

La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico

GIORGIO PINO

1. Il contesto: conflitto costituzionale e dialogo inter-giudiziale

Lo scopo della creazione della Comunità europea (poi Unione europea), è stato notoriamente l'integrazione degli Stati membri in uno spazio comune. La costruzione di questo spazio comune ha visto una sorta di gioco di specchi tra mercato, politica e diritto: se l'obiettivo quasi utopistico dei fondatori delle Comunità europee era quello di unire gli Stati europei – reduci dalle catastrofi di due guerre mondiali nel giro di tre decenni – nell'impegno a costruire un destino comune di pace e prosperità, ed è quindi un obiettivo genuinamente politico, questo obiettivo è stato dapprima caratterizzato, quasi minimalmente, in un senso prettamente economico e di mercato; e in questo contesto, il diritto è stato dapprima lo strumento per la costruzione e il consolidamento di un mercato comune. Quasi subito, tuttavia, la dimensione giuridica ha acquisito un ruolo determinante nel processo di integrazione europea, e l'integrazione attraverso il mercato è diventata anche e soprattutto un'integrazione attraverso il diritto¹.

Nella fase più recente, un ruolo importante nel processo di integrazione è stato svolto dall'idea che un compito essenziale dell'Unione europea consista

¹ Come è noto, la Corte di Giustizia ha definito la (allora) Comunità economica europea come una «comunità di diritto» almeno a partire dalla sentenza *Les Verts* (23 aprile 1986, causa C-294/83). Per alcuni usi precedenti di questa locuzione nella dottrina comunitaristica, si veda G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 122, nota 109.

nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali dei cittadini europei: l'integrazione europea è diventata anche un'integrazione attraverso i diritti. Questa idea, talvolta accettata forse fin troppo entusiasticamente, talvolta considerata un mero feticcio ideologico o uno specchio per le allodole, ha un nucleo di innegabile buon senso: in fondo, forse è preferibile rinunciare alla ricerca (o all'invenzione²) di un'identità comune basata sulla condivisione di valori «forti» tra i popoli che abitano lo spazio comune europeo, come quella che potrebbe derivare dalla condivisione di caratteristiche etniche o di un credo religioso, e riconoscersi invece nella comune adesione ad un catalogo di diritti fondamentali³. In altre parole, i diritti fondamentali si propongono quasi come una nuova *koiné* in cui tutti i cittadini europei dovrebbero orgogliosamente riconoscersi al di là delle differenze linguistiche, religiose, culturali⁴, assumendo così un ruolo essenziale, al posto della scoperta di radici comuni, nella costruzione dichiaratamente artificiale (e come potrebbe essere altrimenti?) di una *cittadinanza* europea.

Ecco dunque la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, c.d. Carta di Nizza, che istituisce un catalogo di diritti fondamentali per la verità non troppo dissimile rispetto a quello contenuto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (d'ora in avanti: CEDU), e che a questo si richiama in vari punti⁵; Carta che è stata poi recepita all'interno del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa (sottoscritto a Roma nel 2004, ma non ancora entrato in vigore)⁶.

Non è stato sempre così, notoriamente. In tempi meno recenti le istituzioni comunitarie, e la Corte di Giustizia delle Comunità europee in primo luogo hanno ritenuto, ed esplicitamente affermato, che la tutela dei diritti fondamentali non fosse affar loro, e che la contrarietà di un atto normativo

² Sul fenomeno tutto moderno dell'«invenzione» delle identità e delle appartenenze sociali, etniche ecc., cfr. L. Friedman, *La società orizzontale* (1999), Bologna, il Mulino, 2002, spec. capp. III e V.

³ Cfr. J.H.H. Weiler, *Human Rights, Constitutionalism and Integration: Iconography and Fetishism*, in «International Law FORUM du droit international», 3, 2001, pp. 227-238. Sul punto v. anche le osservazioni di A. Schiavello, *Integrazione europea, ragione pubblica, negoziazione. Qualche riflessione a partire dalla questione del richiamo alle «radici cristiane» nel Preambolo della Costituzione europea*, in questo volume.

⁴ Sui diritti come nuovo «linguaggio comune» tra individui e culture diverse nel regime del pluralismo, v. F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000, cap. VIII.

⁵ V. in proposito A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2001, pp. 193-207.

⁶ Si tratta in particolare della Parte Seconda del Trattato, artt. da II-61 a II-114.

comunitario ai diritti fondamentali previsti da una costituzione nazionale non potesse sortire l'effetto di rendere invalido quell'atto comunitario⁷.

In questa fase, i diritti fondamentali non giocavano dunque il ruolo di fattore di integrazione, ma erano piuttosto potenziali fattori di conflitto costituzionale tra la Comunità europea e gli stati membri⁸. Una buona parte di questo potenziale conflitto costituzionale è stata gestita non in sede politica ma in sede giurisdizionale, da parte della Corte di Giustizia e delle Corti costituzionali nazionali (specialmente quella tedesca e quella italiana): in altre parole, la gestione, o meglio l'elusione, del conflitto costituzionale in materia di diritti fondamentali è stata condotta non con gli strumenti della negoziazione politica, ma con quelli del ragionamento giuridico. Ho parlato di elusione perché il conflitto non è mai veramente scoppiato, ma si è incanalato in una sorta di «dialogo» tra le corti, dialogo caratterizzato da moniti, da riserve latenti, ma anche da collaborazione⁹.

Credo si possa affermare che il dialogo tra la Corte di Giustizia e le Corti costituzionali, o alcune di esse, ha dato luogo ad almeno due «dottrine» notevoli: la prima è che, sì, dopotutto la Corte di Giustizia, nel vigilare sull'esecuzione dei Trattati e sulla corretta applicazione del diritto comunitario, deve effettivamente tenere in considerazione («è tenuta ad ispirarsi»), ed eventualmente assicurare un qualche grado di tutela, ai diritti fondamentali quali riconosciuti dalle tradizioni costituzionali degli stati membri, o dalla CEDU, ciò, comunque, assicurando anche un grado di compatibilità tra la tutela dei diritti fondamentali e gli obiettivi della Comunità europea. La seconda è che, tra i principi costituzionali degli stati membri, ve ne sono alcuni che hanno carattere «supremo», e che non possono essere lesi dal diritto comunitario¹⁰.

In questo saggio mi propongo di sottoporre ad analisi teorica questi due aspetti della vicenda sinteticamente tratteggiata sopra: l'idea che i diritti

⁷ È quanto espressamente affermato in Corte giust. 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁸ Per un'esposizione più dettagliata dei problemi di conflitto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali, N. MacCormick, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo* (1999), Bologna, il Mulino, 2003, cap. VII; M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in «European Law Journal», 11, 3, 2005, pp. 262-307.

⁹ La ricostruzione dei rapporti tra queste corti in termini di dialogo è abbastanza comune: cfr. ad esempio A. Benazzo, *Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 1998, pp. 835-877; G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit., pp. 407 ss.

¹⁰ Per una recente ricostruzione di queste vicende, G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit., pp. 133-140, 214-220.

fondamentali siano riconosciuti in ambito comunitario in quanto resi compatibili (bilanciati, oggetto di limitazioni non sproporzionate) con altri obiettivi perseguiti dalla Comunità europea (§ 2-2.3); e l'idea, speculare, che la tutela dei diritti fondamentali sia un limite, un baluardo, rispetto all'azione delle istituzioni comunitarie e degli stessi governi nazionali in quanto esecutori di normazione o di politiche comunitarie (§ 3): un «controlimite», come si usa dire, cioè un limite alle limitazioni di sovranità accettate dallo Stato con la sua adesione alla Comunità europea.

Due precisazioni preliminari. (1) Come detto, l'analisi che sarà svolta nelle pagine che seguono adotterà una prospettiva di teoria generale del diritto. Ciò significa che non esprimerò valutazioni di merito circa il trattamento che è stato riservato ad un certo diritto fondamentale in un caso particolare (la Corte di Giustizia avrebbe dovuto proteggere meglio la libertà di espressione?), o sulla desiderabilità che un certo principio, magari a preferenza di un altro, assurga allo *status* di principio supremo. Cercherò piuttosto di chiarire, di rendere per quanto possibile trasparenti e quindi più agevolmente controllabili, le procedure argomentative seguite dalle corti nelle fattispecie che ci interessano. Con ciò, beninteso, non intendo dare patenti di razionalità a tutte le pratiche argomentative seguite dalle corti; anzi, la maggiore «trasparenza» che una pratica dovrebbe avere a seguito di indagine teorica può ben condurre ad evidenziare un deficit di razionalità, salti logici, mancanza di coerenza tra affermazioni programmatiche e risultati raggiunti ecc.

