

DIRITTO E SOCIETÀ
3/2014

Giorgio Pino

PROPORZIONALITÀ, DIRITTI, DEMOCRAZIA

[Estratto]

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI 2014

PROPORZIONALITÀ, DIRITTI, DEMOCRAZIA

SOMMARIO: 1. Proporzionalità: una discussione globale. – 2. Tre osservazioni preliminari. – 2.1. Principio di proporzionalità e test di proporzionalità. – 2.2. Proporzionalità e ragionevolezza. – 2.3. Questioni fattuali e questioni normative nei test di proporzionalità. – 3. Proporzionalità come fattore di erosione dei diritti fondamentali? – 3.1. L'inevitabilità del bilanciamento. – 3.1.1. Il diritto costituzionale "per principi". – 3.1.2. Le implicazioni della normazione costituzionale per principi. – 3.1.3. Strategie di aggiramento. – 3.1.3.1. Prima strategia: scrittura costituzionale rigorosa e minimalismo dei diritti. – 3.2. Al cuore dei diritti. – 4. Il principio di proporzionalità come limitazione della politica democratica? – 4.1. Democrazia e *judicial review*. – 4.2. *Judicial review* e proporzionalità. – 5. Proporzionalità e costituzionalismo dei diritti: verso una cultura della giustificazione.

1. *Proporzionalità: una discussione globale*

Il principio di proporzionalità è diventato 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 di modelli giuridici e di standard di argomentazione¹.

* Ringrazio Giulio Itzcovich, Gianluigi Palombella, Marco Ruotolo e un referee anonimo per gli utili commenti su una versione precedente di questo scritto. Un'ulteriore versione è stata discussa presso il Departament de Dret della Universitat Pompeu Fabra, Barcellona (giugno 2014), dove ho potuto beneficiare in particolare delle osservazioni di Alberto Carrio, José Juan Moreso, Lorena Ramirez, e Chiara Valentini.

¹ A. STONE SWEET, J. MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, 73-165 (il test di proporzionalità è un «global constitutional standard», 80); D. BEATTY, *The Ultimate Rule of*

Da un punto di vista ricostruttivo, numerose ragioni possono essere indicate per il successo pressoché irresistibile del principio di proporzionalità nella cultura giuridica contemporanea: lo stretto legame tra la proporzionalità e la cultura, ormai globale, dei diritti umani – il “costituzionalismo dei diritti”²; la possibilità (apparente o reale che sia), offerta dal test di proporzionalità, di una procedura per trattare in sede giudiziaria complesse questioni di compatibilità tra diritti fondamentali, o tra diritti e politiche pubbliche, scomponendo tali questioni in diversi aspetti più circoscritti e maneggiabili; l’influenza dello stile argomentativo della giurisprudenza tedesca (amministrativa prima, costituzionale poi) su altre corti, e in particolare sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, e su quella della Corte europea di giustizia (ora Corte di giustizia dell’Unione europea), che poi a loro volta esercitano considerevole influenza su altre corti nazionali e sovranazionali; l’influenza esercitata sulla cultura giuridica internazionale dall’opera di autori come Robert Alexy, David Beatty, e Aharon Barak³ (quest’ultimo a sua volta ex giudice e Presidente della corte costituzionale israeliana, nel cui ambito ha impiegato in maniera affatto intensiva lo strumento della proporzionalità).

Uno dei segni tangibili della notorietà attualmente assunta dal principio di proporzionalità è il fatto che il dibattito dottrinario e teorico-generale più recente sulla proporzionalità (e sul tema, affine, del bilanciamento) sta conquistando adesso la ribalta accademico-scientifica anglosassone. Di contro, fino a poco meno di un decennio fa se ne occupavano in maniera quasi esclusiva studiosi europei continentali: per lo più tedeschi, italiani, spagnoli, con qualche sporadica incursione anglosassone associata per lo più alla produzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell’uomo, e della Corte europea di giustizia⁴. Ciò sta provo-

Law, Oxford 2004, 162 («proportionality is a universal criterion of constitutionality»); A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (2010), Cambridge 2012, cap. 7; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge 2013, cap. 1.

² L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, 47-72; K. MÖLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford 2012; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna 2013, capp. 3 e 4.

³ Tra i lavori più significativi, cfr. rispettivamente R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), Bologna 2012; D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, cit.; A. BARAK, *Proportionality*, cit.

⁴ Per la letteratura europea si vedano i ricchi riferimenti bibliografici in G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000. Come esempi di trattazioni nella letteratura anglosassone antecedenti al dilagare del dibattito nell’ul-

cando anche un graduale spostamento dei temi del dibattito: gran parte del dibattito “europeo”, per così dire, era tradizionalmente caratterizzato soprattutto da preoccupazioni analitiche e descrittive, cioè dalla minuziosa ricostruzione delle varie fasi del giudizio di proporzionalità, dalla discussione del rapporto tra il test di proporzionalità e le tecniche del bilanciamento e del test di ragionevolezza, dalla analisi dei protocolli argomentativi effettivamente praticati dalla giurisprudenza, e dalla rispondenza tra i modelli astratti e la pratica effettiva delle corti. Di contro, il dibattito “anglosassone” (che chiamo così solo in virtù della lingua in cui si svolge, mentre ad esso prendono attivamente parte anche numerosi studiosi europei) è ispirato a preoccupazioni maggiormente normative e filosofico-politiche, quali: il problema del grado di discrezionalità giudiziale associato all’uso di questa tecnica argomentativa, con conseguente spostamento di potere decisionale, in delicate materia di *public policy*, da parlamento e governo ad organi non dotati di rappresentatività democratica; la tensione tra il principio di proporzionalità e il requisito di inviolabilità dei diritti fondamentali; i vantaggi e gli svantaggi dell’utilizzo del test di proporzionalità rispetto al ricorso ad altre tecniche decisionali⁵.

timo decennio, E. ELLIS (cur.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford 1999; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp 2002.

⁵ Ecco un campione sufficientemente rappresentativo, ma ovviamente approssimato per difetto, del dibattito teorico-generale internazionale più recente: D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, cit.; V. JACKSON, *Being Proportional About Proportionality*, in *Constitutional Commentary*, vol. 21, 2004, 803-859; J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 1, 2006, 174-207; D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, 2, 2007, 383-397; A. STONE SWEET, J. MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit.; IDD., *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, in *Emory Law Journal*, vol. 60, 2011, 101-169; I. PORAT, *Some Critical Thoughts on Proportionality*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (cur.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht 2009; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *I•CON International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 3, 2009, 468-493; A. BARAK, *Proportionality*, cit.; M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2, 2010, 141-175; G. WEBBER, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 23, 2010, 179-202; B. SCHLINK, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, 2012, 291-302; ID., *Proportionality*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (cur.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, in *I•CON International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 3, 2012, 709-731; M. KLATT, M. MEISTER,

Non dirò molto altro, qui, sulle possibili spiegazioni sociologiche della diffusione planetaria del principio di proporzionalità, anche se alla fine di questo scritto (§ 5) proverò a ricondurre alcuni dei fattori appena menzionati alla pervasiva diffusione di una più generale “cultura della giustificazione”, che tende sempre di più a sostituirsi a, o quantomeno ad integrare, la ben più tradizionale mentalità imperativistica propria delle concezioni moderne del diritto e dello stato. Non intendo nemmeno soffermarmi (salvo le poche, brevissime osservazioni che svolgerò tra un istante: § 2), su una analisi strutturale o argomentativa del test di proporzionalità, aspetto questo su cui, come ho detto, sono già stati prodotti numerosi e approfonditi studi⁶.

