

Diritti fondamentali e principio di proporzionalità

GIORGIO PINO

ABSTRACT: the paper assesses the widespread use of the test of proportionality in fundamental rights adjudication. While constitutional and human rights courts all over the world appear to be consistently engaged in deploying the test of proportionality in order to assess the permissibility of a given rights limitation, this approach is under severe criticism insofar as it is considered an attack to the very idea of fundamental rights. The paper will discuss this criticism of the use of proportionality, and will provide a defense of its use by courts in light of some basic features of the contemporary discourse of fundamental rights.

KEYWORDS: fundamental rights, limitations of rights, proportionality

1. Premessa

Il principio di proporzionalità è oggi uno dei concetti centrali del costituzionalismo globale, di fatto una parte essenziale della grammatica di una nuova *lingua franca* che fa dialogare e interagire attori giuridici (specialmente giudici) sostanzialmente in tutto il mondo, agevolando la circolazione globale di modelli giuridici e di standard di argomentazione¹. Di fronte ad un successo tanto diffuso, non si può dire però che manchino zone d'ombra nell'utilizzo di questa tecnica argomentativa (così come, *mutatis mutandis*, non mancano perplessità e critiche nei confronti di altre tecniche argomentative che chiamerò genericamente «ponderative», come il bilanciamento, il test di ragionevolezza, ecc.). Alcune questioni riguardano la struttura del test di proporzionalità: di quanti passaggi si componga, e che rapporti vi siano tra questi passaggi (sono concettualmente separati, o interagiscono strettamente tra loro?); e che rapporto vi sia tra i modelli elaborati di proporzionalità in sede dottrinarie e teorico-generale, e gli effettivi impieghi giudiziari del test di proporzionalità. Altre questioni riguardano la legittimità dell'utilizzo giudiziario del test di proporzionalità come strumento di controllo e di revisione di scelte adottate dal legislatore democratico: la critica, in questo caso, è che il test di proporzionalità invade l'ambito di discrezionalità politica che in una democrazia rappresentativa è riservato al legislatore. Altre questioni, infine, investono il rapporto tra test di proporzionalità e diritti fondamentali, e da questo punto di vista il test di proporzionalità è spesso considerato come uno strumento di indebolimento, o anche di svuotamento, dei diritti fondamentali: tramite l'utilizzo del test di proporzionalità, si dice, i diritti perdono quella assolutezza, quella garanzia di inviolabilità che dovrebbero invece essere parte essenziale dell'avere diritti; nel momento in cui si legittimano limitazioni dei diritti fondamentali alla luce di esigenze collettive e di calcoli in termini di costi-benefici, i diritti perdono significato.

In questo saggio intendo discutere esattamente quest'ultima questione: il rapporto tra test di proporzionalità e diritti fondamentali. Per ragioni di spazio, tralascierò invece gli altri due ordini di questioni, che comunque non sono del tutto irrelate². Anticipando le conclusioni del mio argomento, sostengo che tra diritti fondamentali e ricorso al test di proporzionalità possono ben esserci tensioni, ma non si dà un'antinomia; al contrario: è proprio la fenomenologia dei diritti fondamentali negli Stati costituzionali contemporanei a rendere inevitabile il ricorso al test di proporzionalità e a tecniche argomentative ponderative. O almeno questo è ciò che cercherò di mostrare nelle prossime pagine.

2. Proporzionalità come fattore di erosione dei diritti fondamentali?

Si tratta del problema seguente. Come è risaputo, il principio di proporzionalità è universalmente applicato nella giurisdizione di costituzionalità sui diritti fondamentali, e dalle corti internazionali che si occupano di diritti umani, e riguarda la valutazione dell'ammissibilità costituzionale di una certa limitazione di un diritto fondamentale, disposta da una misura legislativa al fine di perseguire un interesse collettivo o proteggere un altro diritto fondamentale. Dunque, la sistematica applicazione del principio di proporzionalità da parte delle corti costituzionali, sancendo la generale ammissibilità di limitazioni ai diritti, rischia di tradursi in un progressivo affievolimento dei diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e da

¹ Stone Sweet, Matthews 2008: 80 (il test di proporzionalità è un «global constitutional standard»); Beatty 2004: 162 («proportionality is a universal criterion of constitutionality»); Barak 2012: cap. 7; Cohen-Eliya, Porat 2013: cap. 1.

² Il lettore interessato potrà trovare alcune osservazioni sulle altre due questioni (analisi concettuale del test di proporzionalità, e compatibilità tra proporzionalità e democrazia), e gli opportuni approfondimenti bibliografici, in Pino 2007; Pino 2014.

documenti internazionali. E questo è paradossale, visto che il riconoscimento solenne dei diritti fondamentali da parte di costituzioni e altri documenti dovrebbe servire esattamente a questo: a trincerare certi interessi – i diritti fondamentali – rendendoli intangibili anche di fronte all'interesse collettivo, e insensibili a calcoli utilitaristici e valutazioni in termini di costi e benefici³. Le faticose conquiste dell'età dei diritti, dunque, verrebbero adesso progressivamente erose dalla trionfale avanzata del principio di proporzionalità, che rende apparentemente limitabile qualsiasi diritto fondamentale sol che la limitazione sia «proporzionata», «ragionevole»; e alla fine quelle conquiste verranno fagocitate e annullate, con singolare dialettica, dalla melassa indistinta della *age of balancing*⁴. Il bilanciamento e la proporzionalità sono dunque delle minacce per i diritti fondamentali. Questa è, in estrema sintesi, la prima critica che intendo discutere qui⁵.