(2) La circostanza che un compito a bene vedere politico sia stato svolto da istituzioni giudiziarie non implica che tali ultime istituzioni si siano convertite puramente e semplicemente in attori politici. Piuttosto, il dialogo inter-istituzionale tra le corti ha dovuto necessariamente mantenere la forma del ragionamento giuridico¹¹: è stata (quando lo è stata) una negoziazione condotta nella forma di un'argomentazione (giuridica).

Intendo dire che se pure è vero che certe «mosse» dei partecipanti a questo dialogo intergiudiziale possono essere state dettate da motivazioni diverse da quelle di una semplice e illuministica «fedeltà al diritto» (ad esempio: estendere la portata della propria giurisdizione, acquisire maggiore legittimità, autorevolezza o credibilità nei confronti degli altri interlocutori istituzionali, o della cultura giuridica, o dell'opinione pubblica in generale, prevenire un prevedibile o preannunciato irrigidimento degli interlocutori istituzionali, ecc.),

¹¹ J. Bengoetxea, N. MacCormick, L. Soriano, *Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in G. de Búrca, J.H.H. Weiler (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford U.P., 2001, pp. 43-85.

se pure è vero che anche alcuni orientamenti interpretativi della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale italiana possono avere avuto origine come istanze di «uso strategico dell'argomentazione», bisogna tuttavia tenere in considerazione quella che è stata chiamata «la forza civilizzatrice dell'ipocrisia»¹²: con le parole di Anna Pintore, «l'esser costretti a pensare *perfino* il nostro inconfessabile interesse egoistico o tornaconto personale con le fattezze di argomenti universali tendenti al bene comune può indurre alla lunga a *pensare* veramente in termini di bene comune (qualunque cosa ciò significhi)»¹³.

Certo, per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali, è possibile analizzarla solo dal punto di vista degli effetti strategici che essa potrebbe aver perseguito (allargare la propria competenza e sfera di influenza, accontentare formalmente alcune corti costituzionali nazionali proclamando un riconoscimento di facciata ai diritti fondamentali, ma poi piegando questi ultimi alle esigenze puramente mercantili della Comunità europea, ecc.)¹⁴. Tuttavia, occorre innanzitutto verificare se questa analisi possa superare il vaglio empirico, vale a dire se sia confermata dalla giurisprudenza effettivamente prodotta dalla Corte di Giustizia¹⁵; in secondo luogo, si può ipotizzare che l'inclusione dei diritti fondamentali tra i parametri del ragionamento giuridico della Corte di Giustizia per quanto strumentale, per quanto strategica tale inclusione possa essere stata, abbia comunque sortito l'effetto che ora nell'argomentazione della Corte i diritti fondamentali *ci sono*.

Detto in termini molto crudi: potrebbe anche essere vero che la Corte di Giustizia abbia progressivamente introdotto nella propria orbita i diritti fondamentali delle tradizioni costituzionali nazionali e della CEDU al fine (anche? solo?) di indurre le corti costituzionali nazionali a cedere quote di sovranità nazionale, ma al tempo stesso piegando i diritti fondamentali alle esigenze di mercato (ma la corroborazione empirica di una ricostruzione di questo tipo è alquanto problematica); tuttavia, una volta che la Corte di Giustizia si è auto-attribuita la funzione di giudice dei diritti, essa è dovuta

¹² Sull'uso strategico dell'argomentazione e sulla forza civilizzatrice dell'ipocrisia, v. J. Elster, *Argomentare e negoziare* (1993), Milano, Anabasi, 1993, cap. 6.

¹³ A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 51.

¹⁴ È ad esempio la tesi di J. Coppel, A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in «Common Market Law Review», 1992, p. 669-692.

¹⁵ Per una dimostrazione che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui diritti fondamentali è in realtà tutt'altro che omogenea, cfr. J.H.H. Weiler, N.J.S. Lockhart, «*Taking Rights Seriously*» *Seriously: The European Court of Justice and Its Fundamental Rights Jurisprudence*, in «Common Market Law Review», 32, 1995, pp. 51-92 e 579-627.

diventare un giudice dei diritti: una volta che ha iniziato ad includere i diritti fondamentali tra i parametri che deve utilizzare nel proprio ragionamento giuridico, *non ha potuto fare a meno* di utilizzarli, cioè di assicurarne un livello di tutela.

2. *Proporzionalità e bilanciamento*

Il primo caso che intendo analizzare è l'uso del principio di proporzionalità da parte della Corte europea di Giustizia, in contesti in cui è coinvolta la tutela di diritti fondamentali. Trattandosi di una tematica assai nota, quantomeno tra i cultori del diritto comunitario e del diritto pubblico, saranno sufficienti solo brevissime notazioni introduttive per delineare i contorni del discorso successivo. Anche i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali saranno ricondotti alle esigenze minimali di un sommario viatico.

Il principio di proporzionalità trova le prime applicazioni nel diritto pubblico tedesco già nel XIX secolo, come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e successivamente come parametro di costituzionalità della legge¹⁶. Nel corso del '900, esso è stato ampiamente utilizzato dalla Corte costituzionale tedesca come strumento per valutare, tra le altre cose, il grado di ammissibilità di una interferenza del pubblico potere (legislativo e amministrativo) in una libertà fondamentale¹⁷. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia l'uso del principio di proporzionalità risale almeno al 1970¹⁸. Successivamente, tale principio è stato via via riconosciuto come espressione dei principi generali non scritti del diritto comunitario, quindi è stato espressamente incluso nel Trattato istitutivo della Comunità europea ad opera del Trattato di Maastricht (art. 3b, par. 3), e infine è stato sancito nel (non ancora entrato in vigore) Trattato che adotta una costituzione per l'Europa (artt. I-11 e II-112).

Sul piano europeo, peraltro, il principio di proporzionalità può essere rinvenuto anche nella CEDU, in cui opera non come clausola di limitazione

¹⁶ Si veda in proposito la ricostruzione di J. Luther, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in «Diritto e società», 1993, pp. 307-327.

¹⁷ Per alcune ricostruzioni dell'uso del criterio di proporzionalità a partire dalla giurisprudenza tedesca, J. Barnes, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, in «Revista de Administración Pública», 135, 1994, pp. 495-535; G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 270 ss.

¹⁸ Con la sentenza Corte giust. 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

«orizzontale» della tutela dei diritti fondamentali, ma come clausola di limitazione specifica di alcuni diritti, nei limiti in cui una tale limitazione sia necessaria in una società democratica al fine di tutelare determinati interessi pubblici (cfr. ad es. artt. 2.2, 5.1, 8.2, 9.2, 10.2, 11.2), ed è ampiamente utilizzato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo¹⁹.

In generale, l'utilizzo del criterio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia si svolge in due principali ambiti di applicazione: in primo luogo, il controllo dell'esercizio delle competenze in ambito comunitario (di cui non mi occuperò in questa sede); in secondo luogo, l'ambito di tutela dei diritti (o «libertà») riconosciuti dall'ordinamento comunitario, vale a dire *a*) diritti («libertà») direttamente previsti dal Trattato, oppure *b*) diritti rilevanti per il diritto comunitario in quanto espressione delle tradizioni costituzionali comuni o in quanto previsti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

Per quanto riguarda questo secondo ambito, il principio di proporzionalità si colloca al centro della strategia argomentativa perseguita dalla Corte al fine di rendere compatibile il riconoscimento dei diritti fondamentali con gli obiettivi della Comunità europea. Come è noto, infatti, da almeno tre decenni la Corte di Giustizia afferma costantemente che i diritti fondamentali non sono «prerogative assolute», ma devono essere temperati con altre esigenze, in particolare con gli obiettivi di un'organizzazione comune di mercato; il metro di questo temperamento è il criterio di proporzionalità.

Il principio di proporzionalità dunque, o meglio il modo in cui è stato concretamente utilizzato dalla Corte di Giustizia, è stato uno snodo fondamentale della «dottrina» dei diritti fondamentali sul piano comunitario. Ovviamente, non sto certo affermando che l'idea che i diritti siano limitabili in ragione di esigenze ulteriori (la tutela di altri diritti, interessi collettivi, ecc.), e che tali limitazioni siano ammissibili sempre che siano ragionevoli, non eccessive ecc., sia un *unicum*, un contributo del tutto originale distillato dalla Corte di Giustizia. Al contrario, che i diritti fondamentali possano entrare in conflitto con esigenze ulteriori, e che tali conflitti debbano essere gestiti ricorrendo a bilanciamenti²⁰ (ragionevoli, prudenti, equilibrati, ecc.) è una

¹⁹ V. in proposito l'approfondita analisi di S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001. Per un'applicazione particolarmente perspicua del test di proporzionalità da parte della Corte europea per i diritti dell'uomo, si veda la sentenza del 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia c. Austria*.

