionali, se necessario anche contro la legge e la forma giuridica»<sup>10</sup>.

I modelli teorici della modernità, sui quali si sono fondati i principi strutturali dello stato di diritto di matrice ottocentesca, sono stati rinvenuti paradigmaticamente nel modello weberiano – o, in ultima analisi, nella certezza del diritto – e in quello hobbesiano – o, in ultima analisi, nella centralità del potere politico sovrano –<sup>11</sup>, la riconducibilità ai quali dei principi di sussidiarietà e di fraternità, nelle accezioni qui adottate, sembra suscitare quanto meno perplessità.

Nei due paragrafi successivi si tenterà di dimostrare la ragione per la quale, da un lato, il principio di sussidiarietà, quale criterio distributivo di funzioni fra livelli territoriali di governo, alternativo e/o correttivo rispetto ai tradizionali criteri di ripartizione formale, e, in ispecie, rispetto al criterio della competenza, sembra

---

<sup>9</sup> Così M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, cit., p. 9.

<sup>10</sup> G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 5 e 11.

Cfr. ancora M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, cit., secondo il quale «[c]iò che storicamente si sta consumando è la rappresentabilità dell'ordine politico e giuridico in un solo luogo e con un solo strumento, com'era nello Stato liberale di diritto tra Otto e Novecento, nell'età degli Stati nazionali, in cui si riteneva possibile esaurire quella rappresentazione nella legge dello Stato sovrano (...). ...la nostra società, a sua volta fattasi infinitamente più complessa, ha bisogno di risposte che spesso sono possibili solo attraverso un ruolo attivo della giurisprudenza. Ha bisogno di risposte che partano dai casi concreti, che si fondino sul principio del mutuo riconoscimento tra fonti ed ordinamenti diversi, con il metodo del dialogo, della comparazione, della commisurazione. Il ruolo della giurisprudenza è dunque quello di un indispensabile strumento di concretizzazione dei principi costituzionali, ha insomma un significato essenzialmente *costruttivo di ordine*, nel contesto complessivo di un ordinamento di tipo policentrico, in cui la legge mantiene un ruolo essenziale, ma non ha più il monopolio nella rappresentazione e nella costruzione dell'ordine giuridico e politico».

<sup>11</sup> M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, cit., pp. 53 ss..

porsi al di fuori del paradigma weberiano; dall'altro, il principio di fraternità, quale criterio di limitazione della discrezionalità politica del legislatore in sede di concretizzazione/bilanciamento dei principî costituzionali, sembra porsi al di fuori del modello hobbesiano.

In entrambi i casi, come si vedrà, un ruolo centrale assume la giurisprudenza, e la giurisprudenza costituzionale in particolare, ritenuta produttrice di «*un altro diritto*, diverso da quello legislativo, ma che è anch'esso, come quello legislativo, *un diritto positivo*, per quanto non posto dal legislatore»: evento, quest'ultimo, che ha condotto a ritenere concluso «il tempo storico del positivismo giuridico»<sup>12</sup>.

### 3. Il principio di sussidiarietà

Nel dibattito scientifico contrassegnato dalla «rivolta contro la rivolta», il principio di sussidiarietà, in particolare, si pone quale declinazione sintomatica della critica alla teoria formale delle fonti del diritto, secondo la quale diritto sarebbe soltanto quello posto, seguendo particolari procedure, dagli organi della produzione giuridica disciplinati dalle norme sulla produzione giuridica. E' possibile allora sostenere che il principio di sussidiarietà s'inserisce a pieno titolo nel dibattito in corso che ha sullo sfondo il tema più generale della validità del diritto, e che vede la riproposizione di dottrine che prescrivono il necessario collegamento tra validità del diritto e suoi specifici *contenuti* (idee di giustizia, valori, giudizi su fatti e casi concreti), in luogo della sua sola *forma*.

Con queste premesse, il principio di sussidiarietà è stato considerato come alternativo rispetto ai tradizionali criteri di ripartizione formale e astratta delle competenze: mentre, infatti, il criterio di competenza «realizza pienamente l'ideale di una razionalità matematica che richiede un'applicazione informata al metodo giuridico formalista», e, in quanto tale, «è plausibilmente definibile come un criterio formale e astratto, suscettibile di applicazione deduttiva, quindi come un'espressione del pensiero sistematico», la sussidiarietà, al contrario, «appare, nella sua logica di azione, uno strumento del pensiero problematico, che applica alla teoria dell'organizzazione pubblica il metodo sperimentale, di tipo inferenziale e induttivo, proprio della conoscenza scientifica». Nella logica della sussidiarietà, infatti, «[l]e competenze sono (...) allocate alla luce dell'esperienza applicativa, della rilevata attitudine all'esercizio, sicché i giudizi che motivano la devoluzione di funzioni non hanno carattere di formulazioni universali, ma di enunciazioni particolari legate alla singolarità dei casi». Se il criterio di competenza può essere considerato «l'espressione di una ragione astratta, sistematica, che si cala sulla realtà per conformarla (l'essere consegue al dover essere)», la sussidiarietà, invece, è «canone di razionalità materiale, che, seguendo un percorso argomentativo inverso rispetto a

---

<sup>12</sup> M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, cit.

quello tipico del formalismo logico, è costantemente diretto a trarre dall'essere gli elementi condizionanti del dover essere, dalla attualità giudizi di valore». Il meccanismo della sussidiarietà non richiede, infatti, di verificare «l'aderenza formale dell'azione a un predefinito modello legale, ma apprezza piuttosto la capacità concreta di realizzare un obiettivo e risponde, quindi, a una logica funzionale, di legittimazione per risultati». Nella logica della sussidiarietà la regola di tendenziale preferenza per la prossimità delle funzioni ai governati «non è suscettibile di applicazione irreflessa e astratta, quindi di ripetizione uniforme, giacché la devoluzione di competenze resta affidata a un giudizio, storicamente mutevole, di adeguatezza dell'ente destinatario dell'attribuzione rispetto alla *Natur der Sache*, di congruenza rispetto al fatto». Ne deriva, in ultima analisi, che «l'assetto di competenze imperniato sulla sussidiarietà [è] strutturalmente sprovvisto di caratteri di stabilità ed esprim[e] perciò una forza ordinatoria assai debole sul sistema delle fonti. In quanto presuppone la mobilità delle competenze e ne giustifica lo spostamento sulla scorta di criteri di ordine sostanziale, l'applicazione della regola sussidiaria è, difatti, incompatibile con la classica visione positivista delle fonti normative in termini puramente statici e formali». Se ne deve concludere che, «[c]osì operando, la sussidiarietà immette nel sistema quei giudizi di valore che la ricostruzione formale secondo gerarchia e competenza aveva tentato con ogni sforzo di ricacciare nella sfera del giuridicamente irrilevante e di lasciare del tutto fuori dai processi applicativi delle norme attributive di potere»<sup>13</sup>.

I caratteri appena descritti del principio di sussidiarietà sono stati significativamente sintetizzati con l'asserzione secondo la quale «la sussidiarietà appartiene (...) al diritto mite, ai dispositivi flessibili di attribuzione del potere, alla crisi del sistema delle fonti»<sup>14</sup>.

Le implicazioni giuridico-costituzionali del principio di sussidiarietà erano già state segnalate da tempo dalla dottrina, e giudicate quali impliciti sviluppi delle sue matrici culturali<sup>15</sup>, ma sono emerse nel dibattito scientifico a seguito della ormai assai nota sentenza n. 303 del 2003 della corte costituzionale.

Con questa sentenza la corte costituzionale ha inaugurato un filone giurisprudenziale, da ritenersi ormai consolidato<sup>16</sup>, in forza del quale il principio di sussidiarietà consente di derogare, caso per caso, e a

---

<sup>13</sup> Così G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale*, cit., pp. 45-49. Si veda altresì C. Millon Delsol, *Le principe de subsidiarité*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, trad. it. a cura di M. Tringali, *Il principio di sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 96-97: «Non si può sperare di garantire l'applicazione della sussidiarietà mediante il rispetto garantito delle norme del diritto, perché l'idea sussidiaria sfugge alla norma; essa ha valore solo perché permette all'azione di adattarsi alla realtà che evolve secondo le situazioni ed è sottomessa alla virtù politica della prudenza».

<sup>14</sup> Così A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2003, pp. 337-338. Per una lettura critica di questa asserzione cfr. A. Gentilini, *La sussidiarietà appartiene al diritto mite? Alla ricerca di un fondamento giuridico per l'attrazione in sussidiarietà*, in *Giur. Cost.*, 2008, pp. 1595 ss.; del medesimo A. cfr. altresì *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, in *Giur. Cost.*, 2003, pp. 2805 ss..

<sup>15</sup> Sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà*, cit., spec. pp. 307 ss., e Id., *Sussidiarietà (principio di): origini del diritto della Chiesa cattolica*, in [www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it), ove è sottolineata, dell'accezione di sussidiarietà «interna» all'ordinamento canonico, la natura sorprendentemente *antiformalistica*.

<sup>16</sup> Le sentenze della corte che dal 2003 hanno operato il meccanismo della c. d. «attrazione in sussidiarietà» delle competenze legislative regionali a favore dello stato sono: n. 6 del 2004, n. 233 del 2004, n. 255 del 2004, n. 423 del 2004, n. 31 del 2005, n. 151 del 2005, n. 242 del 2005, n. 270 del 2005, n. 285 del 2005, n. 383 del 2005, n. 63 del 2006, n. 183 del 2006, n. 213 del 2006, n. 214 del

determinate condizioni, alle disposizioni costituzionali scritte che disciplinano la distribuzione delle competenze legislative tra stato e regioni. Infatti, secondo la corte, l'art. 118, primo comma, della Costituzione, che prescrive esplicitamente il principio di sussidiarietà quale criterio ordinatore delle funzioni amministrative tra livelli di governo, introduce «un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (...). Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto»<sup>17</sup>.

---

2006, n. 88 del 2007, n. 165 del 2007, n. 339 del 2007, n. 63 del 2008, n. 94 del 2008, n. 133 del 2008, n. 166 del 2008, n. 168 del 2008, n. 76 del 2009, n. 168 del 2009, n. 200 del 2009, n. 16 del 2010, n. 215 del 2010, n. 278 del 2010, n. 33 del 2011, n. 79 del 2011, n. 165 del 2011, n. 232 del 2011.

<sup>17</sup> Corte costituzionale, sent. n. 303 del 2003 (punto 2.1. del *Considerato in diritto*).