Dirò subito che questa critica è utile e salutare. Essa infatti ci ricorda, a fronte dell'entusiasmo che accompagna la pratica e la retorica della proporzionalità e della ragionevolezza, che i diritti sono cose importanti, che non possono essere bilanciati indefinitamente con l'interesse pubblico, e che non tutti gli obiettivi e le scelte politiche che un legislatore o un governo può voler perseguire meritano di essere utilizzati come fattori di limitazione dei diritti⁶. Tuttavia, oltre a questa salutare funzione di testimonianza, la critica non risulta molto solida. Cercherò di mostrare perché, e anche che l'uso del bilanciamento e del test di proporzionalità può, entro alcuni limiti, farsi carico del nocciolo di verità che queste critiche racchiudono.

La risposta alla critica secondo cui la *age of balancing* finisce con il fagocitare e vanificare la *age of rights* procederà in due fasi. In primo luogo (§§ 3-3.3.2), mostrerò che la *age of balancing* (cioè, l'inevitabilità del ricorso al bilanciamento e al test di proporzionalità nel trattamento giudiziario dei diritti fondamentali) è intimamente connessa alla struttura dei diritti fondamentali proclamati nelle costituzioni e nelle carte dei diritti contemporanei. Secondo questa ipotesi, la necessità del bilanciamento, o di tecniche argomentative analoghe come il test di proporzionalità (le chiamerò genericamente «tecniche argomentative ponderative») discende dal modo stesso in cui sono codificati i diritti fondamentali a livello costituzionale. In secondo luogo (§ 4), proverò a delineare un modello di bilanciamento e di proporzionalità che non renda i diritti delle scatole vuote.

3. L'inevitabilità del bilanciamento

3.1. Il diritto costituzionale «per principi»

³ L'idea che il giudizio di proporzionalità si traduca *inevitabilmente* in una comparazione di tipo utilitaristico tra i beni in gioco (in tal modo distorcendo gravemente la logica dell'inviolabilità associata ai diritti fondamentali) è una critica ricorrente all'utilizzo giudiziario della proporzionalità. Cfr. Habermas 2013; Tsakyrakis 2009.

⁴ Il felice sintagma «age of balancing» è stato coniato da Aleinikoff 1987; v. anche Webber 2010; «età dei diritti» è, invece, un altrettanto felice lascito di Norberto Bobbio (Bobbio 1990).

⁵ Per critiche di questo tipo, cfr. Pace 1993; Pace 2001; Çali 2007; Tsakyrakis 2009; Webber 2009; Webber 2010; Ferrajoli 2010; Ferrajoli 2013; Schiavello 2013.

⁶ Riecheggia qui l'idea dworkiniana dei *rights as trumps* (Dworkin 1977: capp. 5 e 7, 198-199; Dworkin 1984). Una tesi analoga, ma a partire da presupposti filosofico-giuridici diversi, è quella dei diritti come *excluded reasons*: il legislatore non può interferire con l'area coperta da un diritto, se non per proteggere il medesimo interesse che è oggetto del diritto stesso (tutti gli altri interessi, individuali e collettivi, incompatibili con l'interesse che giustifica il diritto sono esclusi): Pildes 1994; Pildes 2002 (che applica ai diritti costituzionali l'idea delle *exclusionary reasons* sviluppata in generale nel ragionamento pratico da Raz 1975); Halberstam 2007.

Cominciamo dal primo punto. Se guardiamo al modo in cui sono codificati i diritti fondamentali nelle costituzioni contemporanee, ci accorgiamo che si tratta solitamente di formulazioni estremamente ampie, indeterminate; talvolta la proclamazione di un diritto è accompagnata anche dall'indicazione di uno o più fattori in vista dei quali è possibile limitare quel diritto, ma anche questi fattori sono a loro volta formulati in modo ampio e indeterminato («ordine pubblico», «buon costume», «sicurezza, libertà, dignità e umana»...). Talvolta, ancora, è prevista la possibilità di limitazione o «regolazione» di un diritto, ma senza precisare esattamente in base a quali considerazioni e con quali limiti, o «controlimiti», tale limitazione possa avvenire (si pensi, nella costituzione italiana, al caso del diritto di sciopero nell'art. 40)⁷. In altre parole, le norme costituzionali che fondano i diritti fondamentali hanno solitamente la struttura di principi (norme caratterizzate da un elevato livello di genericità e indeterminatezza, sia nella loro fattispecie sia nelle loro conseguenze giuridiche), e non di regole (norme caratterizzate da un certo livello di precisione e determinatezza sia nella loro fattispecie che nelle loro conseguenze giuridiche)⁸.