²⁰ Per maggiori approfondimenti su questo punto, cfr. B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in «Filosofia politica», 2005, pp. 427-441; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Ragion pratica», 28, 2007.

caratteristica probabilmente ineliminabile di ogni catalogo di diritti fondamentali: per quanto assolute possano essere le proclamazioni dei diritti fondamentali in testi costituzionali o simili, l'applicazione concreta, l'amministrazione dei diritti comporterà necessariamente l'esigenza di un loro contemperamento, di una loro armonizzazione, di un loro parziale sacrificio.

Se questo è vero, allora l'affermazione ricorrente che il principio di proporzionalità serve alla Corte di Giustizia per imporre indebite o discutibili restrizioni ai diritti fondamentali, in tal modo relativizzandoli, può essere distinta in due affermazioni diverse, l'una semplicemente insostenibile, l'altra aperta a discussione, e che è bene tenere separate. L'affermazione insostenibile consiste nel ritenere inaccettabile l'operazione di «relativizzazione» che la Corte di Giustizia effettua nei confronti dei diritti fondamentali quando li «prende in considerazione» a vario titolo nel proprio ragionamento giuridico²¹. Questa affermazione è insostenibile perché la «relativizzazione» di un diritto fondamentale è semplicemente ciò che accade sempre quando si tratta di interpretare (definire la portata) e applicare un diritto fondamentale.

L'affermazione aperta a discussione è, invece, che tali limitazioni non siano ritenute soddisfacenti o accettabili, perché vengono (molto) spesso fondate su esigenze economiche e di mercato: la relativizzazione dei diritti fondamentali non è considerata (o non è considerata solo) indebita in sé, ma precisamente in quanto dà luogo ad una gerarchia assiologica ritenuta, nel merito, non condivisibile²²; non è criticato il fatto in sé che la Corte effettui bilanciamenti tra diritti fondamentali e altre esigenze, ma il modo in cui lo fa. Su *questo*, sulla «qualità» del bilanciamento operato dalla Corte, si può legittimamente e razionalmente discutere. Ma, affinché la discussione sia seria, è bene che i due profili siano tenuti distinti.

Da quest'ultimo punto di vista, è probabilmente vero che la Corte di Giustizia ha spesso perseguito una strategia quantomeno di equiparazione (quando non di subordinazione) sul piano assiologico dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze del mercato comune. Questa strategia ha causato frequenti critiche all'operato della Corte, e ha peraltro dato origine alla peculiare «risposta» da parte di alcune corti costituzionali nazionali che, come vedremo successivamente (§ 3. e ss.), è consistita nell'includere i diritti

²¹ Cfr. ad es. P. Stancati, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi (Parte I)*, in «Politica del diritto», 2005, pp. 171-242 (p. 220).

²² J. Coppel, A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, cit.; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 39 ss.

inalienabili della persona umana tra i principi costituzionali supremi, prevalenti rispetto al diritto comunitario in caso di conflitto con quest'ultimo.

Tuttavia, non deve essere sottovalutato che in alcune più recenti pronunzie la Corte di Giustizia sembra disposta a percorrere anche il cammino inverso rispetto a quanto visto sopra, ammettendo la possibilità di limitare le «libertà fondamentali» al fine di tutelare «diritti fondamentali»²³ come riconosciuti dalle tradizioni costituzionali nazionali e dalla CEDU. Superando gradualmente la tradizionale impostazione che poneva in posizione di prevalenza le libertà economiche e in posizione recessiva i diritti fondamentali, la Corte sembra adesso dirigersi verso una collocazione di diritti e libertà su un piede di parità assiologica, il che conduce alla conseguenza pressoché inevitabile di operare un bilanciamento in caso di conflitto²⁴. L'esperienza recente sembra dunque preludere ad un progressivo riaggiustamento della bilancia utilizzata dalla Corte²⁵.

Ma prima di vedere tutto questo, di quale proporzionalità si tratta? È usuale riconoscere il debito della Corte di Giustizia nei confronti del test di proporzionalità elaborato dalla giurisprudenza e dalla dogmatica tedesca; ma le cose stanno davvero così? La Corte di Giustizia applica davvero un test di proporzionalità «standard»?

2.1. Il criterio di proporzionalità

²³ Una precisazione terminologica: tradizionalmente, si intendono per *libertà fondamentali* nell'ambito del diritto comunitario la libertà di circolazione di persone, servizi, merci e capitali. Ovviamente, da un punto di vista di grammatica teorica, queste libertà, *in quanto libertà*, sono diritti. La letteratura comunitaristica comunque utilizza tale terminologia per meglio distinguere queste libertà fondamentali dai *diritti fondamentali* riconosciuti dalle tradizioni costituzionali e dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (si tratta di una distinzione inconsistente da un punto di vista teorico, ma retoricamente funzionale a rimarcare la differenza assiologica). Per converso, è stato notato che a volte la Corte di Giustizia si è «appropriata» del vocabolario dei diritti fondamentali, applicandolo alle «libertà», probabilmente al fine di elevare queste ultime alla dignità dei primi: cfr. J. Coppel, A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, cit.; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., pp. 42-45; A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in «Rivista di diritto internazionale», 2006, pp. 644-692 (a p. 655).

²⁴ Corte giust. 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*; 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*; 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*. Sul punto, A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, cit.; C. Kombos, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, in «European Public Law», 12, 3, 2006, pp. 433-460.

²⁵ Cfr. R. Conti, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*, in «Corriere giuridico», 4, 2005, pp. 488-495.

Ho usato l'espressione «proporzionalità standard» per riferirmi alla nota ricostruzione «trifasica», che articola il giudizio di proporzionalità in tre passaggi (o fasi, o gradini, o sotto-principi); il primo passaggio è il test di «idoneità», a cui segue il test di «necessità», e infine il test di «proporzionalità in senso stretto». Questo modello di giudizio di proporzionalità di origine tedesca ha avuto una ricezione amplissima anche in altri ordinamenti, forse anche a causa della funzione «veicolare» assunta dalla giurisprudenza comunitaria²⁶.

Il test di *idoneità* riguarda la verifica che la misura (ad esempio, legislativa) limitativa di un diritto fondamentale sia effettivamente atta a realizzare determinati obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di ulteriori diritti fondamentali, per come dichiarato dall'autorità politica promotrice di quella misura²⁷. Ciò peraltro presuppone un'ulteriore verifica, riguardante la legittimità del fine perseguito dall'autorità politica. Normalmente si afferma²⁸ che il controllo di idoneità è (o deve essere) solo un controllo «in negativo», che consiste cioè nella valutazione che la misura non sia palesemente inidonea a perseguire il fine enunciato, e non deve anche implicare un controllo sulla praticabilità di altre misure «più idonee» a perseguire il fine. Questa delimitazione dell'ambito del controllo di idoneità dovrebbe evidentemente escludere che il sindacato giurisdizionale si spinga su scelte, apprezzamenti e valutazioni di pertinenza dell'autorità politica (come peraltro sarebbe dimostrato dalla circostanza che è alquanto raro che una misura venga dichiarata contraria al principio di proporzionalità sotto il profilo della sua inidoneità). Lo statuto logico di questa osservazione peraltro non è sempre

²⁶ Il modello «trifasico» è ampiamente accolto, sia tra i giuristi positivi che tra i teorici del diritto: v., a mero titolo di esempio, nella letteratura dottrinale: R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001², pp. 487-489; G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit.; A. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 4642-4650. Nella letteratura teorico-generale: L. Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación*, in Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216 (p. 190); C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2005; S. Besson, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart, 2005, pp. 451-453.

²⁷ Particolare curioso: talvolta si dice, come riportato nel testo, che la verifica deve riguardare il fine *dichiarato* della misura impugnata, senza indulgere in speculazioni su eventuali fini reconditi; ebbene, poiché difficilmente l'autorità politica *dichiarerà* di perseguire un fine illegittimo, allora il controllo su quest'ultimo requisito non potrà che essere pleonastico, al limite della farsa.

²⁸ Cfr. ad es. J. Barnes, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, cit., p. 504; G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 275.

Cfr. invece C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 720 ss., per una ricognizione di applicazioni «gradualistiche» del criterio di idoneità, sia sul piano dottrinale che giurisprudenziale.

chiaro, oscillando tra la rilevazione di effettivi usi giurisprudenziali e la prescrizione di un metodo di buon giudizio.

Il test di *necessità* (o regola del «mezzo più mite») presuppone innanzitutto che sia stata esperita in termini affermativi la verifica di idoneità, e riguarda la verifica che la misura impugnata sia la meno invasiva nei confronti del bene concorrente; presuppone altresì che l'obiettivo dichiarato sia perseguibile tramite *diverse* misure 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, esso consiste nel controllo 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.