I numerosi commenti alla sentenza citata si dividono tra sostenitori e critici del ragionamento della corte. Tra questi ultimi si vedano, in particolare, le condivisibili osservazioni di A. Gentilini, *La sussidiarietà appartiene al diritto mite?*, cit., secondo il quale il ragionamento della corte non è sostenibile poiché, nel momento in cui un livello di governo – nel caso di specie lo stato – giudica dove deve essere allocata una funzione amministrativa in una materia, in realtà sta già esercitando la funzione legislativa in quella materia: «ciò colpisce al cuore il ragionamento sviluppato dalla Corte: invalida infatti l'espedito per cui il trasferimento (attrazione) di una funzione legislativa dalle Regioni allo Stato sarebbe soltanto *successivo* e *conseguenziale* al trasferimento (attrazione) della funzione amministrativa; il principio di legalità vuole l'esatto contrario: su ogni singola materia, la legge (dunque il legislatore competente) decide della funzione amministrativa, ivi compreso il miglior livello di allocazione della stessa. Con il meccanismo dell' "attrazione in sussidiarietà", perciò, *transita allo Stato prima la funzione legislativa, poi quella amministrativa* e non viceversa, come la Corte tenta di argomentare: il principio di legalità è esattamente l'ostacolo, non il "viatico" per il percorso argomentativo che la Corte intraprende; la lettura corretta della sussidiarietà amministrativa, l'unica contemplata nel testo costituzionale (art. 118, comma 1), è che Stato e Regioni dovrebbero applicare il principio di sussidiarietà verticale *legiferando* nelle materie di propria competenza. Nel decidere a quale livello assegnare la funzione, ogni legislatore valuta se sia il caso di assegnarla ai Comuni, secondo il *favor* già implicito nel principio di sussidiarietà (ma nel nostro ordinamento rafforzato in apertura dell'art. 118, comma 1); oppure, salendo, va a ricercare l'ente più idoneo ad assolverla, *arrivando al massimo fino a se stesso* (cioè, fino ad assolvere direttamente sia la funzione legislativa che quella amministrativa su quella materia».

Che il punto della questione sia il problematico rapporto tra principio di sussidiarietà e principio di legalità è dimostrato dal fatto che, mentre per i sostenitori del ragionamento della corte non costituisce un problema la considerazione che «la sussidiarietà precede e fonda la legalità, non trae dalla legge i contenuti della funzione, quanto piuttosto la forma attraverso la quale quei contenuti assumono giuridico rilievo», per cui «si può dire (...) che la logica della sussidiarietà si concilia con quella della legalità solo a condizione che la legge intervenga a dare rilievo formale a istanze e aspettative raccolte e selezionate secondo sussidiarietà» (così G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale*, cit., p. 78), i suoi critici sostengono, al contrario, che per il principio di legalità «è la legge, e dev'essere la legge, in ogni materia a parlare per prima» (A. Gentilini, *ult. op. cit.*, riportando le parole di L. Carlassare, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.*, 1990, p. 25).

Tra gli altri numerosi commenti alla sentenza n. 303 del 2003 e al filone giurisprudenziale con quella inaugurato, si vedano almeno A. Ruggeri, *Il parallelismo «redivivo» e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia. Nota a Corte cost. n. 303 del 2003*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (29 ottobre 2003); Id., *Il problematico "bilanciamento" tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su corte cost. n. 303 del 2003)*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 849 ss.; A. Anzon, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra stato e regioni*, in *Giur. Cost.*, 2003, pp. 2782 ss.; Id., *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel "secondo regionalismo": le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della corte costituzionale e il loro seguito*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 779 ss.; A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2003, pp. 2776 ss.; A. Moscarini, *Sussidiarietà e supremacy clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, in *Giur. Cost.*, 2003, pp. 2791 ss.; S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale (Nota a C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303)*, in *Le Regioni*, 2004, pp. 578 ss.; L. Violini, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa*

L'argomento centrale impiegato dalla corte costituzionale ruota pertanto intorno a un'interpretazione del principio di sussidiarietà quale «meccanismo dinamico», che «deroga al normale riparto delle competenze stabilito nell'art. 117 Cost.»<sup>18</sup>, e che opera non «come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie»<sup>19</sup>.

L'argomento sul quale la corte fonda la sua decisione accoglie in pieno le considerazioni diffuse in dottrina intorno a un presunto potenziale di flessibilità e di dinamicità che sarebbe proprio del principio di sussidiarietà (e anche la corte non si sottrae all'occasione di ricordare la «matrice teorica» e il «significato pratico» della sussidiarietà, destinati a comprovarne un'«attitudine ascensionale»<sup>20</sup>). Tale argomento, tuttavia, se condotto in modo coerente alle sue estreme conseguenze, sembrerebbe configurare il principio di sussidiarietà come un principio sovra-costituzionale in grado di derogare alle disposizioni costituzionali scritte. In altri termini la corte, con questo filone giurisprudenziale, contribuisce al consolidamento dell'idea secondo la quale il principio di sussidiarietà sarebbe il grimaldello attraverso il quale le disposizioni costituzionali possono essere derogate caso per caso: la costituzione fissa un ordine prestabilito di competenze, ma il principio di sussidiarietà può, a determinate condizioni, scardinarlo. In ultima analisi, infatti, una «intesa» tra le parti interessate – soltanto attraverso la quale può operare il meccanismo della «attrazione in sussidiarietà» – può realizzare una distribuzione di competenze legislative diversa da quella voluta dalla costituzione. Il contenuto della disciplina costituzionale in materia sarebbe dunque disponibile, negoziabile, contrattabile, da parte dei soggetti interessati.

Si potrebbe affermare che tale risultato, in fondo, era già stato in parte perseguito e/o ottenuto attraverso categorie e principî diversi, che, con le relative argomentazioni retoriche, erano stati ricavati anche dal testo originario della costituzione. La non sempre coerente giurisprudenza costituzionale in materia, nonché l'auspicio di rendere sempre meno rigidi i criteri di distribuzione delle competenze, legislative e amministrative, fra centro e periferia, nella convinzione che i rapporti tra i diversi livelli di governo debbano essere improntati a flessibilità e collaborazione, piuttosto che a rigidità e conflittualità, non consentono di

---

«concorrente», leale collaborazione e «strict scrutiny», in *Le Regioni*, 2004, pp. 587 ss.; R. Ferrara, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della corte costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 2004, pp. 1018 ss.; I. Massa Pinto, *Nota in margine alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale: una «opinione concorrente»*, in *Giur. It.*, 2004, pp. 1568 ss.; V. Onida, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze «storiche»*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 773 ss.; P. Caretti, *Le sentenze nn. 303/2003 e 14/2004: due letture «creative» del nuovo titolo V della costituzione*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 807 ss.; G. Falcon, *Un problema, due risposte, alcune riflessioni*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 817 ss.; S. Mangiameli, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 825 ss.; E. Rossi, *Una breve considerazione sul fondamento delle «istanze unitarie» nella riflessione di Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 843 ss.; R. Tosi, *Competenze statali costituzionalmente giustificate e insufficienza del sindacato*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 875 ss..

<sup>18</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 303 del 2003 (punto 4.1. del *Considerato in diritto*).

<sup>19</sup> *Ibidem* (punto 2.2. del *Considerato in diritto*).

<sup>20</sup> *Ibidem* (punto 2.1. del *Considerato in diritto*).

ritenere, in modo ingenuo, che anche dalle disposizioni costituzionali in questa materia (sia quelle attualmente in vigore sia quelle del testo previgente) debbano (ovvero possano) essere ricavati univoci significati. Tuttavia, l'aspetto essenziale che qui s'intende sottolineare è che, in questo filone giurisprudenziale, il ragionamento della corte non è volto a ricavare un (quale che sia) significato normativo dal testo costituzionale, ma a teorizzarne esplicitamente la derogabilità, e che lo strumento attraverso il quale tale derogabilità si compie è il principio di sussidiarietà<sup>21</sup>.

Se sinora le diverse soluzioni escogitate per rispondere alle molteplici questioni che di volta in volta sono state presentate al vaglio della corte sono state sempre ricondotte al testo costituzionale, anche attraverso il ricorso ad argomentazioni retoriche non sempre coerenti, con le quali tuttavia è stato possibile ricavare dal testo scritto i significati dei parametri costituzionali, nel caso di specie si giunge a rinunciare persino all'idea del testo scritto quale «limite invalicabile», quale «regola del gioco che non può essere derogata dai concorrenti nel corso della competizione»<sup>22</sup>. Se sinora «la funzione del testo costituzionale è [stata] assorbita nello strumentario retorico della Corte costituzionale», per cui, come minimo, si potrebbe dire, il richiamo delle disposizioni costituzionali «è [stato] uno degli argomenti producibili», anche se ha «presenta[to] più spesso una chiusura "di stile", una soluzione deresponsabilizzante, che un uso pregnante per giustificare le premesse della decisione»<sup>23</sup>, nel caso di specie la corte rinuncia anche a questo fragile ruolo del testo, negando la necessità di una sua (qualunque) interpretazione, ma teorizzandone espressamente la derogabilità.

Per questa strada, la corte contribuisce a diffondere l'idea della necessità di assegnare un nuovo carattere al diritto positivo, non più inteso imperativisticamente come comando, ma come un non meglio definito *soft law*, spesso associato proprio al principio di sussidiarietà<sup>24</sup>, e, per di più, attribuendo tale carattere alle stesse disposizioni costituzionali.

---

<sup>21</sup> Tale pericolo era già stato messo in luce da G. U. Rescigno, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*. Relazione al convegno *Le Regioni tra riforma amministrativa e revisione costituzionale*, Genova, 25-26 gennaio 2002, Maggioli, Rimini, 2002, p. 151. Del medesimo A. cfr. altresì *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, pp. 5 ss., e spec. p. 21: «Salvo il caso in cui con legge di revisione costituzionale si voglia modificare questa distribuzione [quella dell'art. 117 Cost.], nessuno, in nome del principio di sussidiarietà, può spostare una competenza legislativa dallo Stato a favore della Regione o viceversa dalla Regione a favore dello Stato».

<sup>22</sup> R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 55.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Cfr. il c.d. «Metodo di coordinamento aperto», al quale si riferisce espressamente, proprio associandolo al principio di sussidiarietà, il Consiglio europeo di Lisbona del 2000: il paragrafo 38 delle Conclusioni della Presidenza, in linea con l'idea di privilegiare modalità informali – c.d. *soft law* – di produzione di politiche pubbliche, afferma che «un'impostazione totalmente decentrata sarà applicata coerentemente con il principio di sussidiarietà, a cui l'Unione, gli Stati membri, i livelli regionali e locali, nonché le parti sociali e la società civile parteciperanno attivamente mediante diverse forme di partenariato».

In generale, sulla perdita di rigidità della fonte legislativa a vantaggio di forme giuridiche *soft*, «miti», «fluide», si vedano M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 72; Id., *La governance tra politica e diritto*, cit., pp. 36 ss.; U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham, Elgar, 2004; A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

Insomma, ciò che desta perplessità, in questo filone giurisprudenziale, non riguarda il merito delle conclusioni alle quali la corte perviene, ma le argomentazioni impiegate per pervenirvi: la corte avrebbe infatti potuto ricorrere ad altre tecniche – elaborate anch'esse in via giurisprudenziale per altre occasioni<sup>25</sup> – per raggiungere il medesimo obiettivo, rispettando però il testo costituzionale, e, in ultima analisi, rispettando il principio secondo il quale una norma è valida solo se è conforme alla sua fonte sulla produzione.