Questa è, da un punto di vista descrittivo, una caratteristica costante delle costituzioni e delle dichiarazioni dei diritti contemporanee: caratteristica legata strettamente al loro fondamento politico-culturale, fortemente pluralista, e alle loro ambizioni programmatiche: fondazione complessiva di un nuovo ordine sociale dopo un evento socialmente e politicamente traumatico – una guerra, una rivoluzione, il crollo di un regime dittatoriale...; aspirazione a durare a lungo; difficoltà dei procedimenti emendativi⁹. A fronte di questo fondamento e di queste ambizioni tipicamente condivise dalle costituzioni contemporanee, è ben difficile che una costituzione sia formulata senza includere l'incorporazione di una serie di norme di principio.

Ebbene, dal fatto che le norme attributive di diritti fondamentali hanno carattere di principi derivano alcune conseguenze interessanti.

3.2. Le implicazioni della normazione costituzionale per principi

Le norme di principio si applicano a fattispecie anche molto diverse ed eterogenee, e non predeterminabili esaustivamente, e possono dare luogo a vari ordini di conseguenze giuridiche, anch'esse non predeterminabili esaustivamente¹⁰. Dunque, in primo luogo, le norme di principio, e i diritti da esse ricavati, sono destinate ad avere un campo di applicazione assai esteso¹¹. Nel costituzionalismo dei diritti, tutto l'ordinamento, potenzialmente, risulta impregnato di principi costituzionali, non esistono zone d'ombra dal punto di vista dei principi costituzionali (zone lasciate ad una piena e incontrollabile discrezionalità politica, *political*

⁷ Per la distinzione tra violazione, limitazione e regolazione di un diritto, v. Pino 2010: 108-111.

⁸ Per ulteriori approfondimenti sulla distinzione tra regole e principi, rinvio a Pino 2009; Pino 2010: cap. 4; Pino 2013a.

⁹ Su queste caratteristiche delle costituzioni proprie del costituzionalismo contemporaneo, o costituzionalismo dei diritti, si vedano Prieto Sanchís 2004; Bin 2007; Pino 2008; Pino 2010: cap. 1; Barberis 2012; Celano 2013: cap. 2; Pedrini 2013: capp. 3 e 4.

¹⁰ Credo che un'intuizione di questo tipo sia alla base della notissima definizione di principio di Emilio Betti come norme caratterizzate «da un'eccedenza di contenuto deontologico (o *asiologico*, che dir si voglia)»: cfr. Betti 1971: 316 (corsivo nell'originale); si vedano anche Crisafulli 1941: 249 (sulla «virtuale inesauribilità» dei principi); Zaccaria 1998: 145; Modugno 2000: 98 (i principi sono norme «a virtualità indefinita» o «inesauribile»); Zagrebelsky 2008: 219 (un principio può generare «un numero [...] imprevedibile e non predeterminabile di norme particolari»).

¹¹ Infatti, «è sempre considerata giustificata l'interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale» (Guastini 1986: 192). Sulla «presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali» v. Barile 1984: 41.

questions); è possibile sussumere qualunque pretesa che non sia del tutto folle, o qualunque situazione che non sia radicalmente grottesca, nell'ambito di applicabilità di un principio costituzionale o diritto fondamentale¹².

In secondo luogo, l'individuazione delle specifiche conseguenze che possono derivare dai principi nei vari possibili casi in cui essi vengono in rilievo – l'individuazione delle specifiche *regole* attuative dei principi in considerazione – dipende da circostanze di fatto e di diritto¹³. Peraltro, non è affatto detto che l'attuazione di un principio determini esclusivamente la produzione di una regola: un principio può «incarnarsi» anche in un ulteriore principio, meno indeterminato, che si colloca in uno stadio di specificazione intermedio rispetto alle successive regole di dettaglio. Ad ogni modo, le circostanze di fatto rilevanti ai fini della specificazione di un principio attengono alle caratteristiche del caso concreto o astratto da regolare, alle risorse disponibili, ecc.; le circostanze di diritto attengono alle altre norme presenti nel sistema e rilevanti per quel caso concreto o astratto – ad esempio altri principi.

In terzo luogo, e conseguentemente a quanto appena detto, la presenza di molteplici principi nel testo costituzionale o comunque nell'orizzonte assiologico dello stato costituzionale rende inevitabile il ricorso a qualche forma di bilanciamento e di limitazione reciproca fra principi e fra diritti. In *questo* senso ha certamente ragione Robert Alexy, quando afferma che la proporzionalità è logicamente implicata dai principi, e viceversa¹⁴.

Ma questo non dice ancora nulla su quale sia il soggetto competente, situato nella posizione migliore, per effettuare questi molteplici bilanciamenti tra principi fondamentali. Di solito, questi bilanciamenti sono distribuiti su tre livelli: alcuni bilanciamenti tra principi fondamentali sono già palesemente presenti nel testo costituzionale; altri sono demandati al legislatore ordinario; altri ancora saranno effettuati in sede giudiziale, o nella forma di un bilanciamento diretto tra principi in conflitto, senza la mediazione di una previa regola legislativa, o nella forma di un meta-bilanciamento, o bilanciamento di secondo grado, quando le corti «rivedono» il bilanciamento tra principi così come è stato riversato in una regola legislativa. E quest'ultimo è, evidentemente, il terreno di elezione specifico del test di proporzionalità¹⁵.