Così come il controllo di idoneità, anche il controllo di necessità è di solito²⁹ configurato come un controllo «in negativo», finalizzato non ad individuare la misura migliore o più efficace per perseguire un certo obiettivo di interesse pubblico (compito ovviamente riservato all'autorità politica), ma ad espungere dall'ordinamento le misure non necessarie nel senso sopra precisato. Questa raffigurazione può essere tuttavia fuorviante in quanto, a differenza del controllo di idoneità (una misura o è idonea o non lo è), quello di necessità include normalmente anche una valutazione comparativa tra le varie misure astrattamente disponibili che avrebbero potuto realizzare in maniera altrettanto efficace l'obiettivo dichiarato (il che in realtà rende questa verifica molto più complessa di quanto potrebbe sembrare dalle rassicuranti raffigurazioni che circolano normalmente – cfr. *infra*).

La verifica della *proporzionalità in senso stretto* riguarda la valutazione che il sacrificio imposto ai diritti fondamentali da una misura che persegue un obiettivo di interesse pubblico³⁰, sia «proporzionato», ossia ragionevolmente equilibrato rispetto al grado di soddisfazione di quest'ultimo: nella nota formula proposta da Robert Alexy³¹, «quanto maggiore è il grado di non soddisfazione di, o di interferenza con, un diritto, tanto maggiore deve essere l'importanza della soddisfazione dell'altro».

²⁹ Cfr. ad es. J. Barnes, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, cit., p. 506.

³⁰ Misura che sia già stata riconosciuta *a)* idonea a realizzare un certo legittimo fine di interesse pubblico, e altresì *b)* necessaria, nel senso che non erano disponibili misure meno «costose» rispetto ai diritti coinvolti.

³¹ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, CEPC, 2001, pp. 157 ss.; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 7, 2002, pp. 131-144; Id., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», 16, 2003, pp. 433-449; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in «Ars Interpretandi», 10, 2005, pp. 97-123.

Questo terzo passaggio del controllo di proporzionalità è un vero e proprio bilanciamento tra i beni contrapposti. Nella raffigurazione usuale, mentre i primi due passaggi riguardano la valutazione dei mezzi prescelti, questo terzo passaggio riguarda gli obiettivi, o meglio il peso che quegli obiettivi (il grado della loro realizzazione) hanno nel caso concreto. Una volta che la misura sotto giudizio sia stata considerata idonea e necessaria, e quindi ammesso che *quella misura* è adatta in considerazione dell'obiettivo perseguito, si dovrà stabilire se dopo tutto valga pur sempre la pena di perseguire *quell'obiettivo*, o se invece il sacrificio imposto al bene inciso non sia tutto sommato eccessivo, non giustificato in ragione dell'importanza, del grado di soddisfazione dell'obiettivo perseguito³².

2.2. La proporzionalità «comunitaria»

Venendo più in dettaglio all'uso del criterio della proporzionalità da parte della Corte di Giustizia nella materia dei diritti fondamentali, esso avviene come già accennato in due ordini di contesti: *a)* la valutazione di atti o norme comunitari (o statali, ma in esecuzione di obblighi comunitari) che impongano restrizioni o lesioni a diritti fondamentali previsti dalla CEDU o dagli ordinamenti costituzionali nazionali, in vista di un interesse generale

³² «Pesare» obiettivi di interesse generale, o principi costituzionali, o diritti fondamentali, non è cosa semplice, e la ponderazione è una attività spesso tacciata di irrazionalità, una scelta arbitraria, e sottratta a controllo intersoggettivo, sull'importanza da assegnare ai beni in conflitto.

Un tentativo di riscatto della ponderazione dall'accusa di essere un procedimento irrazionale o intuitivo si deve proprio ad Alexy (v. i lavori citati alla nota precedente), che propone un modello in cui l'applicazione della massima della ponderazione vista sopra è suddivisa in tre passaggi: al primo passaggio si stabilisce il grado di non-soddisfazione di uno dei due diritti; al secondo passaggio si stabilisce l'importanza della soddisfazione del diritto concorrente; al terzo passaggio si stabilisce se l'importanza di soddisfare quest'ultimo diritto giustifica l'interferenza o la non-soddisfazione del primo diritto. Un ruolo essenziale nell'argomento di Alexy è svolto dalla traduzione dei fattori da considerare in termini matematici: il grado della non-soddisfazione di un diritto, la "misura" dell'importanza o "peso astratto" dell'altro diritto; secondo Alexy, queste entità possono essere rese con grandezze quantitative, ad esempio collocandole in una scala triadica (violazione "grave", "media", "lieve" di un diritto; importanza astratta "elevata", "media", "bassa" di ciascuno dei diritti in conflitto); inoltre, può essere resa con una grandezza quantitativa anche una terza serie di fattori rilevanti per l'applicazione della regola della ponderazione, ossia la affidabilità delle assunzioni empiriche che riguardano il grado di interferenza di un diritto sull'altro. Tutti questi elementi, tradotti in quantità numeriche, potranno essere disposti in una formula il cui quoziente darà la "formula del peso", ossia rivelerà quale dei due diritti ha più peso dell'altro nel caso considerato. In tal modo, secondo Alexy, il bilanciamento diventa una procedura razionale, analogamente alla sussunzione: analoga ma non identica, tuttavia, perché la sussunzione funziona secondo le regole della logica, mentre la ponderazione secondo regole aritmetiche.

comunitario³³; *b*) la valutazione di un atto statale che limiti una libertà fondamentale comunitaria, al fine di tutelare un diritto fondamentale nazionale³⁴.

La giurisprudenza più cospicua è senz'altro riconducibile agli ambiti *sub a*): la Corte di Giustizia ha utilizzato il principio di proporzionalità come requisito per giustificare eventuali limitazioni dei diritti fondamentali «nazionali» imposte dal perseguimento degli obiettivi (di armonizzazione di mercato) delle Comunità europee. In altre parole, il ragionamento – costantemente ripetuto dalla Corte, con affinamenti progressivi, quantomeno a partire dal 1970³⁵ – è il seguente: la Corte può prendere in considerazione diritti fondamentali appartenenti agli ordinamenti nazionali, ma la tutela di tali diritti deve essere resa compatibile con gli scopi perseguiti dalla Comunità, il che può rendere necessarie alcune limitazioni della portata dei diritti fondamentali; affinché tale limitazione sia accettabile, essa non deve essere «sproporzionata» (nel modo che vedremo meglio tra poco). La giurisprudenza più risalente aveva peraltro buon gioco nel attribuire un ruolo recessivo ai diritti fondamentali, in quanto essi venivano collocati, sul piano delle fonti, tra i «principi generali», e quindi di rango subordinato rispetto ai Trattati. Il quadro avrebbe potuto cambiare (ma il cambiamento in effetti ha tardato a manifestarsi) con l'inclusione dei diritti fondamentali tra le fonti di rango primario, avvenuta con il Trattato di Maastricht nel 1992 (art. F.2, poi 6.2 con il Trattato di Amsterdam del 1997).

L'iter argomentativo di solito seguito dalla Corte di Giustizia è bene esemplificato dal seguente passaggio:

I diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano [...] essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo

³³ Cfr. ad es. Corte giust. 13 dicembre 1979, causa C-44/1979, *Hauer*, 13 luglio 1989, causa C-5/1988, *Wachauf*, 11 luglio 1989, causa C-265/87, *Schröder*, 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus*.

³⁴ Cfr. le sentenze menzionate *supra*, nota 24.

³⁵ Con la già citata sentenza Corte giust. 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti.³⁶

Questo è il nucleo della valutazione di proporzionalità come effettuata dalla Corte di Giustizia, e che è stato poi codificato nel Trattato costituzionale, all'art. II-112, comma 1 (che a sua volta riproduce l'art. 52 della Carta di Nizza³⁷):

Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste per legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondenti effettivamente a dette finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

A leggere quanto affermato in maniera costante e uniforme nelle motivazioni delle sue sentenze, la prima impressione è che i vari passaggi del giudizio di proporzionalità elaborato dalla Corte di Giustizia siano non chiaramente distinti tra loro, ma piuttosto quasi fusi in un giudizio cumulativo nel quale non si sa bene dove finisca un «gradino» e ne inizi un altro. Ma analizziamo più in dettaglio. Le limitazioni dei diritti sono ammesse:

- a) se vi è una finalità di interesse generale della Comunità;
- b) se la misura limitativa *risponda effettivamente* a detta finalità (giudizio di idoneità);
- c) se il grado di interferenza con il diritto concorrente non è *sproporzionato ed inammissibile* (necessità?³⁸);
- d) *considerato lo scopo perseguito* (proporzionalità in senso stretto);
- e) se comunque viene assicurata la «sostanza» del diritto concorrente.

³⁶ Corte giust. 13 luglio 1989, causa C-5/1988, *Wachauf*.