E' interessante osservare, infatti – anche al fine di gettare un ponte tra sussidiarietà e fraternità, della quale si tratterà nel paragrafo successivo – che è proprio attraverso il filone giurisprudenziale in commento che si vanno diffondendo, anche nel giudizio in via principale, tecniche argomentative tipiche del sindacato di ragionevolezza, che, pur nelle loro differenze, presentano il dato comune sopra indicato, ossia la volontà di collegare la questione della validità del diritto a suoi specifici *contenuti* in luogo della sua sola *forma*: «si sta, perciò, passando (...) dall'esame del modo di produzione (di principio o di dettaglio), raramente decisivo per la soluzione dei conflitti normativi, all'esame della *ratio legis* sotto il profilo della ragionevolezza, sostanziale e procedurale, del limite apposto dalla disciplina statale alle sfere costituzionali di autonomia legislativa regionale. E come nel giudizio in via incidentale la generalizzazione del canone di ragionevolezza riflette il progressivo accostamento fra l'ordine costituzionale e l'ordine normativo legale e ne sintetizza il rapporto di reciproco condizionamento, in modo analogo la diffusione degli strumenti della ragionevolezza nel giudizio in via di azione segnala l'emergere di un parallelo processo di accostamento fra le competenze statali e regionali (...). Tutto cospira a rimuovere rigide linee di demarcazione formale fra competenze statali e regionali»<sup>26</sup>.

Tuttavia nel filone giurisprudenziale che ha messo in moto il meccanismo della «attrazione in sussidiarietà» sembra esserci qualcosa di più: se la logica della ragionevolezza, la «logica flessibile – ma non per questo meno giuridica – del possibile, del probabile, del ragionevole – propria del giudizio costituzionale»<sup>27</sup> comporta «la relativizzazione del riferimento al dato testuale (che ha spesso valore poco più che rituale), e la sovrapposizione ad esso di parametri “elastici” di elaborazione giurisprudenziale; la valorizzazione del caso concreto, che riduce le pretese di universalizzabilità delle decisioni; l'intrecciarsi delle questioni di fatto alle questioni di diritto; la centralità della valutazione delle conseguenze nell'*iter* motivazionale; l'uso non raro dell'argomento apagogico, che non sarebbe neppure concepibile secondo l'ortodossia sillogista»<sup>28</sup>, nel caso del *modus ordinandi* del principio di sussidiarietà siamo di fronte alla esplicita teorizzazione della derogabilità, caso per caso, delle disposizioni costituzionali scritte, a opera del giudice delle leggi.

---

<sup>25</sup> Come rilevato da A. Gentilini, *La sussidiarietà appartiene al diritto mite?*, cit.

<sup>26</sup> G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, cit., pp. 181-185.

<sup>27</sup> F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 100.

<sup>28</sup> Così G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 19.

#### 4. Il principio di fraternità

Come anticipato, in questa sede s'impiega la formula lessicale *principio di fraternità* secondo un'accezione specifica la cui riconducibilità alle disposizioni costituzionali vigenti non può essere qui approfondita. Secondo questa accezione, il principio di fraternità, presupponendo un pluralismo di tipo conflittuale – e, del resto, il pluralismo è conflittuale o non è –, prescrive la necessità che le concrete parti politiche protagoniste dei conflitti realizzino gli armistizi – necessari affinché il conflitto permanga ma non diventi distruttivo – rispettando il principio secondo il quale coloro che detengono provvisoriamente la maggioranza non possono pretendere maggiori vantaggi – che il mero peso politico assicurerebbe loro – se una soluzione più vantaggiosa per la controparte li soddisferebbe comunque.

Si tratta, come è evidente, di un adattamento del principio di differenza rawlsiano<sup>29</sup>, dal quale discende il dovere di non desiderare maggiori vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno meno bene<sup>30</sup>. Tale principio sarebbe giustiziabile, in sede di controllo di costituzionalità delle leggi che realizzano gli armistizi/bilanciamenti politici, attraverso una tecnica propria del giudizio di ragionevolezza, consistente nel verificare che lo svantaggio subito dalle minoranze sia accettabile, in quanto il legislatore ha fatto ricorso al “mezzo più mite” per limitare i diritti costituzionali in sede di loro concretizzazione/bilanciamento.

Riprendendo ora le ragioni illustrate in apertura relativamente all'accostamento, in questa sede, dei principi di sussidiarietà e di fraternità, è possibile osservare che il controllo operato dalla corte su tali concretizzazioni/bilanciamenti si risolve, in ultima analisi, in un forte limite alla discrezionalità politica del legislatore, in quanto, se, in sede di controllo della ragionevolezza, la corte deve verificare che lo svantaggio subito dalle minoranze sia accettabile, questo significa che tale controllo non si limita alla verifica che nel bilanciamento non risulta compromesso il contenuto minimo essenziale del principio costituzionale rimasto soccombente, ma che tale controllo si deve altresì estendere alla verifica che la limitazione subita da quest'ultimo sia la “più mite” tra quelle praticabili (c.d. criterio del minor danno<sup>31</sup>). Ne deriverebbe, in ultima

---

<sup>29</sup> Sul quale si rinvia, come anticipato, a I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità*, cit.

<sup>30</sup> E' lo stesso Rawls a sostenere che il principio di differenza serve a fornire un'interpretazione del principio di fraternità, abbandonato dalla teoria della democrazia perché implicante legami affettivi e sentimenti tipici di un gruppo ristretto, quale è la famiglia, che non è realistico attendersi dai membri di una società più ampia. Secondo Rawls, tuttavia, la sua interpretazione nei termini del principio di differenza consente di recuperare l'idea di fraternità come fondamentale concezione politica praticabile (J. Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 101).

<sup>31</sup> Il criterio del *mildestes Mittel* è impiegato nella giurisprudenza costituzionale tedesca da molto tempo. Sui tentativi elaborati dalla dottrina per identificare il *mildestes Mittel* sulla base di parametri oggettivi, cfr. G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 277 ss.

analisi, che non solo i bilanciamenti che violano i “contenuti minimi essenziali” sono irragionevoli, ma anche quelli che non hanno compreso “il meno possibile” il contenuto dei diritti coinvolti nel bilanciamento/confitto.

A differenza di quel che il linguaggio ormai in uso (anche, e soprattutto) nella giurisprudenza costituzionale, indurrebbe a ritenere, l’attività di bilanciamento è attività tipica del legislatore, e non delle corti: è il legislatore che bilancia tra principi costituzionali<sup>32</sup>. In ultima analisi, è tale attività che delinea i contenuti dei diritti costituzionali: «questa interazione [tra diritti] assume di regola le fattezze del conflitto, ed è proprio tramite la definizione dei rapporti reciproci tra diritti e la risoluzione dei conflitti, che ciascun diritto acquista la sua fisionomia»<sup>33</sup>.

Il bilanciamento compiuto dal legislatore è effettivamente una “ponderazione”, una “conciliazione”, un “mettere in accordo” due principi in conflitto, operazione che deve tener conto, a pena d’incostituzionalità del suo risultato, sia dell’uno sia dell’altro: qui bilanciare significa sacrificare *parzialmente* entrambi i principi in conflitto.

Nonostante il ricorso linguistico alla medesima metafora – bilanciamento – l’attività compiuta dalle corti in sede di controllo della costituzionalità delle leggi non consiste in un’opera di “ponderazione”, di “conciliazione”: in sede di applicazione dei principi costituzionali le corti stabiliscono tra i due principi in conflitto una “gerarchia assiologica mobile” in forza della quale il principio che ha “più valore” nel caso concreto prevale sull’altro, nel senso che è applicato, mentre l’altro è accantonato: qui bilanciare significa applicare un principio e non applicare *totalmente* l’altro<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> V. G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 341.

Cfr. altresì G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 202-203, il quale precisa che quando esiste una regola legislativa che ha già risolto un conflitto attraverso un bilanciamento tra diritti costituzionali, la corte costituzionale può trovarsi a valutare tale bilanciamento, ma, in questo caso, il bilanciamento giudiziario consisterà in realtà in un «meta-bilanciamento», in un «bilanciamento di secondo grado»: consisterà, in altre parole, «nel ripercorrere e ricostruire il bilanciamento effettuato dal legislatore, verificare se il diritto fondamentale “perdente” non sia stato sottoposto ad un sacrificio eccessivo, ed eventualmente sovrapporre al bilanciamento del legislatore (alla regola legislativa del conflitto) un nuovo bilanciamento». Inoltre nella sua attività di «meta-bilanciamento» la corte dovrà tenere conto, oltre che dei due diritti o principi costituzionali in conflitto, anche di «ulteriori ragioni “istituzionali” (il principio democratico, il principio di legalità, il principio della certezza del diritto ecc.) che aggiungono peso alla regola del conflitto. In altre parole, nel meta-bilanciamento i due diritti o principi in conflitto non sono su un piede di parità: il fatto che uno dei due diritti o principi in conflitto sia già stato considerato recessivo da parte del legislatore condiziona lo svolgimento del meta-bilanciamento».

<sup>33</sup> A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 102. Della medesima A., cfr. altresì *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in V. Ferrari (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 279-310: «Che cosa sono mai in effetti, ad esempio, il diritto e il processo penale se non il prodotto in grande stile di un bilanciamento tra diritti e sicurezza, in cui le ragioni dell’efficacia deterrente e retributiva sono costantemente commisurate alle ragioni della libertà personale? [...] il risultato di questo bilanciamento, almeno nella sua ossatura, è talmente consolidato da non essere neppure percepito come tale» (p. 301).

<sup>34</sup> R. Guastini, *Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion Pratica*, 2006, n. 26, p. 158.

Per le ragioni sintetizzate nel testo Guastini non parla di “bilanciamento” tra principi, bensì di “concretizzazione” dei medesimi a fini applicativi: sul punto v. in particolare R. Guastini, *A proposito di neo-costituzionalismo*. Relazione presentata il 6 novembre 2009 al «Seminario Internazionale Norberto Bobbio», tenutosi presso l’Università degli Studi di Torino sul tema *(Neo)costituzionalismo: un’altra rinascita del diritto naturale?*.

Nell'attività di bilanciamento compiuta dal legislatore è inevitabile che i principî costituzionali – specie quelli che sanciscono diritti – vengano in qualche modo limitati: il problema è stabilire cosa esattamente sia, di volta in volta, «“soppressione” (violazione, alienazione) di un diritto, e cosa invece una innocua e necessaria “regolamentazione”». Così, per esempio, rispetto al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, «la previsione del reato di diffamazione, o la disciplina delle affissioni pubblicitarie, costituiscono (legittime) regolamentazioni, (sospette) restrizioni, o (illegittime) violazioni?»<sup>35</sup>.

La soluzione di questo problema implica (anche) la considerazione del principio di fraternità conflittuale quale parametro di giudizio della disciplina legislativa di bilanciamento.