Intendo invece discutere due questioni di fondo, entrambe attinenti al profilo sostanziale della legittimità, per così dire, dell'utilizzazione del test di proporzionalità in sede giudiziaria. La prima questione riguarda la compatibilità tra l'utilizzo sempre più diffuso del test di proporzionalità, da una parte, e l'intensità della tutela che ci aspettiamo debbano ricevere i diritti fondamentali, dall'altra (§ 3). La seconda questione riguarda la compatibilità tra l'utilizzo giudiziario del test di proporzionalità e la democrazia, ossia il problema se le corti che impiegano il test di proporzionalità non finiscano forse per assumere, o per usurpare, un ruolo che da ogni punto di vista dovrebbe appartenere alla competenza del legislatore democraticamente *accountable* (§ 4). Concluderò con alcune brevi riflessioni sul nesso tra il principio di proporzionalità e ciò che chiamerò la cultura giuridico-politica della giustificazione (§ 5).

2. Tre osservazioni preliminari

Come appena accennato, prima di affrontare le due questioni principali oggetto di questo contributo premetterò alcune brevissime e rapsodiche osservazioni su alcuni aspetti della proporzionalità – o, forse più precisamente, del dibattito dottrinario che fiorisce a margine di essa.

The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford 2012; V. PERJU, *Proportionality and Freedom. An Essay on Method in Constitutional Law*, in *Journal of Global Constitutionalism*, vol. 1, 2, 2012, 334-367; G. HUSCROFT, B.W. MILLER, G. WEBBER (cur.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification*, Cambridge 2014.

⁶ Per esempio, G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit.; A. BARAK, *Proportionality*, cit., 243-370; B. SCHLINK, *Proportionality*, cit.; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit., 711-716; M. KLATT, M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit.

Che uno sforzo di chiarificazione definitoria e concettuale sia opportuno, d'altronde, è suggerito da un vizio ricorrente rilevabile nel recente dibattito internazionale sulla proporzionalità; il vizio consiste nel criticare il principio di proporzionalità esclusivamente o principalmente a partire dall'uso che ne è stato fatto in alcune specifiche decisioni (talvolta una sola), o come appare dalla ricostruzione offertane da parte di alcuni specifici autori⁷. In altre parole, spesso si procede così: *a*) si analizza qualche decisione giudiziaria che l'autore considera particolarmente criticabile, individuandone il difetto nell'uso che vi si fa della proporzionalità; *b*) si asserisce, per generalizzazione, che la proporzionalità non è nient'altro che quella cosa che è stata applicata in quella specifica decisione; *c*) se ne trae la conclusione, scontata, che l'uso giudiziario della proporzionalità è *in sé* indesiderabile. In questo modo, anziché cercare di elaborare un modello coerente di proporzionalità, specifiche istanze (di solito particolarmente infelici) di uso del test di proporzionalità vengono elevate ad elementi definitori o a conseguenze indefettibili *della proporzionalità in sé*. Ora, evidentemente non ho nulla in contrario rispetto ad analisi critiche tendenti a mettere in luce le debolezze di qualunque tecnica argomentativa. Tuttavia, ritengo in via generale che il primo passo anche di una simile analisi critica debba consistere nel costruire un modello coerente, credibile, di una simile tecnica, e poi verificare *a*) i pregi e i difetti del modello così costruito, e *b*) se il modello teorico così individuato esista anche nella pratica.

(Il lettore non particolarmente appassionato a questioni analitiche e definitorie può direttamente procedere, senza grave pregiudizio per la comprensione dell'argomento generale sviluppato nel saggio, al § 3.)

2.1. Principio di proporzionalità e test di proporzionalità

Una prima osservazione è terminologica: si parla indifferentemente, nel dibattito sulla proporzionalità, di "test di proporzionalità" e di "principio di proporzionalità". Si tratta di una variazione terminologica tutto sommato innocua, anche se ovviamente altra cosa è un principio, altra cosa è un test.

Il *test* di proporzionalità è una procedura argomentativa (ben nota nei suoi tre o quattro passaggi: legittimità, adeguatezza, necessità, pro-

⁷ Questo punto è colto con esattezza, ad es., da K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit., 710.

porzionalità in senso stretto o bilanciamento⁸), che scompone e disciplina le varie valutazioni che possono essere adottate nell'esame dell'ammissibilità di una interferenza nei confronti di un diritto fondamentale, da parte di una misura pubblica che intende perseguire un interesse pubblico o tutelare un altro diritto fondamentale.

Il *principio* di proporzionalità è invece, per l'appunto, un principio, cioè – come tutti i principi – una norma che è caratterizzata da un elevato grado di genericità, di indeterminatezza, ed è considerata particolarmente importante nella cultura giuridica di riferimento⁹. Ora, come per qualunque altro principio giuridico, anche per il principio di proporzionalità ci si può legittimamente domandare quale sia il suo contenuto, e quale sia il suo fondamento normativo.

Il *contenuto* del principio di proporzionalità può essere identificato nell'esigenza che ogni eventuale limitazione di un diritto fondamentale sia giustificata dall'esigenza di tutelare un interesse o un altro diritto, e avvenga nella maniera meno invasiva possibile; in tal senso, il principio di proporzionalità costituirebbe una specificazione di un principio o canone o esigenza ancora più ampio: la ragionevolezza o non arbitrarietà delle decisioni giuridiche¹⁰. L'indeterminatezza e la genericità di questo principio (così come di tutti i principi) comportano che vi possano essere vari modi per dare pratica attuazione all'esigenza assiologica espressa dal principio di proporzionalità. Un modo potrebbe consistere, ad esempio, nel fare direttamente un bilanciamento tra i diritti o principi in gioco, una valutazione più o meno intuitiva della accettabilità della misura impiegata alla luce dell'importanza dei diritti considerati e della gravità del sacrificio loro imposto. Un altro modo potrebbe essere di condurre una

⁸ Tre o quattro passaggi perché alcuni autori tendono a mettere tra parentesi il primo dei quattro passaggi indicati nel testo, quello relativo alla legittimità del fine perseguito dal legislatore: cfr. ad es. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 133; ID., *The Construction of Constitutional Rights*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 1, 2010, 24; J. RIVERS, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, in R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, xxxi-xxxii; J.J. MORESO, *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism*, in *Ratio Juris*, vol. 25, 1 2012, 36.

⁹ Per una più dettagliata analisi delle caratteristiche strutturali e argomentative dei principi giuridici, rinvio a G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, cap. 4; ID., *Principi e argomentazione giuridica, in Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131-158.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, cap. 1; R. ALEXY, *The Reasonableness of Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (cur.), *Reasonableness and Law*, cit.

analisi costi-benefici sulla base di grandezze numeriche, ad esempio dopo aver assegnato un valore economico a – o quantificato in altro modo – ciascuno dei diritti o interessi in gioco¹¹. E un altro modo ancora, infine, potrebbe consistere nell'impiegare il test di proporzionalità nella forma oggi conosciuta, o in qualche sua ulteriore variante¹². Il *principio* di proporzionalità, dunque, *giustifica* il ricorso al *test* di proporzionalità, ma non si identifica con esso. Ovvero: il test di proporzionalità è uno dei modi, anche se non l'unico, di attuare il principio di proporzionalità.

Quanto al *fondamento normativo* del principio di proporzionalità, assai raramente esso si presenta come un principio *esplicito*, cioè formalmente sancito in un testo costituzionale¹³. Di solito, il principio di proporzionalità è un principio *implicito*, ricavato in via argomentativa a partire dal modo in cui sono formulate le clausole costituzionali che contengono limitazioni ai diritti fondamentali: tali clausole infatti rendono ammissibili le limitazioni legislative dei diritti solo nella misura e nelle forme che siano «necessarie in una società democratica», o simili¹⁴. Nel

¹¹ Una recente, sofisticata proposta di questo tipo è in G. SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, vol. 1, 2, 2012, 337-374.