³⁷ Su cui vedi T. Groppi, *Art. 52. Portata dei diritti garantiti*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 344-360 (la quale però, curiosamente, sembra distinguere il principio di proporzionalità, da una parte, dai requisiti della necessità e della effettiva rispondenza ad obiettivi di interesse generale, dall'altra).

³⁸ Il punto interrogativo segnala la circostanza che la Corte, pur non usando in questa formula il termine «necessità», effettua comunque una verifica qualificabile in tal senso.

L'art. II-112, dal canto suo, per un verso arricchisce il quadro prevedendo *f)* che le eventuali limitazioni debbano essere previste per legge, e *g)* che un diritto fondamentale può essere limitato per l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (e non solo per più o meno generici obiettivi relativi ad un'organizzazione comune di mercato). Questa disposizione, per altro verso, non sembra fare menzione esplicita della terza fase del giudizio di proporzionalità, ossia la proporzionalità «in senso stretto» o giudizio di bilanciamento.

Solitamente l'uso della proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria è accompagnato da varie critiche e riserve. Si dice ad esempio che la Corte non applica correttamente il modello «trifasico», in particolare perché raramente approda alla terza fase del controllo di proporzionalità in senso stretto, fermandosi invece alle sole verifiche di idoneità e di necessità: così la Corte, riconosciuto che la misura contestata è idonea a perseguire il fine dichiarato, spesso ripiega sull'affermazione che nella materia in oggetto è riconosciuta ampia discrezionalità all'autorità politica (statale, o più spesso comunitaria), e si astiene dunque da ogni ulteriore verifica³⁹. In altre parole, la critica è che in tal modo la Corte effettua uno scrutinio eccessivamente «deferente» quando sono in considerazione interessi generali della Comunità, astenendosi dall'effettuare un vero bilanciamento (che ha luogo nel terzo passaggio del giudizio di proporzionalità).

Ma uno sguardo alla giurisprudenza della Corte sembra rendere le cose ancora più sfumate: infatti, nell'applicazione concreta del modulo argomentativo della proporzionalità, la Corte talvolta effettua esplicitamente solo una verifica di necessità⁴⁰ (ovviamente lo scrutinio di necessità presuppone che sia stato positivamente superato quello di idoneità, ma resta il fatto che in tali casi la valutazione di idoneità non viene in alcun modo argomentata); talvolta solo una verifica di idoneità e necessità (o meglio, di non inidoneità e di non eccessività)⁴¹; talvolta, ancora, solo un bilanciamento in senso stretto⁴². Vi è pertanto una critica piuttosto ricorrente della proporzionalità «comunitaria», che suona pressappoco così: se solo la Corte si dotasse di un più preciso strumento di valutazione, come il giudizio di proporzionalità strutturato nel

³⁹ Corte giust. 11 luglio 1989, causa C-265/87, *Schraeder*.

⁴⁰ Corte giust. 20 settembre 1988, causa C-302/86, *Commissione c. Danimarca*; cfr. anche 7 febbraio 1985, causa 240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*.

⁴¹ Corte giust. 11 marzo 1987, cause riunite C-279/84, C-280/84, C-285/84 e C-286/84, *Lebensmittelwerke*.

⁴² Cfr. la già citata, e assai discussa, sentenza *Bosphorus*.

normale modello trifasico, allora probabilmente le sue decisioni sarebbero più «equilibrate», o quantomeno più controllabili⁴³.

Non so se queste critiche siano realmente incisive. In primo luogo, si potrebbe avanzare una considerazione empirica: nella sua più recente giurisprudenza, come abbiamo visto, la Corte ha mostrato la propria disponibilità a «prendere (più) sul serio» i diritti fondamentali, ed eventualmente a farli prevalere sulle esigenze del mercato comune e sulle libertà economiche comunitarie; in ciò fare, la Corte peraltro è stata capace di esibire sì un atteggiamento deferente, ma a parti invertite, affermando che, nella materia dei diritti fondamentali, occorre riconoscere un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali⁴⁴.

In secondo luogo, si può avanzare il sospetto che, forse, il modo confuso in cui la Corte di Giustizia applica il giudizio di proporzionalità non è dovuto solo, ad esempio, alla sua scarsa esperienza di «giudice dei diritti», ma è anche indice di un problema interno alla costruzione standard del giudizio di proporzionalità. Il punto è che le condizioni fattuali per l'impiego ottimale del criterio di proporzionalità sono estremamente improbabili da verificarsi, il che rende la costruzione standard un modello troppo semplificato – e al limite del semplicistico – per fungere realmente da guida per una argomentazione razionale. Ad esempio, il requisito che il controllo di necessità riguardi la disponibilità di altre misure «più miti», *ma parimenti efficaci*, è irrealistico: quand'è che due misure sono parimenti efficaci? Come si può immaginare che tra le diverse misure astrattamente praticabili, e tra le loro possibili combinazioni, ve ne siano due (o più, perché no?) che realizzino con *pari efficacia* il fine protetto? Si possono enumerare in anticipo e in astratto le variabili da prendere in considerazione? Direi di no⁴⁵. Forse «pari efficacia» vuol dire in realtà «efficacia parimenti accettabile», il che ovviamente non è la stessa cosa: la valutazione di «pari accettabilità sembra infatti implicare una valutazione *all things considered*, e se è così allora la Corte sta facendo una valutazione di merito (contrariamente a quanto dice di non voler fare).

⁴³ Cfr. ad es. J. Kühling, *Fundamental Rights*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, pp. 501-549; per una panoramica su questo tipo di critiche, cfr. A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, cit., p. 650.

⁴⁴ Come viene affermato nelle sentenze *Familiapress*, *Schmidberger* e (seppur con la mediazione della nozione di ordine pubblico) *Omega*. Si vedano in proposito le quasi profetiche osservazioni di J.H.H. Weiler, N.J.S. Lockhart, «*Taking Rights Seriously*» *Seriously: The European Court of Justice and Its Fundamental Rights Jurisprudence*, cit., p. 603.

⁴⁵ Un argomento affine, ma ad altro proposito, è sostenuto da B. Celano, *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, in «Ragion pratica», 25, 2005, pp. 469-489 (spec. pp. 477-478).

Se il concetto di pari efficacia è difficilmente attingibile, allora ciò vuol dire che già in questo stadio la valutazione è guidata da un giudizio comparativo tra il livello di realizzazione del bene protetto (o della sua verosimiglianza) e il livello di interferenza con il bene concorrente.

Ho peraltro preso in considerazione l'ipotesi più semplice – e, nuovamente, ai limiti del semplicistico – che una misura di politica pubblica (come una legge, ad esempio) persegue *un solo fine ben determinato*: assai facilmente invece, una legge potrebbe perseguire più fini di interesse generale contemporaneamente (ad esempio, una legge che introduca sanzioni penali per l'uso di stupefacenti potrebbe servire al fine di tutelare la salute dei cittadini, di contrastare la criminalità organizzata, di tutelare l'ordine pubblico, ecc.). Con l'aumentare delle variabili in gioco, aumentano le scelte (bilanciamenti, valutazioni di compatibilità, di importanza) che occorre effettuare già nelle prime due fasi del test di proporzionalità⁴⁶.

Anche una considerazione più ravvicinata della terza fase del controllo di proporzionalità mostra che le costruzioni correnti del test di proporzionalità sembrano separare eccessivamente i primi due passaggi (valutazione dei mezzi impiegati per realizzare un certo obiettivo) dal terzo (valutazione dell'importanza dell'obiettivo perseguito). Il fatto è che *se* la terza fase del controllo di proporzionalità (la proporzionalità in senso stretto, o ponderazione) riguarda l'importanza dei beni giuridici in gioco (principi, diritti), e *se* non esiste qualcosa come un peso astratto di un principio o di un diritto, *allora* il peso o importanza di un principio o di un diritto sarà determinato da vari fattori tra cui certamente l'importanza del bene (principio, diritto) concorrente⁴⁷, nonché le modalità concrete del suo esercizio (i «mezzi»). In altre parole, nel giudizio di proporzionalità ciò che viene bilanciato non sono due principi o diritti in astratto, ma le modalità concrete del loro esercizio.

Inoltre, sia la formulazione giurisprudenziale del test di proporzionalità, sia la sua enunciazione nella Carta dei diritti e nel Trattato costituzionale, fanno riferimento al contenuto essenziale o alla «sostanza» dei diritti in gioco. Anche in questo caso, si tratta di un rinvio ad operazioni di bilanciamento, visto che

⁴⁶ Come afferma anche R. Alexy: «The applicability of the principle of necessity presupposes, however, that there is no third principle or goal, P₃, that is affected negatively by the adoption of the means interfering less intensively in P₂. If this constellation arises, the case cannot be decided by considerations concerning Pareto-optimality. When costs are unavoidable, balancing becomes necessary»; R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, in «Ratio Juris», 26, 2, 2003, pp. 131-140 (p. 136).