Se i principî costituzionali che sanciscono diritti sono spesso disposizioni a contenuto altamente indeterminato, nella disciplina legislativa di attuazione possono essere concretizzati in modi diversi, modi che dipendono dai gradi diversi di interferenza con altri principî concorrenti<sup>36</sup>. Sebbene non sia stata ancora da alcuno ricondotta all'osservanza del principio di fraternità, sembra di poter affermare che quella operazione intellettuale, che metaforicamente si usa definire come bilanciamento, coincida, nella sostanza,

---

La posizione (minoritaria in dottrina) di Guastini è stata formulata in aperta polemica con la dottrina prevalente che invece assegna un ruolo centrale alle corti nell'attività di bilanciamento vera e propria. Secondo alcuni, le operazioni di bilanciamento compiute in sede giurisdizionale dalle corti costituzionali sarebbero operazioni del tutto razionali, e dunque controllabili, addirittura applicando regole aritmetiche (sul punto v., in particolare, R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, vol. 13, pp. 294-304; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 2002, pp. 131-144; Id., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, 1003, vol. 16, pp. 433-449; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, pp. 97-123). Ritenendo la ponderazione non un modo di applicare i principî, ma un modo di scegliere il principio applicabile in casi di conflitto, la ponderazione medesima è ritenuta attività che precede l'applicazione (dell'uno o dell'altro principio) ed è quindi cosa diversa da essa. L'applicazione del principio individuato consiste, in quest'ottica, nella “concretizzazione” del principio medesimo, ossia nell'individuazione di una regola fino a quel momento inespressa – a fattispecie chiusa, indefettibile, non generica – che consenta la sussunzione altrimenti impossibile, data la natura generica del principio. Quest'ultima ricostruzione non produce risultati così distanti da quella che si esprime in termini di bilanciamento se si considera che la regola inespressa, che risulta dalla concretizzazione del principio, svolge la medesima funzione di quelli che la giurisprudenza costituzionale ha definito quali il punto di ottimo equilibrio e il contenuto minimo essenziale dei principî in conflitto.

<sup>35</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 110 e nota 90.

<sup>36</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 74: «spesso il principio soccombente condiziona comunque l'applicazione del principio (o della regola) prevalente: in altri termini, potendo un principio (norma generica) essere applicato e concretizzato in modi diversi, è possibile individuare modalità diverse di applicazione di un principio, che determinano gradi diversi di interferenza con i principî concorrenti. Nella letteratura teorica sui principî questo concetto, difficilmente formalizzabile, è spesso reso ricorrendo a nozioni metaforiche come quella di “elasticità” o “flessibilità” o “gradualità” dei principî».

Per la considerazione secondo la quale i principî hanno una «flessibile capacità di interagire tra loro» v. G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principî o regole?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 31, 2002, pp. 865-897, (la citazione è a p. 879). Del medesimo A. si veda altresì *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 268, dove si parla di «speciale malleabilità della materia di cui è fatta la Costituzione».

Di «elasticità» dei principî parlava già S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, 1986, pp. 494-533 (spec. p. 522).

Ad altri fini, e cioè in sede di commento della giurisprudenza costituzionale in materia di giudizio di ammissibilità delle richieste referendarie, si è parlato, a proposito delle leggi di attuazione dei principî costituzionali, di «leggi a contenuto costituzionalmente orientato», le quali – benché non a contenuto costituzionalmente vincolato – sarebbero sottoponibili a referendum abrogativo solo per la parte in cui non costituiscono attuazione del (mero) contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali. Sul punto sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *Il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente orientato nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo e il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali*, in F. Modugno – G. Zagrebelsky (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*. Atti del seminario svoltosi in Roma il 14 luglio 2000, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 209-226.

con la prescrizione che si ricava dal contenuto del nostro principio, così come sopra definito. Se è vero infatti che «il punto di equilibrio [nel conflitto tra principi concorrenti] si raggiunge facendo in modo che l'applicazione del principio prevalente “tenga conto” del principio recessivo: poiché un principio può essere applicato in tanti modi diversi (è norma generica e indeterminata), allora si dovrà scegliere una modalità di applicazione del principio prevalente che comporti il sacrificio minore al principio recessivo»<sup>37</sup>.

Tutto ciò si traduce nel dovere, per le parti politiche, di mettere in campo tutti gli sforzi necessari per addivenire a un equilibrio tra principi in conflitto tale da danneggiare “il meno possibile” quello soccombente e, per le corti, nel dovere di controllare la ragionevolezza di un tale equilibrio, attraverso il criterio del “mezzo più mite”.

Come noto, il criterio del *mildestes Mittel* è impiegato dal *Bundesverfassungsgericht*, quale fase particolare del più ampio sindacato di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*): la limitazione di un diritto fondamentale è considerata ragionevole, proporzionata, «se il legislatore non aveva la scelta di un mezzo alternativo che fosse egualmente efficace, ma che non fosse pregiudizievole, o comunque fosse avvertito come meno pregiudizievole per il diritto fondamentale»<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 182-183.

<sup>38</sup> BVerfGE, 63, 88 (115).

Sulla genesi e sui limiti del controllo di proporzionalità in Germania, quale istanza di misurabilità dell'azione statale, già presente nel *Polizeirecht* prussiano del XVIII secolo, v. G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 264 ss., il quale sottolinea che, in tale contesto, tuttavia, «dal momento che la libertà era solo negativamente configurabile come “esenzione da costrizioni illegali”, la misura della protezione accordata ai diritti si traeva meccanicamente, *a contrario*, dalle dimensioni dell'azione statale compressiva. In un simile contesto teorico il canone di *Verhältnismäßigkeit* si risolveva in un riscontro di idoneità e necessità dei mezzi impiegati dall'autorità amministrativa per lo svolgimento dell'azione statale, ma non poteva di certo incorporare forme di bilanciamento degli interessi. Il legame concettuale tra bilanciamento e proporzionalità diventa possibile solo nel moderno stato costituzionale che, teorizzando i diritti dell'uomo come elementi fondanti del sistema e funzionalizzando ad essi l'organizzazione dei poteri, non solo ne ammette la ponderazione con interessi statali concorrenti, ma ne afferma, in linea di principio, la preminenza. Una restrizione dei diritti individuali, infatti, può essere ragionevolmente giustificata solo se rappresenta l'indefettibile strumento per la realizzazione di un fine pubblico costituzionalmente rilevante e comunque tale da bilanciare con la propria attuazione il sacrificio del diritto. L'attrazione della *Abwägung* nell'area della *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* trova insomma una giustificazione storica nello sviluppo che la primitiva idea di proporzionalità ha conosciuto nel passaggio dallo Stato di polizia allo Stato costituzionale moderno. Sul piano applicativo tale fenomeno non è restato senza conseguenze. Infatti l'istanza di prevedibilità, certezza e ragionevolezza di tutte le manifestazioni dell'attività statale, che era dapprima indirizzata nei confronti del solo potere esecutivo, con l'istituzione dei sistemi di giustizia costituzionale si è diretta anche verso il potere legislativo, sicché il canone di *Verhältnismäßigkeit*, ormai divenuto misura generale di controllo degli atti autoritativi, si è proposto anche come limite immanente dell'attività legislativa e con ciò si è problematizzato. Se nell'ambito del giudizio amministrativo, infatti, il controllo di proporzionalità può essere riferito ad un'attività esplicantesi attraverso strumenti predeterminati e diretta alla realizzazione di obiettivi precisamente definiti dalla legge, con la traslazione nel giudizio costituzionale esso si rapporta a “strumenti” non identificabili *a priori* ma risultanti da scelte politiche e ponderazioni complesse, ed ai fini che la Costituzione lascia ampiamente indefiniti, ciò che consente tra l'altro di giustificare una certa ineliminabile ambiguità ed una naturale riluttanza ad essere inquadrato in schemi argomentativi ed applicativi rigidi» (pp. 267-269).

Sul punto v. altresì J. Luther, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. Soc.*, 1993, pp. 307 ss..

Peraltro, le tracce di questa originaria finalizzazione “difensiva” dello strumento della proporzionalità non si sarebbero del tutto disperse, come attesterebbero le prime affermazioni sulla *Verhältnismäßigkeit*, intesa come strumento di difesa dei diritti e delle libertà individuali [v. BVerfGE 8, 310 (388)].

Le tecniche argomentative impiegate dal *Bundesverfassungsgericht* in sede di controllo di proporzionalità della legge hanno poi largamente influenzato sia l'operato delle corti nazionali, ivi compresa, come si vedrà, quella italiana, sia l'operato delle corti sovranazionali<sup>39</sup>, e il giudizio di proporzionalità ha assunto ormai una diffusione assai vasta, essendo considerato una costante dell'argomentazione costituzionale contemporanea<sup>40</sup>.

Nella giurisprudenza costituzionale tedesca il giudizio di proporzionalità risulta articolato in tre differenti gradi di scrutinio: la verifica di idoneità, intesa ad accertare l'esistenza di un nesso di ragionevole strumentalità del mezzo rispetto al fine dell'azione statale (*Geeignetheit, Tauglichkeit*); il controllo di necessità (*Erforderlichkeit o Notwendigkeit*) conosciuto anche come regola del mezzo più mite (*Gebot des mildesten Mittels*), che implica il riscontro della indispensabilità e infungibilità del mezzo; e, infine, la ponderazione vera e propria (*Abwägung o Proportionalität*), consistente nella comparazione tra i beni, i valori, gli interessi coinvolti nella scelta legislativa<sup>41</sup>. I primi due controlli mirano «ad accertare la sussistenza di una relazione positiva o negativa tra i mezzi e i fini della legislazione. La stessa misura legislativa, in effetti, è in relazione positiva rispetto ad un fine F1, perché tende alla realizzazione di un interesse di rilievo sociale; ma anche in relazione negativa rispetto ad un fine F2, in quanto il raggiungimento dello scopo della legge produce inevitabilmente il sacrificio o la compressione di spazi di libertà individuale o collettiva. Il

---

<sup>39</sup> Sull'impiego del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, v. G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 291 ss.; D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, pp. 837 ss.; G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 109-141.

Sull'impiego del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

<sup>40</sup> D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004; D. Law, *Generic Constitutional Law*, in *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2005, pp. 652-742; M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British, and Israeli Approaches to the War of Terror*, in *Cardozo Law Review*, vol. 27, 2006, pp. 2079-2151; A. Stone Sweet – J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, pp. 73-165.