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. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Roma-Bari 2013; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, cit.; la radice originaria di questo tipo di obiezione risale probabilmente a R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London 1977, capp. 5 e 7, 198-199; ID., *Rights as Trumps*, in J. WALDRON (cur.), *Theories of Rights*, Oxford 1984 (i diritti intesi come *trumps* sulle considerazioni utilitaristiche e attinenti all'interesse pubblico, la critica al *balancing approach*). Come dovrebbe emergere da quanto detto nel testo, tuttavia, il ricorso ad un calcolo costi-benefici rappresenta *solo una* delle possibili forme che, in astratto, potrebbe assumere il giudizio di proporzionalità.

¹² Una variante rispetto alla forma standard del test è ad esempio quella impiegata dalla giurisprudenza costituzionale canadese, a partire dalla decisione *R. v. Oakes* (1986) della *Supreme Court* (il c.d. *Oakes test*). Per un confronto tra il modello standard, di derivazione tedesca, e quello canadese, v. D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit.; D. RÉAUME, *Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality*, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 26/2009*.

¹³ Uno dei pochi esempi al riguardo è l'art. 36 della costituzione sudafricana che, pur senza menzionare espressamente il termine "proporzionalità", codifica un test di ammissibilità delle limitazioni dei diritti che sostanzialmente ricalca la tradizionale struttura del test di proporzionalità.

¹⁴ Questo è il caso, ad esempio, della c.d. *limitation clause* del *Charter of Rights and Freedoms* canadese (1982), e delle numerose clausole che accompagnano la formulazione dei diritti nella Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

caso italiano, infine, si può dire che il principio di proporzionalità sia un principio affatto implicito, ricavato come specificazione di un altro principio a sua volta implicito, il principio di ragionevolezza (che è ricavato argomentando a partire dal principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.)¹⁵. In altre parole, il percorso logico-argomentativo, a sua volta di solito abbastanza implicito, che ha portato a sostenere l'esistenza del principio (implicito) di proporzionalità nell'ordinamento italiano è stato più o meno il seguente: il principio costituzionale di uguaglianza richiede di far ricorso al criterio della ragionevolezza, in particolar modo quando si introducono distinzioni che rappresentano, *prima facie*, una deroga al principio di uguaglianza¹⁶; la ragionevolezza, poi, diventa gradualmente un criterio autonomo di valutazione per ogni tipo di bilanciamento legislativo tra esigenze contrapposte (diritti contro diritti; diritti contro interessi collettivi)¹⁷; e lo strumento per valutare se una limitazione sia ragionevole è, appunto, il criterio di proporzionalità.

2.2. Proporzionalità e ragionevolezza

Quanto detto poco sopra sulla distinzione tra principio e test di proporzionalità porta ad una seconda osservazione: mentre molte corti nel mondo sembrano utilizzare qualche versione abbastanza "strutturata",

¹⁵ Cfr. Corte costituzionale n. 220/1995, secondo cui il «principio di proporzione [...] rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)». Da un punto di vista di teoria dell'argomentazione giuridica, questo è un esempio di creazione di un principio implicito "dall'alto verso il basso" (cioè come specificazione di un altro principio, esplicito o implicito a sua volta): cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 65 ss.

¹⁶ Cfr. Corte costituzionale n. 15/1960: il principio di eguaglianza «è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovano in eguali situazioni».

¹⁷ Cfr. ad es. Corte costituzionale n. 284/1987, e ulteriori riferimenti in C. RUPERTO, *La giustizia costituzionale nel 2000*, Conferenza stampa del 23 febbraio 2001, 15 (reperibile al sito www.cortecostituzionale.it). Ricostruzioni più articolate dell'evoluzione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza e dottrina costituzionale italiana si possono leggere in F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007; A. MORRONE, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, in A. CERRI (cur.), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma 2007, 239-286; M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2013, 191-203; L. VESPIGNANI, *Il mutaforma criterio della ragionevolezza*, in *Lo Stato*, 1, 2013, 257-268; per una prospettiva marcatamente critica sull'applicabilità generale del criterio di ragionevolezza all'interpretazione costituzionale, cfr. A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della costituzione?*, in *Politica del diritto*, 1993, 1, 3-11.

“proceduralizzata” del test di proporzionalità (che consiste nello scomporre il giudizio di proporzionalità nei tre o quattro passaggi già menzionati), la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sembra invece caratterizzata da un approccio differente: nella giurisprudenza della Corte, infatti, l’applicazione giudiziaria del principio di proporzionalità tende a tradursi *direttamente* in una valutazione non strutturata di ragionevolezza¹⁸. Così, mentre da un punto di vista logico la proporzionalità è uno dei criteri o dei sintomi della ragionevolezza (il principio di proporzionalità essendo una specificazione del più generale principio di ragionevolezza), di fatto giudizio di proporzionalità e giudizio di ragionevolezza tendono a diventare, nella giurisprudenza della Corte, indistinguibili e intercambiabili. Una misura sproporzionata è irragionevole, e viceversa; un bilanciamento legislativo irragionevole è costituzionalmente illegittimo perché dà luogo ad una limitazione sproporzionata di un diritto fondamentale; e così via.

Tutto ciò evidenzia che il giudizio di proporzionalità, così come reso solitamente dalla Corte costituzionale italiana, è meno strutturato e trasparente rispetto a quello utilizzato da altre corti nel mondo¹⁹. Con due principali conseguenze: la prima, ovvia, è che *da questo specifico punto di vista* le motivazioni della Corte costituzionale italiana sono meno trasparenti di come potrebbero essere se impiegassero il test di proporzionalità in una forma maggiormente strutturata; la seconda, forse meno ovvia, ha a che fare con il ruolo centrale che il test (strutturato) di proporzionalità ha nel dialogo giudiziario globale²⁰: nel momento in cui la Corte costituzionale italiana rinuncia ad applicarlo in quella forma, essa rischia di diventare marginale, se non assente, in questo dialogo.

¹⁸ Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione presentata alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013 (reperibile nel sito www.cortecostituzionale.it, seguendo il percorso Relazioni internazionali. Incontri di studio). Sull’opacità delle motivazioni della Corte costituzionale italiana nelle quali viene fatto uso della ragionevolezza, v. già C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale* (1973), in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, 637-656 (spec. 655).

¹⁹ Ma per un recente controesempio v. Corte costituzionale n. 1/2014, che ha applicato esplicitamente il test strutturato di proporzionalità. Sull’opportunità che la Corte costituzionale sviluppi, a questo specifico riguardo, protocolli di argomentazione più rigorosi e trasparenti, S. BARTOLE, *L’elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova 2001, 35-58.

²⁰ Cfr. la letteratura citata *supra*, nt. 1.

2.3. *Questioni fattuali e questioni normative nel test di proporzionalità*

Una terza osservazione, infine, riguarda alcune correnti e autorevoli descrizioni delle varie fasi o sotto-test del giudizio di proporzionalità, che enfatizzano il carattere almeno parzialmente empirico, fattuale del test di proporzionalità: così, si dice talvolta che i passaggi relativi alla adeguatezza e alla necessità (o test del mezzo più mite²¹) riguardano questioni di fatto, mentre i passaggi relativi alla legittimità del fine perseguito dal legislatore e al bilanciamento riguardano questioni normative²². Talvolta il punto viene reso nel senso che il test di proporzionalità consisterebbe nel tradurre *interamente* complesse questioni normative e di *public policy* in più maneggevoli questioni empiriche²³. Tralasciando quest'ultima posizione, che ritengo essere del tutto implausibile, la separazione tra questioni di fatto e questioni normative nei sub-test della proporzionalità è per un verso ineccepibile, ma per altro verso è fuorviante e pertanto deve essere resa nel modo più chiaro possibile.