⁴⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 161; B. Celano, *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, cit., p. 487, nt. 38: «Le ragioni assumono un peso solo nel loro contrasto, e nel loro bilanciamento».

non esiste un contenuto essenziale di un diritto fondamentale che sia determinabile in astratto, senza fare riferimento al «peso» e alla portata degli interessi concorrenti e dei diritti confliggenti⁴⁸.

Il paradosso quindi è che la proporzionalità comunitaria, apparentemente più confusa rispetto all'elegante e lineare modello standard, mette bene in luce che tra le fasi del giudizio di proporzionalità c'è un *continuum*, in cui gli elementi ponderativi non sono confinati all'ultimo, eventuale passaggio, ma accompagnano l'intero iter del procedimento⁴⁹.

2.3. Proporzionalità, teoria dei diritti e ragionamento giuridico

Indipendentemente dalla questione giuspolitica della condivisibilità o meno dei risultati cui perviene la Corte dopo aver impiegato il test di proporzionalità (ad esempio, perché nella sua applicazione concreta lascia eccessivo margine di apprezzamento alle istituzioni comunitarie), e dalla questione metodologica se essa lo applichi correttamente, è possibile trarre qualche spunto di riflessione di ordine più generale dalla vicenda della proporzionalità comunitaria.

È probabile che ciò che dirò che sia fin troppo «caritatevole», nel senso che vada ben oltre la consapevolezza metodologica che la Corte ha dei propri strumenti argomentativi e stili di ragionamento. Non importa: in questo paragrafo, infatti, non intendo assumere le vesti dell'avvocato d'ufficio della Corte di Giustizia, ma piuttosto utilizzare la giurisprudenza della Corte come spunto per riflessioni più generali in materia di diritti fondamentali e ragionamento giuridico.

La prima riflessione è che applicando il criterio di proporzionalità ad interferenze, restrizioni, regolamentazioni di *tutti* i tipi di diritti (anche del diritto di proprietà, o della libertà di esercizio di iniziativa economica, o della libertà di manifestazione del pensiero), il ragionamento giuridico della Corte di

⁴⁸ Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 291 («El alcance de la protección “absoluta” depende de las relaciones entre los principios. La impresión de que puede ser conocida directa o intuitivamente, sin ponderaciones, surge de la seguridad de las relaciones entre principios»); R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, cit., p. 102 («Questa interazione [tra diritti fondamentali] 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»); B. Celano, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 53-74.

⁴⁹ Condivisibilmente, A. Sandulli parla di una «connessione quasi simbiotica» tra i tre passaggi del controllo di proporzionalità: A. Sandulli, *Proporzionalità*, cit., p. 4646.

Giustizia contribuisce ulteriormente a screditare una contrapposizione schematica e sempre più discussa nell'ambito dei diritti, secondo cui da una parte starebbero i diritti di libertà (cui corrisponderebbe un mero obbligo di astensione da parte dei terzi, e dei pubblici poteri) e dall'altra i diritti sociali (cui corrisponderebbe un obbligo di intervento attivo da parte dei pubblici poteri per assicurarne il soddisfacimento)⁵⁰. Tra i vari corollari di questa secca contrapposizione, vi è che mentre i diritti sociali sono necessariamente dipendenti dalle risorse disponibili, e sono quindi graduabili in funzione di tali risorse, i diritti di libertà non necessitano di alcuna «cooperazione» esterna (che non sia la mera astensione dei terzi): sono «là» a disposizione del titolare, che può esercitarli quando e come crede. Ora, a parte vari altri argomenti che possono mostrare la natura artificiosa e in ultima analisi ideologica della netta contrapposizione tra diritti sociali e diritti di libertà⁵¹, il test di proporzionalità rivela invece che un elemento di gradualità è necessariamente presente anche nei diritti di libertà. Infatti, se è vero che, come vuole una autorevole ricostruzione⁵², il test di proporzionalità riguarda la verifica delle possibilità fattuali (idoneità e necessità) e giuridiche (proporzionalità in senso stretto) di realizzazione di un principio o di soddisfazione di un diritto, e se il test di proporzionalità si applica anche ai diritti di libertà (come di fatto fa la Corte di Giustizia), allora la conclusione è scontata: anche l'esercizio dei diritti di libertà è graduabile e dipendente dalle risorse (materiali e giuridiche) disponibili.

Si dirà: tutto questo riguarda non la definizione del diritto, il suo contenuto, ma piuttosto le condizioni del suo esercizio. Tuttavia, la distinzione tra la definizione di un diritto fondamentale e le modalità del suo esercizio può spesso risultare precaria⁵³, come peraltro dimostra il fatto che, come abbiamo visto, ciò che viene bilanciato non è mai il diritto o principio in astratto, ma le sue modalità concrete di esercizio.

La seconda riflessione è dunque che, come testimonia forse involontariamente il ragionamento giuridico della Corte di Giustizia, la verifica della compatibilità tra due diritti fondamentali, o fra diritti e principi o obiettivi di interesse generale, non consiste nella lineare perlustrazione dei tre passaggi del test di proporzionalità (prima la valutazione dei mezzi, poi la valutazione del peso degli interessi coinvolti): piuttosto ha un carattere necessariamente

⁵⁰ Per una presentazione standard di questa contrapposizione, cfr. G. Corso, *Diritti umani*, in «Ragion pratica», 7, 1996, pp. 59-67.

⁵¹ Per una ricca argomentazione in tal senso, si veda ad es. E. Diciotti, *Il mercato delle libertà*, Bologna, il Mulino, 2006, cap. II.

⁵² R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 111-115.

⁵³ Cfr. R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, cit.

olistico, è la ricerca di un equilibrio riflessivo tra i mezzi a disposizione, il grado di soddisfazione di un diritto o di un principio, e il livello di lesione di un altro diritto o principio.

La terza riflessione è che il test di proporzionalità è esattamente questo: solo un test, uno strumento di controllo e di ricostruzione *ex post* di una decisione che può essere raggiunta solo con un tipo diverso di ragionamento, e non un modello di ragionamento giuridico effettivamente praticato e praticabile dalle corti, o addirittura una procedura che di per sé possa determinare esiti «giusti». E, se le cose stanno così, allora è inutile sottolineare che il ragionamento giuridico della Corte di Giustizia, come esplicitato nelle motivazioni delle sentenze, non riproduce esattamente lo schema trifasico della proporzionalità: questo è solo una razionalizzazione *ex post* di una decisione che assume altre forme, e che può servire solo a rendere espliciti i passaggi di quella decisione.

3. *Principi costituzionali supremi e controlimiti*

Ho più volte fatto ricorso all'immagine del dialogo per raffigurare i rapporti tra la Corte di Giustizia e le corti costituzionali nazionali nel processo di integrazione giuridica europea. Nei paragrafi precedenti ho preso in considerazione due «mosse» nell'ambito di questo dialogo, entrambe effettuate dalla Corte di Giustizia: una prima mossa, che è consistita nell'affermazione perentoria che il diritto comunitario si impone anche sui principi costituzionali (e sui diritti fondamentali) nazionali; e successivamente una seconda mossa, che è consistita nel dire che sì, in effetti i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni nazionali (e quelli riconosciuti dalla CEDU) possono avere un ruolo nel ragionamento giuridico della Corte di Giustizia.

Ciò che sta in mezzo tra queste due mosse della Corte di Giustizia è la peculiare presa di posizione di alcune corti costituzionali, tra cui principalmente quella italiana e quella tedesca: si può anzi affermare che il cambiamento di posizione della Corte di Giustizia è stato indotto proprio dalla consapevolezza da parte di quest'ultima dell'opportunità di evitare una rotta di collisione con le Corti costituzionali nazionali sulla materia dei diritti fondamentali. (Come accennato, secondo alcuni commentatori il cambiamento di posizione della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali sarebbe stato meramente strategico, e in ultima analisi più apparente che reale. Ma, ammesso che questa osservazione sia corretta, al momento non importa.) Più in particolare, la Corte

di Giustizia ha progressivamente dovuto prendere atto che quelle corti costituzionali non avrebbero accettato il principio della «primazia» del diritto comunitario sul diritto interno, se e nella misura in cui ciò avesse sortito l'effetto di comprimere determinati principi di particolare importanza, tra cui i diritti fondamentali riconosciuti dalla costituzione.

È in questo senso che si può affermare, dunque, che in questa fase l'integrazione giuridica è passata non (solo) attraverso atti formali delle autorità politiche interessate (Commissione e Parlamento europeo da una parte, governi e parlamenti nazionali dall'altra), ma attraverso un dialogo, o una partita a scacchi, tra le Corti. Il carattere «dialogico» è particolarmente evidente, come è noto, in alcune sentenze della Corte costituzionale tedesca, che sembrano quasi indirizzate direttamente alla Corte di Giustizia⁵⁴: in tali sentenze, il Tribunale costituzionale federale afferma esplicitamente che la limitazione di sovranità nazionale a favore dell'ordinamento comunitario sarà riconosciuta «fintantoché» l'ordinamento comunitario, e in particolare la Corte di Giustizia, assicureranno un livello accettabile di tutela dei diritti fondamentali.