3.3. Strategie di aggiramento

Ora, potremmo immaginare vari modi per far sì che l'attività di bilanciamento tra principi fondamentali sia sottratta alle corti. E, se queste operazioni avessero successo, si eliminerebbe uno degli aspetti solitamente più criticati della *age of balancing*, vale a dire l'attribuzione ai giudici (giudici costituzionali, e in certa misura anche giudici comuni) della competenza ad adottare decisioni che, per loro natura, per l'elevato grado di discrezionalità, per la presenza di scelte politico-valutative all'interno di questa forma di ragionamento giuridico, sembrerebbero spettare esclusivamente al legislatore democraticamente responsabile, e che finiscono per indebolire la prescrittività dei diritti fondamentali.

¹² Bin 2002; Bin 2007: 29; Prieto Sanchís 2004: 51; Guastini 2006a: 245-246, 254-257 (sulla sovra-interpretazione della costituzione come una delle condizioni della «costituzionalizzazione» dell'ordinamento); Kumm 2006; Kumm 2010: 151-152; Pino 2010: 124-125; Cohen-Eliya, Porat 2013: 113-117.

¹³ Seguo qui, evidentemente, la costruzione di Alexy 2000: 294-304; Alexy 2012: 101-137.

¹⁴ Alexy 2010: 24; Alexy 2012: 133.

¹⁵ Pino 2010: cap. 8.

Evidentemente, per evitare il ricorso al bilanciamento giudiziale occorre operare sul modo in cui sono formulati i diritti costituzionali¹⁶. Infatti, un modello di giurisdizione costituzionale del tutto privo di tecniche argomentative ponderative potrebbe funzionare solo in presenza di diritti fondamentali formulati in maniera assai precisa, con un campo di applicazione ben delimitato e, verosimilmente, alquanto ristretto: cioè diritti fondamentali formulati come *regole* e non come *principi*. E un modo di ottenere questo risultato potrebbe consistere nel redigere una costituzione *effettivamente* ed esclusivamente composta da regole. Oppure, un altro modo potrebbe consistere nel fatto che il testo costituzionale – comunque esso sia formulato – sia dai giudici *trattato* come esprime esclusivamente regole¹⁷. Che speranze di successo hanno queste strategie per aggirare o comunque evitare il ricorso giudiziale al bilanciamento? Vediamo.

3.3.1. Prima strategia: scrittura costituzionale rigorosa e minimalismo dei diritti

Il primo modello di giurisdizione costituzionale privo di tecniche argomentative ponderative rimanda ad una questione di redazione del testo costituzionale, e consiste nell'auspicare che esso sia formulato in maniera chiara, precisa, con diritti dall'ambito di applicazione ben delimitato¹⁸. In tal modo, i diritti fondamentali potrebbero essere agevolmente trattati in sede giurisdizionale senza fomentare eccessi di discrezionalità interpretativa, ed evitando ogni possibile confusione (o la maggior parte delle possibili confusioni) tra ciò che rappresenta una illecita violazione di un diritto, e ciò che invece ne è una innocua limitazione. A questa opzione di tecnica redazionale poi si può *talvolta* aggiungere una questione contenutistica, relativa al tipo e alla quantità di diritti riconosciuti nel testo costituzionale. Per evitare conflitti tra diritti, e tra diritti e interessi collettivi, si potrebbe allora immaginare una codificazione costituzionale «minimalista», con un elenco di diritti limitato ai soli diritti di libertà e con esclusione dei diritti a prestazioni positive. Questo nel presupposto che le libertà negative siano perfettamente concluse in sé stesse, non confliggano con altri diritti, e non impongano costi a terzi e alla collettività¹⁹.

È agevole scorgere i limiti principali di questo modello. Un primo limite, relativo alla precisione della redazione del testo costituzionale, è che un testo preciso e dettagliato è destinato ad invecchiare in fretta, in relazione al mutare delle circostanze sociali, economiche, tecnologiche ecc., che lo hanno ispirato; di conseguenza, un testo siffatto dovrà essere frequentemente aggiornato, o in sede interpretativa (ma questo frustrerebbe le ragioni

¹⁶ *A fortiori*, un modo radicale per evitare la possibilità della amministrazione giudiziaria dei diritti fondamentali, o almeno per provarci, consisterebbe nell'*eliminare del tutto* la proclamazione dei diritti in un testo costituzionale: per questa proposta, cfr. Waldron 1999; Bellamy 2007.