Ebbene, è certo ineccepibile che i passaggi relativi alla verifica della adeguatezza e della necessità della limitazione di un diritto hanno ad oggetto questioni di fatto, mentre i passaggi relativi alla legittimità del fine perseguito dalla misura limitativa e al bilanciamento hanno ad oggetto norme. Ma questo non può voler dire che nei due passaggi relativi a questioni di fatto siano assenti valutazioni sostanziali o perfino morali. I fatti presenti nei primi due passaggi non si pesano o misurano con unità di tipo quantitativo, ma sono soggetti a valutazioni sulla base di criteri normativi e assiologici, come appunto l'adeguatezza strumentale (mezzi-fini), la presenza di alternative meno invasive, ecc.: tutte

²¹ Nell'efficace espressione di J. RIVERS, questo passaggio serve a verificare che «sledgehammers are not used to crack nuts, or rather, that sledgehammers are only used when nutcrackers prove impotent» (J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit., 180).

²² Cfr. ad esempio M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in G. PAVLAKOS (cur.), *Law, Rights, Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford 137.

²³ Così D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, cit., 171; una tesi analoga, con riferimento alla ponderazione, in L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010, 2809-2811; ID., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari 2013, 125-128 (v. ad es. 126: nel giudizio di ponderazione, i giudici «non pesano le norme, ma le circostanze dei fatti sottoposti al loro giudizio»). Per una critica, v. G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, 965-997.

cose che sono oggetto non di una misurazione metrico-decimale, ma appunto di valutazioni sostanziali. E si potrebbe anche affermare che la fase del giudizio di necessità includa già un qualche tipo di bilanciamento, in virtù del fatto che non esistono mai misure alternative del tutto equivalenti, e che ogni misura alternativa comporta sempre qualche tipo di costo²⁴.

Dunque va bene distinguere, a fini descrittivi, le fasi del giudizio di proporzionalità che hanno oggetto fatti e le fasi che hanno oggetto norme o atti normativi, ma ciò non può essere inteso nel senso che vi sono fasi più oggettive (quelle empiriche) e fasi valutative (quelle normative): le valutazioni sostanziali sono presenti nell'arco dell'intero giudizio di proporzionalità.

3. *Proporzionalità come fattore di erosione dei diritti fondamentali?*

Premesse queste brevi e frammentarie osservazioni sulla grammatica della proporzionalità, passo adesso alla prima delle due questioni sostanziali che intendo trattare in questo scritto. Si tratta del problema seguente.

Il principio di proporzionalità è universalmente applicato, come è risaputo, nella giurisdizione di costituzionalità sui diritti fondamentali, 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 documenti internazionali. E questo è paradossale, visto che il riconosci-

²⁴ Ho provato a mostrare questo punto in G. PINO, *La "lotta per i diritti fondamentali" in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA (cur.), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna 2007, 109-141. Posizioni affini mi pare siano sostenute anche in J.H. ELY, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, in *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, 1485; M. COHEN-ELYIA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., 18-19; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit. Più in generale, cfr. U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico* (1971), in R. GUASTINI (cur.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna 1980, 265.

mento 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 benefici. Le faticose conquiste dell'età dei diritti, dunque, verrebbero adesso progressivamente erose dalla trionfale avanzata del principio di proporzionalità, che rende apparentemente limitabile qualunque diritto fondamentale sol che la limitazione sia “proporzionata”, “ragionevole”; e così alla fine quelle conquiste verranno fagocitate e annullate, con singolare dialettica, dalla melassa indistinta della *age of balancing*²⁵. Il bilanciamento e la proporzionalità sono dunque delle minacce per i diritti fondamentali. Questa è, in estrema sintesi, la prima critica che intendo discutere qui²⁶.

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 diritti²⁷. Tuttavia, oltre a questa salutare funzione di te-

²⁵ Il felice sintagma “age of balancing” è stato coniato da T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, 943-1005; v. anche G. WEBBER, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, cit.; “età dei diritti” è, invece, un altrettanto felice lascito di Norberto Bobbio: v. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990.

²⁶ Per critiche di questo tipo, cfr. A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della costituzione?*, cit.; ID., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, 35-62; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit.; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 121 s.; G. WEBBER, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge 2009; ID., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, cit.; A. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, 120-145; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, cit.; B. ÇALI, *Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 29, 2007, 251-270.

²⁷ Riecheggia qui, nuovamente, l'idea dworkiniana dei *rights as trumps* (cfr. *supra*, nt. 11). 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): R. PILDES, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, in *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994, 707; ID., *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, in *Review of Constitutional Studies – Revue d'études constitutionnelles*, vol. 6, 2002, 179-212 (Pildes applica ai diritti costituzionali l'idea

stimonianza, 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* può procedere in due fasi. In primo luogo (§§ 3.1-3.1.3.2), è possibile mostrare 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. 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 (§ 3.2), è possibile difendere un modello di bilanciamento e di proporzionalità che non renda i diritti delle scatole vuote.

3.1. L'inevitabilità del bilanciamento

3.1.1. Il diritto costituzionale “per principi”

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 “controllimiti”, tale limitazione possa avvenire (si pensi, nella costituzione italiana, al caso del diritto di sciopero nell'art. 40)²⁸. In altre parole, le norme co-

delle *exclusionary reasons* sviluppata in generale nel ragionamento pratico da J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford 1975); D. HALBERSTAM, *Desperately Seeking Europe: On Comparative Methodology and the Conception of Rights*, in *I•CON International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, 1, 2007, 166-182.

²⁸ Per la distinzione tra violazione, limitazione e regolazione di un diritto, v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 108-111.

stituzionali che fondano i diritti fondamentali hanno solitamente la struttura di principi (norme caratterizzate da un elevato livello di genericità e indeterminazione, 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)²⁹.

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 emendativi³⁰. 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.

3.1.2. 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 esaustivamente³¹. Dunque, in primo luogo, le norme di principio,

²⁹ Per ulteriori approfondimenti sulla distinzione tra regole e principi, rinvio a G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. 4; ID., *Principi e argomentazione giuridica*, cit.; ID., *Norma giuridica*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (cur.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino 2013.

³⁰ Su queste caratteristiche delle costituzioni proprie del costituzionalismo contemporaneo, o costituzionalismo dei diritti, si vedano R. BIN, *Che cos'è la costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, 11-52; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., cap. 2; G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 393-409; ID., *Diritti e interpretazione*, cit., cap. 1; L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit.; M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena 2012; F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*. *Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, capp. 3 e 4.

³¹ Credo che un'intuizione di questo tipo sia alla base della notissima definizione di Emilio Betti, secondo la quale i principi sono caratterizzati «da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)»: cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, 316 (corsivo nell'originale); si vedano anche V. CRISA-

e i diritti da esse ricavati, sono destinate ad avere un campo di applicazione assai esteso³². 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 questions*); è possibile sussumere qualunque pretesa che non sia del tutto folle o insulsa, o qualunque situazione che non sia radicalmente grottesca, nell'ambito di applicabilità di un principio costituzionale o diritto fondamentale³³.

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 dalle circostanze di fatto e di diritto rilevanti³⁴. 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 re-

FULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, 249 (sulla «virtuale inesauribilità» dei principi); G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, 145; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID., (cur.), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano 2000, 98 (i principi sono norme «a virtualità indefinita» o «inesauribile»); G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 219 (un principio può generare «un numero [...] imprevedibile e non predeterminabile di norme particolari»).

³² Infatti, «è sempre considerata giustificata l'interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale» (R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (cur.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale* Roma-Bari, 1986, 192). Sulla «presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali» v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41.

³³ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2002; ID., *Che cos'è la costituzione?*, cit., 29; L. PRIETO SANCHÍS, *El costituzionalismo de los derechos*, cit., 51; R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino 2006, 245-246, 254-257 (sulla sovra-interpretazione della costituzione come una delle condizioni della “costituzionalizzazione” dell'ordinamento); M. KUMM, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, vol. 7, 4, 2006, 341-369; ID., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit., 151-152; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., 124-125; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., 113-117.