Ma anche la posizione della Corte costituzionale italiana può essere considerata più simile all'invio di un avvertimento che alla posizione di un precetto, posto che la costruzione intellettuale escogitata dalla Corte (e che vedremo in dettaglio tra un momento) non ha mai avuto altri effetti se non quelli di un monito: di fatto, il parametro di costituzionalità distillato dalla Corte per affermare la super-rigidità dei diritti costituzionali fondamentali nei confronti del diritto comunitario non è mai stato applicato per dichiarare l'incostituzionalità di alcun atto normativo.

Ebbene, lo strumento tecnico-argomentativo impiegato dalla Corte costituzionale italiana per limitare o filtrare l'ingresso di porzioni indesiderate di diritto comunitario nell'ordinamento interno, al fine di salvaguardarne l'integrità costituzionale, è consistito nel ricorso all'idea dei principi costituzionali supremi. Tuttavia, giova ripetere, questa elaborazione della Corte non si è mai tradotta in pronunce di incostituzionalità di specifiche disposizioni attuative di diritto comunitario all'interno dell'ordinamento italiano: è stata più un avvertimento⁵⁵, un monito, una presa di posizione a futura memoria. Il conflitto costituzionale è stato dalla Corte annunciato e minacciato, ma mai portato alle sue coerenti conseguenze.

⁵⁴ Mi riferisco alle sentenze conosciute come *Solange I* (29 maggio 1974) e *Solange II* (22 ottobre 1986); importante a questo proposito anche la sentenza *Maastricht* (12 ottobre 1994).

⁵⁵ Parla di «avvertimento [della Corte] alla Comunità europea» a proposito della sentenza n. 183/1973, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., p. 109.

Le prime pronunce in cui inizia a farsi strada questa idea, quantomeno con riferimento al diritto comunitario, risalgono agli anni '60. In particolare, con la sentenza n. 98/1965⁵⁶ la Corte afferma che *a)* anche se è vero che l'ordinamento comunitario è un ordinamento separato rispetto a quello interno, e *b)* l'ordinamento italiano ha accettato di rinunciare a certe proprie competenze in favore dell'ordinamento comunitario, purtuttavia *c)* «codesti effetti vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale [poiché] questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2». Con questa sentenza la Corte inizia ad individuare – seppur in maniera ancora embrionale e poco più che parentetica – un nucleo della Costituzione dotato di particolare resistenza nei confronti del diritto comunitario, nucleo che in questo momento coincide con l'area (invero non precisamente determinata) dei diritti inviolabili dell'uomo.

Pochi anni dopo, con le sentenze nn. 183/1973 (c.d. caso Frontini) e 170/1984 (c.d. caso Granital) il ragionamento della Corte diventa più preciso: accanto all'esplicito riconoscimento della diretta applicabilità del diritto comunitario all'interno dell'ordinamento italiano, e del primato delle norme comunitarie sulle norme interne, la Corte intravede la possibile conseguenza che norme di origine comunitaria possano derogare a norme interne anche di rango costituzionale. Questo possibile effetto viene in linea di principio accettato dalla Corte, perché se così non fosse non avrebbe senso alcuno affermare che l'adesione ai Trattati ha determinato una limitazione di sovranità per la Repubblica italiana; la Corte tuttavia si riserva di assoggettare a controllo di costituzionalità la legge di esecuzione del Trattato, se non in riferimento a qualsiasi norma costituzionale, quantomeno «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»⁵⁷.

In estrema sintesi, l'argomentazione seguita dalla Corte è riassumibile in questi termini: al vertice dell'ordinamento si troverebbero, oltre ai principi costituzionali, ulteriori principi, «sovra-costituzionali», o principi costituzionali supremi: principi che (forse) sono scritti nella costituzione, ma che in qualche modo e in qualche senso stanno sopra gli altri principi costituzionali “comuni”. Naturalmente, l'affermazione dell'esistenza di questi principi non è senza conseguenze pratiche: prima tra tutte, la possibilità che leggi che godono di

⁵⁶ Per un'analisi più dettagliata di questa sentenza, cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., pp. 97-102; G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit., pp. 214-220.

⁵⁷ Linea di argomentazione poi reiterata e ulteriormente articolata, tra le altre, nelle successive sentenze nn. 232/1989 e 509/1995.

copertura costituzionale (come la legge di esecuzione del Trattato), leggi costituzionali, e leggi di revisione costituzionale, siano sottoposte a controllo di legittimità costituzionale ed eventualmente dichiarate incostituzionali per contrarietà alla (parte più fondamentale della) costituzione.

3.1. *La dottrina dei principi costituzionali supremi*

L'idea che esistano principi sovra-costituzionali, e che questi non siano vaghi principi di diritto naturale o valori puramente politici (come ancora nella dottrina della costituzione materiale di Costantino Mortati⁵⁸, in una delle sue possibili formulazioni, o come nella distinzione tra costituzione e legge costituzionale di Carl Schmitt⁵⁹), ma principi giuridici, e giuridicamente tutelabili con precisi meccanismi istituzionali, è un'idea abbastanza diffusa nelle democrazie costituzionali occidentali, e non solo⁶⁰.

In Italia, l'idea dei principi costituzionali supremi ha ricevuto, come abbiamo visto, una inequivoca consacrazione da parte della Corte costituzionale, che ha usato e continua ad usare questa idea con estrema frequenza. La dottrina maggioritaria ha registrato il dato, e non di rado ha apertamente plaudito a questa scelta. La consacrazione è contenuta nella sentenza n. 1146/1988 (che comunque non riguarda i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, pur menzionandoli), che ha tirato le somme di un orientamento della stessa Corte che, in maniera episodica, andava prendendo corpo ormai da più di due decenni⁶¹. Eccone i passaggi centrali:

La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione

⁵⁸ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998. Sul rapporto tra l'idea dei principi costituzionali supremi e la costituzione materiale, cfr. G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit., pp. 218-220. Sulla teoria della costituzione materiale in Mortati, cfr. ora M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, cap. II.

⁵⁹ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, pp. 26 ss.

⁶⁰ Si può vedere una sintetica panoramica degli ordinamenti in cui questa idea ha fatto capolino in M. Troper, *La nozione di principio sovra-costituzionale*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 255-274.

⁶¹ Per una ricostruzione del cammino che ha gradualmente condotto la Corte ad affermare l'idea dei principi costituzionali supremi, si vedano F.P. Casavola, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Foro italiano», 1995, V, cc. 153-161; G. Razzano, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 23-39, 61-84.

esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.

Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984).

Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si verrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore.

Una volta accettata la plausibilità teorica e giuridica dell'esistenza di principi costituzionali supremi, la Corte costituzionale italiana ha di volta in volta ricondotto a questa categoria: la laicità dello Stato⁶², la libertà di coscienza⁶³, il principio dell'unità della giurisdizione (ossia il divieto di istituzione di giurisdizioni speciali)⁶⁴, il diritto di difesa in giudizio⁶⁵, l'ordine

⁶² Corte cost. nn. 203/1989; 259/1990; 195/1993.

⁶³ Cfr. Corte cost. sentenza n. 149/1995 (dove si dice che la libertà di coscienza ha «priorità assoluta e carattere fondante [...] nella scala di valori riconosciuta dalla costituzione»).

⁶⁴ Corte cost. n. 30/1971.

⁶⁵ Corte cost. nn. 18/1982; 232/1989; 329/1992.

pubblico⁶⁶, il principio democratico⁶⁷, i diritti inviolabili della persona umana⁶⁸, la libertà e segretezza della corrispondenza⁶⁹, il principio di solidarietà⁷⁰.

È noto che la categoria dei principi costituzionali supremi è frutto dell'esercizio di una massiccia creatività giurisprudenziale. Ciò per vari motivi.

In primo luogo, perché qualificazione stessa di uno standard di condotta come regola o principio è dipendente dalle pratiche interpretative e argomentative degli interpreti⁷¹ (dai «servizi della dottrina»⁷², e della giurisprudenza), consistenti ad esempio nel considerare una certa norma dal punto di vista della sua importanza (principio) e non della sua validità (regola), oppure nell'utilizzare una norma (principio) al fine di spiegare, giustificare e conformare l'interpretazione di altre norme (regole). Normalmente queste pratiche sono funzionali a qualche politica del diritto perseguita dagli interpreti (come dimostra chiaramente il caso dei controlimiti), cosa pressoché inevitabile ogniquale volta entrino in gioco valutazioni delle norme in termini di «importanza». Ciò peraltro non impedisce che queste pratiche possano assumere un notevole grado di stabilità nel tempo.