¹⁷ L'alternativa espressa nel testo non vuole suggerire una implausibile distinzione tra il testo *così come «oggettivamente»* è (in ipotesi, formulato in regole), e le interpretazioni che trattano un testo *come se fosse* formulato in regole. In realtà, la distinzione stessa tra regole e principi è dipendente dall'interpretazione, e non antecedente ad essa. Tuttavia, assumo che vi sia una differenza percepibile tra *a*) un testo che, per la sua formulazione (uso di termini tecnici, precisi, ben definiti magari da parte del testo normativo stesso, ricorso a grandezze numeriche e misurabili), sia maggiormente soggetto ad esprimere regole; *b*) un testo che, per la sua formulazione (uso di termini vaghi, generici, valutativi), sia maggiormente soggetto ad esprimere principi; e infine *c*) un testo che, per la sua formulazione, sia parimenti soggetto ad entrambe le letture. Beninteso, gli interpreti possono pur sempre decidere di trarre principi da un testo di tipo *a*), e di trarre regole da un testo di tipo *b*), ma in questi casi l'onere di argomentazione sarà solitamente maggiore rispetto all'operazione opposta e, in assenza di un consenso di fondo tra gli attori giuridici, l'operazione potrà risultare cervelotica, inaccettabile.

¹⁸ Ferrajoli 2010 (l'argomento di Ferrajoli si muove su un doppio registro: riguarda sia la tecnica di redazione del testo costituzionale, sia l'interpretazione delle formulazioni esistenti).

¹⁹ Il modello minimalista è efficacemente descritto da Celano 2013: 131-133. Tra i principali sostenitori di questo modello, v. Nozick 2005; Ignatieff 2003.

medesime che spingono i sostenitori di questo modello a proporre maggior precisione nella redazione delle costituzioni), o in sede legislativa (il che è reso difficile dalle procedure aggravate previste per la revisione di una costituzione rigida; e inoltre significherebbe rimettere mano frequentemente al «patto costituzionale», con tutti i rischi che questo comporta). In altre parole, un testo costituzionale troppo preciso e dettagliato, formulato in regole, è destinato ad una veloce obsolescenza, e conseguentemente ad una altrettanto veloce perdita di normatività²⁰.

Un secondo limite attiene alla sensatezza di un catalogo minimalista di diritti fondamentali. A ben vedere, si tratterebbe di un catalogo non difendibile, di una pia illusione, perché è mal formata l'idea stessa della netta separazione tra diritti positivi e diritti negativi, tra diritti che costano e diritti che non costano: *tutti* i diritti hanno elementi dell'uno e dell'altro tipo, e inoltre anche le libertà negative hanno bisogno di un ricco corredo di prestazioni statali positive per essere efficacemente godute²¹. Tutto ciò rende inevitabile il ricorso ad un modello di scrittura costituzionale «inclusiva», con formulazioni ampie e indeterminate, e con un catalogo «lungo» di diritti e principi – da cui, la necessità di operare successivi bilanciamenti, legislativi e giudiziari, tra i molteplici diritti e principi costituzionali.

3.3.2. Seconda strategia: diritto costituzionale per regole

Il secondo modello di giurisdizione costituzionale privo di tecniche argomentative ponderative richiede che gli interpreti trattino le norme espresse dal testo costituzionale come un insieme (non di principi ma) di regole²². Questo richiede di impiegare, in sede interpretativa, tecniche come le seguenti: definire esattamente sia l'ambito di applicazione della norma costituzionale sia le sue conseguenze giuridiche; assoggettare l'enunciato costituzionale (apparentemente vago ed indeterminato) ad interpretazione restrittiva; escludere la possibilità di introdurre eccezioni implicite alla norma così formulata. Si otterrebbe in tal modo un insieme di diritti fondamentali ben determinati, «forti», la cui applicazione ai casi concreti ha le fattezze di una sussunzione e non di un bilanciamento. Questo è un modello di amministrazione dei diritti fondamentali effettivamente praticato da alcune giurisprudenze costituzionali, in particolare da quella statunitense²³.

A mio modo di vedere, questo approccio ha lo svantaggio di permettere riduzioni anche consistenti dell'ambito di applicazione dei diritti, non troppo dissimili da quelle che possono essere disposte per via di bilanciamento e test di proporzionalità²⁴, e che però avvengono in via puramente definitoria. In altre parole, con questo approccio anziché

²⁰ Sull'incongruenza di un ordine costituzionale le cui prescrizioni risultino avere un carattere effimero, cfr. Luciani 2006: 1656. Per una analisi della dimensione temporale, specialmente rivolta al futuro, della costituzione, cfr. Gianformaggio 1997.

²¹ Per ulteriori argomenti al riguardo, cfr. Holmes, Sunstein 2000; Bin 2000; Mazzarese 2006; Diciotti 2006: 87-92, 102-111; Pino 2013b; Facchi 2013: 116-121.

²² Cfr. in tal senso Pace 2007: 83-113; Ferrajoli 2010 (ma per un recente aggiustamento di questa idea v. Ferrajoli 2013: 112-122). Cfr. anche Scalia 1989.