³⁴ Seguo qui, evidentemente, la costruzione di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 101-137; ID., *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, 294-304.

gole di dettaglio (in effetti, il rapporto tra principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza, come da me sommariamente ricostruito *supra*, § 2.1, è esattamente un esempio di un principio meno indeterminato che rampolla da un altro principio, più indeterminato e più fondamentale)³⁵. 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 viceversa³⁶.

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 proporzionalità³⁷.

3.1.3. Strategie di aggiramento

Evidentemente, per evitare il ricorso al bilanciamento giudiziale occorre operare sul modo in cui sono formulati i diritti costituzionali³⁸. In-

³⁵ Per altri esempi di derivazione di principi da altri principi, v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 63-72; cfr. anche J. STONE, *From Principles to Principles*, in *Law Quarterly Review*, vol. 97, 1981, 224-252.

³⁶ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 133; ID., *The Construction of Constitutional Rights*, cit., 24.

³⁷ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. 8.

³⁸ *A fortiori*, un modo radicale per evitare la possibilità della amministrazione giudi-

fatti, 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 con 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 esprimente esclusivamente regole³⁹.

Che speranze di successo hanno queste strategie per aggirare o comunque evitare il ricorso giudiziale al bilanciamento? Vediamo.

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

Il primo modello di giurisdizione costituzionale scevro da 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 delimitato⁴⁰. In tal modo, i diritti fondamentali potrebbero essere agevol-

ziaria dei diritti fondamentali, o almeno per provarci, consisterebbe nell'*eliminare del tutto* la proclamazione dei diritti dai testi costituzionali: per questa proposta, cfr. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford 1999; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy*, Cambridge 2007.

³⁹ 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*), così come 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 cervellotica, inaccettabile.

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit. (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).

mente 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. In effetti, in tal modo la necessità stessa di distinguere tra violazione e limitazione di un diritto tenderebbe a venir meno (distinzione che è il terreno di elezione del test di proporzionalità): tendenzialmente, ogni mancato adempimento di un diritto fondamentale formulato in maniera “rule-like” sarebbe di per sé una violazione – e giammai una possibile limitazione – del diritto stesso⁴¹. 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 collettività⁴².

È agevole scorgere i limiti di questo modello. Un primo limite, relativo alla questione della 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 frusterebbe le ragioni 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 normatività⁴³.

⁴¹ “Tendenzialmente”: perché, a ben vedere, nemmeno le regole sono sempre totalmente al riparo dallo spettro della defettibilità, cioè della disapplicazione a causa di eccezioni non previste.

⁴² Il modello minimalista è efficacemente descritto da B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., 131-133. Tra i principali sostenitori di questo modello, v. R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia* (1974), Milano 2005; M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (2001), Milano 2003.

⁴³ Sull'incongruenza di un ordine costituzionale le cui prescrizioni risultino avere un

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 effettivamente godute⁴⁴.

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 ciò, la necessità di operare successivi bilanciamenti, legislativi e giudiziari, tra i molteplici diritti e principi costituzionali.

3.1.3.2. 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 regole⁴⁵. 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

carattere effimero, cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1656. Per una analisi della dimensione temporale, specialmente rivolta al futuro, della costituzione, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Politica del diritto*, 4, 1997, 527-551.

⁴⁴ Per ulteriori argomenti al riguardo, cfr. S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna 2000; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, 15-25; T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion pratica*, 1, 2006, 179-208; E. DICCIOTTI, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna 2006, 87-92, 102-111; G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, 87-119; A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Bologna 2013, 116-121.

⁴⁵ Cfr. in tal senso A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (cur.), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 83-113; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit. (ma per un recente aggiustamento di questa idea v. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 112-122). Cfr. anche A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, 1175.

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 statunitense⁴⁶.

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 tramite il bilanciamento e il test di proporzionalità⁴⁷, e che però avvengono in via puramente definitoria. In altre parole, con questo approccio anziché 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.

⁴⁶ Si vedano in proposito F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. NOLTE (cur.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge 2005; L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. CHOUDHRY (cur.), *Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge 2007, 83-113; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., spec. 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. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 158). Questo è peraltro un interessante controesempio 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*.

⁴⁷ 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 F. SCHAUER, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, in *Harvard Law Review*, vol. 117, 6, 2004, 1765-1809; sul punto cfr. anche D. HALBERSTAM, *Desperately Seeking Europe*, cit.

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: di questo ci occuperemo al § 4.

3.2. *Al cuore dei diritti*

Come si ricorderà, 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 intrusioni indebite, e di elevata 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, nel paradigma del costituzionalismo dei diritti, i diritti fondamentali hanno una capacità di espansione tale da diventare reclamabili nelle situazioni più impensate, con il rischio di determinare una inflazione e banalizzazione dei diritti stessi⁴⁸.

Per altro verso, nel paradigma del costituzionalismo dei diritti, i diritti fondamentali 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,

⁴⁸ Per alcuni esempi, M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit., 151; v. anche G. TUZET, *Le conseguenze dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 375-391.

quel diritto deve effettivamente prevalere sulle considerazioni con esso confliggenti.

D'accordo: tutto questo è vero. Tuttavia, 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 l'idea che vi sia un'area di intangibilità interna al diritto, una sfera che è sottratta ad ulteriori bilanciamenti⁴⁹. 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 fondamentali⁵⁰. Il nucleo essenziale è quella sfera del diritto eliminata la quale il diritto diventa irricognoscibile, 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

⁴⁹ J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit., 180; M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, cit., 147-148.

⁵⁰ 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, *Lisette 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. Switzerland* («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).

forse inviolabile la libertà di esprimere opinioni di tipo politico)⁵¹. Non c'è nulla da guadagnare, dal punto di vista della chiarezza descrittiva e della coerenza teorica, nel descrivere una limitazione della libertà di profferire insulti razzisti e una limitazione della libertà di esprimere opinioni politiche come due casi *esattamente identici* di sacrificio della libertà di espressione. E questo discorso vale, ovviamente, sia per il bilanciamento legislativo che per quello giudiziale⁵².

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 bilanciamento⁵³ (infatti i contorni del nucleo essenziale possono anche cambiare in base alle circostanze). In secondo 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"⁵⁴). Ma ciò non toglie che in molti casi il nucleo essenziale del diritto godrà di una prevalenza stabile su altri diritti e interessi.

4. *Il principio di proporzionalità come limitazione della politica democratica?*

Il secondo ordine di critiche all'uso giudiziario del principio di pro-

⁵¹ Per un punto di vista affine, cfr. J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Upper Saddle River (NJ) 1973, 79-83.

⁵² Cfr. H.L.A. HART, *Between Utility and Rights* (1973), in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, 206-207; A. PINTORE, *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore* (2008), in EAD., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa 2010, 144-145. Per l'idea che il bilanciamento porti necessariamente al sacrificio di uno dei diritti o principi in conflitto, cfr. invece R. GUASTINI, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2006, 151-162.

⁵³ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 325-326; A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, 692; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 162.

⁵⁴ Sulla nozione di "caso tragico", cfr. M. ATIENZA, *On The Reasonable in Law*, in *Ratio Juris*, vol. 3, 1990, 154-155; ID., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid 1991, 251-252; ID., *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, in *Isonomía*, 6, 1997, 7-30; J. BOMHOFF, L. ZUCCA, *The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 2, 3, 2006, 424-442.

porzionalità, e in generale alle tecniche argomentative ponderative, consiste nel sottolineare la loro capacità di sovvertire una precedente determinazione legislativa in quanto quest'ultima sia stata considerata da una corte come, appunto, sproporzionata, irragionevole, e così via. In questi casi, il giudice costituzionale si trova a ripercorrere, armato di penna rossa e blu, il bilanciamento degli interessi e dei diritti già compiuto dal legislatore e, se trova tale bilanciamento difettoso, lo pone nel nulla.