In secondo luogo, perché solitamente i principi supremi sono altresì principi impliciti, non immediatamente riconducibili ad una precisa, o ad una sola, disposizione costituzionale. La costruzione di un principio implicito può avvenire in vari modi; tipicamente, la costruzione di un principio implicito assume le fattezze della ricerca della *ratio* unificatrice di una serie di norme – magari principi esse stesse. Orbene, se tali ultime norme sono principi costituzionali, ecco che il principio implicito così ricavato è un buon candidato alla qualifica di principio sovra-costituzionale, o principio costituzionale supremo. (Un esempio paradigmatico di questo modo di costruzione di un

⁶⁶ Corte cost. n. 18/1982.

⁶⁷ Corte cost. n. 30/1971.

⁶⁸ Corte cost. nn. 183/1973; 170/1984; 1146/1988.

⁶⁹ Corte cost. n. 366/1991.

⁷⁰ Corte cost. n. 75/1992 (dove però si usa la diversa espressione «valori fondanti dell'ordinamento giuridico»).

In dottrina, insiste sul carattere di principio costituzionale supremo del principio di solidarietà S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 123 ss.; per una discussione, v. G. Pino, *Tra diritto e non diritto*, in «Diritto internazionale e diritti umani», 1, 2007.

⁷¹ M. Troper, *La nozione di principio sovra-costituzionale*, cit.; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, pp. 293 ss.

Si veda a titolo di esempio A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in «Costituzionalismo.it», 2006, che qualifica deliberatamente la maggior parte delle norme costituzionali come «regole».

⁷² G. Tarello, *La semantica del neustico. Osservazioni sulla «parte descrittiva» degli enunciati precettivi* (1968), in Id., *Diritto enunciati usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 329-361.

principio implicito sovra-costituzionale è il caso del principio della laicità dello Stato, ricavato per via di interpretazione a partire dagli artt. 2, 3 e 19 Cost.⁷³). Un'altra modalità per la creazione di principi impliciti consiste nel riempire alcune clausole in bianco presenti nel testo costituzionale, come nel caso della vessata vicenda dell'interpretazione della clausola sul "riconoscimento" dei diritti inviolabili dell'uomo contenuta nell'art. 2 Cost.⁷⁴. (Anche questa seconda metodologia è rilevante per il caso dei principi costituzionali supremi, visto che «i diritti inalienabili della persona umana» sono considerati principi sovra-costituzionali, e che la clausola dell'invulnerabilità garantita dall'art. 2 viene di solito interpretata come garanzia nei confronti della stessa revisione costituzionale).

In terzo luogo, perché se la posizione nell'ordinamento dei principi costituzionali supremi è una posizione di superiorità gerarchica (o, come talvolta si dice, di «supremazia»⁷⁵), questa stessa collocazione è frutto di attività interpretativa. In che senso?

Le più comuni raffigurazioni dell'ordinamento giuridico assumono che le norme si compongano in una struttura a gradi (lo *Stufenbau* kelseniano), in rapporti gerarchici. Tuttavia le gerarchie normative possono essere di tipi diversi⁷⁶: così, data una norma A e una norma B, tra esse può intercorrere una gerarchia *strutturale* (nel caso in cui la norma A è prodotta secondo le modalità previste dalla norma B), una gerarchia *materiale* (nel caso in cui la norma A non può porsi in contrasto con la norma B, pena la sua invalidità), o una gerarchia *assiologica* (nel caso in cui la norma A è considerata più importante della norma B).

L'instaurazione di una gerarchia assiologica, in particolare, determina alcune conseguenze notevoli. Innanzitutto, essa giustifica l'interpretazione adeguatrice, ossia l'interpretazione della norma meno importante alla luce della norma più importante. Inoltre, un contrasto tra la norma più importante e

⁷³ Cfr. Corte costituzionale n. 203/1989. Afferma esplicitamente che in questa occasione «la Corte *costruisce* un principio supremo movendo da un diritto di libertà in combinazione con il principio di eguaglianza» F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 97 (corsivo aggiunto).

⁷⁴ Per una sintesi del dibattito e riferimenti bibliografici, G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino, 2003, cap. IV.

⁷⁵ F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in «Costituzionalismo.it», 2005.

⁷⁶ Seguo per grandi linee R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 121 ss.; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 33-52. La terminologia impiegata nel testo non si può comunque considerare pacifica nella letteratura teorico-generale (ad esempio, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 318 ss., definisce gerarchia «strutturale» quella che nel testo è definita «assiologica»), e ancor meno in quella dottrinale.

quella meno importante non porta necessariamente all'abrogazione della seconda, ma piuttosto alla sua "disapplicazione" o accantonamento nel caso concreto: esempio tipico, il bilanciamento tra principi costituzionali, che si risolve assegnando prevalenza in un certo caso (o classe di casi simili) ad un principio a scapito del secondo, il quale ultimo però potrà essere applicato in altri casi⁷⁷.

Venendo al caso specifico dei principi costituzionali supremi, la costruzione di questa categoria consiste tipicamente nella determinazione di una gerarchia assiologica tra alcuni principi costituzionali (considerati più importanti) ed altri. Questo può spiegare perché nella letteratura sui principi costituzionali supremi alcuni autori affermino⁷⁸ e mentre altri neghino⁷⁹ con pari decisione che tale costruzione configuri una gerarchia tra principi costituzionali. Verosimilmente, questi ultimi non considerano le gerarchie assiologiche come autentiche gerarchie tra norme.

E, quantomeno nell'ordinamento costituzionale italiano, questo rapporto di gerarchia non è espressamente istituito dal testo costituzionale, ma costruito dagli interpreti in base ad una lettura «sostanzialistica» della Costituzione, ossia una lettura della Costituzione come conglomerato omogeneo di valori etico-politici. Pertanto, la costruzione della categoria dei principi costituzionali supremi è discrezionale, rimessa alla determinazione degli interpreti, e in primo luogo della Corte costituzionale⁸⁰.

3.3. *La morale della favola*

La Corte costituzionale italiana ha fatto ricorso ad una complessa costruzione intellettuale per enucleare la categoria dei principi costituzionali supremi. Peraltro, la Corte ha svolto le sue argomentazioni occultando la complessità del suo ragionamento: la categoria dei principi costituzionali supremi è presentata nelle motivazioni delle sentenze come un dato, una caratteristica intrinseca del nostro ordinamento costituzionale, talmente evidente da non meritare più che poche parole di giustificazione (e infatti si è anche parlato di un mero *obiter dictum* a proposito della menzione dei principi

⁷⁷ G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, cit.

⁷⁸ Ad es., F.P. Casavola, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.

⁷⁹ Ad es., F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit.

⁸⁰ Con riferimento ai principi costituzionali supremi, il ruolo essenziale dell'attività interpretativa è riconosciuto ad es. da F.P. Casavola, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.; F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., p. 97; Id., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit.

costituzionali supremi). In ogni caso, come già accennato sul piano della giurisprudenza costituzionale questa categoria non ha prodotto gli effetti annunciati in chiave di «nomofilachia costituzionale» nei confronti del diritto comunitario.

Tutto inutile dunque? Ovviamente no: la costruzione dei principi costituzionali supremi non può essere considerata solo un esperimento di illusionismo costituzionale. In primo luogo perché, come abbiamo visto, verosimilmente ha comunque prodotto effetti importanti nell'ambito del dialogo o della negoziazione con la Corte di Giustizia europea.

In secondo luogo perché nel contesto di un processo di unificazione giuridica e politica sovente tacciato di deficit democratico, assume una certa forza attrattiva l'idea che vi siano dei *constitutional essentials*⁸¹, dei principi che ciascun ordinamento non ritiene disponibili, sacrificabili all'obiettivo dell'unificazione. La gelosia degli ordinamenti nei confronti di questi principi supremi può far sì che l'unificazione europea non si svolga solo all'insegna della creazione di un mercato comune, ma anche di uno spazio pubblico (di una *agora*) comune.

La conclusione, dunque, è paradossale. I principi costituzionali supremi per un verso rappresentano l'ipotesi dell'argomento anti-maggioritario, in quanto racchiudono tutto ciò che è massimamente sottratto alle deliberazioni delle maggioranze parlamentari, persino nelle procedure legislative «aggravate». Per altro verso, tuttavia, finiscono per assumere la veste di baluardo delle concezioni che ciascuna tradizione costituzionale nazionale ha della democrazia, e dei valori più sacri che la riempiono di contenuto: la laicità, la solidarietà, i diritti fondamentali, e così via: quasi una versione contemporanea, (neo)costituzionalistica, della vecchia idea liberale dei *checks and balances*.

⁸¹ M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit. pp. 297 ss.