²³ Si vedano in proposito Schauer 2005; Weinrib 2007: 83-113; Cohen-Eliya, Porat 2013: capp. 3 e 5. Ma anche la giurisprudenza costituzionale italiana, anteriormente al dilagare della *age of balancing*, aveva adottato un approccio di questo tipo con la dottrina dei «limiti naturali» dei diritti costituzionali (cfr. Pino 2010: 158). Questo è peraltro un interessante contro-esempio alla tesi di Schauer, secondo cui l'approccio ponderativo è tipico delle giurisprudenze «giovani», quelle che, a differenza di quella USA, non hanno ancora avuto il tempo di sviluppare un sofisticato apparato di specifiche *doctrines*.

²⁴ Si veda, ad esempio, l'elenco di tutte le attività comunicative che la Corte Suprema USA ha via via sottratto dall'ambito di applicazione della protezione costituzionale del *free speech* (protezione che pure, a giudicare dalla formulazione del *First Amendment*, dovrebbe essere assoluta) in Schauer 2004; sul punto cfr. anche Halberstam 2007.

soppesare la rispettiva *importanza*, in relazione ad un caso (concreto) o tipo di caso (astratto), di due diritti o principi in conflitto, si pretende di definire in via putativamente astratta il *significato* dei diritti o principi rilevanti. Ma è evidente che questa non può essere sensatamente considerata come una operazione solo definitoria, semantica: è invece una operazione intensamente valutativa. Di più: le limitazioni apportate in via definitoria non sono altro che l'esito di altrettanti giudizi di bilanciamento tra i diritti, principi e interessi rilevanti, condotti dalla corte in maniera affatto occulta. Il bilanciamento c'è (in che altro modo si potrebbe stabilire che nel caso della blasfemia il *free speech* è più importante della tutela del sentimento religioso, o viceversa? O che, a fronte del diritto di cronaca, il diritto alla *privacy* di un uomo politico è meno resistente del diritto alla *privacy* di un cittadino comune?), ma non è esplicitato: è occultato dietro una operazione definitoria, e dunque è sottratto alla discussione pubblica.

Dunque, per un verso sarebbe un po' incongruo immaginare una costituzione formata esclusivamente da regole (il bilanciamento fatto solo dal legislatore costituzionale), e per altro verso non sembra molto desiderabile un modello di argomentazione costituzionale in cui i giudici trattano le norme attributive di diritti fondamentali come regole. Però si potrebbe ancora immaginare una costituzione «per principi» la cui implementazione sia interamente ed esclusivamente demandata al legislatore. In tal modo, le corti sarebbero escluse dalla gestione dei diritti fondamentali, e avrebbero a che fare solo con l'applicazione di regole legislative, senza alcuna competenza a contestarne la validità in nome dei diritti fondamentali. Questo è certamente immaginabile, ma occorre vedere se sia anche un modello utile, normativamente desiderabile: non mi occuperò di questo problema in questo saggio, ma altrove ho provato a sostenere che una organizzazione giuspolitica in cui è presente una forma di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi risponde meglio delle alternative agli ideali costituzionalistici del potere limitato e anche ad una certa declinazione della stessa democrazia che, seguendo Philip Pettit, potremmo chiamare «democrazia contestatrice»²⁵.

4. Diritti e tecniche ponderative: verso un modello integrato

L'argomento che sto sviluppando è un prolisso tentativo di risposta alla critica secondo cui la *age of balancing* finisce con il fagocitare e vanificare la *age of rights*. E ho già ammesso che questa critica non è del tutto fuori luogo, sembra anzi contenere un nocciolo di verità.

In effetti è vero: i diritti fondamentali così come concepiti dal costituzionalismo dei diritti sono delle entità un po' strane, diverse da quella immagine di «scudo», di perentorietà, di barriera protettiva contro intromissioni indebite, e di importanza, che intuitivamente associamo all'idea dei diritti. Al contrario, i diritti riconosciuti dal costituzionalismo dei diritti sono delle entità abbastanza malleabili: in due direzioni.

Per un verso, i diritti hanno una capacità di espansione tale da diventare reclamabili nelle situazioni più impensate, con il rischio di determinare una inflazione e banalizzazione dei diritti stessi²⁶.

Per altro verso, i diritti sono comprimibili, sono diritti solo *prima facie*; e avere un diritto *prima facie* non vuol dire granché, almeno fino a quando non si sia riusciti a convincere qualcuno (una corte) che, tutto considerato, quel diritto deve effettivamente prevalere sulle considerazioni con esso confliggenti.

D'accordo. Ma dal fatto che i diritti sono comprimibili non segue necessariamente che i diritti debbano essere concepiti come *indefinitamente* comprimibili. È ben possibile coniugare il metodo del bilanciamento (e il test di proporzionalità, che include il bilanciamento stesso) con

²⁵ Pino 2014; i lavori di Pettit cui si fa riferimento nel testo sono: Pettit 1999; Pettit 2000.

²⁶ Per alcuni esempi, Kumm 2010: 151; v. anche Tuzet 2008.

l'idea che vi sia un'area di intangibilità interna al diritto, una sfera che è sottratta ad ulteriori bilanciamenti²⁷. Questo è esattamente ciò che fanno varie corti costituzionali, come quella italiana e quella tedesca, la Corte europea dei diritti dell'uomo, e la stessa Corte di giustizia UE, quando fanno ricorso all'idea del nucleo essenziale dei diritti fondamentali²⁸. Il nucleo essenziale è quella sfera del diritto eliminata la quale il diritto diventa irriconoscibile, vuoto. Dunque, un bilanciamento «ben fatto», «ragionevole», una ragionevole limitazione dei diritti in gioco verificata tramite il test di proporzionalità, sono quelli che restano al di fuori del perimetro di questa area intangibile.