Si tratta, evidentemente, di un'istanza della più generale obiezione "contro-maggioritaria", ossia dell'idea che il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi rappresenti una lesione della democrazia e del diritto dei cittadini di autogovernarsi⁵⁵. E, in un certo senso, è una critica quasi speculare a quella esaminata nei paragrafi precedenti: lì, si discuteva della possibilità che il principio di proporzionalità indebolisca i diritti; qui, si discute della possibilità che il principio di proporzionalità, in nome della protezione dei diritti, finisca con il soffocare l'autonomia della politica democratica. Come che sia, il nucleo problematico è costituito evidentemente dalla mancanza di credenziali democratiche in capo alle corti: non essendo queste ultime democraticamente legittimate, pare arduo (ai sostenitori di questa critica) giustificare il potere di sovvertire le decisioni del legislatore democratico sulla gestione dei diritti fondamentali, che involge delicate scelte politiche e complesse valutazioni di *policy*⁵⁶.

⁵⁵ Articolate difese di questa posizione sono reperibili in J.C. BAYÓN, *Diritti, democrazia, costituzione*, in *Ragion pratica*, 10, 1998, 41-64; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit.; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari 2003; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, cit.; C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino 2012, cap. 3.

⁵⁶ Per questo tipo di critica all'uso del bilanciamento e del test di proporzionalità, M. NIMMER, *The Right to Speak from Times to Time. First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in *California Law Review*, vol. 56, 1968, 947 («[Definitional balancing] may be criticized as a form of judicial lawmaking, and as such a usurpation of the legislative function»); C. DUCAT, *Modes of Constitutional Interpretation*, St. Paul 1978, 119, 133; B. NEUBORNE, *Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson*, in *Case Western Law Review*, vol. 38, 1988, 578 («judicial balancing [...] licenses a judge to engage in overtly subjective decision-making that replicates and occasionally displaces identical thought-processes already carried out by a politically responsible official»); P. DE LORA, *Tras el rastro de la ponderación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, 367 («Esa tarea de los tribunales no dista mucho de la legislación»); cfr. anche L. HENKIN, *Infallibility Under Law: Constitutional Balancing*, in *Columbia Law Review*, vol. 78, 1978, 1048; P. MCFADDEN, *The Balancing Test*, in *Boston College Law Review*, vol. 29, 1988, 641-642; R. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali con-*

Non posso sviluppare qui un argomento sufficientemente completo per refutare questa critica in tutti i suoi aspetti. Mi limiterò dunque alle seguenti osservazioni, utilizzando come punto prospettico proprio il principio di proporzionalità.

4.1. *Democrazia e judicial review*

Innanzitutto, l'idea che il parlamento sia dotato di legittimazione democratica, mentre le corti sono degli organismi tecnico-burocratici, sembra edulcorare lievemente la realtà delle cose. La democraticità di un sistema politico, o delle sue componenti, è una questione di grado, non una questione tutto-o-niente. I critici della *judicial review* di solito affermano che le decisioni adottate dal parlamento eletto dai cittadini siano *moralmente* superiori a quelle delle corti, perché il parlamento è la sede in cui i cittadini hanno la possibilità di esprimere il loro punto di vista, o direttamente o (più frequentemente) indirettamente tramite i loro rappresentanti. E dunque permettere ad un altro organo di annullare le decisioni prese nella sede legittimata democraticamente equivale a limitare, se non a porre nel nulla, il più fondamentale diritto dei cittadini: l'autonomia personale (qui applicata alla sfera politica: la capacità di prendere decisioni relative alla vita associata).

Ma questo argomento restituisce, a mio giudizio, una visione abbastanza distorta del funzionamento dei meccanismi democratico-rappresentativi. Infatti, l'unico regime che realmente potrebbe assicurare il pieno rispetto dell'autonomia personale e politica dei cittadini sarebbe la democrazia diretta che funzioni con la regola dell'unanimità. È ovvio che un simile regime non ha alcuna speranza di funzionare in un contesto sociale appena complesso (e anche in un contesto sociale semplice e ristretto non sarebbe granché funzionale, stante il potere di veto sulle decisioni collettive che esso assegnerebbe a ciascun cittadino). Dunque, poiché è comunque necessario prendere decisioni relative alla vita associata, pena il ritorno allo stato di natura, si deve per forza fare ricorso a meccanismi che in qualche misura si allontanano dall'ideale della democrazia diretta e all'unanimità: da qui la democrazia rappresentativa, e la regola di maggio-

trapposti, in V. ANGIOLINI (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, 206-220; J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., cap. 6; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2809; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 129-130.

ranza. E questi ultimi sono in effetti i modelli di decisioni collettive che ritroviamo nelle società contemporanee (democratiche): ma rappresentano già delle soluzioni di compromesso rispetto all'ideale puro dell'autogoverno democratico – per tacere del fatto che ci sono molti modi diversi e non funzionalmente equivalenti di configurare i meccanismi sia della rappresentatività, sia della decisione a maggioranza.

A questo punto, l'obiezione dei critici della *judicial review* sarebbe probabilmente la seguente: d'accordo, una democrazia rappresentativa che funziona secondo la regola di maggioranza è meno democratica di una democrazia diretta che funzioni all'unanimità; ma perché rendere il sistema *ancora meno* democratico, con l'introduzione della *judicial review*?

La replica a questa obiezione è che l'introduzione della *judicial review* non equivale necessariamente ad una ulteriore diminuzione del tasso di democraticità del sistema: al contrario, può funzionare come elemento per renderlo maggiormente democratico. Infatti, una volta accettato che, a parte il caso limite della democrazia diretta che funzioni all'unanimità, tutti gli altri sistemi democratici sono solo *più o meno* democratici, la *judicial review* può essere considerata, a determinate condizioni, come un meccanismo per assicurare l'ingresso di nuove forme di partecipazione democratica nella formazione delle decisioni collettive.

L'idea è la seguente: tramite i meccanismi decisionali su base rappresentativa e maggioritaria, si assicura che le decisioni di interesse collettivo vengano assunte rispettando la volontà dei cittadini intesi come collettività. Queste decisioni vedranno necessariamente dei vincitori e dei perdenti: vincitori saranno la maggioranza, e più in generale tutti coloro i cui diritti e interessi sono perseguiti tramite la decisione maggioritaria; perdenti saranno le minoranze, e più in generale tutti coloro i cui diritti e interessi sono conculcati o comunque non rappresentati dalla decisione maggioritaria. Si pensi ad esempio al caso di una legislazione ispirata a politiche di tipo securitario che, ancorché di portata formalmente generale, finisca con il limitare sensibilmente i diritti di una certa fascia della popolazione (ad esempio gli appartenenti ad una certa religione). O ad una legislazione che, perfino inavvertitamente, finisca per privilegiare lo stile di vita di chi professa la religione di maggioranza. O ancora ad una legislazione che neghi l'esercizio di certi diritti (ad esempio, a contrarre matrimonio, o ad adottare figli) sulla base delle preferenze sessuali degli interessati.

Ebbene, tramite i meccanismi della *judicial review*, normalmente

azionati sulla base dell'iniziativa di singoli individui i cui diritti o interessi si assumono conculcati dalle decisioni maggioritarie, si assicura che il singolo individuo abbia un'occasione di intervenire nel processo di formazione o di consolidamento di quelle decisioni, contestandole in un foro imparziale (imparziale perché non rispecchia il gioco delle maggioranze politiche) sulla base dei propri diritti individuali. Peraltro, spesso una legislazione può favorire una maggioranza, e sfavorire alcune minoranze, *semplicemente per inerzia*: perché un certo assetto di interessi si è cristallizzato nel tempo (magari in un momento in cui quel particolare squilibrio tra interessi maggioritari e altri interessi non veniva nemmeno percepito, per la scarsa visibilità delle minoranze) e in seguito non si riesce a trovare un consenso sufficientemente ampio per rimetterlo in discussione. In tali casi, la *judicial review* può rappresentare un'ulteriore occasione di partecipazione, perché può servire a mettere in moto un dibattito pubblico che semplicemente mancava⁵⁷.

Il fatto che questa seconda fase si svolga in un foro imparziale (le corti, relativamente immunizzate rispetto alle pressioni e alle passioni della politica maggioritaria) fa sì che il cittadino che assume una lesione dei propri diritti da parte della maggioranza possa addurre le proprie ragioni *a) in una sede in cui le ragioni della maggioranza non hanno necessariamente un valore preponderante*, come invece avviene nelle sedi della democrazia rappresentativa e maggioritaria; e *b) davanti ad un soggetto che poi assumerà le proprie decisioni, idealmente, non sulla base di compromessi politici al dettaglio, ma sulla base di ragioni pubblicamente spendibili, e in qualche misura "oggettivate" nelle forme del ragionamento giuridico* (presenza di una certa formulazione testuale all'interno del testo costituzionale, precedenti giurisprudenziali, lettura sistematica di più principi e istituti costituzionali, ecc.). In questo quadro, peraltro, il compito del soggetto "terzo" non sarà di sovrapporre una propria valutazione di merito a quella del legislatore, ma piuttosto di verificare che tutti gli interessi coinvolti nella decisione legislativa siano stati adeguatamente tenuti in considerazione nel processo decisionale.

In tal modo, anche chi alla fine esce perdente dal gioco della *judicial review* è, idealmente, nella condizione di riconoscere che il sacrificio della sua posizione si fonda su ragioni intersoggettivamente accettabili. ("Idealmente": cioè, se i requisiti richiesti dal test di proporzionalità sono stati

⁵⁷ Penso, nella giurisprudenza costituzionale italiana, alle tecniche decisionali instanziate nelle "sentenze-monito", o nelle sentenze additive "di principio".

rispettati.) Una cosa è soccombere alla mera conta dei voti, ammesso che il semplice cittadino possa sentirsi realmente coinvolto e rappresentato in un procedimento parlamentare⁵⁸; altra cosa è aver avuto l'occasione di portare i propri argomenti in una sede imparziale, e poter disporre di una motivazione razionale, o ragionevolmente accettabile, del perché la propria posizione è risultata perdente. Per la maggiore chiarezza, non sto affatto dicendo che la parte perdente in sede di *judicial review* dovrà abbracciare come intrinsecamente giusta la decisione che la vede soccombere. È evidente che anche le decisioni di una corte costituzionale sono esposte alla critica e al disaccordo ragionevole – e che talvolta possono essere semplicemente *sbagliate*. Ciò che sto dicendo è che la parte perdente è, idealmente, nella condizione di riconoscere che il sacrificio (reale o solo percepito) della propria posizione è basato su *ragioni*, pubblicamente spendibili e potenzialmente universalizzabili, e non solo su un rapporto di forza; e inoltre che l'atto stesso di fornire argomenti per la decisione adottata è una forma di rispetto nei confronti della parte soccombente.

In sintesi, se il quadro fin qui descritto è plausibile, emerge che la *judicial review* non è per sua natura antidemocratica; piuttosto, sono qui in gioco due distinte dimensioni della democrazia, o due modi di esercitare la democrazia. La prima è la dimensione del tutto familiare della democrazia rappresentativa, che si svolge nelle istituzioni di governo (Parlamento ed esecutivo)⁵⁹; la seconda è una democrazia “contestatrice”⁶⁰, perché riguarda la possibilità dei cittadini di contestare le decisioni assunte dai loro rappresentanti. La prima funziona come luogo di formazione maggioritaria delle decisioni collettive, la seconda come occasione per rimettere in discussione quelle decisioni su iniziativa dei cittadini

⁵⁸ Per l'osservazione che i critici della *judicial review* assumono una troppo semplicistica immedesimazione tra i cittadini e i loro rappresentanti in parlamento, cfr. C. FABRE, *The Dignity of Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2, 2000, 275-276; e per alcune osservazioni più generali su rappresentanza e (assenza di) immedesimazione organica tra elettori ed eletti, L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 31-33. Peraltro, una volta riconosciuto che non c'è alcuna immedesimazione organica tra i cittadini e i loro rappresentanti, emerge con tutta evidenza la necessità di tutelare i diritti dei cittadini anche *contro* i loro rappresentanti.

⁵⁹ Utilizzo qui la locuzione “istituzioni di governo” nel senso specifico stipulato da Luigi Ferrajoli, cioè a denotare tutte le istituzioni che esercitano “funzioni di governo”; queste ultime, a loro volta, «sono espressione della sfera discrezionale del decidibile», e «includono sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1: *Teoria del diritto*, Roma-Bari 2007, 872); «l'unica fonte di legittimazione delle funzioni di governo è la rappresentanza politica» (*ivi*, 876).

stessi, ma anche dei soggetti che non hanno avuto alcuna rappresentanza nel processo decisionale, e, in caso, correggerle, emendarle, alla luce dei diritti individuali coinvolti. Un ulteriore elemento di riflessione che emerge da quanto appena detto, poi, è che le corti (e certamente le corti costituzionali) non possono essere raffigurate come fori puramente neutri, tecnici, apolitici; al contrario, il lavoro delle corti (specialmente quelle costituzionali) ha una dimensione chiaramente politica, perché legata alla protezione dei valori fondamentali della *polis*. È altrettanto ovvio, però, che non si tratta *della stessa politica*, maggioritaria, alla continua ricerca di compromessi al dettaglio e di consenso elettorale, che caratterizza l'azione dei governi e dei parlamenti.

4.2. Judicial review e proporzionalità

Il principio di proporzionalità si inserisce abbastanza agevolmente nel quadro appena tracciato sulla natura e i fini della *judicial review*. Infatti, se concepiamo la *judicial review*, come ho proposto poco sopra, come un foro imparziale in cui le decisioni adottate con meccanismi maggioritari possono essere messe sotto scrutinio alla luce della possibile lesione di diritti individuali, il principio di proporzionalità, e ancor più il test di proporzionalità, appare come uno strumento particolarmente adeguato⁶¹.

A fronte di una lesione *prima facie* di un diritto individuale, il test di proporzionalità consente infatti di porre le domande appropriate alla funzione “contestatrice” che poco sopra ho associato alla *judicial review*: l'individuazione del fine perseguito dalla decisione maggioritaria, la valuta-

⁶⁰ Riprendo la distinzione tra queste due accezioni di democrazia da P. Pettit, *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. SHAPIRO, C. HACKER-CORDON (cur.), *Democracy's Value*, Cambridge 1999, 163-190; ID., *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. Shapiro, S. MACEDO (cur.), *Designing Democratic Institutions*, NOMOS XLII, New York 2000. Sulle corti come strumento di partecipazione democratica v. anche S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari 1999², 169-186.

Un diverso modo di collegare gli istituti della *judicial review* alla democrazia è proposto da M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris 1996, 132 (sui diritti e principi codificati dalle costituzioni contemporanee si concentra normalmente un consenso più ampio e più longevo di quello “momentaneo” che si esprime nel momento elettorale; dunque essi esprimono una democraticità più profonda e stabile rispetto alle transeunti maggioranze politiche). In proposito anche M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 140-188 (spec. 178).