<sup>41</sup> G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 270 ss.. L'A. ritiene che la prima (implicita) formulazione della regola del *mildestes Mittel* nella giurisprudenza costituzionale tedesca risalga all'*Apothekenurteil* [BVerfGE, 7, 377]. All'esame della corte era una legge limitativa della libertà di professione sancita dall'art. 12 GG. Il ricorrente non aveva ottenuto la licenza necessaria per aprire una farmacia in applicazione di una legge della Baviera che condizionava il rilascio alla condizione che l'apertura rispondesse ad un interesse pubblico apprezzabile e che essa non alterasse il mercato in modo pregiudizievole per le farmacie esistenti. In questa decisione il Tribunale elabora la c.d. teoria dei gradini (*Stufentheorie*), una teoria delle possibilità di incisione dei diritti fondamentali, che definisce in maniera estremamente minuziosa i vari livelli di limitazione dei diritti, assoggettandoli a precise condizioni. In primo luogo il Tribunale costituzionale afferma che in linea generale la limitazione deve avvenire nella misura considerata opportuna sulla base di una ragionevole considerazione del bene comune. Si definisce così una prima regola di scrutinio, secondo la quale il perseguimento di un ragionevole interesse statale è motivo sufficiente per giustificare una limitazione nell'esercizio di libertà costituzionali, con la specificazione che, dinanzi a questi interventi limitativi, il diritto fondamentale deve essere difeso da imposizioni «in sé incostituzionali» perché ad esempio eccessivamente onerose o intollerabili. Su un gradino più elevato si prevede che i diritti dotati di una protezione peculiare a livello costituzionale possano essere limitati solo quando lo richieda in maniera assolutamente necessaria e inevitabile la salvaguardia di «beni comuni» di particolare importanza. Si allude in tal modo ad un controllo di adeguatezza dei mezzi impiegati, unito ad una ponderazione tra l'interesse collettivo di particolare pregio costituzionale che il legislatore persegue e la situazione soggettiva sacrificata. Infine, nel passaggio conclusivo della sentenza, che formalizzerebbe il *Gebot des mildestes Mittels*, si afferma che la disciplina delle libertà costituzionali deve sempre operare sul «gradino» che corrisponde all'intervento meno incisivo sulla libertà e può ascendere ai gradini superiori «soltanto se riesce a dimostrare con alta probabilità che i pericoli temuti non possono essere efficacemente combattuti con i mezzi (conformi alla costituzione) del gradino precedente» (le citazioni della sentenza sono in G. Scaccia, *op. cit.*, pp. 285-286).

giudizio di *idoneità* ha ad oggetto il primo rapporto poiché accerta l'esistenza di un nesso di ragionevole strumentalità tra una legge ed il risultato pratico (positivo) che essa persegue; il giudizio di *necessità* ha ad oggetto il secondo rapporto (negativo) in quanto verifica che la misura legislativamente predisposta sia effettivamente la *più mite*, ovvero la meno dannosa, tra quelle capaci di produrre un identico risultato pratico»<sup>42</sup>.

Anche la nostra corte costituzionale, nel giudicare della correttezza dei bilanciamenti compiuti dal legislatore, ricorre a tecniche argomentative che ricordano il *Gebot des mildesten Mittels*, soprattutto laddove invoca il principio di ragionevolezza quale canone di misura e paradigma della legittimità delle leggi che limitano i diritti fondamentali<sup>43</sup>.

Si tratta dei casi nei quali la corte costituzionale smonta – e talvolta ricomponesse essa stessa – un (dis)equilibrio compiuto dal legislatore a causa della *eccessiva* considerazione di uno degli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti nel bilanciamento. A questi fini la corte costituzionale motiva l'accoglimento delle questioni di illegittimità costituzionale sostenendo che il legislatore ha compresso interessi costituzionalmente rilevanti «oltre il limite del necessario», in «modo eccedente» rispetto al fine perseguito, in modo «sproporzionato per eccesso», «al di là dell'indispensabile», «eccessivamente», non «nella misura meno gravosa possibile», non secondo il criterio del «minore sacrificio necessario», non «nei limiti strettamente necessari», non circoscrivendo la limitazione di uno degli interessi concorrenti «alle

---

<sup>42</sup> G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 272; cfr. altresì G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 207, secondo il quale «il test di *necessità* (o regola del "mezzo più mite") riguarda la verifica che la misura limitativa di un diritto fondamentale sia la meno invasiva tra quelle astrattamente disponibili; presuppone cioè che l'obiettivo dichiarato sia perseguibile tramite *diverse* misure tutte astrattamente idonee, perché se per ipotesi un certo obiettivo fosse perseguibile con una sola misura, allora quest'ultima oltre ad essere idonea sarebbe, per definizione, anche necessaria. In altre parole, il test di *necessità* consiste nella verifica che, tra varie misure tutte *egualmente* idonee a perseguire il fine dichiarato, sia stata adottata quella che impone il sacrificio minore ai diritti dei cittadini. Una misura non necessaria, in questo senso, rappresenta una limitazione sproporzionata e dunque irragionevole di un diritto fondamentale (perché sarebbe stato possibile effettuare la limitazione ricorrendo ad una misura meno invasiva)».

Sul punto v. altresì Z. Yi, *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der Grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 132 ss., il quale, ponendo sull'asse delle ordinate la misura di realizzazione del fine e su quella delle ascisse la misura di intervento del mezzo, costruisce la funzione di *costante di utilità (Nutzen-Kostante)*, rappresentata graficamente dalla retta che unisce tutti i punti nei quali un aumento nella predisposizione dei mezzi produce una più ampia realizzazione del fine; e su analoghe basi, ponendo sull'asse delle ordinate la misura di impedimento all'attuazione del fine e su quella delle ascisse la misura di impiego del mezzo, si può arrivare ad esprimere la funzione di una *costante di disutilità (Schaden-Kostante)*, rappresentabile graficamente con una retta che unisce tutti i punti nei quali un più intenso utilizzo del mezzo produce una compromissione del fine. In tal senso il principio di *necessità* si risolve in un imperativo di minimizzazione del mezzo (*Gebot der Minimierung* o anche *Gebot des Mildesten Mittels*).

<sup>43</sup> Su tale giurisprudenza cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 81 ss.; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 303 ss.

Peraltro secondo R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 84, questo modo di argomentare si troverebbe già abbozzato nella sent. n. 1 del 1956, nella quale la corte, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune norme contenute nell'art. 113 T. U. L. P. S., afferma che l'incostituzionalità deriva non dalla limitazione in sé di un diritto («Una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto», sul presupposto che «le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»), ma dalla «*eccessiva* estensione di poteri discrezionali» che le disposizioni oggetto prevedono in capo all'autorità di pubblica sicurezza e all'autorità giudiziaria chiamata a controllarne l'attività (corsivo aggiunto).

operazioni strettamente necessarie» – espressioni spesso accompagnate poi dal riferimento alla violazione del «principio di proporzione» o «canone di ragionevolezza» –, sulla base del presupposto che gli interessi costituzionalmente rilevanti pretendano il «massimo di effettività»<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Si vedano, a tal proposito, le sentenze n. 188 del 1970 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 164, primo comma, c. c., nella parte in cui non ammette i terzi a provare la simulazione delle convenzioni matrimoniali, sulla base della considerazione che tale disposizione «*rivela un'eccedenza del mezzo (divieto totale di prova) rispetto al fine (tutela dell'economia familiare), e la relativa normativa appare quindi irrazionale*»); n. 225 del 1974 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 166, 168, n. 5, 178 e 251 del r. d. 27 febbraio 1936 n. 645 (Approvazione del codice postale e delle telecomunicazioni), e degli artt. 1, 183 e 195 del d. P. R. 29 marzo 1973 n. 156 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), nella parte relativa ai servizi di radiotelediffusione circolare a mezzo di onde elettromagnetiche, sulla base della considerazione che «*può ammettersi che l'impianto e l'esercizio di siffatti ripetitori debbano essere sottoposti ad una disciplina legislativa in considerazione della salvaguardia di pubblici interessi. Ma è anche vero che la tutela di questi ultimi può realizzarsi con un regime di autorizzazione, non esige certo l'esclusione del diritto del singolo*»); n. 226 del 1974 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 183 e 195 del d. P. R. 29 marzo 1973 n. 156 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), nelle parti relative ai servizi di televisione via cavo, dal momento che il regime di monopolio pubblico ivi previsto è considerato dalla corte mezzo eccedente rispetto ai fini di utilità generale sottesi alla materia di cui si tratta, che dunque comprime in modo eccessivo la libertà d'iniziativa economica privata: «*all'uopo, pertanto, potrà stabilirsi che sia l'installazione sia l'esercizio siano subordinati ad autorizzazione amministrativa, da rilasciarsi ove sussistano le condizioni previste dalla legge*»); n. 129 del 1975 (che dichiara l'illegittimità costituzionale della disciplina relativa alla composizione e all'elezione degli organi delle amministrazioni comunali – d. P. R. 16 maggio 1960 n. 570 – accogliendo le doglianze espresse nelle ordinanze di rinvio secondo le quali le cause di ineleggibilità previste dalla legge ledono «*senza apprezzabili ragioni, o, quanto meno, oltre il limite del necessario, il diritto garantito costituzionalmente ad ogni cittadino di accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza (...) [per cui] le cause di ineleggibilità devono essere interpretate restrittivamente e possono trovare applicazione solo entro i limiti rigorosamente segnati dalla ratio delle norme che le determinano*»); n. 20 del 1978 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, primo comma, del r. d. 29 giugno 1939 n. 1127 (Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali), nella parte in cui vieta di brevettare i medicamenti e i processi diretti a produrli: tra gli interessi costituzionalmente rilevanti nella materia di cui si tratta, la corte ritiene che sia stata eccessivamente sacrificata la componente della ricerca scientifica e tecnica, mentre «*il coordinamento di [tutti] i fattori (...) deve risultare equilibrato, non sacrificandosi dunque in misura grave nessuno di essi*». Ne consegue una «*sproporzione tra il mezzo prescelto (divieto di brevettazione) e la possibilità di soddisfare l'interesse [generale] con mezzi più rispettosi del principio di eguaglianza*»); n. 93 del 1979 (che dichiara tra l'altro l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, secondo e terzo comma, r. d. 8 gennaio 1931 n. 148, come modificato dalla legge n. 633 del 1957 (coordinamento delle norme sulla disciplina dei rapporti collettivi di lavoro con quelle sul trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tramvie e linee di navigazione interna in regime di concessione), nella parte in cui dispone l'improponibilità e non la improcedibilità dell'azione giudiziaria in caso di mancata o tardiva presentazione del reclamo gerarchico nelle controversie venti ad oggetto il riconoscimento della qualifica («*il soddisfacimento di questa esigenza [quella di carattere pubblico sottesa al bilanciamento], certamente meritevole di tutela, non richiede una così sensibile compressione dei diritti del lavoratore. A tal fine è, infatti, sufficiente prevedere che il previo esperimento del ricorso costituisca una condizione di procedibilità, la quale non implica decadenza dal diritto, la cui carenza potrà essere rilevata in base alle regole del rito speciale del lavoro*»); n. 231 del 1985 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 40, primo comma, e 44, secondo comma, della legge 14 aprile 1975 n. 103, concernente il divieto assoluto, posto alle imprese di ripetizione, di diffondere via etere i messaggi pubblicitari commerciali irradiati, con i loro programmi, dalle emittenti estere, sulla base della considerazione che tale divieto «*appare mezzo incongruo e sproporzionato per eccesso*»); n. 153 del 1987 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, primo comma, della legge 14 aprile 1975 n. 103, nella parte in cui non prevede che le trasmissioni di programmi destinati alla diffusione circolare verso l'estero possano essere effettuate anche in regime di autorizzazione, anziché di monopolio pubblico, sulla base della considerazione che tale regime appare «*pienamente idoneo*» e «*pienamente satisfattivo*» a sopperire alle esigenze di rilievo pubblico sottese); n. 78 del 1988 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, quattordicesimo comma, del d. l. 12 settembre 1983 n. 463, convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 1983 n. 638, nella parte in cui non prevede una seconda visita medica di controllo prima della decadenza dal diritto a qualsiasi trattamento economico di malattia nella misura della metà per l'ulteriore periodo successivo ai primi dieci giorni, sulla base della considerazione che «*il diritto costituzionalmente riconosciuto [dall'art. 38, secondo comma] risulta eccessivamente compresso e gravemente lesso*» dal bilanciamento compiuto dalla disposizione oggetto); n. 182 del 1988 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 45, secondo comma, e 56, secondo comma, della legge 4 maggio 1983 n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), nella parte in cui è previsto il consenso, anziché la mera audizione, del legale rappresentante del minore infraquattordicenne); n. 557 del 1988 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 291 c. c., nella parte in cui non consente l'adozione a persone che abbiano discendenti legittimi o legittimati maggiorenni e consenzienti, sulla base della considerazione che se è vero che «*il legislatore in via di principio possa, nell'esercizio del suo potere discrezionale, contenere l'istituto dell'adozione entro l'ambito più opportuno per salvaguardare i diritti dei membri della famiglia legittima*», tuttavia è «*necessario che la normativa non comporti delle limitazioni eccessive – e come tali irrazionali – rispetto allo scopo perseguito, sì da violare l'art. 3 Cost.*»); n. 1030 del 1988 (che dichiara l'illegittimità costituzionale di una di una serie di norme previste dal d. P. R. 29 marzo 1973 n. 156 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), nella parte in cui prevede l'assoggettamento a concessione, anziché ad autorizzazione, degli apparecchi radioelettrici ricetrasmittenti di debole potenza di tipo portatile, sulla base della considerazione che il regime concessorio «*comporta ingiustificatamente il riconoscimento alla P. A. di eccessivi spazi di discrezionalità (...) circa le condizioni, limiti ed obblighi cui la concessione può essere in concreto subordinata (...). A soddisfare [le] esigenze [di rilievo pubblico] è (...) logicamente sufficiente un regime autorizzatorio (...). Limitatamente agli apparecchi in questione,*

*l'utilizzazione del regime concessorio si appalesa, in definitiva, mezzo eccedente rispetto al fine di assicurare un appropriato bilanciamento tra gli interessi di rilievo costituzionale che in tale particolare materia sono in gioco»); n. 1143 del 1988 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, d. l. 30 ottobre 1979 n. 663 (Finanziamento del servizio sanitario nazionale nonché proroga dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni in base alla L. 1° giugno 1977 n. 285 sull'occupazione giovanile), convertito nella legge 29 febbraio 1980 n. 33, nel testo sostituito dall'art. 15 della legge 23 aprile 1981 n. 155, nella parte in cui non consente al lavoratore assicurato di addurre e provare l'esistenza di un giustificato motivo del ritardato invio del certificato medico della malattia che lo ha colpito (nel bilanciamento degli interessi, «pur essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore la regolamentazione delle modalità di erogazione della prestazione previdenziale (nella specie, l'indennità di malattia) non si possono porre condizioni, requisiti ed oneri vessatori ed eccessivamente gravosi, tali da rendere nulla la detta erogazione alla quale, invece, il lavoratore ha diritto. E nella specie è eccessivamente gravoso e vessatorio l'onere dell'invio del certificato medico relativo, entro il termine di due giorni, classificato come perentorio, all'I. N. P. S. (...), senza consentire al lavoratore ammalato di addurre, a giustificazione dell'eventuale ritardo dell'inoltro, un serio e apprezzabile motivo, da provarsi dallo stesso lavoratore, sia pure rigorosamente, perché importa indiscriminatamente la perdita, sia pure parziale, dell'indennità quale mezzo diretto a soddisfare essenziali esigenze di vita, onde la violazione dell'art. 38, secondo comma, Cost.»); n. 366 del 1991 (che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, c. p. p., il quale consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte solo se risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza: «L'art. 270 c. p. p. costituisce l'attuazione in via legislativa del bilanciamento di due valori costituzionali fra loro contrastanti: il diritto dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e l'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono (...). [Il diritto ex art. 15 Cost.] è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria»); n. 467 del 1991 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, terzo comma, della legge 15 dicembre 1972 n. 772 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza), nella parte in cui non prevede che l'espiazione della pena da parte di chi, al di fuori dei casi di ammissione ai benefici concessi dalla suddetta legge, rifiuta, in tempo di pace, per i motivi di coscienza indicati nell'art. 1 della predetta legge, il servizio militare di leva, dopo averlo assunto, esonera dalla prestazione del servizio militare, sulla base della considerazione che il bilanciamento compiuto dal legislatore «non è conforme alla regola della ragionevole proporzionalità e della necessari età della limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo in riferimento all'adempimento di un dovere costituzionale inderogabile, qual è l'obbligo di prestare il servizio militare di leva in tempo di pace. Quella regola, infatti, impone che il legislatore, nel suo discrezionale bilanciamento dei valori costituzionali, possa restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo soltanto nei limiti strettamente necessari alla protezione dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto. E tali limiti sono indubitabilmente superati dalla possibilità concreta che, per effetto della sua fede religiosa – la cui tutela, peraltro, è stata già ritenuta meritevole in via di principio dal legislatore anche sotto il profilo della obiezione di coscienza al servizio militare armato –, colui che per propri irrinunciabili convincimenti religiosi rifiuta il servizio militare, dopo averlo assunto, sia sottoposto, per la mancata estensione ad esso dell'esonero, a una serie di condanne penali così lunga e pesante da poterne distruggere la sua intima personalità umana e la speranza di una vita normale»); n. 51 del 1992 (che dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 63, primo comma, del d. P. R. 26 ottobre 1972 n. 633 (Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto) e dell'art. 33, terzo comma, del d. P. R. 29 settembre 1973 n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), sulla base della considerazione che se è vero il segreto bancario implica un dovere di riserbo cui sono tenute le imprese bancarie, «a tale dovere, tuttavia, non corrisponde nei singoli clienti delle banche una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta, né, men che meno, un diritto della personalità, poiché la sfera di riservatezza con la quale vengono tradizionalmente circondati i conti e le operazioni degli utenti dei servizi bancari è direttamente strumentale all'obiettivo della sicurezza e del buon andamento dei traffici commerciali. In ragione di ciò, il se, il quanto e il come della tutela del segreto bancario sono lasciati alla scelta discrezionale del legislatore ordinario, il quale, in tale valutazione, è tenuto a un non irragionevole apprezzamento dei fini di utilità e di giustizia sociale che gli artt. 41, secondo comma, e 42, secondo comma, della Costituzione prevedono a proposito della disciplina delle attività economiche e del regime delle appartenenze dei beni patrimoniali. Al livello dei principi costituzionali resta fermo, comunque, che le scelte discrezionali del legislatore, ove si orientino a favore della tutela del segreto bancario, non possono spingersi fino al punto di fare di questo ultimo un ostacolo all'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà, primo fra tutti quello di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva (art. 53 della Costituzione), ovvero fino al punto di farne derivare il benché minimo intralcio all'attuazione di esigenze costituzionali primarie, come quelle connesse all'amministrazione della giustizia e, in particolare, alla persecuzione dei reati»); n. 90 del 1992 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, primo comma, del d. P. R. 20 dicembre 1979 n. 761 (Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali), nella parte in cui non consente al personale ivi contemplato che al raggiungimento del limite di età per il collocamento a riposo non abbia compiuto il numero degli anni richiesti per ottenere il minimo della pensione, di rimanere, su richiesta, in servizio fino al conseguimento di tale anzianità minima e, comunque, non oltre il settantesimo anno di età, sulla base della motivazione secondo la quale «le considerazioni in ordine alla discrezionalità del legislatore derivanti dalla necessità di bilanciare l'interesse del lavoratore al conseguimento del diritto alla pensione con altri interessi costituzionalmente rilevanti non sono sufficienti per fondare il non accoglimento della questione, sia perché in genere si è ritenuto possibile il prolungamento dell'età lavorativa per l'aumento dell'età media, sia perché la facoltà in questione va riconosciuta solo per il tempo strettamente necessario per il raggiungimento dell'anzianità minima per conseguire il diritto alla pensione. Si deve, infatti, conferire il massimo di effettività alla garanzia del diritto sociale alla pensione da riconoscersi a tutti i lavoratori in base all'art. 38, secondo comma, della Costituzione, e la realizzazione di detto obiettivo rientra in finalità costituzionalmente protette»); n. 226 del 1993 (che dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 28 dicembre 1988 n. 544 (Elevazione dei livelli dei trattamenti sociali e miglioramenti delle pensioni) e dell'art. 3 del d. l. 22 dicembre 1990 n. 409 (Disposizioni urgenti in tema di perequazione dei trattamenti di pensione nei settori privato e pubblico), convertito con modificazioni nella legge 27 febbraio 1991 n. 59, sulla base della considerazione che «la scelta in concreto del meccanismo di perequazione è riservata al legislatore chiamato ad operare il bilanciamento tra le varie esigenze nel quadro della politica economica generale e delle concrete disponibilità finanziarie (...); bilanciamento questo che peraltro ha*

*l'ineludibile vincolo di scopo di consentire una ragionevole corrispondenza (evitando che si determini un non sopportabile scostamento) tra dinamica delle pensioni e dinamica delle retribuzioni»*; n. 344 del 1993 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, primo comma, lettera a), del d. P. R. 30 marzo 1957 n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione alla Camera dei deputati), nella parte in cui dichiara non eleggibili alla Camera dei deputati i consiglieri regionali («...la tenuità, se non l'inconsistenza, delle ragioni poste a base della previsione legislativa (...) dimostra l'evidente mancanza di quella rigorosa prova dell'indispensabilità del limite esaminato rispetto all'esigenza primaria di assicurare una libera competizione elettorale»); n. 406 del 1993 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, u. c., del d. P. R. 26 ottobre 1972 n. 642 (Disciplina dell'imposta di bollo), nella parte in cui non prevede, in materia di rimborsi d'imposta, l'esperibilità dell'azione giudiziaria anche in mancanza del preventivo ricorso amministrativo, sulla base della considerazione che «il legislatore è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa»); n. 63 del 1994 (che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma, c. p. p., nella parte in cui consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti solo limitatamente ai procedimenti relativi ai reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza: premesso che «trattandosi di una norma legislativa incidente su un diritto di libertà individuale qualificabile come inviolabile ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, la verifica della legittimità costituzionale della norma eccezionale appena indicata deve avvenire secondo i principi del più rigoroso scrutinio, nel senso che (...) occorre esaminare se la restrizione prevista sia diretta al soddisfacimento di un interesse pubblico costituzionalmente rilevante e, nello stesso tempo, risulti circoscritta alle operazioni strettamente necessarie alla tutela di quell'interesse», la corte conclude nel senso che «la norma che eccezionalmente consente, in casi tassativamente indicati dalla legge, l'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi, limitatamente all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, costituisce indubbiamente un non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delincono (...). Ciò significa che la deroga eccezionalmente prevista al divieto stabilito dall'art. 270, primo comma, c. p. p., si mantiene entro i precisi confini della stretta necessari età della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico primario che la giustifica»); n. 98 del 1994 (che nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 443 e 595 c. p. p., nella parte in cui non consentono al pubblico ministero, in esito al giudizio abbreviato, di proporre impugnazione incidentale nel caso in cui l'imputato proponga appello avverso la sentenza di condanna, afferma che se l'art. 112 della Costituzione, nell'attribuire al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale, configura un potere che legittimamente può cedere di fronte ad altre esigenze – come quella relativa alla speditezza del processo –, tali esigenze «non potrebbero invece condizionare, al di là dell'indispensabile, il diritto di difesa»); n. 360 del 1994 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 39 del d. P. R. 26 ottobre 1972 n. 640 (Disciplina dell'imposta sugli spettacoli) nella parte in cui non prevede, nelle controversie di cui agli artt. 38 e 40, l'esperimento della azione giudiziaria anche in mancanza del preventivo ricorso amministrativo, sulla base della considerazione che «il differimento della tutela giurisdizionale deve essere (...) giustificato dal perseguimento di più adeguate finalità di giustizia e, in ogni caso, dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa»); n. 231 del 1994 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 del d. P. R. 5 gennaio 1950 n. 180 (Approvazione del testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni), nella parte in cui prevede che i sequestri e i pignoramenti a carico dei dipendenti dello Stato si eseguono presso l'Ispettorato generale per il credito ai dipendenti dello Stato del Ministero del tesoro, anziché presso l'organo dell'amministrazione che è titolare del potere di disporre la spesa, sulla base della considerazione che «eventuali discipline differenziate sulla competenza giudiziaria territoriale devono essere sorrette da un apprezzabile interesse pubblico» e che «in ogni caso, non dovrà comprometersi il diritto di difesa, che è principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale»); n. 56 del 1995 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 del d. P. R. 26 ottobre 1972 n. 641 (Disciplina delle tasse sulle concessioni governative), nella parte in cui non prevede, nelle controversie di cui all'art. 11 del decreto medesimo, l'esperibilità dell'azione giudiziaria anche in mancanza del preventivo ricorso amministrativo, sulla base della considerazione che «l'assoggettamento dell'azione giudiziaria all'onere di previo esperimento di rimedi amministrativi, con conseguente differimento della proponibilità dell'azione a un certo termine decorrente dalla data di presentazione del ricorso, è legittimo soltanto se giustificato da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia, fermo restando che, pur nel concorso di tali circostanze, il legislatore deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile»); n. 57 del 1995 (che dichiara l'illegittimità costituzionale della legge 12 giugno 1990 n. 146 (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge), nella parte in cui non assicura alle organizzazioni sindacali un momento procedimentale, e quindi la possibilità di far valere le proprie ragioni, prima che venga irrogata la sanzione prevista nell'art. 4, comma 2 (le «conseguenze afflittive [della sanzione prevista] (...) non possono ragionevolmente prescindere da quel presupposto procedimentale, che, rispetto alla garanzia di libertà sindacale posta dall'art. 39 della Costituzione, si configura come un requisito minimo indispensabile per l'insorgenza del potere sanzionatorio, ricollegando questo ad una imparziale valutazione delle circostanze rilevanti ed in tal guisa sottraendolo, nel momento genetico, alla unilaterale determinazione di un soggetto, quale il datore di lavoro, portatore di interessi potenzialmente contrapposti (...). La segnalazione della Commissione si impone come necessario presupposto dell'azione sanzionatoria»); n. 141 del 1996 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera e), della legge 19 marzo 1990 n. 55 (Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale), come modificato dall'art. 1 della legge 18 gennaio 1992 n. 16 (Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali), nella parte in cui prevede la non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali di coloro per i quali, in relazione ai delitti indicati nella precedente lettera a), è stato disposto il giudizio, ovvero per coloro che sono stati presentati o citati a comparire in udienza per il giudizio («...le restrizioni del contenuto di un diritto inviolabile sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale, e ciò in base alla regola della necessari età e della ragionevole proporzionalità di tale limitazione (...). Qui si deve accertare se la non candidabilità sia dunque indispensabile per assicurare la salvaguardia di detti valori, se sia misura proporzionata al fine perseguito o non finisca piuttosto per alterare i meccanismi di partecipazione dei cittadini alla vita politica, delineati dal titolo IV, parte I, della Carta costituzionale, comprimendo un diritto inviolabile senza adeguata giustificazione di rilievo costituzionale. Nel compiere tale verifica, non bisogna dimenticare che "l'eleggibilità è la regola, e l'ineleggibilità l'eccezione": le norme che derogano al principio della generalità del diritto

Che i due principi oggetto di questo studio appartengano a un medesimo «ordine» concettuale, è ulteriormente dimostrato dalla considerazione secondo la quale quando nel bilanciamento entrano in conflitto diritti soggettivi ed esigenze di rilievo pubblico, il principio di fraternità conflittuale sembra assumere il medesimo significato che la Corte costituzionale stessa ha ricondotto a uno dei molteplici impieghi della formula lessicale *principio di sussidiarietà*, sulla base del presupposto che «il ricorso alla regolazione pubblica non dipende da una scelta arbitraria dei pubblici poteri ma deve trovare giustificazione nella sua necessità, previa commisurazione dei suoi costi e dei suoi benefici»<sup>45</sup>.

---

*elettorale passivo sono di stretta interpretazione e devono contenersi entro i limiti di quanto è necessario a soddisfare le esigenze di pubblico interesse cui sono preordinate (...). (...) perciò, si richiede che il limite sia effettivamente indispensabile»;* n. 81 del 1998 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 8, del d. l. 2 marzo 1989 n. 66 (Disposizioni urgenti in materia di autonomia impositiva degli enti locali e di finanza locale) convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 1989 n. 144, nella parte in cui non prevede l'esperibilità dell'azione giudiziaria avverso l'avviso di accertamento dell'imposta per l'esercizio di imprese e di arti e professioni anche in mancanza del preventivo ricorso amministrativo, a causa della «*eccessiva compressione del diritto di azione*»); n. 132 del 1998 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 20 del d. P. R. 26 ottobre 1972 n. 638 (Disposizione per l'attribuzione di somme agli enti indicati nell'art. 14 della legge 9 ottobre 1971 n. 825, in sostituzione di tributi, contributi e partecipazioni e norme per la delegabilità delle entrate), nella parte in cui non prevede l'esperibilità dell'azione giudiziaria anche in mancanza del preventivo ricorso amministrativo, per le ragioni di cui sopra); n. 330 del 1999 (che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 23 dicembre 1994 n. 724 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), nella parte in cui stabilisce per i medici del Servizio sanitario nazionale in regime di tempo pieno una *reformatio in peius* del trattamento retributivo per il personale dipendente che esercita l'attività libero professionale all'esterno delle strutture sanitarie pubbliche, sulla base della considerazione che «*il divieto di reformatio in peius rappresenta un criterio ermeneutico del tutto inidoneo, in assenza di una specifica copertura costituzionale, a vincolare il legislatore (...), al quale quindi non è vietato di approvare norme le quali modifichino sfavorevolmente, senza che per questo solo sia vulnerato l'art. 36, primo comma, della Costituzione, la disciplina dei rapporti di durata neppure nel caso in cui riguardino diritti soggettivi perfetti, purché tali modifiche non trasmodino in un regolamento irrazionale o incidano arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti*»); n. 167 del 2009 (che dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4 e 18 della legge della Regione Umbria 26 maggio 2004, n. 8 (Ulteriori modificazioni ed integrazioni della legge regionale 28 febbraio 1994, n. 6 – Disciplina della raccolta, coltivazione, conservazione e commercio dei tartufi), che prevedono limiti all'estensione delle tartufaie controllate o coltivate, sulla base della considerazione che la limitazione introdotta dal legislatore regionale «*risponde all'esigenza di evitare una eccessiva compressione del principio fondamentale della libera raccolta nei boschi e nei terreni non coltivati e compie un non censurabile bilanciamento tra i diritti dei proprietari o conduttori dei fondi (...) e l'utilità sociale*»); n. 152 del 2010 (che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117 (Disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 2 ottobre 2007, n. 160, che ha introdotto l'obbligo di interrompere la somministrazione di bevande alcoliche dopo le ore 2 della notte per i titolari e i gestori di esercizi pubblici ove, congiuntamente all'attività di vendita e somministrazione di bevande, si svolgono con qualsiasi modalità spettacoli o altre forme di intrattenimento, sulla base dell'argomentazione, tra l'altro, che «*questa Corte ha costantemente negato che sia configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, purché, per un verso, l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e che, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue*»); n. 247 del 2010 (che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4-bis, della legge della Regione Veneto 6 aprile 2001, n. 10 (Nuove norme in materia di commercio su aree pubbliche), che stabilisce il divieto del commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti, tra l'altro, sulla base della considerazione che «*la disposizione censurata assicura un temperamento ragionevole fra la libertà dell'esercizio del commercio su aree pubbliche in forma itinerante (...) e l'introduzione di limitate eccezioni, oggettivamente motivate dall'esigenza di non superare i limiti posti a tutela dei centri storici delle grandi città d'arte della Regione*»); n. 245 del 2011 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 116, primo comma, c.c., come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), che impone allo straniero che intende contrarre matrimonio nel nostro ordinamento di presentare un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano, sulla base dell'argomentazione secondo la quale «*la previsione di una generale preclusione alla celebrazione delle nozze, allorché uno dei nubendi risulti uno straniero non regolarmente presente nel territorio dello Stato, rappresenta uno strumento non idoneo ad assicurare un ragionevole e proporzionato bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nella presente ipotesi*»).

<sup>45</sup> Così C. Pinelli, *Le regole sulla qualità della legislazione e il principio di sussidiarietà*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, p. 70.

Ne costituirebbe un risvolto applicativo il principio secondo il quale il ricorso alla sanzione penale deve essere sempre considerato quale ultima *ratio*: v., a mero titolo esemplificativo, le sent. n. 189 del 1987 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 3 della legge 24 giugno 1929 n. 1085, nella parte in cui sanzionano penalmente la violazione del divieto d'esposizione in pubblico di bandiere estere senza previa autorizzazione delle autorità politiche locali, sulla base dell'argomentazione secondo la quale «*il ricorso alla sanzione penale appare sproporzionato (...) si palesa manifestamente irrazionale (...); tanto più che (...) permangono inalterate le facoltà ed i poteri che le norme dei rami dell'ordinamento diversi dal penale attribuiscono alle autorità istituzionali dello*

Si noti peraltro come in questi casi emergano implicazioni giuridico-costituzionali di natura sostanziale, e non meramente procedurale, dei due principî in esame, le quali conducono, in ultima analisi, alla prescrizione di un «generale divieto di iperregolazione del sociale, che raccomanda di lasciare il maggiore spazio all'autonomia organizzativa privata e per questo, almeno in alcuni ambiti, è capace di segnare precisi limiti contenutistici alla legge»<sup>46</sup>.

In altri casi il ricorso al “mezzo più mite” si realizza attraverso la rimozione di un meccanismo legislativo ritenuto troppo rigido nell'assicurare la tutela di un interesse di rilievo costituzionale: in questi casi la corte «non sostituisce il punto di bilanciamento fissato dalla norma impugnata con una soluzione alternativa, tale da segnare un diverso e preciso punto di equilibrio; si limita, piuttosto, a demolire la rigida assegnazione di valore agli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta, caso per caso, secondo le valutazioni discrezionali del soggetto applicatore». Nelle decisioni di questo tipo la Corte «si incarica di ricostruire la “mappa” degli interessi che meritano considerazione, di esaminare quale tutela la norma in questione accordi a ciascuno di essi e quale compressione ognuno di essi venga a subire, di valutare se è assicurato un assetto equilibrato degli interessi concorrenti: ma, quando quest'ultima operazione dovesse

---

*Stato»*; n. 487 del 1989 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, della legge regionale siciliana 15 maggio 1986 n. 26 (Norme integrative della legge regionale 10 agosto 1985 n. 37, relative a “Nuove norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, riordino edilizio e sanatoria delle opere abusive”), sulla base della considerazione che «*il principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire, implica, fra l'altro, programmi di politica generale, e criminale in ispecie, nonché giudizi prognostici che soltanto lo Stato può formulare*»).

Su tale impiego della formula lessicale *principio di sussidiarietà*, sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, cit., pp. 135 ss. e spec. p. 156.

In argomento v. altresì accenni in F. Giglioni, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in G. Arena – G. Cotturri (a cura di), *Il valore aggiunto*, cit., p. 168.

<sup>46</sup> Così G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale*, cit., p. 3. Per il collegamento tra sussidiarietà e proporzionalità/ragionevolezza, si vedano spec. pp. 21-22, dove si sottolinea che della sussidiarietà viene in rilievo «la sua capacità di contenere il potere pubblico, al fine di preservare l'individualità delle persone e dei gruppi. Tanto che l'idea sussidiaria si affianca, e quasi si confonde, con la generica istanza di misurabilità, prevedibilità e proporzionalità dell'agire pubblico che andava facendosi pressante già nella seconda metà del XVIII secolo e definiva un tratto qualificante del concetto “formale” di *Rechtsstaat*. Anche nel principio di proporzionalità, in effetti, si manifestano la tensione verso la limitazione del potere statale contro interventi ingiustificati e “inutili” nei confronti della libertà individuale e l'esigenza che il potere statale sia sempre misurato e delimitato in via preventiva. Le differenze sono, non di meno, nette. Il principio di proporzionalità presuppone un potere che nella “non eccessività” (*Übermaßverbot*) del suo agire conosca sì un limite di ragione, ma non un fondamento di legittimazione. Esso non è, infatti, norma di competenza, sebbene misura di esercizio di competenze altrimenti fondate. Inoltre la proporzionalità è compatibile con teorie dei diritti che ricostruiscono le libertà, in negativo, quali “effetti riflessi” della volontaria autolimitazione del potere e quindi come il prodotto di un'espressa autorizzazione statale. Il vincolo di proporzionalità che si impone al potere di intervento dell'ente superiore rappresenta, perciò, la fonte esclusiva dell'autonomia rilasciata all'ente inferiore. La sussidiarietà, che implica il riconoscimento in capo all'individuo della priorità ontologica e dell'antiorità operativa rispetto al corpo sociale, rovescia questo percorso logico: è infatti la libertà naturale dell'ente inferiore a spiegare e dare contenuto al divieto di intervento dell'ente superiore. Specie ove sia collocata all'interno di una dottrina dello Stato che, come quella liberale, veda dualisticamente contrapporsi autorità pubbliche e cittadini come entità estranee e reciprocamente diffidenti, la sussidiarietà presenta, perciò, una vocazione dialettica sconosciuta alla proporzionalità. In quanto norma di competenza esprime una predilezione per i livelli di azione più bassi, essa dismette la sua funzione puramente difensiva e assume valenza implicitamente contestativa di ogni diversa dislocazione del potere pubblico, tanto da investire il piano della legittimazione materiale di questo. Perché questa differenza fra proporzionalità e sussidiarietà divenga evidente bisognerà attendere che, con von Humboldt, von Mohl e Georg Jellinek, il potere autoritativo pubblico cessi di essere un dato indimostrato e quasi metafisicamente fondato e resti invece assoggettato all'onere di provare la propria necessità alla luce del principio di sussidiarietà».

dare esito negativo, la Corte per lo più non giunge a dettare essa stessa una *nuova* “regola” capace di fissare un *nuovo*, definitivo equilibrio degli interessi, ma si limita a riaprire il gioco, ponendo criteri procedurali e individuando le sedi istituzionali più opportune con i quali e nelle quali dovrà compiersi il bilanciamento»<sup>47</sup>. In tutti questi casi «la Corte sconvolge la specifica relazione gerarchica fissata dalla regola legislativa per sostituirla, se si vuole, con un'altra “regola”, che è però essenzialmente una regola *sulla competenza* (la “delega” ai soggetti dell'applicazione o dell'attuazione delle leggi), poiché, nel merito delle relazioni tra gli interessi, si limita a smontare le precedenze stabilite dal legislatore e a riaprire il concorso paritario tra le istanze antagoniste»<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Così R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 89-90.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 91-92. Sul punto sia consentito il rinvio anche a I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, pp. 1309-1334.

Tra le molte, a mero titolo esemplificativo, v. sentt. n. 220 del 1995 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1258, primo comma, del codice della navigazione, nella parte in cui prevede la pena disciplinare della cancellazione come effetto automatico di una condanna che determini la incapacità all'iscrizione, anziché sulla base di una valutazione da parte dell'amministrazione competente, sulla base della considerazione che il «*principio di proporzione*», che «*rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)*», «*implica che il potere deve estrinsecarsi in modo coerente al fatto addebitato, che quindi deve necessariamente essere valutato e ponderato, nel contesto delle circostanze che in concreto hanno connotato il suo accadimento, per commisurare ad esso, ove ritenuto sussistente, la sanzione da irrogare parametrandola alla sua maggiore o minore gravità*»); n. 438 del 1995 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 146, primo comma, n. 3, c. p., ove è stabilito il rinvio obbligatorio della esecuzione della pena se questa deve aver luogo nei confronti di persona affetta da infezione HIV, nella parte in cui «*non consente di accertare in concreto se, ai fini della esecuzione della pena, le effettive condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con lo stato detentivo. (...) spetterà al giudice verificare caso per caso in relazione alle strutture disponibili se l'esecuzione della pena possa avvenire senza pregiudizio per la salute della restante popolazione carceraria che (...) costituisce l'altro dei valori che la norma ha inteso tutelare*»); n. 303 del 1996 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983 n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), nella parte in cui «*non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore*»); n. 139 del 2010 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 76, comma 4-bis, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), nella parte in cui, stabilendo che per i soggetti già condannati con sentenza definitiva per i reati indicati nella stessa norma il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non ammette la prova contraria, sulla base dell'argomentazione secondo la quale «*non può ritenersi irragionevole che, sulla base della comune esperienza, il legislatore presuma che l'appartenente ad una organizzazione criminale, come quelle indicate nella norma censurata, abbia tratto dalla sua attività delittuosa profitti sufficienti a escluderlo in permanenza dal beneficio del patrocinio a spese dello Stato. Ciò che contrasta con i principi costituzionali è il carattere assoluto di tale presunzione*»); n. 249 del 2010 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-bis, c. p., che prevedeva una circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «*mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*», sulla base della considerazione che «*la violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori può essere penalmente sanzionata, per effetto di una scelta politica del legislatore non censurabile in sede di controllo di legittimità costituzionale, ma non può introdurre automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile, che deve essere frutto di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle concrete circostanze oggettive ed alle personali caratteristiche soggettive*»); n. 265 del 2010 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, *in relazione al caso concreto*, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure); n. 359 del 2010 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quater, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dall'art. 1, comma 22, lettera m), della legge 15 luglio 2009 n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui non esclude, quando ricorra un «*giustificato motivo*», la punibilità dello straniero che, già destinatario di un provvedimento di espulsione e di un ordine di allontanamento, continui a permanere nel territorio dello Stato, sulla base della considerazione che, «*in un ragionevole bilanciamento tra l'interesse pubblico all'osservanza dei provvedimenti dell'autorità, in tema di controllo dell'immigrazione illegale, e l'insopprimibile tutela della persona umana*», «*il punto centrale della disciplina, nella prospettiva in cui si colloca lo stesso legislatore, è la possibilità, in concreto, di giudicare esigibile l'osservanza dell'ordine di allontanamento*»); n. 164 del 2011 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 575 c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai

## 5. Considerazioni conclusive

Questo studio ha inteso illustrare le ragioni per le quali i principî di sussidiarietà e di fraternità, nelle accezioni qui impiegate, possono essere considerati due *modi ordinandi* dell'ordinamento giuridico di tipo antiformalistico. Come si è visto, nella logica del *nuovo ordine* al quale appartengono sta l'idea fondamentale che la decisione collettiva generale e astratta non è più assistita da una forza razionale e da un valore morale superiori rispetto alla decisione concreta (contratto o sentenza).

Che le implicazioni dei due principî abbiano risvolti, in ultima analisi, sul carattere democratico dell'ordinamento non v'è dubbio. A tal proposito, vogliamo concludere con le parole di Giuseppe Ugo Rescigno, secondo il quale «la introduzione del principio di sussidiarietà, insieme a molti altri fenomeni nuovi che hanno giustamente ricevuto nomi nuovi (penso, ad esempio, a *soft law*, *multilevel government*, *governance*, diritto mite e così via) sia uno dei modi attraverso i quali il principio di concorrenza, dal mondo dell'economia, è entrato in modo prepotente nel mondo del diritto, ristrutturandolo da cima a fondo come modo dominante e potenzialmente esclusivo. Non quindi uno strumento di pacificazione sociale, ma uno degli strumenti di guerra permanente, nella quale ogni decisione è un armistizio imposto dal temporaneamente più forte, destinata ad essere rapidamente sostituita da una nuova decisione del soggetto che nel frattempo è riuscito ad acquisire maggior forza, in attesa di una nuova contesa, di un nuovo armistizio, e così via all'infinito, quali e quanti siano i soggetti coinvolti, gli strumenti che riescono ad utilizzare, i risultati che provvisoriamente riescono ad ottenere. Un mondo parossistico e convulso, in continuo e disordinato movimento»<sup>49</sup>.

---

quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – *non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure*»); n. 183 del 2011 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, secondo comma, c.p., nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato, sulla base dell'argomentazione secondo la quale «*la preclusione è fondata su una valutazione preventiva, predeterminata e astratta, che non risponde a un dato di esperienza generalizzabile, in quanto la rigida presunzione di capacità a delinquere, presupposta dalla norma censurata, è inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento*»); n. 231 del 2011 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., nella parte in cui, nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, non fa salva, altresì, «*l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure*»).

<sup>49</sup> G. U. Rescigno, *Recensione a G. Scaccia, Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, ESI, 2009, in *Diritto Pubblico*, 2009, p. 677.