In tal modo, nell'area complessivamente interessata da un diritto fondamentale, vi saranno zone «periferiche», agevolmente sacrificabili in caso di conflitto con altri diritti e interessi di rango costituzionale che siano più importanti nelle circostanze date (ad esempio, rispetto al diritto alla libertà di espressione, è normalmente sacrificabile la libertà di profferire insulti razzisti specialmente in contesti in cui ci si può aspettare una reazione violenta); e vi saranno zone «dure», più resistenti al bilanciamento o addirittura intangibili (ad esempio, è molto resistente e forse inviolabile la libertà di esprimere opinioni di tipo politico)²⁹. Non c'è nulla da guadagnare, dal punto di vista della chiarezza descrittiva e della coerenza teorica, nel descrivere una limitazione della libertà di esprimere opinioni politiche e una limitazione della libertà di profferire insulti razzisti come due casi *esattamente identici* di sacrificio della libertà di espressione. E questo discorso vale, ovviamente, sia per il bilanciamento legislativo che per quello giudiziale³⁰.

Ovviamente, anche l'idea del nucleo essenziale non è a sua volta del tutto immune dalla problematica del bilanciamento. In primo luogo, perché la stessa individuazione del nucleo essenziale può essere considerata, a sua volta, come il frutto di un bilanciamento³¹. In secondo luogo, perché i contorni del nucleo essenziale possono anche cambiare in base alle circostanze, e questo è nuovamente un giudizio di bilanciamento. In terzo luogo, perché non è da escludersi la possibilità di un conflitto tra i nuclei essenziali stessi di due diritti fondamentali: e allora si dovrà riprendere a bilanciare i due diritti «ad armi pari», nella consapevolezza che uno di essi ne risulterà irrimediabilmente sacrificato (e questo tipo di conflitto tra diritti potrà ben essere qualificato come un caso «tragico»³²). Ma ciò non toglie che in molti casi il nucleo essenziale del diritto godrà di una prevalenza stabile su altri diritti e interessi.

²⁷ Rivers 2006: 180; Kumm 2007: 147-148.

²⁸ Cfr. da ultimo Corte costituzionale n. 85/2013 (c.d. caso Ilva): «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

Per la Corte europea di giustizia, cfr. sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*.

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. sentenza 17 ottobre 1986, *Rees c. United Kingdom* («The limitations thereby [scil., nell'art. 12] introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that *the very essence of the right* is impaired», § 50); sentenza 18 dicembre 1987, *F. c. Svizzera* («the disputed measure, which affected *the very essence of the right* to marry, was disproportionate to the legitimate aim pursued. There was, therefore, a violation of Article 12», § 40) (corsivi aggiunti).

²⁹ Per un punto di vista affine, cfr. Feinberg 1973: 79-83.

³⁰ Cfr. Hart 1983: 206-207; Pintore 2010: 144-145. Per l'idea che il bilanciamento porti *necessariamente* al sacrificio di uno dei diritti o principi in conflitto, cfr. invece Guastini 2006b.

³¹ Alexy 2012: 325-326; Tancredi 2006: 692; Pino 2010: 162.

³² Sulla nozione di «caso tragico», cfr. Atienza 1991: 251-252; Atienza 1997; Bomhoff, Zucca 2006.

Bibliografia

- Aleinikoff, T.A. (1987). *Constitutional Law in the Age of Balancing*, «Yale Law Journal», 96, 1987, 943-1005.
- Alexy, R. (2000). *On the Structure of Legal Principles*, «Ratio Juris», 13, 294-304.
- Alexy, R. (2010). *The Construction of Constitutional Rights*, «Law & Ethics of Human Rights», 4, 1, 20-32.
- Alexy, R. (2012). *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (1997). *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, «Isonomía», 6, 7-30.
- Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Barberis, M. (2012). *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi.
- Barile, P. (1984). *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino.
- Beatty, D. (2004). *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford U.P.
- Bellamy, R. (2007). *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Betti, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè.
- Bin, R. (2000). *Diritti e fraintendimenti*, «Ragion pratica», 14, 15-25.
- Bin, R. (2002). *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, «Diritto & Questioni pubbliche», 2.
- Bin, R. (2007). *Che cos'è la costituzione?*, «Quaderni costituzionali», 1, 11-52.
- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
- Bomhoff, J., Zucca, L. (2006). *The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights*, «European Constitutional Law Review», 2, 3, 424-442.
- Çali, B. (2007). *Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions*, «Human Rights Quarterly», 29, 251-270.
- Celano, B. (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- Cohen-Eliya, M., Porat, I. (2013). *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Crisafulli, V. (1941). *Per una determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», I-II, 41-63; III, 157-181; IV-V, 230-264.
- Diciotti, E. (2006). *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna, il Mulino.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth.
- Dworkin, R. (1984). *Rights as Trumps*, in J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford U.P., 153-167.
- Facchi, A. (2013). *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Bologna, il Mulino.
- Feinberg, J. (1973). *Social Philosophy*, Upper Saddle River (NJ), Prentice Hall.
- Ferrajoli, L. (2000). *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2809-2811.
- Ferrajoli, L. (2013). *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari, Laterza.
- Gianformaggio, L. (1997). *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, «Politica del diritto», 4, 527-551.
- Guastini, R. (1986). *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 173-201.