⁶¹ Si ricordi però che non tutte le corti costituzionali utilizzano il test “strutturato” di proporzionalità: alcune, come quella italiana, si accontentano di generiche valutazioni di proporzionalità e di ragionevolezza: cfr. *supra*, § 2.2.

zione della congruità dei mezzi rispetto al fine conseguito (adeguatezza e necessità), la comparazione tra il beneficio conseguito e il sacrificio imposto a chi è uscito perdente dalla decisione maggioritaria (bilanciamento in senso stretto). Queste sono esattamente le domande che vale la pena porre per capire se una certa decisione collettiva sia stata adottata in maniera ragionata, equilibrata, *fair*, tenendo in debito conto tutti i diritti e gli interessi coinvolti, e non viziata da preferenze indebite o da pregiudizi⁶².

Si consideri poi, ulteriormente, che le tecniche di giudizio sviluppate dalle corti che operano nel paradigma del costituzionalismo dei diritti solitamente inglobano anche la preoccupazione di tutelare gli spazi della democrazia (rappresentativa): si pensi alla dottrina del margine di apprezzamento sviluppata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶³, alla deferenza verso la discrezionalità legislativa in certe materie e per certe scelte, e, nel dibattito filosofico-giuridico, alla tesi di Alexy sulla discrezionalità strutturale che spetta al legislatore nei casi di equilibrio tra le posizioni in conflitto nel bilanciamento⁶⁴.

In tal modo, dunque, le corti modellano il proprio ruolo in parte in termini antagonistici e in parte in termini cooperativi nei confronti del legislatore democratico⁶⁵.

5. *Proporzionalità e costituzionalismo dei diritti: verso una cultura della giustificazione*

In conclusione, il principio di proporzionalità e le altre tecniche ponderative non rappresentano la sconfessione dell'età dei diritti: piuttosto, sono richiesti dal modo stesso in cui figurano i diritti fondamentali all'interno del paradigma del costituzionalismo dei diritti. Sono degli strumenti, e come tutti gli strumenti possono essere usati bene o male; non

⁶² Cfr. K. MOLLER, MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit., 729-731; M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit.

⁶³ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, cit.; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles 2001.

⁶⁴ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 617 ss.

⁶⁵ Sulla necessaria divisione del lavoro tra corti e legislatore nella gestione dei diritti fondamentali, v. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, 255-263; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari 2002, 141-151; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 54-66.

predeterminano i risultati, ma fanno sì che nei casi di conflitti tra diritti, o tra diritti e altri interessi, tutte le considerazioni rilevanti emergano chiaramente e siano valutate razionalmente. Soprattutto, non si riducono ad un calcolo asettico, quantitativo: piuttosto, richiedono scelte e valutazioni sostanziali, ma assicurano – per quanto possibile – che tali scelte e valutazioni siano fatte in maniera esplicita.

Nemmeno si può affermare che la proporzionalità, come strumento della *judicial review*, sia in tensione con la democrazia: una volta capito che la democrazia, nel mondo reale, è questione di grado e che viaggia su dimensioni diverse (democrazia rappresentativa, democrazia contestatrice), si può vedere che la *judicial review*, in particolare se fa uso del test di proporzionalità, è un complemento indispensabile della democrazia rappresentativa.

In fondo, la diffusione del principio di proporzionalità può essere considerato come una delle epifanie di un importante e più generale cambiamento di paradigma nel rapporto tra l'individuo e il pubblico potere – incluso il potere legislativo. Questo cambiamento di paradigma può essere sintetizzato nel passaggio da una “cultura dell'autorità” ad una “cultura della giustificazione”⁶⁶.

In una cultura dell'autorità il legislatore è concepito come libero nei fini, se non addirittura onnipotente, e dunque non deve giustificare le proprie decisioni di fronte ad alcuna altra istanza⁶⁷; gli altri operatori giuridici sono tenuti ad applicare nel modo più fedele possibile le determinazioni legislative (la loro fedeltà è assicurata tramite il richiamo al rispetto della lettera della legge e dell'intenzione del legislatore); non è concepibile che le decisioni legislative vengano rimesse in discussione in una sede diversa da quella legislativa medesima⁶⁸.

In una cultura della giustificazione, di contro, il legislatore è tenuto a sua volta a rispettare un insieme di norme di rango superiore – la costitu-

⁶⁶ M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit.; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., cap. 6.

⁶⁷ Tale potere del legislatore potrebbe derivare dalle fonti più diverse; la legittimazione democratica è solo una delle possibilità (in tal caso, il legislatore rende conto delle sue decisioni in un solo momento: quando si presenta al giudizio degli elettori).

⁶⁸ Nel complesso, la cultura dell'autorità è ben rappresentata dal paradigma dello stato legislativo ottocentesco: cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino 1996, parte II; per una sintetica descrizione di questo modello nella cultura giuridica italiana, e del suo progressivo superamento, M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in M. FIORAVANTI (cur.), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari 2009.

zione – e può essere chiamato in varie sedi (tipicamente una Corte costituzionale) a rispondere del modo in cui le sue determinazioni si pongono rispetto a quell'insieme di norme gerarchicamente superiori. In questo contesto, il cittadino ha diritto di chiedere ad una istanza terza che le decisioni legislative siano assoggettate a scrutinio alla luce dei diritti conferiti dalla costituzione, così come i vari operatori giuridici hanno il diritto (o a seconda dei casi il dovere) di interpretare, di rimodellare le decisioni legislative in modo da renderle coerenti con i principi costituzionali, indipendentemente da, o anche contro le, intenzioni del legislatore. E, quando il legislatore è chiamato a rispondere davanti ad una istanza terza, non può più appellarsi alla propria autorità o alla forza dei numeri: deve avanzare argomenti coerenti con il quadro costituzionale, deve mostrare che ha tenuto adeguatamente in considerazione tutti i diritti e gli interessi coinvolti⁶⁹.

Questi sono ideal-tipi. Nella realtà, in una stessa organizzazione giuridico-politica sono variamente compresenti e intrecciati elementi sia della cultura dell'autorità sia elementi della cultura della giustificazione; ogni ordinamento giuridico, e ogni cultura giuridica, combina variamente gli elementi di rigidità derivanti dalla cultura dell'autorità (ad esempio il ricorso a regole di stretta interpretazione), ed elementi di flessibilità e "mitezza" derivanti dalla cultura della giustificazione (ad esempio il ricorso a principi e a clausole generali)⁷⁰. Inoltre, anche se il modello della cultura della giustificazione può attrarre una maggiore simpatia (di sicuro la mia), non se ne possono certo escludere eccessi e degenerazioni. Ma non credo che sia difficile ammettere che, nel complesso, il modello della cultura della giustificazione ha buone speranze, e migliori rispetto alle alternative realistiche immaginabili, di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e dei valori della democrazia.

⁶⁹ Profetiche, o quantomeno fortemente anticipatrici, appaiono qui le parole di Carlo Lavagna: «analizzare e penetrare il giudizio di ragionevolezza serve [...] ad illuminare la funzione dei giudici, che deve restare condizionata non solo dalle prescrizioni, spesso affrettate e disordinate, ma anche e soprattutto dalla logica, dalla sensibilità, dalla responsabilità. [...] Il che, mi pare, conduce a risultati molto più consoni alle esigenze di una moderna società democratica *in cui la vera sovranità deve attribuirsi alla persuasione, rinunciando a facili dommatismi e a comodi principi di autorità*» (C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 655, corsivi aggiunti).

⁷⁰ Cfr. C. LUZZATI, *Principi e principi*, cit., 134-135. Sulla "mitezza" del diritto per principi è ovvio il riferimento a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992; sull'utilizzo delle clausole generali al fine di scardinare gli elementi più formalistici e retrivi del diritto civile, e in vista della penetrazione dei principi costituzionali nel sotto-sistema civilistico, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1967, I, 83-125.