- Guastini, R. (2006a). *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2006b). *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, «Ragion pratica», 151-162.
- Habermas, J. (2013). *Faktizität und Geltung* (1992), trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- Halberstam, D. (2007). *Desperately Seeking Europe: On Comparative Methodology and the Conception of Rights*, «I•CON International Journal of Constitutional Law», 5, 1, 166-82.
- Hart, H.L.A. (1983). *Between Utility and Rights* (1973), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 206-207.
- Holmes, S., Sunstein, C. (2000). *The Cost of Rights* (1999), trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino.
- Ignatieff, M. (2003). *Human Rights as Politics and Idolatry* (2001), trad. It. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli.
- Kumm, M. (2006). *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, «German Law Journal», 7, 4, 341-369.
- Kumm, M. (2007). *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights, Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 131-166.
- Kumm, M. (2010). *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, «Law & Ethics of Human Rights», 4, 2, 141-175.
- Luciani, M. (2006). *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, «Giurisprudenza costituzionale», 51, 2, 1643-1668.
- Mazzarese, T. (2006). *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, «Ragion pratica», 1, 179-208.
- Modugno, F. (2000). *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in Id., (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, Giuffrè, 85-113
- Nozick, R. (2005). *Anarchy, State, and Utopia* (1974), trad. it. *Anarchia, stato e utopia*, Milano, il Saggiatore.
- Pace, A. (1993). *Diritti «fondamentali» al di là della costituzione?*, «Politica del diritto», 1, 3-11.
- Pace, A. (2001). *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, «Quaderni costituzionali», 1, 35-62.
- Pace, A. (2007). *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 83-113.
- Pedrini, F. (2013). *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia U.P.
- Pettit, P. (1999). *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. Shapiro, C. Hacker-Cordon (ed.), *Democracy's Value*, Cambridge, Cambridge U.P., 163-190.
- Pettit, P. (2000). *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. Shapiro, S. Macedo (eds.), *Designing Democratic Institutions*, NOMOS XLII, New York, New York U.P.
- Pildes, R. (1994). *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, «Hastings Law Journal», 45, 711-751.
- Pildes, R. (2002). *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, «Review of Constitutional Studies – Revue d'études constitutionnelles», 6, 179-212.
- Pino, G. (2007). *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. Trujillo e F. Viola (eds.), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, il Mulino, Bologna, 109-141.
- Pino, G. (2008). *Il linguaggio dei diritti*, «Ragion pratica», 31, 393-409.
- Pino, G. (2009). *Principi e argomentazione giuridica*, «Ars Interpretandi», 131-158.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- Pino, G. (2013a). *Norma giuridica*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 144-183.

- Pino G. (2013b). *Crisi dell'età dei diritti?*, «Etica & Politica», XV, 1, 87-119.
- Pino, G. (2014). *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in V. Manes, G. Scaccia (eds.), *Il principio di proporzionalità nel prisma dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino (in corso di stampa).
- Pintore, A. (2010). *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore* (2008), in Ead., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 144-145.
- Prieto Sanchís, L. (2004). *El constitucionalismo de los derechos*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 47-72.
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford U.P.
- Rivers, J. (2006). *Proportionality and Variable Intensity of Review*, «Cambridge Law Journal», 65, 1, 174-207.
- Scalia, A. (1989). *The Rule of Law as a Law of Rules*, «University of Chicago Law Review», 56, 1175-1188.
- Schauer, F. (2004). *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, «Harvard Law Review», 117, 6, 1765-1809.
- Schauer, F. (2005). *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge U.P., 49-69.
- Schiavello, A. (2013). *La fine dell'età dei diritti*, «Etica & Politica», XV, 1, 120-145.
- Stone Sweet, A., Matthews, J. (2008). *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, «Columbia Journal of Transnational Law», 47, 2008, 73-165.
- Tancredi, A. (2006). *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, «Rivista di diritto internazionale», 3, 643-692.
- Tsakyrakis, S. (2009). *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, «I•CON International Journal of Constitutional Law», 7, 3, 2009, 468-493.
- Tuzet, G. (2008). *Le conseguenze dei diritti*, «Ragion pratica», 31, 375-91.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford U.P.
- Webber, G. (2009). *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Webber, G. (2010). *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 23, 2010, 179-202
- Weinrib, L. (2007). *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudhry (ed.), *Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge U.P., 83-113.
- Zaccaria, G. (1998). *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser*, «Ragion pratica», 11, 137-156.
- Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino.